

Rapport sur

LES PRATIQUES ET LA FRAUDE EN MATIÈRE DE TRANSPORT DE TITRES FONCIERS

Présenté à

Société canadienne d'hypothèques et de logement
Bureau national
700, chemin de Montréal
Ottawa (Ontario) Canada
K1A 0P7

par

Enquêteur principal
Professeur Norman V. Siebrasse,
B.Sc. (Eng), LL.B., LL.M.

Assisté pour la recherche par
Kelly Murray, LL.B.
Charles (Chuck) Johnstone, c.r.
Sara Cockburn, B.A., J.D.,

Centre for Property Studies
Université du Nouveau-Brunswick
214 Ludlow Hall
B.P. 4400
Canada E3B 5A3

Décembre 2003

La SCHL offre de nombreux renseignements relatifs à l'habitation. Pour plus d'information, veuillez composer le 1 800 668-2642 ou visitez notre site Web : www.schl.ca

This publication is also available in English under the title *Land Title Conveyance Practices and Fraud*, 63430

Cette recherche a été financée par la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL). La qualité rédactionnelle de ce rapport, son contenu et les opinions qui y sont émises sont de l'auteur (des auteurs). La SCHL ne saurait en assumer la responsabilité et se dégage de toute obligation relativement aux conséquences résultant de l'utilisation que le lecteur pourrait faire des renseignements, des matériaux ou des techniques qui y sont décrits.

Siebrasse, Norman V.

Les pratiques et la fraude en matière de transport de titre fonciers

« Dossier SCHL no 6625-39 »

Publ. aussi en anglais sous le titre: Land title conveyance practices and fraud.

Publ. en collaboration avec le Centre for Property Studies, Université du Nouveau-Brunswick.

ISBN 0-662-75736-X

No de cat. NH15-416/2004F

1. Publicité foncière – Canada.

2. Acte translatif – Canada.

3. Action paulienne – Canada.

4. Fraude – Canada.

I. University of New Brunswick. Centre for Property Studies.

II. Société canadienne d'hypothèques et de logement.

III. Titre.

KE731.S53 2004

346.7104'38

C2004-980015-9

©2004, Société canadienne d'hypothèques et de logement

Tous droits réservés. La reproduction, le stockage dans un système de recherche documentaire ou la transmission d'un extrait quelconque de cet ouvrage, par quelque procédé que ce soit, tant électronique que mécanique, par photocopie, enregistrement ou autre moyen sont interdits sans l'autorisation préalable écrite de la Société canadienne d'hypothèques et de logement. Sans que ne soit limitée la généralité de ce qui précède, il est de plus interdit de traduire un extrait de cet ouvrage dans toute autre langue sans l'autorisation préalable écrite de la Société canadienne d'hypothèques et de logement.

Imprimé au Canada

Réalisation : SCHL

Table des matières

1.	Résumé	1
2.	Méthodologie	2
3.	Conclusions.....	3
3.1	Introduction.....	3
3.2	Fraude sur registre.....	4
3.2.1	Introduction.....	4
3.2.2	Prévention.....	4
3.3	Dédommagement dans les systèmes de titres fonciers.....	5
3.3.1	Règles substantives	5
3.3.2	Montant du dédommagement.....	7
3.3.3	Procédure.....	8
3.3.4	Résumé des systèmes de titres fonciers	9
3.4	Fraude par abus de confiance	10
3.5	Assurance des titres	12
3.6	Conclusions.....	13
4.	Introduction.....	14
5.	Fraude sur registre.....	17
5.1	Introduction : catégories de fraude sur registre.....	17
5.2	Fraude par falsification	21
5.3	Procédures relatives au dédommagement.....	25
5.3.1	Introduction.....	25
5.3.2	Fonds d'assurance de dernier recours ou de premier recours	26
5.3.3	Résumé	31
5.4	Montant du dédommagement.....	31
5.4.1	Introduction.....	31
5.4.2	Coûts	32
5.4.3	Domages-intérêts punitifs.....	33
5.4.4	Souffrance morale	34
5.4.5	Perte économique indirecte.....	34
5.5	Fraude par usurpation d'identité.....	37
5.5.1	Position de l'acheteur : inattaquabilité différée et inattaquabilité immédiate	37
5.5.2	Position du prêteur	44
5.6	Réduire les dommages	47
5.6.1	Préférence pour le possesseur de l'immeuble.....	47

5.6.2	Résumé : le possesseur et le système normal.....	51
5.7	Prévention de la fraude.....	52
5.7.1	Introduction.....	52
5.7.2	Poursuites au criminel.....	52
5.7.3	Restriction de l'accès au registre	53
5.7.4	Envoi d'avis et gel du registre	54
5.8	Coût du système	55
6.	Fraude par abus de confiance	60
6.1	Le problème: l'exploitation de la procédure relative au transfert des immeubles	60
6.2	Le résultat: l es positions des parties.....	61
6.3	Dédommagement.....	64
6.3.1	Assurance des titres	64
6.3.2	Fonds d'assurance des titres fonciers	64
6.3.3	Fonds de dédommagement des détournements des Barreaux.....	64
6.3.4	Prélèvement spécial des Barreaux	70
6.3.5	Assurance responsabilité professionnelle.....	71
6.3.6	Frais de transaction immobilière	73
6.4	Prévention de la fraude.....	74
6.4.1	Fonctionnement du système des chèques séparés	74
6.4.2	Objections à la pratique des chèques séparés.....	75
6.4.3	Autres propositions.....	76
7.	Assurance des titres	77
8.	Conclusions.....	85
Annexe		87
Table des matières.....		87
9.	Lois	88
9.1	fédérales.....	88
9.2	Terre-Neuve-et-Labrador	88
9.3	Île-du-Prince-Édouard.....	88
9.4	Nouvelle-Écosse.....	88
9.5	Nouveau-Brunswick.....	88
9.6	Québec.....	88
9.7	Ontario	88
9.8	Manitoba.....	88
9.9	Saskatchewan	88
9.10	Alberta.....	89

9.11	Colombie-Britannique.....	89
9.12	Territoires du Nord-Ouest.....	89
9.13	Yukon.....	89
9.14	Nunavut	89
10.	Jurisprudence.....	90
11.	Personnes interviewées.....	92
11.1	Terre-Neuve-et-Labrador	92
11.2	Île-du-Prince-Édouard.....	92
11.3	Nouvelle-Écosse.....	92
11.4	Nouveau-Brunswick.....	92
11.5	Québec	93
11.6	Ontario	93
11.7	Manitoba	93
11.8	Saskatchewan	94
11.9	Alberta	94
11.10	Colombie-Britannique.....	94
11.11	Territoires du Nord-Ouest.....	94
11.12	Yukon.....	95
11.13	Nunavut	95
11.14	Autres sources juridiques	95
11.15	Assurances des titres	95
12.	Ressources électroniques	96
12.1	Assureurs	96
12.2	Institut Canadien des Courtiers et des Prêteurs Hypothécaires.....	96
12.3	Barreaux	96
12.4	Fonds de remboursement des Barreaux.....	97
12.5	Projet national sur le droit immobilier	97
12.6	Projet de l'Ouest du Canada sur les transports de titres	97
12.7	Enregistrement électronique des titres fonciers	97
13.	Articles de journaux.....	98
14.	Étude annotée de la documentation.....	99

I. Résumé

L'objectif de l'étude est de produire, pour la province de Québec et pour les provinces et territoires de *common law* qui utilisent un système de registre de titres fonciers ou désirent en adapter un (par opposition au système plus ancien de publicité des actes toujours en vigueur en Nouvelle-Écosse, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador). De plus, elle décrit la structure reliée à la *Loi* et à la réglementation, et l'assurance; les recours et/ou les modalités de dédommagement reliés à la fraude en matière du transport des titres et de l'enregistrement des hypothèques, du financement et des radiations offerts aux prêteurs, aux autres parties intéressées à ces services et au public. Plus particulièrement, le présent rapport porte sur deux types de fraude distincts. Le premier type, la « fraude sur registre » est celui qui se produit lorsque des documents falsifiés ou autrement invalides sont enregistrés au registre foncier. Le deuxième type, la « fraude par abus de confiance », est celle qui se produit lorsque l'avocat ou le notaire agissant pour le vendeur dans une transaction détourne l'argent de l'achat et ne l'applique pas à rembourser une hypothèque existante accordée par le vendeur.

2. Méthodologie

L'étude est fondée sur:

- une étude complète des lois, des règlements et des règles de conduite professionnelle applicables aux avocats et aux notaires applicables;
- une étude complète de la jurisprudence pertinente, y compris les décisions officielles du bureau d'enregistrement des droits immobiliers de l'Ontario sur les dédommagements;
- une étude de la documentation pertinente;
- des entrevues avec les fonctionnaires provinciaux responsables de l'administration des systèmes de transport de titres fonciers;
- des entrevues avec des représentants de l'industrie de l'assurance des titres;
- des entrevues avec des représentants de la profession juridique.

Les lois et les règlements ont été étudiés afin de cerner le droit formel régissant les types de fraude spécifiés. La jurisprudence a été étudiée afin de déterminer la manière dont les tribunaux ont interprété le droit applicable ainsi qu'à titre de source permettant d'établir les conséquences de la fraude sur ses victimes. Des entrevues avec des fonctionnaires provinciaux (surtout dans le cas de la fraude par falsification), avec des juristes (surtout dans le cas de la fraude par abus de confiance) et avec des représentants de l'assurance des titres ont été menées afin de cerner la pratique dans les cas qui ont fait l'objet d'un règlement et non d'un litige, et d'obtenir des renseignements sur les conséquences globales de la fraude.

3. Conclusions

3.1 Introduction

Les dommages causés par la fraude peuvent être réduits par la prévention ou par l'assurance des pertes causées par les fraudes non prévenues. La prévention et l'assurance contre la fraude augmentent toutes deux le coût des transactions immobilières. Comme le secteur des prêts hypothécaires et la pratique juridique du transport de titres sont très compétitifs, les coûts de prévention ou de réduction de la fraude sont en dernier ressort assumés par les gens qui achètent, vendent ou hypothèquent leurs immeubles. Cela implique que l'objectif n'est pas d'assurer une prévention ou une assurance complète, mais d'atteindre un équilibre rentable de la prévention et de l'assurance. La situation est la même que celle de tout autre type de bien. La fraude dans le transport de titres est en réalité une forme spécifique de vol – un vol immobilier plutôt que mobilier. Bien que les vols par effraction puissent être réduits à l'aide de serrures et de portes renforcées, il est impossible de les éliminer complètement à un coût raisonnable. L'assurance doit nécessairement compléter la prévention.

Bien que certaines mesures dussent être prises pour réduire la fraude dans le transport de titres, une prévention complète ne serait absolument pas rentable. La réduction du danger ne justifierait pas l'augmentation des coûts, qui serait intégrée à chaque transaction, et non aux seules transactions frauduleuses. L'assurance contre la fraude est donc cruciale pour protéger les victimes contre ces pertes.

Les systèmes provinciaux régissant les transactions immobilières ont un rôle à jouer à cet égard. Ces systèmes peuvent être divisés en deux grandes catégories: les systèmes cadastraux, qui garantissent la validité du titre inscrit au registre, et les systèmes d'enregistrement documentaire, qui font la publicité des documents pertinents, mais ne garantissent aucunement leur validité. Cette distinction est très importante en ce qui concerne les fraudes sur le registre, car le dédommagement offert par les systèmes cadastraux à ceux qui se fient au registre à leur détriment est une forme importante d'assurance contre la fraude qui n'est pas offerte dans les ressorts dont le système est fondé sur l'enregistrement documentaire. Des systèmes cadastraux existent ou sont en voie d'être implantés dans tous les ressorts, sauf le Québec, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador, lesquels disposent de systèmes d'enregistrement documentaire. Le présent rapport ne vise aucunement à évaluer l'opportunité de passer d'un système d'enregistrement documentaire à un système de titres fonciers car il s'agit là d'une transition juridique majeure motivée principalement par des facteurs autres que la prévention des fraudes.

Même parmi les systèmes cadastraux, le degré de protection contre la fraude dans le transport des titres varie de façon très importante. Les systèmes cadastraux plus anciens, comme celui de l'Ontario, offrent une protection beaucoup moins complète au propriétaire ou au prêteur à plusieurs égards importants.

L'assurance privée des titres offre une protection plus complète que celle offerte par les systèmes cadastraux. L'avantage relatif varie de manière importante suivant les ressorts. Les avantages de l'assurance de titres sont les plus importants dans les ressorts pourvus de systèmes cadastraux plus anciens, et dans le système d'enregistrement documentaire québécois. Un des plus importants problèmes de l'assurance de titres à titre de solution au problème de la fraude est sa pénétration du marché relativement limitée. Bien que l'assurance des titres soit offerte partout au pays, sa pénétration demeure limitée sauf dans les régions urbaines de l'Ontario, et même dans celles-ci elle n'est pas universelle. De plus, l'assurance des titres ne pouvant être souscrite qu'au moment de

l'acquisition d'un droit foncier, elle ne peut donc profiter aux propriétaires qui n'ont pas obtenu au début d'assurance sur le titre mais qui désirent par la suite souscrire une protection contre la fraude sur leur résidence. En principe, une certaine forme d'assurance contre la fraude après l'achat pourrait être offerte, mais des études plus complètes seraient nécessaires afin de déterminer si elle pourrait être vendue et administrée à un coût raisonnable.

3.2 Fraude sur registre

3.2.1 Introduction

Les fraudes sur registre peuvent être subdivisées en deux catégories: la fraude par falsification et la fraude par usurpation d'identité. Dans le cas de fraude par falsification, le contrevenant procède normalement à l'enregistrement de documents falsifiés ayant pour effet de transférer l'immeuble à son nom, puis fait enregistrer la radiation de toute hypothèque existante, obtient ensuite un nouveau prêt hypothécaire sur l'immeuble puis s'enfuit avec l'argent sans effectuer un seul versement. La fraude par usurpation d'identité se produit le plus souvent dans le contexte d'une rupture du mariage. L'époux qui est possesseur de la résidence conjugale demande à un complice d'usurper l'identité de l'autre époux afin de vendre ou d'hypothéquer l'immeuble sans en partager le produit avec l'autre époux. Du point de vue technique, la fraude par falsification a lieu lorsqu'un fraudeur enregistre un transfert de titre en son propre nom. Ainsi, toute personne qui transige avec le fraudeur traite néanmoins avec le propriétaire enregistré, peu importe le fait que l'enregistrement a été obtenu frauduleusement. La fraude par usurpation d'identité a lieu lorsque le droit en question appartient à une personne autre que le propriétaire enregistré.

3.2.2 Prévention

Le moyen le plus évident de prévenir les fraudes sur le registre est de vérifier l'identité par le constituant (le vendeur ou le créancier hypothécaire) d'une transaction immobilière. S'assurer que l'avocat ou le notaire chargé de la transaction exige des documents d'identité raisonnables est une manière simple et peu coûteuse de vérifier l'identité. Cette méthode est efficace contre certains types de fraude par usurpation d'identité, en particulier la fraude opportuniste pratiquée par des amateurs. Les avocats ou notaires chargés d'une transaction immobilière ont maintenant l'obligation professionnelle d'effectuer une telle vérification d'identité. Dans tous les cas où une fraude par usurpation d'identité est rendue possible par le défaut de l'avocat ou du notaire de respecter cette obligation, la victime de la fraude a droit à un dédommagement de la part de l'assurance de responsabilité professionnelle dudit avocat ou notaire. Les délinquants plus aguerris disposent parfois de fausses pièces d'identité, ou ils contournent tout simplement l'avocat ou le notaire et présentent de faux documents, y compris ceux qui attestent de leur identité, au registre foncier. Des mesures plus strictes de vérification de l'identité des parties, par exemple l'examen des signatures, ne sont certainement pas économiquement raisonnables vu l'état actuel des technologies d'identification, et ce, qu'un tel examen soit effectué par le registre foncier lui-même ou par l'avocat ou le notaire concerné.

Une manière d'empêcher les fraudeurs de déposer directement de faux documents serait de restreindre l'accès au registre foncier aux seuls avocats et notaires. Toutefois, bien qu'il soit sage de faire appel aux services d'un avocat ou d'un notaire dans toute transaction immobilière, une mesure ayant pour effet d'interdire aux particuliers de procéder eux-mêmes à l'enregistrement de documents serait politiquement très sensible. De plus, une telle mesure n'aurait pas pour effet de prévenir la fraude par usurpation d'identité commise au moyen de documents d'identité falsifiés,

ni les fraudes commises en collusion avec un avocat ou un notaire, comme c'était le cas dans l'affaire Wirick. Il appert donc qu'il n'existe présentement aucune méthode rentable d'empêcher complètement l'enregistrement de documents falsifiés.

Si l'enregistrement initial de faux documents ne peut être empêché, la réalisation de la fraude peut être prévenue grâce à une détection rapide. Pour prendre un exemple particulier, le système de titres fonciers de la Saskatchewan prévoit qu'un avis doit être envoyé au propriétaire inscrit lorsqu'un transfert ou une hypothèque sont enregistrés. Une disposition complémentaire permet au Directeur de geler le registre afin de prévenir la fraude. Ainsi, lorsque le fraudeur enregistre un faux transfert, le véritable propriétaire en est avisé et est en mesure de faire geler le registre avant que le délinquant ne puisse hypothéquer l'immeuble obtenu frauduleusement. Cette mesure est unique parmi les systèmes d'enregistrement immobilier canadiens, mais elle provient de systèmes de sécurité mobilière bien établis. L'application d'une telle mesure exige un système automatisé, ce qui explique probablement pourquoi elle n'est apparue que dernièrement dans la nouvelle *Loi sur les titres fonciers* de la Saskatchewan. D'autres ressorts sont maintenant suffisamment automatisés pour permettre en principe l'application d'un tel système. Une telle mesure ne pourrait toutefois probablement pas être mise en application dans un système d'enregistrement documentaire comme celui du Québec, qui ne prévoit pas la déclaration certaine de la propriété actuelle. *Il est trop tôt pour tirer des conclusions sur l'expérience de la Saskatchewan, mais les principes du système d'avis et de gel semblent bons, et ce système peut représenter un moyen important de prévention de la fraude.*

Le moyen ultime de prévention de la fraude est la dissuasion au moyen de peines criminelles. Les sanctions criminelles ont actuellement un certain effet dissuasif, mais il est difficile de dire si ces peines devraient être renforcées, étant donné les différents facteurs influant sur le système judiciaire pénal.

3.3 Dédommagement dans les systèmes de titres fonciers

Dans les ressorts ayant un système de titres fonciers, les fonds d'assurance des titres fonciers représentent une source importante de compensation pour les victimes de fraude sur le registre. Les systèmes de dédommagement liés aux titres fonciers sont très différents selon les ressorts.

C'est en Alberta que l'on dispose des renseignements les plus complets sur les réclamations soumises au Fonds des titres fonciers. Les réclamations annuelles moyennes versées au cours des 13 dernières années sont d'environ 31000\$. Généralement, une année sur deux, il n'y a aucune réclamation, mais une réclamation d'importance est versée tous les deux ans. Environ 400000 transferts ou hypothèques sont enregistrés en Alberta chaque année. Cela signifie que le coût moyen des versements de réclamation de fraude par transaction est d'environ 10¢. L'expérience de la Colombie-Britannique est semblable si l'on fait abstraction de la récente affaire Wirick.

3.3.1 Règles substantives

La fraude sur le registre met aux prises deux parties innocentes: le propriétaire original de l'immeuble et la partie innocente qui a acheté ou prêté de l'argent en se fondant raisonnablement sur le registre, qui montrait que le fraudeur était le propriétaire. La plupart des systèmes de titres fonciers prévoient que dans de tels cas le tiers qui s'est fondé sur le registre – le plus souvent une banque ou un autre prêteur institutionnel – a droit au bien lui-même et que le propriétaire original n'a droit qu'à un dédommagement. Cela signifie que dans un système de titres fonciers (contrairement à un système d'enregistrement documentaire) il se peut qu'un propriétaire découvre un jour qu'il n'est plus le propriétaire légal de son domicile sans qu'il n'ait jamais fait preuve de négligence. Le propriétaire aura droit à un dédommagement du fonds d'assurance des titres fonciers, et les prêteurs institutionnels ont généralement accepté dans le passé de reporter la

prise en paiement jusqu'à ce que le propriétaire reçoive le dédommagement, lequel peut être appliqué au remboursement de l'hypothèque. Toutefois, les délais de compensation sont très longs dans certains ressorts et le prêteur institutionnel a le droit de prendre l'immeuble en paiement avant que la compensation ne soit versée. De plus, le dédommagement par le fonds d'assurance n'est pas toujours parfait, car il ne couvre pas la totalité des frais juridiques déboursés pour obtenir la compensation, et il ne compense pas la souffrance morale, la perte de la possibilité d'utiliser l'immeuble comme sûreté, ni l'attachement sentimental à l'immeuble dans le cas où le propriétaire doit quitter les lieux.

Au Nouveau-Brunswick, en revanche, il est impossible que la maison du propriétaire soit vendue sans son consentement, car le système des titres fonciers prévoit que c'est le propriétaire possesseur qui a droit à l'immeuble et que c'est la partie qui se fie sur le registre qui n'a droit qu'à un dédommagement. Un tel système est fondé sur la reconnaissance du fait que la compensation monétaire n'est habituellement pas adéquate dans les cas de perte de résidence alors qu'elle convient normalement au tiers. Plus particulièrement, dans la situation la plus courante, dans laquelle l'autre victime est une banque qui a prêté de l'argent sur la foi du registre, la compensation est probablement plus appréciée qu'un droit sur l'immeuble lui-même car il est généralement plus rapide et moins coûteux pour la banque de déposer une réclamation auprès du Fonds d'assurance des titres fonciers plutôt que de prendre l'immeuble en paiement. *Un système de titres fonciers donnant préséance au propriétaire possesseur semble donc présenter des avantages importants mais aucun inconvénient en comparaison avec le système normal de titres fonciers.*

La fraude par usurpation d'identité se produit généralement dans les cas de rupture du mariage problématiques. La partie qui demeure en possession de la maison peut vouloir vendre l'immeuble ou l'hypothéquer sans le consentement de son époux en faisant usurper l'identité de ce dernier par son partenaire actuel. Dans les cas de fraude par usurpation d'identité, il y a des différences importantes entre les divers systèmes de titres fonciers en ce qui a trait au traitement de l'acheteur. Les prêteurs et les acheteurs sont probablement également traités de manière différente à l'intérieur même d'un ressort.

Examinons en premier lieu la position de l'acheteur innocent qui est victime d'une telle fraude. Dans les systèmes « d'inattaquabilité différée », en particulier l'Ontario et la Colombie-Britannique, le système de titres fonciers n'offre aucune protection à l'acheteur immédiat qui achète du fraudeur, même si l'acheteur enregistre son droit. L'acheteur immédiat, dans de telles circonstances, ne peut présenter aucune défense à la réclamation de l'autre époux sur la maison, et il n'a pas droit non plus à un dédommagement de la part du fonds d'assurance des titres fonciers. À l'inverse, les systèmes « d'inattaquabilité immédiate » protègent l'acheteur immédiat. L'un ou l'autre des systèmes protégera l'acheteur subséquent qui a acheté de l'acheteur qui a traité directement avec le fraudeur.

Il existe deux arguments contre les systèmes « d'inattaquabilité immédiate ». Le premier est que la victime n'a pas fait l'objet d'une fraude parce qu'elle s'est fondée sur le registre foncier, lequel était en tous points exact, mais plutôt parce qu'elle n'a pas détecté l'usurpation d'identité. Comme il n'y avait rien à reprocher au système des titres fonciers, celui-ci ne devrait pas être responsable de la perte. Cet argument n'est pas convaincant puisque la question n'est pas de déterminer si le bureau des titres fonciers a commis une faute mais plutôt si la victime devrait être assurée sans égard à une faute éventuelle du bureau des titres fonciers. Le deuxième argument veut qu'un refus d'accorder compensation à la victime immédiate contribuera à réduire l'incidence de la fraude en incitant la victime à faire preuve de plus de diligence. Mais il convient de noter que c'est en fait l'avocat ou le notaire de la victime qui prend les moyens de détecter l'usurpation d'identité et non la victime elle-même. Un avocat ou un notaire qui néglige de prendre les moyens raisonnables de vérifier l'identité du vendeur sera responsable au titre de la responsabilité professionnelle. Si

l'avocat ou le notaire a été négligent, le bureau des titres fonciers qui accorde une compensation à la victime sera subrogé dans son droit de poursuivre l'avocat ou le notaire pour les dommages résultant de sa négligence. Donc, même dans le système d'inattaquabilité immédiate, l'avocat ou le notaire est encouragé à vérifier l'identité du vendeur. Au surplus, le système d'inattaquabilité différée refuse le dédommagement dans tous les cas et non seulement dans ceux où des moyens raisonnables auraient pu être pris afin de prévenir la fraude. Le système d'inattaquabilité différée peut encourager l'acheteur ou le prêteur à faire appel aux services d'un avocat ou d'un notaire qui prendra des précautions encore plus importantes que celles qui sont exigées par les normes professionnelles. Cet argument peut avoir quelque valeur en ce qui concerne les prêteurs institutionnels, mais il n'est probablement pas raisonnable d'imposer un tel fardeau aux acheteurs particuliers. *Dans l'ensemble, le système d'inattaquabilité immédiate semble offrir une meilleure protection à un coût supplémentaire limité si on le compare au système d'inattaquabilité différée.*

Dans la plupart des ressorts, la position du prêteur est quelque peu incertaine. Il est reconnu, en général, que la position du prêteur est la même que celle de l'acheteur; dans un système d'inattaquabilité différée, le prêteur immédiat du fraudeur ne serait pas protégé mais un cessionnaire le serait, et dans un système d'inattaquabilité immédiate, même le prêteur immédiat du fraudeur serait protégé. En Colombie-Britannique, en revanche, il ne fait aucun doute que le prêteur ne bénéficie d'aucune protection si l'hypothèque n'a pas été consentie par le propriétaire de l'immeuble enregistré. La décision de la Cour d'appel ayant établi cette règle est souvent présumée s'appliquer seulement en Colombie-Britannique en raison des dispositions législatives particulières de la *Loi de la Colombie-Britannique*. Toutefois, une partie de la décision pourrait s'appliquer de manière plus générale. La Cour a souligné que, bien qu'une hypothèque valide puisse être créée à la suite d'une fraude, cela ne crée aucune dette à l'égard du propriétaire, alors celui-ci peut demander la radiation de l'hypothèque. Cette situation s'apparenterait à celle où la banque aurait conclu et enregistré une hypothèque valide avec le propriétaire véritable, et qu'elle aurait ensuite versé les fonds à un étranger par erreur. Bien que cet argument n'ait été soulevé dans aucune décision reportée dans un autre ressort, il semble qu'il pourrait être applicable de manière générale. *Pour conclure, bien que cela soit incertain, un prêteur ne bénéficierait d'aucune protection du système de titres fonciers dans les cas de fraude par usurpation d'identité.*

3.3.2 Montant du dédommagement

Les divers systèmes de titres fonciers fonctionnent de la même manière en ce qui concerne le montant du dédommagement versé. Une victime de fraude ayant droit à dédommagement recevra la valeur de son droit immobilier perdu à cause de la fraude et les dépenses raisonnables engagées pour faire valoir sa réclamation. L'expression « dépense raisonnable » ne couvre habituellement pas tous les coûts réels déboursés par le réclamant. Il a été proposé que les fonds d'assurance défraient également les montants suivants, lesquels sont actuellement inadmissibles dans tous les ressorts: la totalité des frais juridiques engagés pour faire valoir la réclamation, les dommages-intérêts punitifs éventuels obtenus du délinquant, les dommages moraux causés par la fraude et les dommages indirects causés par la perte d'usage de l'avoir propre de l'immeuble, par exemple les pertes d'entreprise résultant de la perte de la possibilité d'utiliser la maison pour garantir une ligne de crédit.

On n'a fait valoir aucun argument convaincant pour permettre à la victime de percevoir des dommages-intérêts punitifs contre le système de titres fonciers. Les dommages punitifs, comme leur nom l'indique, sont destinés à punir les fraudeurs contre leur faute intentionnelle et ne visent pas à dédommager la victime. La victime n'a aucun droit apparent à des dommages-intérêts punitifs car ceux-ci ne représentent pas une perte effectivement subie, et, puisque le système des titres fonciers n'a pas commis de faute intentionnelle, on ne peut justifier qu'il doive verser des dommages-intérêts punitifs.

Le principe voulant que la partie qui gagne une action n'a droit qu'aux frais raisonnables et non à tous les frais effectivement déboursés est un principe général du droit canadien. Du point de vue de la partie innocente, il s'agit d'un principe déplorable, mais une telle règle est nécessaire afin de ne pas faire s'envoler les frais juridiques. Ce motif est convaincant et quoi qu'il en soit aucun argument convaincant n'a été mis de l'avant pour justifier que le système des titres fonciers fasse exception à la règle générale.

Les dommages moraux représentent un préjudice réel subi par le défendant, mais il existe des motifs convaincants au soutien de l'opinion que de tels dommages-intérêts ne devraient pas être recouverts du fonds d'assurance. Premièrement, les dommages de ce type sont très difficiles à quantifier et posent donc un risque corollaire d'inflation des réclamations. Deuxièmement, le fonds d'assurance a pour but de dédommager le préjudice causé en remettant la victime dans la position dans laquelle elle serait s'il n'y avait eu aucun préjudice. Un tel dédommagement peut être effectué dans le cas d'une perte financière pure, car l'argent est un substitut approprié à un bien, mais le versement de dommages moraux ne peut prévenir ni soulager le préjudice lui-même. Pour ces raisons, il n'existe aucun motif valable de politique d'assurer les dommages moraux au moyen du fonds d'assurance, bien que de tels dommages puissent être légitimement réclamés du délinquant lui-même.

Les arguments les plus convaincants en faveur d'un élargissement du dédommagement portent sur les dommages indirects, lesquels représentent un préjudice réel subi par le défendeur qui peut être compensé au moyen d'une compensation monétaire. L'argument le plus important à l'encontre de cette prétention est que de tels préjudices sont très difficiles à quantifier. Par exemple, la perte a-t-elle été subie à cause de la perte de la ligne de crédit, ou pour des motifs complètement autres comme des problèmes de gestion ou une récession du secteur? Il existe un risque d'inflation à la fois des réclamations et des frais juridiques y associés. Pour cette raison, le droit a généralement été réfractaire à de telles réclamations dans le passé. Toutefois, certaines tendances démontrant une attitude plus libérale du droit à ce sujet commencent à faire leur apparition, et il serait approprié de considérer la possibilité de verser des dédommagements du fonds d'assurance pour de telles réclamations.

Même dans l'éventualité d'une fraude, les frais juridiques, les dommages moraux et les dommages indirects peuvent être réduits ou éliminés en s'assurant que la procédure de dédommagement pour le droit perdu lui-même est efficace et expéditive. *Étant donné la force des arguments proposés contre le dédommagement de ces types de pertes, l'amélioration de la procédure de règlement des demandes de dédommagement est une meilleure solution à ces types de préjudice que ne l'est l'élargissement des dédommagements.*

3.3.3 Procédure

Les systèmes cadastraux peuvent être répartis en deux catégories procédurales. Dans les systèmes plus anciens, comme celui de l'Ontario, le fonds d'assurance des titres fonciers en est un de dernier recours, ce qui signifie que la victime de la fraude doit d'abord poursuivre le délinquant directement, et ce n'est que si la victime a obtenu jugement contre lui et a tenté sans succès de faire exécuter son jugement qu'elle peut faire appel au fonds d'assurance des titres fonciers. Dans les systèmes plus récents, comme celui de la Saskatchewan et du Nouveau-Brunswick, le système en est un de premier recours. La victime d'une fraude a le droit de réclamer directement du fonds d'assurance des titres fonciers sans avoir à poursuivre le délinquant au préalable. Une fois le paiement effectué, le Directeur des titres fonciers est subrogé dans les droits de la victime et peut ensuite poursuivre le délinquant lui-même.

Les arguments avancés au soutien d'un fonds de dernier recours veulent qu'un tel système assure qu'une perte a réellement été subie car il exige un jugement préalable contre le délinquant. Ce système a également pour effet de réduire les coûts assumés par le fonds d'assurance des titres fonciers car il garantit que tous les montants possibles sont d'abord recouverts du délinquant. Les obstacles au dédommagement du fonds encouragent mieux les victimes éventuelles à ne pas faire preuve de négligence dans leurs transactions immobilières. L'inconvénient évident d'un tel fonds est que les coûts assumés par la victime de la fraude sont beaucoup plus importants.

Les arguments favorisant un fonds de dernier recours ne sont pas convaincants. Dans un fonds de premier recours, le Directeur des titres fonciers peut exiger une preuve qu'il juge suffisante qu'une perte a effectivement été subie et, dans bien des cas de fraude, comme dans le cas de documents falsifiés, il est relativement facile d'établir la fraude. Un fonds de dernier ressort réduit les coûts assumés par le fonds d'assurance des titres fonciers, mais il a également pour effet d'augmenter les coûts assumés par le système des titres fonciers dans son ensemble, car l'allongement consécutif des délais de dédommagement de la victime entraîne des dommages moraux et indirects qui sont réduits ou éliminés par un fonds de premier recours. L'argument voulant qu'un fonds de dernier recours a pour effet de décourager la négligence n'est pas convaincant non plus. D'abord, la victime doit dans ces cas poursuivre le délinquant même lorsqu'elle n'aurait rien pu faire pour prévenir la fraude. Et dans les cas où la fraude aurait pu être empêchée, par exemple si elle a été rendue possible par la négligence de l'avocat de la victime, le Directeur des titres fonciers sera subrogé dans les droits d'entreprendre des procédures contre ledit avocat.

En résumé, un fonds de premier recours est beaucoup plus avantageux qu'un fonds de dernier recours.

3.3.4 Résumé des systèmes de titres fonciers

La fraude par falsification a lieu lorsqu'un fraudeur enregistre un transfert de titre en son propre nom. Ainsi, toute personne qui transige avec le fraudeur traite néanmoins avec le propriétaire enregistré, peu importe le fait que l'enregistrement a été obtenu frauduleusement. La fraude par usurpation d'identité a lieu lorsque le droit en question appartient à une personne autre que le propriétaire de l'immeuble enregistré.

Dans le cas de la fraude par falsification, le propriétaire véritable peut demander que le registre soit rectifié pour supprimer le nom du fraudeur et remettre le titre au nom du propriétaire véritable, à condition que le fraudeur n'ait pas effectué de transaction à l'égard de l'immeuble. Si le fraudeur a vendu l'immeuble ou l'a hypothéqué alors qu'il était le propriétaire enregistré, l'acheteur ou le créancier hypothécaire aura un titre valide et le propriétaire n'aura pas de droit sur l'immeuble lui-même. Le propriétaire n'aura droit qu'à une indemnisation du fonds d'assurance. Le Nouveau-Brunswick fait exception; le propriétaire possesseur aura droit à l'immeuble et l'acheteur innocent ou le créancier hypothécaire aura droit à une indemnité.

Résumé des systèmes de titres fonciers				
Ressort	Fraude par falsification	Fraude par usurpation d'identité		Fonds de premier ou de dernier recours
	<i>Le propriétaire possesseur conserve l'immeuble?</i>	<i>L'inattaquabilité du titre de l'acheteur est</i>	<i>Le prêteur est...</i>	
N.-B.	Oui	immédiate	probablement non protégé	premier
Ontario	Non	différée	probablement non protégé	dernier
Manitoba	Non	incertaine	probablement non protégé	dernier
Saskatchewan	Non	immédiate	probablement non protégé	premier
Alberta	Non	incertaine	probablement non protégé	dernier
C.-B.	Non	différée	non protégé	premier (en pratique)

Dans les cas de fraude par usurpation d'identité, l'inattaquabilité immédiate signifie que la personne qui traite directement avec le fraudeur sera protégée par le système de titres fonciers. L'inattaquabilité différée signifie qu'un acheteur qui traite directement avec le fraudeur *ne sera pas* protégé par le système de titres fonciers. Toutefois, une personne qui obtient le titre de cet acheteur immédiat bénéficiera d'une protection. Comme nous l'avons mentionné, un prêteur ne bénéficiera probablement d'aucune protection dans tous les cas; le prêteur ne pourra exercer son droit hypothécaire sur l'immeuble ni ne pourra présenter une réclamation au fonds d'assurance.

3.4 Fraude par abus de confiance

La fraude par abus de confiance n'est pas tributaire des caractéristiques des systèmes d'enregistrement immobilier provinciaux. Elle exploite plutôt certaines procédures communes de transfert immobilier. Généralement, le vendeur a souscrit une hypothèque sur l'immeuble qui sera radiée à l'aide du produit de la vente, et l'acheteur lui-même fait financer l'achat en hypothéquant l'immeuble. Bien que l'avoir propre de l'immeuble soit souvent insuffisant pour garantir les deux hypothèques, la banque de l'acheteur prête les fonds nécessaires au financement de l'achat et l'avocat du vendeur applique les fonds générés par la vente à la radiation de l'hypothèque. La fraude par abus de confiance a lieu lorsque l'avocat du vendeur viole une telle obligation.

Le dédommagement offert aux parties victimes de fraude par abus de confiance est généralement le même dans toutes les provinces. Ni les systèmes cadastraux, ni les systèmes d'enregistrement documentaire n'offrent de dédommagement pour la fraude par abus de confiance. Le Barreau de

chaque province et de chaque territoire dispose d'un fonds visant à dédommager les victimes de détournement de fonds et de vol par ses membres. L'efficacité de ces fonds est toutefois limitée car ils sont tous discrétionnaires; de plus, certains ne sont que des fonds de dernier recours. À cause de la nature discrétionnaire de ces fonds, les réclamants potentiels ne peuvent présumer qu'ils obtiendront un dédommagement. Bien que la plupart des fonds dédommagent automatiquement tous les réclamants admissibles, l'incertitude du dédommagement nuit à l'efficacité de ces fonds comme instruments compensatoires. De plus, dans le cas des fonds de dernier recours, les victimes de détournement de fonds doivent épuiser tous les autres recours compensatoires avant de demander d'être dédommagées par le fonds. Cette exigence a pour effet d'accroître la difficulté de présentation d'une réclamation et d'allonger les délais de dédommagement.

Les Barreaux provinciaux disposent également du pouvoir d'imposer à leurs membres certains prélèvements visant à dédommager les victimes d'actes malhonnêtes de la part de leurs membres. Les dédommagements permis par de tels prélèvements tendent à présenter les mêmes inconvénients que ceux versés à partir des fonds de dédommagement des détournements: la longueur des délais et l'incertitude. Les fonds de dédommagement de dernier recours ne peuvent être justifiés par l'argument qu'ils encouragent les réclamants potentiels à faire preuve de diligence dans la prévention de la fraude car un client dispose de bien peu de moyens raisonnables d'empêcher son avocat de détourner des fonds en fiducie. La situation des prêteurs est quelque peu meilleure que celle des clients à cet égard; toutefois, les mesures dont ils peuvent se prévaloir visent principalement à détecter rapidement la fraude et non pas à l'empêcher de se produire.

Certaines victimes de fraude par abus de confiance peuvent être dédommagées en premier recours au moyen de l'assurance-responsabilité professionnelle des avocats et notaires. Les réclamants admissibles ont le droit de recevoir un dédommagement des assureurs de responsabilité professionnelle; ce dédommagement n'est pas discrétionnaire. Un tel dédommagement non discrétionnaire de premier recours est plus rapide et plus certain que le dédommagement discrétionnaire de dernier recours généralement offert par les Barreaux. Toutefois, ce ne sont pas toutes les victimes qui ont le droit de réclamer un dédommagement des assureurs de responsabilité professionnelle. Sauf en Ontario, les victimes de détournement de fonds par des juristes exerçant à titre individuel ne sont pas admissibles car les avocats et notaires ne peuvent s'assurer contre leurs propres actes frauduleux. Même en Ontario, où la protection est offerte aux juristes exerçant à titre individuel, cette protection est facultative.

Des moyens éventuels pouvant permettre d'élargir le dédommagement des victimes de fraude par abus de confiance seraient de prélever des frais sur les transactions immobilières. Comme c'est le cas en Ontario, de tels frais fixes par transaction serviraient à souscrire une assurance supplémentaire. Une telle stratégie aurait pour avantage d'offrir une couverture de premier recours à des gens qui ne peuvent actuellement se prévaloir du dédommagement au moyen de l'assurance-responsabilité professionnelle.

Une des mesures les plus évidentes de prévention de la fraude par abus de confiance serait de généraliser la pratique des chèques séparés. Au lieu d'émettre un seul chèque en fiducie duquel l'avocat du vendeur effectue les versements appropriés, l'acheteur émettrait un chèque à l'ordre de chacune des parties ayant un droit sur l'immeuble. L'avocat du vendeur n'aurait alors que peu de marge de manœuvre pour détourner les fonds. Bien qu'il importe de régler certains détails procéduraux afin de pouvoir généraliser la pratique des chèques séparés, il s'agirait là d'un moyen relativement simple, peu coûteux et efficace de prévenir la fraude par abus de confiance. *Les avocats de certains ressorts canadiens utilisent couramment la pratique des chèques séparés dans le transfert des immeubles et en apprécient le caractère pratique et l'efficacité.*

3.5 Assurance des titres

L'assurance des titres est une forme d'assurance privée protégeant contre divers types de perte associée à l'achat foncier, y compris plusieurs types de fraude. L'assurance des titres doit être souscrite au moment de l'achat de l'immeuble ou de l'obtention du droit sur ce dernier. Il n'existe aucune exigence juridique ou pratique de souscription d'assurance de titres; il s'agit d'une protection entièrement facultative pour le prêteur ou l'acheteur. L'assurance des titres est offerte partout au pays, y compris au Québec, mais sa pénétration du marché n'est significative que dans les régions urbaines de l'Ontario. L'assurance après achat contre la fraude pourrait en principe être offerte à titre de forme limitée d'assurance des titres contre la fraude, mais d'autres études devront être menées afin de déterminer si une telle protection est réaliste en regard des coûts.

L'assurance des titres offre une protection substantielle très efficace contre les types de fraude exposés dans le présent rapport. Toutes les victimes de fraude sur registre, propriétaires ou prêteurs hypothécaires, détiendraient une réclamation valide en vertu de leur police si elles avaient souscrit une assurance de titres. En particulier, l'assurance de titres offre une protection aux victimes immédiates de fraude par usurpation d'identité; elle offre une protection « immédiate » et non « différée ». L'assurance de titres protège également l'acheteur ou le prêteur assuré qui voit son droit prendre rang après l'hypothèque du vendeur de rang supérieur dans les cas de fraude par abus de confiance. Elle ne protège toutefois pas le vendeur assuré d'un immeuble dont l'avocat a violé son obligation d'utiliser l'argent de l'achat pour rembourser l'hypothèque du vendeur, car un tel abus de confiance n'a pas de conséquence directe sur le titre du vendeur.

L'assurance de titres ne couvre que la valeur du droit perdu dans l'immeuble. Il ne couvre pas les dommages punitifs contre le délinquant, les dommages moraux ni les dommages indirects. À cet égard, le dédommagement se rapproche de celui offert par un système de titres fonciers.

L'assurance des titres est également avantageuse sur le plan procédural. La victime assurée détient un droit direct envers l'assureur, et elle n'a nullement à poursuivre le délinquant. En d'autres termes, il s'agit d'un « fonds de premier recours ». Ce qui est tout aussi important, une réclamation enclenche l'obligation de l'assureur d'opposer une défense, ce qui emporte que tous les frais juridiques de la victime sont couverts. L'assureur est subrogé à l'égard du délinquant, un droit dont il peut ou non décider de se prévaloir, mais dans tous les cas, la victime n'a pas à assumer les frais juridiques.

Dans l'ensemble, la protection offerte par l'assurance des titres est bien supérieure à celle offerte par les systèmes de titres fonciers plus anciens qui prévoient l'inattaquabilité différée et un fonds de dernier recours, comme c'est le cas en Ontario. La protection contre la fraude sur registre se rapproche de celle offerte par les systèmes de titres fonciers plus modernes comme celui de la Saskatchewan et du Nouveau-Brunswick, mais l'assurance des titres a une portée plus large car elle protège également certaines parties des fraudes par abus de confiance.

Un assureur des titres peut contester la protection, par exemple s'il estime que la victime était de connivence avec le fraudeur. Dans un tel cas, il se peut que le réclamant doive poursuivre l'assureur pour obtenir dédommagement. Le cas est le même que dans un système de titres fonciers, même de premier recours, car le Directeur peut rejeter les réclamations s'il estime qu'elles ne sont pas fondées, auquel cas le réclamant doit interjeter appel de la décision devant un tribunal afin d'obtenir le dédommagement. Il n'existe aucune raison de croire qu'un assureur de titres est plus ou moins disposé à accueillir les réclamations qu'un Directeur dans un système de titres fonciers de premier recours, mais il peut exister certaines différences entre les compagnies et les Directeurs.

Outre le fait qu'elle n'est pas universelle, le seul véritable inconvénient de l'assurance des titres est son coût. Les coûts de l'assurance des titres sont d'environ 250\$ pour protéger à la fois le propriétaire et le prêteur dans une transaction donnée et de 200\$ si une seule partie décide de souscrire l'assurance. Il convient de faire remarquer que l'assurance des titres protège de bien d'autres problèmes que la fraude, et les réclamations pour fraude ne représentent qu'une faible proportion de toutes les réclamations. Ces montants ne peuvent donc être considérés comme un coût de protection contre la fraude exclusivement. Nous n'avons pas été en mesure d'analyser ce nombre afin de fournir une estimation du coût de protection contre la fraude seule.

Dans les systèmes d'enregistrement documentaire, comme au Québec, ou dans les systèmes de titres fonciers offrant une couverture moins complète, comme en Ontario, l'assurance des titres est une possibilité intéressante offerte aux propriétaires et aux prêteurs pour se protéger contre la fraude.

3.6 Conclusions

Bien que certaines affaires aient fait récemment beaucoup de bruit, la fraude dans le transport de titres ne semble pas avoir atteint des proportions endémiques au Canada. La tendance générale de la fraude sur titres observée dans le passé est que le nombre d'affaires est restreint mais que ces quelques cas causent des pertes considérables. Il est impossible d'affirmer si les affaires qui ont retenu l'attention récemment s'inscrivent dans la tendance observée ou si elles représentent le commencement d'une nouvelle tendance à la hausse des fraudes sur titre. L'incidence de la fraude pourrait augmenter dans le cas hypothétique où le crime organisé s'attaquerait systématiquement aux systèmes d'enregistrement foncier en planifiant des fraudes à une échelle jusqu'à maintenant inconnues.

Vu l'état actuel des technologies d'identification, il n'est pas économique actuellement d'empêcher la survenance de tout cas de fraude. Un moyen prometteur dans la prévention de la fraude par enregistrement de documents falsifiés qui n'est pas encore répandu est le système d'« avis d'enregistrement » utilisé en Saskatchewan. La technique des chèques séparés, qui n'est pas encore généralisée, semble constituer un moyen efficace de prévention de la fraude par abus de confiance.

Dans les cas où la fraude ne peut être empêchée, il importe d'en dédommager les victimes. Les systèmes d'enregistrement documentaire utilisés au Québec ne prévoient pas de tels dédommagements. Les systèmes cadastraux en vigueur dans la plupart des autres ressorts canadiens offrent certaines mesures de dédommagement à bon nombre de victimes de fraude sur registre, mais on note d'importantes différences en ce qui a trait au caractère suffisant de ces dédommagements. Dans les systèmes plus anciens, comme en Ontario, le nombre des victimes protégées est plus restreint et les obstacles procéduraux plus importants. Les systèmes plus récents, comme celui de la Saskatchewan et du Nouveau-Brunswick, offrent une protection plus complète et leur procédure est plus simple. De plus, la règle de droit particulière au Nouveau-Brunswick prévoyant qu'un propriétaire ne peut être dépossédé de son immeuble devrait être adoptée par les autres ressorts. Dans les systèmes d'enregistrement documentaire comme le Québec et dans les systèmes cadastraux offrant une couverture limitée comme l'Ontario, l'assurance des titres représente une solution intéressante.

4. Introduction

Le présent rapport traite de la fraude commise dans le cadre du processus de la vente et des hypothèques immobilières dans les systèmes de titres fonciers qui existent ou qui sont en voie d'être implantés dans toutes les provinces de *common law*, sauf à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador¹, ainsi que dans le système de transport de titres fonciers du Québec. Le présent rapport ne traite pas de tous les types de fraudes pouvant être commises dans le cadre de transactions immobilières, comme celles dans lesquelles la valeur de la propriété est gonflée, ou lorsque l'acheteur a l'intention d'utiliser la propriété à des fins criminelles. Il vise particulièrement la fraude dans le cadre du processus de la vente.

Nous nous penchons plus spécifiquement sur deux principaux types de fraude. Le premier type est l'enregistrement de documents falsifiés au registre. Le contrevenant procède normalement à l'enregistrement de documents falsifiés ayant pour effet de transférer l'immeuble en son nom, puis fait enregistrer une radiation forgée de toute hypothèque existante, obtient ensuite un nouveau prêt hypothécaire sur l'immeuble puis s'enfuit avec l'argent sans effectuer un seul paiement. L'affaire ontarienne Tesoro est un exemple de ce type de fraude.

Le second type de fraude dépend de la façon dont l'immeuble a été transféré. Dans une vente immobilière normale, le vendeur a contracté un emprunt hypothécaire et doit obtenir de l'argent afin de le rembourser. D'autre part, l'acheteur doit hypothéquer l'immeuble afin d'obtenir les fonds pour l'acheter. Le problème réside dans le fait qu'un seul immeuble ne peut garantir entièrement deux prêts hypothécaires en même temps. La solution habituelle est que la banque de l'acheteur² avance une somme d'argent à l'avocat du vendeur même si la banque du vendeur détient toujours une hypothèque, et l'avocat du vendeur « s'engage » ou promet d'utiliser la somme d'argent afin de radier l'hypothèque du vendeur. Habituellement, cette pratique fonctionne plutôt bien mais dans de rares cas l'avocat du vendeur ne tient pas sa promesse et s'enfuit avec l'argent, parfois en collusion avec le vendeur. Nous appellerons ce deuxième type de fraude la « fraude par abus de confiance ». Il n'implique pas la falsification de documents et ne dépend pas du registre³. L'affaire Wirick, qui s'est produite en Colombie-Britannique, est un exemple de ce type de fraude⁴.

Le présent rapport contient une description et une discussion sur les propositions visant à réduire les dommages causés par la fraude. Cela peut être fait de deux façons: en prévenant la fraude ou en souscrivant une assurance contre la fraude. Nous sommes d'avis que la meilleure protection consiste en la combinaison de la prévention de la fraude et de l'assurance. En principe, il serait possible d'éviter totalement la fraude, en prenant par exemple des mesures compliquées pour vérifier l'identité de toute personne qui est partie à une transaction immobilière. Toutefois, toute mesure qui permettrait d'éviter complètement la fraude serait très onéreuse et le coût serait

¹ Les lois pertinentes sont: en Colombie-Britannique, *The Land Title Act* R.S.B.C. 1996, c. 250; en Alberta, *The Land Titles Act* R.S.A. 2000, c. L-4; en Saskatchewan, *The Land Titles Act*, 2000 S.S. 2000, c. L-5.1; au Manitoba, *Loi sur les biens réels* C.P.L.M. c. R30; en Ontario, *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers* L.R.O. 1990, c. L5; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'enregistrement foncier* L.R.N.-B. 1973 c. L-1.1. Dans le présent rapport, toutes mentions des *Lois sur les titres fonciers* fait référence aux *Lois* précitées. La Nouvelle-Écosse a récemment débuté l'implantation d'un système de titres fonciers par la *Land Registration Act* S.N.S. c. 6 2001. Étant donné que le système en Nouvelle-Écosse est très récent, les dispositions de la *Loi* y applicables ne seront pas traitées en détail dans le présent rapport.

² Plusieurs types d'institutions prêteuses peuvent être impliquées dans le financement de l'achat d'une maison. À des fins de commodité, nous utiliserons le terme « banque » lorsque nous ferons référence à ces prêteurs institutionnels.

³ Le registre de titres officiel établi dans chaque système de titres fonciers est désigné par le terme « registre ». En anglais, on emploie selon la province le terme « register » (Nouveau-Brunswick, Ontario, C.-B. et Manitoba) ou « registry » (Saskatchewan).

⁴ L'affaire Wirick n'est pas tout à fait typique, car Wirick, l'avocat en cause, a agi en collusion avec le vendeur dans la quasi-totalité des gestes frauduleux, et Wirick a apparemment également enregistré des documents falsifiés.

intégré à chaque transaction, même celles qui sont tout à fait légitimes. Il serait moins coûteux de prendre des précautions qui seraient un peu moins efficaces et qui par conséquent ne permettraient pas d'éviter complètement la fraude, et de s'assurer contre les quelques cas éventuels de fraude. L'assurance diminue les dommages causés par la fraude en dédommageant la victime. Un système de dédommagement complet serait du point de vue de la victime aussi efficace que la prévention complète de la fraude, puisque la victime serait assurée pour l'ensemble de ses pertes. Par contre, comme c'est le cas d'une prévention complète de la fraude, une assurance complète serait également très onéreuse. Un système parfait devrait non seulement dédommager la victime pour l'argent volé par le contrevenant, mais également pour le désagrément d'avoir à soumettre une réclamation, pour le stress lié à la découverte qu'une fraude a été commise, et pour toute perte pouvant découler de la réduction de l'accès au crédit tant que la réclamation n'a pas été réglée, et ainsi de suite.

La prévention de la fraude et l'assurance contre la fraude ne sont pas des initiatives complètement différentes. Il y a des liens entre elles. Par exemple, il est important de reconnaître qu'un dédommagement efficace et rapide pourrait en fait permettre d'éviter une partie des dommages. Si le règlement d'une réclamation s'étend sur trois ans, le dommage résultant de la souffrance morale et de la perte de crédit peut être très important, mais si le règlement d'une réclamation peut être effectué en trois semaines, le stress et les désagréments seront beaucoup moins importants. Il est également important de reconnaître qu'il pourrait y avoir des effets pernicieux à la relation entre l'assurance contre la fraude et la prévention de celle-ci. Une partie à une transaction peut être en mesure de prendre des précautions afin d'éviter la fraude, par exemple en vérifiant l'identité du vendeur. Si cette personne est entièrement assurée contre toute perte, il se peut qu'elle soit moins diligente à se protéger puisqu'elle bénéficie d'une assurance en cas de perte. Plus l'assurance est parfaite – dans le remboursement immédiat de toutes les pertes – moins la personne sera portée à prendre les mesures nécessaires afin d'éviter la fraude dès le début.

En d'autres termes, il est possible de prévenir ou de réduire les dommages causés par la fraude, mais cela est coûteux. En fin de compte, ce coût est assumé par ceux qui achètent, vendent et hypothèquent leur terrain à même les frais payés lors de l'enregistrement ou les frais versés à une compagnie privée d'assurance des titres. Le secteur du prêt hypothécaire et le domaine juridique du transport des titres immobiliers sont tous deux très compétitifs quant aux prix. L'acheteur d'une maison assumera une grande partie de l'augmentation des coûts liée aux mesures établies afin de prévenir les fraudes, mais des pratiques plus efficaces lui permettront de réaliser des économies. Ainsi, les intérêts des différentes parties – sauf, bien sûr, le contrevenant – convergent en grande partie.

Plus particulièrement, il est faux d'affirmer que les propriétaires de maison veulent un système qui offre le meilleur dédommagement possible à une victime de fraude. Le propriétaire d'un immeuble qui est lui-même victime d'une fraude désire évidemment le meilleur dédommagement possible; toutefois, les propriétaires d'immeubles en tant que groupe veulent que le coût de l'achat de l'immeuble et celui des emprunts hypothécaires soit le plus faible possible. Il devra inévitablement y avoir compromis entre les différents objectifs des propriétaires d'immeubles en tant que groupe. Ainsi, nous croyons que le système le plus pratique serait de prévenir autant que possible la fraude à un coût raisonnable et d'obtenir la meilleure couverture d'assurance possible pour le reste à un coût raisonnable. Par conséquent, nous devons déterminer les modes les plus efficaces de prévention de la fraude, les modes d'assurance les plus efficaces, et la meilleure combinaison des deux.

La fraude sur registre et la fraude par abus de confiance sont très différentes en pratique et devraient faire l'objet d'un traitement différent. Une des plus importantes différences est que le système cadastral prévoit un dédommagement pour la plupart des victimes de fraude sur registre,

mais il n'offre aucune protection aux victimes de fraude par abus de confiance par l'avocat du vendeur. Par conséquent, le présent rapport traitera de ces deux types de fraude dans deux sections différentes. La partie 5 traite de la fraude sur registre, et plus particulièrement du fonctionnement du système cadastral, et la partie 6 traite de la fraude par abus de confiance. La partie 7 traite de l'assurance des titres comme solution à certains de ces problèmes.

5. Fraude sur registre

5.1 Introduction: c atégories de fraude sur registre

Les fraudes sur registre peuvent être divisées en deux catégories. La première catégorie est ce que nous appellerons « la fraude par falsification ». Ce type de fraude est habituellement commis par un voyou qui n'est pas connu des véritables propriétaires de l'immeuble. Le fraudeur⁵ choisit ses victimes au hasard ou parce qu'il a réussi à obtenir sur elles l'information dont il avait besoin. Le fraudeur falsifie tous les documents nécessaires dont il a besoin afin de se donner un titre libre, y compris le document de transfert qui est censé représenter une vente des propriétaires véritables au fraudeur, ainsi que toutes les pièces justificatives nécessaires, comme un affidavit d'un témoin à la signature falsifiée, qui est censé émaner d'un avocat qui a attesté que le vendeur a signé le transfert devant lui. Ensuite, le contrevenant enregistre lui-même ses documents en se présentant tout simplement aux bureaux du registre compétent. Puisque les coûts associés à la vérification des signatures seraient exorbitants, les employés du registre ne vérifient pas les signatures mais seulement la forme du document. Le cas échéant, le lot est transféré au nom du fraudeur et le registre indique ensuite que le fraudeur est le nouveau propriétaire de l'immeuble. Tout cela se produit alors que le propriétaire véritable demeure toujours dans l'immeuble. Ensuite, le contrevenant accorde habituellement à un tiers une hypothèque sur l'immeuble, habituellement une banque ou une autre institution prêteuse. Si l'immeuble est vacant, le fraudeur s'arrangera parfois pour obtenir l'accès à la maison afin de permettre au prêteur d'effectuer une évaluation⁶. Toutefois, il arrive beaucoup plus fréquemment que le contrevenant tente d'obtenir un prêt à faible rapport prêt-valeur de façon à ce qu'une évaluation « superficielle » suffise à convaincre le prêteur que l'immeuble est d'une valeur suffisante⁷. Parfois, il vendra l'immeuble à un acheteur peu méfiant. Il arrive beaucoup plus fréquemment que le contrevenant obtienne un prêt hypothécaire, car très peu d'acheteurs sont disposés à acheter une maison sans y avoir pénétré, alors que de nombreuses banques sont disposées à octroyer des prêts sur la foi d'une évaluation « superficielle » si le montant du prêt est relativement peu élevé par rapport à la valeur de l'immeuble. Dans les deux cas, le contrevenant s'enfuira ensuite avec les produits du prêt hypothécaire. On retrouve un exemple de ce type de fraude dans l'affaire Tesoro, qui s'est produite en Ontario. Dans cette affaire, Emanuele Tesoro a commis ce type de fraude à l'égard de cinq immeubles différents situés à Toronto. Pour plus de commodité, nous désignerons ce type de fraude par l'expression « fraude sur registre », puisqu'il s'agit de l'enregistrement de documents qui ont été falsifiés ou qui sont autrement nuls.

Dans la seconde catégorie de fraude, la fraude par usurpation d'identité, le contrevenant se fait passer pour le propriétaire. La partie ayant un droit sur l'immeuble, la banque ou l'acheteur éventuel, croit qu'elle traite avec la personne qui est indiquée sur le registre; à titre de propriétaire mais, en fait, elle traite avec quelqu'un d'autre. Il arrive fréquemment que la victime connaisse le contrevenant. Par exemple, dans une affaire importante qui s'est produite en Saskatchewan, un couple marié, Valerie Joan Schmidt et Edward Roy Schmidt, était conjointement propriétaires de

⁵ L'utilisation du genre masculin a été adoptée pour désigner le fraudeur car d'après les cas de fraude rapportés dans les nouvelles ceux-ci sont presque invariablement commis par un homme.

⁶ Si l'immeuble est vacant et est à vendre sur le marché, le fraudeur peut agir en collusion avec l'agent immobilier ou se faire passer pour un agent immobilier afin d'avoir accès au coffret garde-clés.

⁷ Si le prêteur exige une évaluation complète, le fraudeur trouve habituellement une histoire plausible pour expliquer la raison pour laquelle il préfère que l'évaluateur n'entre pas dans l'immeuble. Il pourrait dire, par exemple, que l'immeuble est loué et qu'il ne veut pas déranger les locataires.

l'immeuble en question⁸. Le couple s'était divorcé mais l'immeuble est demeuré en leurs noms. Edward Schmidt a procédé à la vente de l'immeuble à M. Ralph Martin. Afin d'éviter de partager les produits de la vente avec son ex-épouse, il a été assisté d'une femme qui s'est fait passer pour son ex-épouse et qui a signé le transfert en son nom. Dans ces cas, il arrive plus fréquemment que l'on cherche à vendre l'immeuble et non à obtenir un emprunt hypothécaire, car il se peut que le conjoint qui commet la fraude demeure toujours dans l'immeuble.

Dans d'autres cas, l'imposteur est un escroc professionnel inconnu des victimes⁹. En vérifiant les registres publics ou par d'autres moyens, le fraudeur choisit un immeuble qui n'est pas grevé d'une hypothèque (les propriétaires actuels ont remboursé tout prêt hypothécaire et détiennent l'immeuble en propre). Le fraudeur obtiendra ensuite un prêt hypothécaire en usurpant l'identité du propriétaire, utilisant dans la plupart des cas des pièces d'identité falsifiées. D'un point de vue juridique, ces deux catégories de fraude sont identiques puisqu'il s'agit, dans les deux cas, de l'usurpation de l'identité du propriétaire véritable.

Ainsi, la fraude peut être commise dans divers contextes: il se peut que le contrevenant soit totalement inconnu de la victime, mais également que la victime et le contrevenant se connaissent intimement. Toutefois, du point de vue juridique, il importe peu que, dans les cas de fraude par usurpation d'identité, mais non dans les cas de fraude par falsification, le contrevenant connaisse habituellement la victime, puisqu'il ne s'agit ici que d'exemples typiques. La principale différence est que, dans le cas de fraude par falsification, la personne avec laquelle traite la banque ou l'acheteur innocent est en fait celle qui apparaît comme propriétaire sur le registre, même si cet enregistrement a été effectué en fraude; alors que dans le cas d'une fraude par usurpation d'identité, la banque (ou l'acheteur) traite avec une personne qui n'est pas le propriétaire enregistré au registre. L'importance de cette distinction est décrite en détails à la section 5.5.

Tant dans les cas de fraude par falsification que dans les cas de fraude par usurpation d'identité, la modification au registre des titres nuit au propriétaire initial de l'immeuble, sans qu'il y ait consenti ou qu'il en ait même eu connaissance. Dans un arrêt récent, un tribunal décrit les faits comme suit:

En juin 1995, les demandeurs (les « Durrani ») ont acheté une tondeuse à gazon. Lors de la vérification de crédit d'usage, ils ont été abasourdis d'apprendre qu'un important jugement avait été enregistré sur le titre de leur propriété située à 1, Gilroy Drive, Scarborough, Ontario, en vertu de la Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers, L.R.O. 1990, c. L.5 (la « Loi »). Ce fut le début de ce qu'on pourrait décrire comme un cauchemar pour les Durrani. Ils ont appris que, à la suite d'une fraude commise à leur égard par une personne qu'ils n'avaient jamais rencontrée, leur maison avait été vendue à leur insu à la suite d'une série de transactions, dont l'enregistrement d'une hypothèque sur leur maison au nom de la Banque Royale du Canada (la « Banque »)¹⁰.

Qu'arrive-t-il dans de tels cas? La banque détient-elle une hypothèque valide? Les Durrani doivent-ils rembourser le prêt hypothécaire? Ont-ils droit à un dédommagement? Si l'hypothèque de la banque n'est pas valide, a-t-elle droit à une compensation? Bref, qui obtient

⁸ *Registrar, Regina Land Registration District c. Hermanson*, (1986) 33 D.L.R. (4th) 12. (M^{me} Schmidt s'était remariée et avait pris le nom de Hermanson au moment où cet arrêt a été entendu.)

⁹ Voir par exemple l'affaire albertaine, *Beneficial Realty Ltd. c. Bae* (1996) 182 A.R. 356. Les propriétaires de la maison ignoraient tout de la fraude jusqu'à ce qu'ils reçoivent un avis de saisie du prêteur dont ils n'ont tout simplement pas tenu compte. Puisqu'ils n'avaient jamais traité avec le prêteur, ils ont présumé que l'avis était dû à une simple erreur.

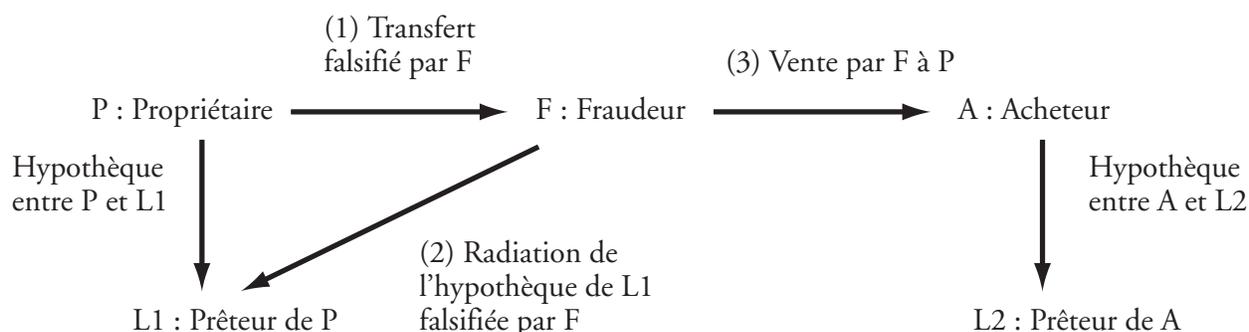
¹⁰ *Durrani c. Augier* (2000) 50 O.R. (3d) 353, 000 (C.S.J.)

l'argent et qui hérite des problèmes? Ces questions sont au cœur tant de la prévention que du dédommagement pour cause de fraude dans un système de titres fonciers.

Pour être en mesure de répondre à ces questions, nous devons comprendre les systèmes juridiques qui régissent la propriété immobilière. Tous les systèmes juridiques canadiens régissant la propriété immobilière dépendent de l'enregistrement de documents relatifs à la propriété au registre des droits fonciers. Toutefois, il y a des différences importantes entre les systèmes à l'égard de l'effet de l'enregistrement. Il y a deux catégories principales: les systèmes de garantie des titres et les systèmes d'enregistrement documentaire. Dans un système de garantie des titres, le titre est garanti par l'enregistrement d'un document de transfert de titre auprès d'un bureau d'enregistrement des titres fonciers établi en vertu de la loi. Cela signifie que toute partie à une transaction peut se fier à l'inscription du propriétaire au bureau d'enregistrement des titres fonciers; si cette personne subit un préjudice en raison de cette inscription, elle a droit à un dédommagement. Par exemple, si un document falsifié a été enregistré, les parties à une transaction immobilière peuvent se fier à l'inscription du propriétaire indiqué dans le document falsifié. Bien que les détails diffèrent de façon importante selon les ressorts, ce type de système « de titres fonciers » existe ou est en voie d'être implanté dans tous les ressorts canadiens sauf au Québec, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador. En revanche, dans un système d'enregistrement documentaire, l'enregistrement d'un document ne garantit pas sa validité. Un document falsifié n'a pas plus d'effet s'il est enregistré que s'il n'est pas enregistré; c'est-à-dire qu'il n'a aucun effet dans les deux cas. Le seul effet de l'enregistrement est que, s'il existe deux documents dont l'un est enregistré et est valide, et l'autre n'est pas enregistré et est également valide, le document enregistré a préséance. L'objectif d'un système d'enregistrement documentaire est de s'assurer que tous les documents relatifs à la propriété immobilière soient disponibles au public pour vérification. Il appartient aux personnes impliquées dans les transactions immobilières de vérifier les documents et de décider si ceux-ci sont valides et exécutoires. Bien qu'il y ait des différences importantes dans les détails selon les ressorts, ce type de système d'enregistrement documentaire existait en Ontario et dans tous les ressorts canadiens à l'est de cette province. Les provinces de l'Ontario, du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse sont en voie de se convertir à un système de titres fonciers. Le Québec, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador ont des systèmes d'enregistrement documentaire et ne prévoient pas actuellement se convertir à un système de titres fonciers.

Considérons les conséquences différentes de ces systèmes en cas de fraude. Supposons que P est propriétaire d'un immeuble. F, un fraudeur, falsifie un transfert de P à F. F enregistre le document falsifié de façon à ce qu'il soit maintenant indiqué que F est propriétaire de l'immeuble. F vend ensuite l'immeuble à A et signe un acte de vente de F à A lequel document est enregistré par A. A croit en toute bonne foi que F est propriétaire de l'immeuble. (La même analyse s'appliquerait si F avait demandé un prêt hypothécaire auprès d'un prêteur, L, plutôt que de vendre l'immeuble à A. L et A se retrouveraient dans la même position.)

Fraude par falsification (1)



P est propriétaire de l'immeuble et a un prêt hypothécaire auprès de son prêteur, L1.

Étape 1 : Le fraudeur, F, falsifie un transfert du propriétaire, P, à lui-même.

Étape 2 : F falsifie une radiation de l'hypothèque de L1 et l'enregistre.

Résultat après l'étape 2 : F apparaît comme le propriétaire en propre de l'immeuble au registre des droits immobiliers.

Étape 3 : F vend l'immeuble à un acheteur sans méfiance, A.

La fraude est maintenant complétée et F s'enfuit avec l'argent.

Si A n'a pas effectué l'achat avec de l'argent comptant, A aura financé l'argent avec un prêt sur l'immeuble auprès de L2. Cela n'est pas nécessaire à la fraude.

Comme nous l'avons noté précédemment, en vertu d'un système d'enregistrement documentaire, comme au Québec, l'enregistrement d'un transfert ou d'une hypothèque au bureau du registre n'a aucune incidence sur la validité du document. Si le document est falsifié, il n'a aucun effet qu'il soit ou non enregistré. Nous pouvons résumer le principe de base par l'expression « on ne peut donner ce qu'on n'a pas » – en droit, l'expression latine « *nemo dat quod non habet* ». Tout document falsifié, comme le prétendu transfert de P à F, est nul et sans effet. Puisque F ne détient aucun droit sur l'immeuble, il n'a rien à donner à A. Ainsi, même si A croyait de bonne foi que F était propriétaire de l'immeuble, et qu'il a payé la totalité du montant à F, F n'avait rien à donner et A ne reçoit rien en contrepartie. P demeure le propriétaire de l'immeuble à condition que P puisse prouver que l'acte a été falsifié. A peut poursuivre F, mais il est fort probable que cela soit en vain puisqu'il est généralement impossible d'exécuter un jugement contre le contrevenant (car il n'a habituellement pas suffisamment d'argent pour satisfaire la demande). A pourrait avoir une réclamation contre son avocat si celui-ci a fait preuve de négligence. Dans le cas d'une fraude par usurpation d'identité, en particulier, si A a acheté directement de F, en croyant qu'il était P, le véritable propriétaire, et si l'avocat de A a été négligent en faisant défaut de vérifier l'identité de « P » de manière adéquate, A aurait une réclamation contre son avocat pour le montant de sa perte¹¹. Toutefois, cela n'est pas toujours une solution au problème de A puisque A peut être victime d'une fraude sans aucune négligence de la part de son avocat. Dans le cas d'une fraude par falsification, il est habituellement impossible de déceler, à partir de la seule documentation (qui est la seule chose que l'avocat peut raisonnablement vérifier), que l'acte de vente entre P et F était un document falsifié. Même dans le cas d'une fraude par usurpation d'identité, l'avocat pourrait ne pas avoir fait preuve de négligence si, par exemple, le fraudeur possédait des pièces d'identité

¹¹ Ce sujet est traité plus en profondeur dans la section 5.5.

appropriées qui étaient également falsifiées¹². De plus, si la falsification a eu lieu plus tôt dans la « chaîne de titre », il serait impossible de découvrir la fraude en demandant des pièces d'identité du vendeur.

Par conséquent, dans un système d'enregistrement documentaire, la victime d'une fraude ne disposera dans bien des cas d'aucun recours contre le système d'enregistrement foncier. Le véritable propriétaire conserve la propriété, il ne subit donc aucun préjudice. L'acheteur n'acquiert aucun droit sur l'immeuble et le fraudeur s'enfuit avec la totalité ou une partie de son argent. Dans de telles circonstances, la victime de la fraude peut bénéficier d'une protection à l'extérieur du système d'enregistrement foncier si elle a choisi de souscrire une assurance des titres¹³.

En résumé, au Québec, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador, la victime de fraude par usurpation d'identité dispose parfois d'un recours en négligence contre son avocat (traité à la section 5.5), mais, sauf un tel recours, la victime ne bénéficiera d'aucune protection à moins qu'elle ait souscrit une assurance des titres sur son immeuble (voir la section 6).

5.2 Fraude par falsification

Le fonctionnement d'un système de garantie des titres ou d'un système « de titres fonciers » est très différent. Le principe de base veut qu'un acheteur de bonne foi puisse se fier au registre. Dans un système d'enregistrement documentaire, c'est la chaîne des actes de vente successifs qui établit la propriété; chaque document faisant partie de cette chaîne doit être valide. Dans un système de titres fonciers, c'est le registre des titres fonciers qui établit la propriété. En d'autres termes, le propriétaire d'une parcelle de terrain est celui dont le nom figure au registre¹⁴. C'est ce qu'on appelle « l'inattaquabilité du titre ». Les actes ne sont que des éléments de preuve sur lesquelles le registraire des titres immobiliers¹⁵, un officier public, s'appuie pour modifier le registre. Ce principe n'est pas absolu, et un faussaire ne peut obtenir un titre valide en enregistrant un document falsifié. Ainsi, une loi sur l'enregistrement des titres immobiliers prévoit de façon générale qu'un propriétaire enregistré détient un titre libre et quitte de tous droits, « sauf lorsqu'un propriétaire enregistré a acquis le titre en participant à une fraude ou en s'associant en vue de commettre une fraude ». Dans notre exemple, si F enregistre un acte falsifié en vertu du système de titres fonciers et que le registre est modifié afin d'indiquer F à titre de propriétaire, P demeure le propriétaire véritable puisque F a acquis le titre en participant à une fraude. Si la fraude est découverte en temps opportun, le registre sera corrigé ou rectifié et le nom de F sera supprimé et remplacé par celui de P comme propriétaire. La règle est la même que celle qui s'appliquerait dans un système d'enregistrement documentaire.

Par contre, la situation est très différente lorsque F vend à A et que le titre de A est enregistré. Puisque dans notre exemple A croit sincèrement que F est le propriétaire véritable, et que A a payé la pleine valeur de l'immeuble, A est maintenant le propriétaire véritable en vertu du système de titres fonciers car il figure à ce titre dans le registre et il n'a pas participé à une fraude ni ne s'est associé en vue d'en commettre une. Comme A n'aurait rien pu faire pour se protéger, le principe selon lequel une personne innocente peut se fier au registre emporte que ses droits sont valides. (Tous les systèmes de titres fonciers ne fonctionnent pas exactement de la même façon – la section

¹² Il y a également eu des cas où le fraudeur avait un lien de parenté avec le propriétaire véritable et avait un nom très similaire ou le même nom.

¹³ De plus amples détails sont fournis dans la section 6.

¹⁴ Par exemple, l'article 13(1)(a) de la *Land Titles Act* de la Saskatchewan prévoit que [TRADUCTION] « Lorsque le registraire émet un titre... le propriétaire enregistré détient le titre libre de tous droits » sauf les droits enregistrés et ceux qui figurent au registre, les exceptions et les réserves, et sauf lorsqu'un propriétaire enregistré a acquis le titre en participant à une fraude ou en s'associant en vue de commettre une fraude.

¹⁵ Dans certains ressorts, le titre est « directeur des titres immobiliers ». Dans le présent rapport, nous n'utiliserons que le terme « registraire » pour des fins de commodité.

5.6, ci-dessous, traite du système en vigueur au Nouveau-Brunswick – mais, pour illustrer le principe, nous avons choisi le système le plus répandu.)

Ainsi, dans un système d'enregistrement documentaire, P obtient l'immeuble, alors qu'en vertu du système cadastral standard, A obtient l'immeuble¹⁶. Cependant, il existe une autre différence entre le système d'enregistrement et le système cadastral, soit la possibilité pour la victime d'une fraude d'obtenir un dédommagement. Afin que les gens puissent se fier au registre, ceux qui subissent une perte en raison du fonctionnement du système cadastral ont le droit d'obtenir un dédommagement du système cadastral. Dans notre exemple, A obtiendrait l'immeuble – et, en principe, aurait droit de demander à P de libérer les lieux – mais P recevrait un dédommagement pour la perte de son immeuble. Il est intéressant de comparer ce système au système d'enregistrement où P conserve son immeuble mais A, qui est tout aussi innocent que P, ne reçoit absolument rien.

Fraude par falsification (1) – L'immeuble a été vendu par F	
Partie	Résultat
Propriétaire initial (P)	P n'est plus propriétaire de l'immeuble. A peut insister pour que P déménage. P doit toujours un solde de prêt hypothécaire à L1. P a droit à un dédommagement du fonds d'assurance des titres fonciers équivalant à la valeur de l'immeuble.
Banque du propriétaire initial (L1)	L1 ne détient plus une hypothèque valide sur l'immeuble. L1 détient toujours une créance hypothécaire à l'égard de P, mais si P ne possède pas d'actifs importants à part l'immeuble, L1 peut ne pas être en mesure de recouvrer son argent.
Acheteur (A)	A est propriétaire de l'immeuble. A ne doit rien à P. Le prêteur de A, L2 (s'il y en a un) détient une hypothèque valide sur l'immeuble qui garantit le prêt à A. A est entièrement protégé.
Prêteur de l'acheteur du fraudeur (L2)	L2 détient une hypothèque valide sur l'immeuble. L2 est entièrement protégé.

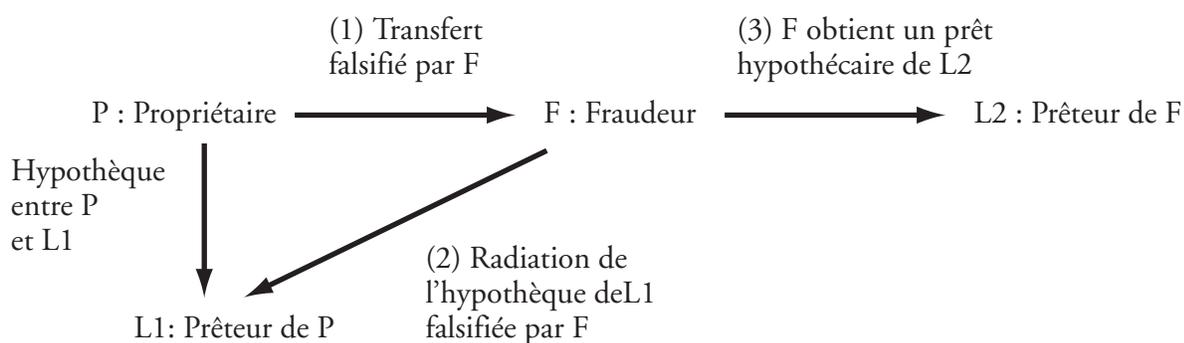
Pour compléter notre exemple, il est important de noter qu'une hypothèque comporte deux parties: il s'agit d'un prêt à l'emprunteur par le prêteur avec une promesse de rembourser; elle constitue également une charge sur l'immeuble afin de garantir le remboursement du prêt et en cas de défaut le prêteur a le droit de vendre la maison et d'utiliser le produit de la vente afin de rembourser le prêt. La dette n'est pas reliée à la charge sur la maison. Si l'emprunteur fait défaut de rembourser le prêt, le prêteur a le choix de poursuivre l'emprunteur afin de recouvrer le

¹⁶ Cette règle générale comporte certaines exceptions: voir la section 5.6 ci-dessous pour une discussion sur les règles applicables au Nouveau-Brunswick.

montant de la dette ou de vendre l'immeuble et d'appliquer les produits de cette vente au remboursement de la dette. Si le prix de vente de l'immeuble n'est pas assez élevé pour couvrir la totalité de la dette, le prêteur a le droit de poursuivre l'emprunteur pour la différence (le « déficit »). Cela signifie que, même si P n'est plus propriétaire de l'immeuble et que le prêteur de P, L1, ne détient plus une hypothèque valide sur l'immeuble, il a toujours l'obligation de rembourser le prêt dû à L1. La fraude n'a pas pour effet de libérer P de sa dette envers L1, elle a simplement pour effet de transformer la dette qui était « garantie » (c'est-à-dire que L1 peut vendre l'immeuble lui-même afin de rembourser la dette), en dette « non garantie ». Toutefois, il existe des processus pour permettre à L1 de recouvrer une créance non garantie et celle-ci consiste essentiellement à vendre tout autre actif que P peut posséder si P ne rembourse pas le prêt dû à L1. Cela signifie que P doit compter sur le dédommagement provenant du fonds d'assurance des titres fonciers afin de rembourser le prêt dû à son prêteur, L1.

Bien que cet exemple illustre le fonctionnement du système de titres fonciers, en pratique, il ne s'agit pas d'un scénario courant. Au lieu de vendre la maison à un acheteur innocent, A, le fraudeur tentera presque toujours d'obtenir un prêt hypothécaire directement auprès d'un prêteur. Cela s'explique par le fait qu'il est très peu fréquent qu'un acheteur achète une maison sans l'avoir visitée mais qu'il est plus fréquent qu'un prêteur accorde un prêt hypothécaire sur la foi d'une évaluation « superficielle » si le montant du prêt est relativement faible par rapport à la valeur de l'immeuble. Ce scénario est illustré dans le tableau intitulé « Fraude par falsification (2) » et est résumé dans le tableau ci-dessous.

Fraude par falsification (2)



D'un point de vue juridique, cet exemple est très similaire au scénario dans lequel le fraudeur vend l'immeuble à un acheteur innocent. Le prêteur peut se fier au registre, qui indique que F est le propriétaire de l'immeuble, libre de toute autre hypothèque. Le prêteur vérifie que F est effectivement la personne qui figure au registre comme propriétaire. Ensuite, le prêteur prête l'argent et enregistre son droit de bonne foi. Sur le plan juridique, L2 se retrouve exactement dans la même position que A. Le registre sera corrigé ou rectifié de manière à indiquer P à titre de propriétaire, puisqu'un fraudeur ne peut obtenir un droit valide au moyen de la falsification. Cependant, puisque L2 a traité avec une personne qui figure au registre comme étant le propriétaire, L2 a un droit valide sur l'immeuble soit, en l'espèce, une hypothèque. L2 a prêté une somme d'argent à F mais F a disparu ou a dépensé ou transféré les fonds à l'extérieur du pays, alors L2 ne peut recouvrer l'argent de F. P n'a emprunté aucune somme d'argent de L2; P n'a donc aucune dette envers L2. Toutefois, L2 détient une hypothèque valide sur la maison de P.

Fraude par falsification (2) – L'immeuble est hypothéqué par F	
Partie	Résultat
Propriétaire initial (P)	<p>P est propriétaire de l'immeuble.</p> <p>P a toujours une dette hypothécaire envers L1.</p> <p>L2 détient une hypothèque valide sur l'immeuble en contrepartie de la somme prêtée à F.</p> <p>L2 peut saisir et vendre l'immeuble, obligeant P à déménager, sauf si A insiste pour que P déménage à moins que P ne rembourse le prêt hypothécaire de F.</p> <p>P a droit à un dédommagement du fonds d'assurance des titres fonciers équivalant au montant requis pour rembourser le prêt hypothécaire octroyé par L2.</p>
Banque du propriétaire initial (L1)	<p>L1 détient une hypothèque valide sur l'immeuble mais son hypothèque est au deuxième rang après l'hypothèque de L2, et non au premier rang. Si la valeur de l'immeuble est inférieure à la valeur totale des deux prêts hypothécaires, la valeur de l'hypothèque de L1 est diminuée. L1 a droit d'exiger de P les produits du prêt hypothécaire restant une fois la première hypothèque satisfaite mais, si P ne possède que peu d'avoirs à part l'immeuble, L1 pourrait avoir de la difficulté à recouvrer son prêt.</p>
Prêteur du fraudeur (L2)	<p>L2 détient une hypothèque valide sur l'immeuble qui garantit un prêt accordé à F. L2 peut vendre l'immeuble de P afin de récupérer le prêt accordé à F.</p>

En définitive, si P ne rembourse pas la dette de F envers L2, L2 peut vendre la maison de P afin de rembourser le prêt. De plus, bien que l'hypothèque de P accordée à son prêteur, L1, ait été frauduleusement radiée, l'hypothèque est toujours valide. L'enregistrement peut être rétabli, mais l'hypothèque occupera le deuxième rang après celle de L2; et P doit toujours rembourser le prêt hypothécaire à L1. Si P ne rembourse pas le prêt à L2, celui-ci peut vendre la maison de P et P devra tout de même rembourser le prêt de L1¹⁷. P a évidemment droit au dédommagement du fonds d'assurance, comme dans l'exemple précédent. Cela signifie, en principe, que P peut recouvrer les sommes du fonds d'assurance et utiliser cet argent pour rembourser L2, afin que toutes les parties retrouvent leur position initiale, comme dans l'exemple précédent.

¹⁷ En d'autres termes, puisque P est toujours le propriétaire, et qu'il existe une entente hypothécaire entre L1 et P, L1 peut re-enregistrer son hypothèque mais elle sera au second rang après l'hypothèque de L2. Cela signifie que L2 aura un droit de premier rang sur la maison mais que L1 aura droit au reliquat éventuel une fois l'hypothèque de L2 remboursée.

5.3 Procédures relatives au dédommagement

5.3.1 Introduction

L'objectif d'un système de titres fonciers est de simplifier la vente immobilière et les hypothèques en établissant le registre comme source d'information officielle sur les titres. Dans un système d'enregistrement documentaire, chaque document faisant partie de la « chaîne de titre » doit être vérifié à chaque fois qu'un immeuble est vendu ou grevé d'une hypothèque. En revanche, dans un système de titres fonciers, l'acheteur ou la banque n'ont qu'à vérifier le titre de propriété enregistré. Ils ne doivent vérifier aucun autre document afin de déterminer la propriété. Il en résulte que, dans la majorité des cas, le système de titres fonciers est conçu pour réduire le coût de vendre et d'hypothéquer un immeuble. Toutefois, comme nous l'avons constaté, cela signifie également que, dans un système de titres fonciers, un propriétaire pourrait se réveiller un matin et découvrir qu'il n'est plus propriétaire de la maison dans laquelle il réside. Ce résultat semble, au premier abord, plutôt radical, et les avantages peu intéressants: d'u ne part, vous épargnez quelques dollars sur la vente de votre maison, d'autre part, vous risquez de tout perdre. Voilà pourquoi le principe de l'assurance est si important dans un système de titres fonciers. L'avantage que présente le système de titres foncier est que, si votre immeuble est vendu à votre insu dans des circonstances où vous ne pouvez la récupérer, vous aurez droit à un dédommagement pour les pertes subies¹⁸.

Une procédure de dédommagement expéditive permet de réduire considérablement le préjudice. Lorsqu'un fraudeur a transféré le titre à son nom et a ensuite hypothéqué la maison, même après que le titre ait été rectifié et réenregistré au nom du propriétaire véritable, la banque détiendra une hypothèque valide et aura le droit de prendre la maison en paiement¹⁹ si le prêt hypothécaire n'est pas remboursé. Toutefois, la banque ne veut pas prendre l'immeuble en paiement; elle préfère recevoir de l'argent. Si la procédure de dédommagement du propriétaire est expéditive, la banque sera disposée à attendre d'être payée à même les produits du versement du fonds d'assurance au propriétaire plutôt que d'exercer une prise en paiement. En effet, les banques semblent davantage disposées à attendre que le propriétaire présente une réclamation au fonds d'assurance qu'à exercer une prise en paiement, même lorsque ce processus est très long. Cependant, même lorsque la banque choisit de ne pas prendre l'immeuble en paiement, elle a le droit de le faire lorsque la période de rachat habituelle est expirée²⁰. Un système qui prévoit des délais et qui dépend d'une abstention de la part de la banque ajoute au stress subi par le propriétaire. Au surplus, même si la banque ne procède pas à la prise en paiement, l'hypothèque,

¹⁸ Traditionnellement, le dédommagement était payé à même un « fonds d'assurance » spécial des titres fonciers, dont les fonds provenaient du versement d'une portion des frais d'enregistrement. Actuellement, selon les ressorts, le fonds d'assurance est entièrement financé par le fonds consolidé provincial et, dans certains cas, il n'existe aucun fonds d'assurance et le dédommagement est payé directement à même le fonds consolidé ou les revenus de la société d'État qui est responsable de l'administration de la *Loi sur l'enregistrement des titres immobiliers*. La question du financement sera traitée plus en détail dans la section 5.8.1. Pour plus de commodité, nous parlons parfois de dédommagement « à même le fonds d'assurance » en faisant référence au dédommagement accordé en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des titres immobiliers*, mais le lecteur est avisé que dans les ressorts qui n'ont pas de fonds séparé, nous entendons simplement le dédommagement accordé en vertu des règles relatives au système de titres fonciers.

¹⁹ L'expression « exercice d'un droit hypothécaire », au sens large, signifie tout type de procédure pour faire valoir un droit hypothécaire dans le cadre de laquelle le propriétaire original perd le titre de propriété au bénéfice du prêteur hypothécaire. Au sens strictement juridique, l'expression « prise en paiement » est une procédure particulière d'exercice d'un droit hypothécaire. Il arrive plus fréquemment que le prêteur fasse valoir son droit hypothécaire en exerçant son pouvoir de vente qui, du point de vue technique, diffère de la prise en paiement. En effet, la « prise en paiement », au sens technique, n'existe pas dans plusieurs ressorts. Dans le présent rapport, l'expression « prise en paiement » est utilisée dans un sens large, soit pour désigner tout type de procédure pour faire valoir un droit hypothécaire.

²⁰ Voir par exemple l'arrêt *Toronto-Dominion Bank c. Jiang* (2003) 63 O.R. (3d) 764 (C.S.J. Ont.) pour un exemple récent où la Cour a conclu que la banque avait le droit de vendre l'immeuble dont le propriétaire initial avait la possession afin de rembourser un prêt hypothécaire qui avait été octroyé à un faussaire. Toutefois, au Nouveau-Brunswick, si le propriétaire habite dans l'immeuble, la banque n'aura pas droit à la prise en paiement mais aura seulement à un dédommagement du fonds d'assurance: voir la section 5.6.

même si elle a été obtenue de façon frauduleuse, demeure valide jusqu'à ce que le prêteur soit remboursé. Ainsi, le propriétaire ne peut entre-temps vendre sa maison dans le cas par exemple où il accepterait un nouvel emploi dans une autre ville. Le propriétaire ne peut non plus faire refinancer son prêt hypothécaire ni utiliser l'immeuble pour garantir une ligne de crédit. Même s'il n'est pas évincé, la liberté du propriétaire d'user de son immeuble est grandement réduite jusqu'à ce que la réclamation auprès du fonds d'assurance soit réglée. Par conséquent, il est de la plus haute importance pour la victime d'une fraude que la procédure de dédommagement soit expéditive.

5.3.2 Fonds d'assurance de dernier recours ou de premier recours

Dans tous les ressorts à système de titres fonciers, la première étape qu'une victime de fraude doit entreprendre est de tenter de récupérer l'immeuble. Dans certains cas, selon le ressort et la nature de la fraude, le propriétaire initial de l'immeuble peut avoir le droit de demander que le registre soit « rectifié » afin d'indiquer qu'il est le propriétaire de l'immeuble et qu'il possède un titre libre²¹. Une victime qui a le droit de récupérer son terrain et de faire rectifier son titre auprès du registre afin d'être indiquée comme propriétaire véritable doit prendre ces mesures; elle ne peut demander un dédommagement du fonds. Habituellement, cette exigence ne pose pas problème puisque le propriétaire véritable désire habituellement récupérer son immeuble, et cette exigence permet d'éviter certaines difficultés qui pourraient autrement être liées à l'évaluation de l'immeuble.

Lorsque la victime ne peut réclamer l'immeuble, elle peut généralement faire une réclamation auprès du fonds d'assurance des titres immobiliers. Toutefois, il n'est pas toujours simple de présenter une telle réclamation.

Dans certains ressorts, le fonds d'assurance est un fonds de dernier recours. Même lorsque la victime ne peut récupérer l'immeuble, elle doit épuiser tous les autres recours avant de présenter une demande de dédommagement au fonds. Plus particulièrement, la victime doit tenter de recouvrer les sommes d'argent du contrevenant avant de s'adresser au fonds d'assurance.

En Alberta, la victime d'une fraude doit poursuivre le contrevenant et le registraire à titre de mis en cause²² et la victime ne peut présenter une réclamation au fonds d'assurance jusqu'à ce que le tribunal certifie que l'argent ne peut être récupéré du contrevenant²³. Le système ontarien est similaire car il est également un fonds de dernier recours, mais il comporte ses particularités propres. Une personne ayant été dépossédée illégalement de son immeuble doit d'abord poursuivre le contrevenant²⁴, mais il n'est pas nécessaire de mettre en cause le registraire dans la poursuite initiale contre le contrevenant. Si la victime ne peut obtenir compensation du contrevenant, elle peut faire une demande auprès du directeur des titres fonciers pour obtenir un

²¹ Pour des exemples de cas où il est possible de récupérer l'immeuble, voir l'exposé sur les systèmes dits « d'inattaquabilité différée » à la section 5.5 ci-dessous et celui sur le système du Nouveau-Brunswick à la section 5.6.

²² L'article 172 de la *Loi de l'Alberta* prévoit que le fonds ne versera aucun dédommagement à la victime jusqu'à ce qu'un juge [TRADUCTION] « ait rendu une ordonnance déclarant que la somme due en vertu du jugement ne peut à ce moment être payée, en tout ou en partie, à même les meubles ou les immeubles du [contrevenant] ». Les paragraphes 181(1) et (2) de la *Loi* manitobaine sont similaires à la *Loi* albertaine à cet égard et s'appliqueraient probablement de façon similaire mais, à cause du nombre restreint de réclamations contre le fonds, cela demeure incertain.

²³ La *Loi du Manitoba* est similaire à celle de la Saskatchewan. L'article 191 de la *Loi* manitobaine prévoit le paiement discrétionnaire d'une réclamation contre le registraire sans qu'une poursuite soit intentée « lorsqu'aux termes de la présente *Loi*, le registraire de district est, ou peut être, tenu responsable de la perte ou des dommages que subit une personne, et que la réclamation y relative est juste et raisonnable », mais il est entendu que cela s'applique aux cas où le registraire a commis une faute, et non aux cas de fraude (entrevue avec Rick Wilson, registraire général des titres fonciers du Manitoba).

²⁴ Paragraphe 57(1)

dédommagement du fonds²⁵. La victime doit alors fournir une preuve que le jugement ne peut être exécuté, bien qu'une déclaration judiciaire formelle ne soit pas requise²⁶.

La procédure est très différente en Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick, dont les *Lois sur l'enregistrement des titres immobiliers* sont les plus récentes²⁷. Dans ces ressorts, le fonds d'assurance est un fonds de premier recours. Une victime dépossédée de son titre en raison de l'enregistrement frauduleux d'un titre invalide qui n'a pas le droit de récupérer son immeuble peut déposer une demande de dédommagement directement auprès du fonds²⁸. Le registraire a le pouvoir de déterminer si un réclamant possède un droit au dédommagement²⁹. Si le registraire estime que la demande est fondée, il peut accorder un dédommagement au réclamant pour les pertes qu'il a subies en plus des dépenses raisonnables qu'il a engagées pour présenter sa demande³⁰. Dans ce cas, le registraire est subrogé dans les droits du réclamant contre le contrevenant³¹. Cela signifie que le registraire obtient tout droit à un dédommagement du fraudeur que la victime aurait pu posséder, et le registraire peut poursuivre le contrevenant afin de récupérer le montant qu'il a versé à titre de dédommagement.

À sa face même, le système applicable en Colombie-Britannique semble être un fonds de dernier recours mais, en pratique, il s'agit essentiellement d'un fonds de premier recours. Les principales dispositions de la Loi, dans la section [TRADUCTION] « Recours des personnes dépossédées de leur immeuble », établissent un système qui est très similaire à celui de l'Alberta et du Manitoba; la victime doit d'abord poursuivre le contrevenant³², et la victime ne peut déposer une demande de dédommagement auprès du fonds que lorsque le contrevenant est décédé ou qu'il s'est enfui ou si un tribunal certifie que le jugement ne peut être exécuté³³. Cependant, un autre article de la *Loi* permet au registraire, dans les cas où la somme est inférieure à 5000\$, ou au procureur général dans d'autres cas, de payer une réclamation du fonds d'assurance sans avoir recours à un tribunal et sans que la victime doive poursuivre le contrevenant³⁴. Cette disposition est régulièrement invoquée afin de permettre à une victime innocente de recevoir un dédommagement directement du fonds sans qu'elle soit obligée d'intenter une poursuite contre le contrevenant³⁵. Ainsi, le système de la Colombie-Britannique fonctionne effectivement comme un fonds de premier recours.

²⁵ Paragraphe 57(4)

²⁶ Voir, par exemple, la décision du sous-directeur des titres, *In the Matter of the Application of Nimita Raina et al*, datée du 22 février 2002. Les Raina comptaient parmi les propriétaires qui avaient été victimes de fraude par Tesoro.

²⁷ Il y a longtemps que la Saskatchewan a adopté son système de titres fonciers, mais sa *Loi* a fait l'objet d'une refonte en 2000.

²⁸ Saskatchewan, paragraphes 84(2), 89; N.-B., paragraphes 73(1), 74(1)

²⁹ Saskatchewan, alinéa 89(2)(a); N.-B., paragraphe 74(1)

³⁰ Saskatchewan, article 90; N.-B., paragraphe 74(1)

³¹ Saskatchewan, article 94; N.-B., articles 75 et 76. Subsidiairement, en Saskatchewan, un réclamant peut s'il le désire poursuivre le contrevenant directement, auquel cas il doit donner un avis au registraire s'il veut conserver la possibilité de présenter ultérieurement une demande de dédommagement: articles 95 et 96. La *Loi du Nouveau-Brunswick* ne prévoit rien de particulier à cet égard, mais un réclamant pourrait poursuivre directement le contrevenant en vertu du droit général sur la fraude, bien qu'il soit incertain que le registraire doive être avisé si une réclamation est présentée ultérieurement contre le fonds. Un réclamant pourrait avoir intérêt à entreprendre une telle procédure car certains dommages qui ne peuvent être réclamés du fonds peuvent l'être contre le contrevenant. En particulier, la victime pourrait se voir accorder des dommages-intérêts punitifs contre le contrevenant. Toutefois, puisqu'il arrive très fréquemment que le contrevenant s'est enfui ou qu'il est impossible d'exécuter un jugement contre lui, il ne s'agit pas, en pratique, d'un point important.

³² Paragraphe 296(2)

³³ Paragraphes 296(4) et (5)

³⁴ Article 305 [TRADUCTION] « Paiement du fonds d'assurance sans poursuite »

³⁵ Entrevue avec Ken Jacques, Director of Land Titles, province de la Colombie-Britannique

Cependant, il pourrait y avoir une différence importante entre les systèmes adoptés au Nouveau-Brunswick et en Saskatchewan et celui de la Colombie-Britannique. Le registraire (ou le procureur général en Colombie-Britannique) pourrait, dans n'importe lequel de ces ressorts, refuser une demande – de toute évidence, le fonds ne peut satisfaire toutes les demandes qui lui sont présentées car le système serait inondé de fausses réclamations. Il y aura inévitablement des cas limites et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de faire droit à une réclamation, le registraire sera partagé, d'une part entre la volonté de faire droit à des réclamations valides avec le minimum d'inconvénients pour la victime et, d'autre part, la volonté de protéger le fonds contre les fausses réclamations. Ainsi, même dans les ressorts où le registraire a le pouvoir de faire droit à des demandes sans ordonnance judiciaire, l'attitude du registraire envers de telles réclamations peut avoir d'importantes conséquences sur la rapidité et la facilité avec lesquelles les réclamants, même légitimes, pourront obtenir leur dédommagement. De façon générale, cela ressemble à la situation des compagnies d'assurances et des assureurs privés, dont certains sont beaucoup plus disposés à payer les réclamations que d'autres.

La différence entre les systèmes du Nouveau-Brunswick et de la Saskatchewan d'une part et celui de la Colombie-Britannique devient plus évidente dans les cas où le registraire détermine que la réclamation n'est pas valide et refuse de payer. Dans les deux premiers ressorts, le réclamant peut porter la décision du registraire en appel directement devant un tribunal³⁶. Même à cette étape, il n'est pas obligé de poursuivre le contrevenant. Dans ces ressorts, la victime a le droit à un dédommagement du fonds si elle a été dépossédée d'un immeuble, peu importe qu'elle ait poursuivi ou non le contrevenant, et elle peut faire valoir ce droit en interjetant appel contre la décision du registraire. Cela est important car, si le tribunal accueille la demande de l'appelant pour un dédommagement du fonds, il recevra un dédommagement immédiatement, alors que dans le cas d'un jugement rendu contre le contrevenant, le réclamant doit d'abord tenter de faire exécuter le jugement avant de pouvoir déposer une réclamation contre le fonds. En revanche, en Colombie-Britannique, la victime n'a droit à un dédommagement qu'après avoir intenté une poursuite contre le contrevenant et avoir respecté les diverses exigences statutaires. Une indemnité peut être versée sans qu'une poursuite ait été intentée, à la discrétion du procureur général ou du registraire, le cas échéant, et il n'y a aucun droit d'appel à l'encontre du rejet d'une réclamation. Le recours de la victime consisterait à poursuivre le contrevenant et à mettre en cause le registraire afin d'obtenir une ordonnance de paiement du fonds, une procédure beaucoup plus onéreuse.

En pratique, cette distinction aura probablement peu d'importance si le registraire est disposé en général à payer les réclamations valides sur présentation d'une preuve raisonnable. Toutefois, la possibilité de porter directement en appel une décision du registraire correspond à la différence de principe entre un véritable fonds de premier recours et un fonds hybride de premier recours. En pratique, cette différence peut être importante et dépend de l'attitude du registraire envers le paiement des réclamations; la pratique pourrait même changer quand un registraire prend sa retraite ou est remplacé³⁷.

³⁶ Saskatchewan, article 91; N.-B., paragraphe 74(2). Au Nouveau-Brunswick, le réclamant peut demander à la Cour qu'elle lui accorde une indemnité à partir du fonds même s'il n'a pas d'abord présenté une demande auprès du registraire alors que, en Saskatchewan, le réclamant doit d'abord déposer une demande auprès du registraire et ne peut faire une demande au tribunal que si sa demande d'indemnité est refusée ou s'il n'est pas satisfait du dédommagement proposé par le registraire.

³⁷ Il est à noter que d'autres ressorts, en particulier le Manitoba et l'Alberta, ont des dispositions similaires permettant le paiement discrétionnaire, mais dans ces autres ressorts le pouvoir de discrétion ne sera exercé qu'en cas d'erreur commise par le registraire. Cela n'est pas une critique de l'exercice par le registraire de son pouvoir discrétionnaire, qui est clairement fondé dans la loi, car celle-ci prévoit expressément que, en cas de fraude, le fonds est un fonds de dernier recours. Cependant, ces différences dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire démontrent l'incertitude résultant de l'utilisation d'une disposition discrétionnaire pour l'octroi d'un dédommagement.

En résumé, même si le registraire peut rejeter une réclamation, en Saskatchewan, au Nouveau-Brunswick et en Colombie-Britannique (en pratique), le fonds d'assurance est un fonds de *premier recours*, alors qu'en Ontario, au Manitoba et en Alberta, le fonds en est un de *dernier recours*.

Dans tous les systèmes, lorsque le fonds indemnise la victime, le registraire est subrogé dans les droits de la victime contre le contrevenant, c'est-à-dire que le registraire qui a indemnisé la victime a le droit de tenter de récupérer ce montant du contrevenant³⁸. Évidemment, dans les systèmes où la victime ne peut présenter une réclamation auprès du fonds à moins d'avoir épuisé tous ses recours contre le contrevenant, il est peu probable que le registraire ait plus de chances de récupérer du contrevenant les sommes versées.

Quels sont les avantages et les inconvénients de ces deux systèmes?

Dans les cas de fraude par usurpation d'identité, dans lesquels la victime a effectivement transigé avec le contrevenant, il est justifiable que la victime assume le fardeau de poursuivre le contrevenant. Dans les prochaines sections, nous observerons que certains systèmes, soit les systèmes « d'inattaquabilité différée sans dédommagement », refusent totalement d'indemniser les victimes dans de tels cas afin d'inciter les avocats agissant au nom de la banque ou d'un acheteur à faire preuve d'une plus grande diligence dans la vérification de l'identité de la personne avec qui ils transigent. En Alberta et au Manitoba, on a adopté une solution intermédiaire car leur système en est un d'inattaquabilité immédiate mais le fonds d'assurance en est un de dernier recours; ainsi, celui qui transige directement avec l'imposteur est indemnisé, mais elle a le fardeau de poursuivre le contrevenant avant de s'adresser au fonds d'assurance pour obtenir une indemnisation. Il s'agit d'un compromis qui incite à la diligence sans toutefois refuser toute forme d'indemnisation.

Un argument semblable peut être invoqué dans les cas de fraude par un inconnu. Même si la banque traite dans ces cas avec la personne que le registre indique comme le propriétaire (il est donc impossible de découvrir la fraude simplement en exigeant des pièces d'identité), dans plusieurs cas, la fraude pourrait être découverte par d'autres moyens. Plus particulièrement, dans les cas de fraude par un véritable inconnu, il arrive fréquemment que le propriétaire initial demeure toujours dans la maison, et une évaluation plus approfondie, qui comprendrait une inspection de l'intérieur de la maison, permettrait normalement de découvrir la fraude, puisque le délinquant ne possède même pas de clé. Le fraudeur réussit à contourner cette difficulté en faisant une demande de prêt hypothécaire dont la valeur n'est qu'un faible pourcentage de la valeur de la maison (rappelons que toute hypothèque existante a été radiée frauduleusement), de façon à ce qu'une évaluation superficielle suffise à établir que la valeur de l'immeuble est suffisamment élevée³⁹. Normalement, une évaluation plus approfondie permet de découvrir la fraude. Il est impossible de refuser toute forme d'indemnisation dans un tel cas; puisque le registre indique que le contrevenant est propriétaire, cela serait contraire à l'essence même du système de titres fonciers. Toutefois, l'imposition à la banque du fardeau de poursuivre le contrevenant avant de déposer une réclamation auprès du fonds d'assurance a pour effet de l'inciter à prendre des mesures afin de s'assurer de la légitimité du propriétaire enregistré en ayant recours à d'autres moyens, comme une évaluation plus approfondie. On pourrait affirmer au contraire que ce fardeau supplémentaire, qui n'est imposé que dans les très rares cas où une fraude a été commise, pourrait ne pas avoir d'impact réel sur la décision d'une banque d'entreprendre une évaluation plus approfondie. Même dans ce cas, il n'est pas certain que l'avantage de la détection de la fraude est assez important en regard du coût que représenteraient des évaluations plus approfondies, car le coût de ces évaluations serait défrayé dans tous les cas, et non dans les seuls cas de fraude.

³⁸ Alberta, article 173

³⁹ Cette technique a été utilisée par Tesoro.

Toutefois, ce ne sont pas des arguments convaincants en faveur d'un fonds de dernier recours, car ils sont fondés sur la prémisse que la victime aurait pu faire quelque chose pour se protéger. Bien que cela puisse être vrai dans certains cas, ce ne l'est pas dans la plupart des cas. Même lorsqu'une maison a été vendue par un inconnu à l'insu de son propriétaire, cas où la victime n'aurait rien pu faire afin d'éviter la fraude, un système de dernier recours exige que la victime poursuive d'abord le contrevenant avant de s'adresser au fonds d'assurance. En d'autres termes, c'est la victime et non le fonds d'assurance qui assume la responsabilité initiale, même si c'est la nature même du système de titres fonciers, et non la faute du propriétaire, qui a donné lieu à la fraude. L'avantage que présente le système de titres fonciers est que la combinaison d'un registre officiel et d'un fonds d'assurance permet de simplifier et de réduire le coût des transactions sans toutefois diminuer la sécurité du titre de propriété. Si un propriétaire tout à fait innocent doit poursuivre le contrevenant avant de pouvoir réclamer un dédommagement du fonds d'assurance, la sécurité du titre de propriété se trouve grandement diminuée.

Les motifs qui sous-tendent l'adoption d'un système de fonds de dernier recours ne sont pas tout à fait clairs. Un des arguments veut qu'un tel système permet de diminuer le fardeau imposé au fonds d'assurance en s'assurant que tous les autres moyens de recouvrement des sommes perdues sont épuisés. Cet argument n'a pas beaucoup de poids. En fait, un tel système peut plutôt avoir pour effet d'alourdir le fardeau imposé au fonds d'assurance car, lorsque la victime est incapable d'obtenir un dédommagement du contrevenant et présente une réclamation au fonds de dernier recours, elle a le droit de récupérer tous les frais raisonnables liés à l'action, y compris les frais des procédures entreprises contre le contrevenant. Lorsque le fonds en est un de premier recours, le registraire qui paie une réclamation est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du contrevenant. Ainsi, les biens du contrevenant peuvent être mis à la disposition du registraire afin de compenser les sommes versées à titre de dédommagement par le fonds, comme c'est le cas dans un système de fonds de dernier recours. Toutefois, si le registraire croit qu'un jugement contre le contrevenant ne pourrait, en toute probabilité, être exécuté, les frais pour tenter une action pourraient être entièrement évités, alors que dans un fonds de dernier recours, ces dépenses inutiles peuvent tout de même être déboursées dans le seul but d'établir un droit de réclamation contre le fonds d'assurance. De plus, le registraire, qui dispose de toutes les ressources du système de titres fonciers, est de toute évidence en meilleure position pour poursuivre le fraudeur que la victime, particulièrement lorsque la fraude a été rendu possible en raison de la nature du système de titres fonciers et que la victime était innocente et n'aurait rien pu faire afin d'éviter la fraude. En d'autres termes, tant dans un système que dans l'autre, toute somme d'argent pouvant être obtenue du fraudeur sera récupérée bien que ce sera la victime qui poursuivra le fraudeur dans un système et le registraire dans l'autre. Par contre, un fonds de dernier recours a probablement pour effet d'augmenter les frais juridiques liés à la poursuite du fraudeur, et il impose de plus ce fardeau à la victime, qui est beaucoup moins en mesure de supporter ce fardeau.

De plus, il est important de rappeler l'objectif premier qui est de réduire l'ensemble des coûts du système pour tous les intéressés. Du point de vue de l'ensemble de la société, l'allègement du fardeau assumé par le fonds d'assurance par l'imposition d'un fardeau financier plus important à des victimes de fraude innocentes qui sont beaucoup moins en mesure de le supporter ne constitue aucunement une économie.

Un autre argument à l'appui d'un fonds de dernier recours est que, en exigeant que la victime obtienne un jugement contre le fraudeur, on prouve qu'il y a eu effectivement fraude, ce qui cela permet d'éviter des réclamations contre le fonds d'assurance qui soient elles-mêmes frauduleuses. Toutefois, ce n'est évidemment pas la principale justification d'un système de dernier recours, puisque en Ontario et en Alberta la victime doit non seulement obtenir un jugement mais également fournir une preuve que ce jugement ne peut être exécuté. Cette deuxième exigence n'aide aucunement à établir la fraude elle-même. Quoi qu'il en soit, l'argument n'est pas

particulièrement convaincant. Premièrement, un système de premier recours prévoit également des mesures de protection contre des réclamations frauduleuses. Si le registraire croit que la réclamation n'est pas fondée, il peut refuser de la payer, auquel cas le réclamant peut porter cette décision en appel. Même si les exigences du registraire sont également rigoureuses en matière de preuve de la fraude, une demande auprès du registraire peut se révéler beaucoup plus expéditive qu'une action. À tout le moins, le délai nécessaire pour démontrer que le jugement n'est pas exécutable serait éliminé. De plus, le registraire n'a pas à exiger le même niveau de preuve qu'un tribunal. Puisque un procès implique une conclusion à l'encontre du contrevenant, l'équité envers le défendeur est importante. La décision d'indemniser un réclamant n'exige aucune décision quant à la culpabilité qui soit exécutoire contre le tiers responsable. Cette question sera ultérieurement déterminée si le registraire décide d'exercer ses droits subrogés. Enfin, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire n'est pas entravé. Il est limité par la nécessité d'obtenir l'approbation d'une autorité supérieure, la société d'État responsable au Nouveau-Brunswick ou le ministre responsable de cette société en Saskatchewan. Ainsi, la protection des fonds publics est assurée par un contrôle gouvernemental plutôt que par un processus judiciaire.

5.3.3 Résumé

En résumé, un fonds de dernier recours est conçu de façon à alléger le fardeau qui repose sur le fonds d'assurance du système de titres fonciers en s'assurant que tous les autres moyens sont épuisés avant qu'une réclamation puisse être présentée au fonds d'assurance. Toutefois, ce type de fonds a probablement pour effet d'augmenter les coûts du système des titres fonciers en général. Toute somme d'argent qui aurait pu être récupérée du fraudeur par la victime pourrait également l'être par le registraire s'il poursuivait le fraudeur en lieu et place de la victime. De plus, exiger que la victime, plutôt que le registraire, poursuive le fraudeur a probablement pour effet d'augmenter les frais juridiques relatifs à une telle poursuite. De toute évidence, le fonds de dernier recours impose un lourd fardeau à la partie la plus faible, la victime innocente, plutôt qu'au registraire, qui peut assigner la poursuite contre le fraudeur à des professionnels qui ne risquent pas leur maison.

5.4 Montant du dédommagement

5.4.1 Introduction

Lorsque la victime d'une fraude n'a pas le droit de récupérer son immeuble ou de faire radier une hypothèque enregistrée contre son titre, à quel dédommagement a-t-elle droit? Un réclamant dont la réclamation est acceptée a droit à un dédommagement équivalant à la valeur de l'intérêt perdu (soit la valeur de l'immeuble s'il a été transféré à un nouveau propriétaire à la suite d'une fraude ou le montant d'argent nécessaire pour rembourser un prêt hypothécaire qui a été enregistré en fraude) plus l'intérêt. Le réclamant a également droit aux dépenses raisonnables engagées en vue de déposer une réclamation contre le fonds, bien que ce montant ne couvrira habituellement pas l'ensemble des frais encourus par le réclamant⁴⁰.

Le principe selon lequel la victime devrait être dédommée pour la totalité de la valeur réelle du droit sur l'immeuble qu'elle a perdu n'est pas controversé. Le fait que la totalité des frais juridiques

⁴⁰ Saskatchewan, articles 87 et 90; N.-B., article 77; C.-B., article 304. La *Loi de l'Ontario* est obscure sur ce point (voir l'article 57), mais elle a été interprétée de façon similaire: voir l'arrêt *Kerr c. Ontario (Land Titles Assurance Fund)* [1999] O.J. No. 4647 (C.S.) et l'arrêt *In the Matter of Nimita Raina et al.*, précité, voir à la page 113. La *Loi du Manitoba* n'est pas claire (voir l'article 87) et aucune décision ne porte directement sur ce point, mais elle est semblable à la *Loi de l'Ontario* et serait en toute probabilité interprétée de la même manière. Dans les ressorts où le fonds est un fonds de dernier recours, les coûts de la poursuite initiale contre le contrevenant peuvent être recouverts en plus des frais engagés pour faire une réclamation contre le fonds: en Ontario, voir l'arrêt *Kerr c. Ontario (Land Titles Assurance Fund)* et l'arrêt précité et voir la page 113 et, en Colombie-Britannique, voir l'arrêt *Crédit foncier franco-canadien c. Bennett et al.* (1962) 34 D.L.R. (2d) 342 (C.S.C.B.).

de la victime ne peut être recouvrée est plus controversé. On a parfois proposé que certaines catégories de perte devraient être également recouvrables. Trois catégories de montants supplémentaires devraient en particulier être considérées. Premièrement, des dommages-intérêts punitifs peuvent être demandés contre le contrevenant mais ils ne peuvent, en général, être réclamés contre le fonds d'assurance. De plus, les victimes peuvent avoir subi des dommages moraux à la suite de la perte de leur maison et en raison du long processus de réclamation qui parfois en résulte. Troisièmement, la victime peut avoir subi des dommages indirects. Par exemple, si une hypothèque est frauduleusement enregistrée mais qu'elle est par ailleurs valide, le propriétaire peut présenter une réclamation contre le fonds pour obtenir un montant suffisant pour radier l'hypothèque, mais jusqu'à ce que le processus de réclamation soit complété et que l'indemnisation soit versée, l'avoir propre de l'immeuble ne peut être utilisé à d'autres fins. Ainsi, si le propriétaire d'une petite entreprise compte sur une ligne de crédit garantie par une hypothèque sur sa maison afin de financer les flux de trésorerie de son entreprise, il peut s'en voir priver l'accès et l'entreprise peut subir des dommages de ce fait⁴¹. Les pertes subies par l'entreprise en raison de la perte de crédit pendant la période de règlement de la réclamation sont une des formes de dommages indirects. Plus spécifiquement, puisque la perte est financière et non physique, elle est désignée par l'expression « perte économique indirecte ».

L'argument invoqué contre le droit de recouvrer des dommages-intérêts punitifs du fonds d'assurance est convaincant pour les motifs qui sont exposés ci-dessous. Les deuxième et troisième catégories de dommages, la souffrance morale et les dommages indirects, posent des problèmes plus complexes. Contrairement aux dommages punitifs, ces deux catégories de réclamation sont présentées pour indemniser la victime pour des dommages qu'elle a effectivement subis. Cependant, l'admission de telles catégories de réclamations contre le fonds poserait d'importants problèmes qui ont fait l'objet de nombreux débats dans d'autres domaines de droit.

5.4.2 Coûts

Les réclamants dont la demande a été accueillie ont généralement droit à au moins une partie des frais engagés dans le cadre des procédures. Dans un système de premier recours, où une réclamation peut être présentée directement au registraire pour recevoir un paiement du fonds d'assurance, le réclamant a généralement droit aux « dépenses raisonnables » liées à la présentation de la demande⁴². Dans un système de dernier recours, où le réclamant doit engager des frais pour poursuivre le fraudeur avant de pouvoir présenter une demande de dédommagement au fonds, une partie des frais juridiques engagés pour présenter la demande peut également être réclamée du fonds. En Colombie-Britannique et en Alberta, les dépens adjugés contre le fraudeur pourront ultérieurement être recouverts du fonds d'assurance⁴³. En Ontario, l'adjudication de dépens à partir du fonds d'assurance est à la discrétion du directeur des droits immobiliers⁴⁴.

Malgré la responsabilité du fonds d'assurance à l'égard des dépens adjugés contre le contrevenant et les frais « raisonnables » liés à la présentation de la demande, le réclamant ne pourra habituellement pas recouvrer la totalité des frais engagés. De manière globale, cela reflète la règle

⁴¹ Voir les réclamations qui ont été présentées dans *ibid*.

⁴² Saskatchewan, alinéa 90(1)(b) et sous-alinéa 92(1)(b)(ii); N.-B., paragraphe 74(1). La *Loi du Nouveau-Brunswick* prévoit expressément que le registraire peut accorder un montant pour les dépenses raisonnables du réclamant même si sa demande d'indemnité n'est pas accueillie.

⁴³ C.-B., alinéa 296(5)(c). En Alberta, le registraire doit être joint à l'action à titre de codéfendeur avec le fraudeur, et le jugement sera exécutoire contre le registraire s'il ne peut être exécuté contre le fraudeur. Ainsi, le registraire sera responsable de tous les dépens accordés au réclamant au procès.

⁴⁴ Ontario, paragraphe 57(8). Toutefois, on n'a pas encore déterminé si ce pouvoir discrétionnaire était absolu ni si une portion des dépens contre le fraudeur pouvaient être inclus dans les « dommages »: voir l'arrêt *Youssef c. Ontario (Ministry of Consumer and Commercial Relations)* [2003] O.J. N° 622 paragraphe 15.

générale du système juridique canadien: la partie qui réussit son action se voit adjuger des dépens mais non la totalité des frais engagés dans le cadre de l'action. Habituellement, les dépens sont adjugés « entre parties » (ce que l'on appelle maintenant en Ontario une « indemnité partielle »). Ce type d'adjudication ne correspond pas aux frais réellement déboursés par la partie qui a réussi son action, mais plutôt les frais raisonnables approximatifs engagés pour intenter une action. La proportion des frais réels varie selon le type d'action et selon les honoraires de l'avocat, mais les dépens entre parties correspondent généralement à environ 50% des frais réels (bien que ce pourcentage puisse varier de façon importante selon la nature de l'action, la taxe applicable dans le ressort et le montant des honoraires réels de l'avocat). Les dépens « avocat-client » (ou les « dépens d'indemnisation substantiels » en Ontario) correspondent davantage aux frais véritablement déboursés. Les dépens avocat-client sont rarement adjugés. Ils sont habituellement adjugés dans les cas de conduite déraisonnable de la part de l'avocat de la partie perdante qui a pour effet d'augmenter inutilement les coûts de l'action, ou parfois en raison de la gravité du comportement du défendeur. Ainsi, des dépens avocat-client peuvent être adjugés contre le fraudeur, mais il y a souvent d'autres parties à l'action, comme une banque détenant une hypothèque valide sur l'immeuble de la victime, et des dépens avocat-client ne sont que très rarement accordés contre ces autres parties.

En fin de compte, les frais payés par le fonds d'assurance au réclamant dont la réclamation est acceptée ne couvriront presque jamais la totalité des frais réellement engagés. Bien qu'elle semble injuste envers la victime innocente, cette politique s'appuie sur des motifs convaincants. Si la totalité des frais effectivement engagés était payée par le fonds d'assurance, l'avocat du réclamant aurait alors fortement avantage à gonfler ses honoraires, par exemple en demandant un tarif horaire exorbitant. Cette escalade des frais juridique serait assumée par le bureau des titres fonciers et les frais d'enregistrement seraient par conséquent plus élevés. Ainsi, il est essentiel de limiter le recouvrement des frais afin de maintenir un certain contrôle des frais juridiques. On pourrait affirmer que le système pourrait être plus généreux à l'égard du remboursement des frais, mais il s'agit là d'une question de réforme générale du droit. Le système de titres fonciers n'a aucune particularité qui justifierait une taxe des frais différente de celle qui est généralement utilisée.

Cette conclusion met en évidence la nécessité de se doter d'une procédure de dédommagement des victimes aussi simple et expéditive que possible afin de réduire les frais que les victimes innocentes auront à supporter.

5.4.3 Dommages-intérêts punitifs

Les dommages-intérêts punitifs sont des dommages dépassant la perte réellement subie par la victime. Des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés contre le fraudeur pour sanctionner son comportement. La question qui se pose est de savoir si de tels dommages-intérêts accordés contre le fraudeur devraient pouvoir être réclamés contre le fonds d'assurance s'ils ne peuvent être recouverts du fraudeur.

Selon le droit actuel, il n'est pas certain que des dommages-intérêts punitifs accordés contre le fraudeur puissent être réclamés du fonds d'assurance⁴⁵, mais l'argument invoqué à l'encontre de l'octroi de tels dommages est très convaincant. Les dommages-intérêts punitifs, comme leur nom l'indique, sont une peine imposée au contrevenant en vue de le dissuader de commettre d'autres méfaits. Comme le registraire des titres fonciers n'a rien fait de mal, il n'y a aucune raison d'imposer au fonds des dommages-intérêts punitifs. Il est vrai que des dommages punitifs accordés

⁴⁵ Voir l'arrêt *Durrani*, précité, voir la page 112, où des dommages-intérêts punitifs au montant de 25000\$ ont été accordés contre le contrevenant: [TRADUCTION] « J'accorde des dommages-intérêts punitifs au montant de 25000\$ aux Durrani contre M.A. Ugier. Je n'émet aucun commentaire à l'égard de la question de savoir si ce montant en est un qui pourrait être légitimement réclamé du Fonds. »

contre le contrevenant auraient été versés au réclamant, mais cela relève plus ou moins du hasard. L'argent doit être versé à quelqu'un et dans une poursuite civile normale il n'y a que deux parties, la victime et le contrevenant; si le contrevenant doit payer, la victime doit donc en être le bénéficiaire. Toutefois, les dommages-intérêts punitifs ne représentent aucunement les pertes subies par la victime, et la victime n'est donc pas moralement fondée à réclamer cet argent. Il est à noter que le fraudeur pourrait également être poursuivi au criminel et se voir imposer une amende dans le cadre de sa sentence. L'amende et les dommages punitifs ont exactement le même objectif, celui de dissuader tout méfait futur, mais l'amende est versée à l'État plutôt qu'à la victime. Nous soulignons également que la victime a le droit de tenter d'obtenir des dommages-intérêts punitifs *du contrevenant*; la règle veut simplement que, si la victime ne peut recouvrer ces dommages du contrevenant, elle ne peut les réclamer du fonds. On ne pourrait soutenir que le registraire devrait aller en prison si le fraudeur ne peut être trouvé ni qu'il devrait payer une amende qui pourrait être perçue du fraudeur. Pour toutes ces raisons, le fonds d'assurance ne devrait pas être responsable des dommages-intérêts punitifs.

5.4.4 Souffrance morale

La question des demandes de dédommagement pour souffrance morale est plus difficile. Il est vrai que la souffrance morale est un dommage réel subi par la victime et que, par conséquent, il devrait être compensé. Toutefois, la compensation de cette catégorie de dommage pose de sérieux problèmes qui ont depuis longtemps été reconnus par d'autres domaines du droit. Un des problèmes est qu'une réclamation pour souffrance morale est très difficile à quantifier. Quelle valeur doit-on accorder à la souffrance morale? En permettant que des réclamations pour souffrance morale soient présentées, on risque de voir les réclamations augmenter. Un autre argument contre l'acceptation des réclamations pour souffrance morale est plus subtil mais, en fin de compte, plus convaincant. Nous rappelons que le fonds d'assurance est une forme d'assurance. Toute personne qui achète un immeuble ou qui enregistre une hypothèque sur un immeuble paie des frais nominaux qui sont versés au fonds d'assurance afin de payer les réclamations éventuelles. Cela est utile puisque le dédommagement aide en fait à réduire le préjudice qui aurait autrement été causé. Si une fraude survient, la victime est dédommée de façon à se trouver dans la même situation financière que si la fraude n'avait pas été commise au lieu d'avoir à rembourser un nouvel emprunt hypothécaire à même ses propres fonds. La souffrance morale diffère en ce qu'il y a préjudice même s'il y a compensation financière. En d'autres termes, le dédommagement pour les pertes purement financières permet en fait d'éviter les dommages, alors que le dédommagement pour souffrance morale ne prévient pas les dommages. Puisque l'assurance ne diminue pas la souffrance, il n'est pas logique de s'assurer contre celle-ci. Dans d'autres domaines du droit, les réclamations pour souffrance morale sont maintenant reconnues, malgré la possibilité d'une augmentation des réclamations, mais cela est dû à la nécessité de dissuader les malfaiteurs. Comme nous l'avons observé plus tôt, il est illogique d'imposer des amendes dissuasives au fonds d'assurance.

La meilleure réponse au problème de la souffrance morale n'est pas de dédommager la victime mais plutôt de prévenir les dommages en premier lieu en s'assurant que lorsque la fraude est commise la victime soit rapidement compensée. Si le processus de dédommagement est suffisamment expéditif, la souffrance morale sera minime et la question du dédommagement ne sera pas pertinente.

5.4.5 Perte économique indirecte

La dernière catégorie, soit les pertes économiques indirectes, est la plus complexe. Ce type de perte peut avoir lieu, par exemple, dans le cas où un propriétaire de petite entreprise compte sur une ligne de crédit qui est garantie par une hypothèque sur sa maison afin de financer les flux de

trésorerie de son entreprise. Si le titre de propriété de la maison est frauduleusement grevé, cette ligne de crédit pourrait être retirée et l'entreprise pourrait par conséquent en souffrir. Aucune perte économique indirecte ne peut être recouvrée en vertu des systèmes de titres fonciers actuels. Toutefois, l'argument à l'appui du recouvrement de ces pertes est beaucoup plus fort que dans les deux autres cas discutés précédemment puisqu'il s'agit d'une véritable perte financière subie par la victime. Il y a eu de nombreux débats à l'égard de questions similaires dans d'autres domaines du droit comme, en particulier la responsabilité extra-contractuelle. Pendant longtemps, les pertes économiques indirectes n'étaient généralement pas recouvrables, comme c'est toujours le cas actuellement dans les systèmes de titres fonciers. Toutefois, plus récemment, une tendance claire semble se dégager d'un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada pour permettre un recouvrement plus étendu des dommages de ce type⁴⁶. On pourrait soutenir que cette tendance qui se développe en responsabilité extra-contractuelle devrait également s'appliquer dans le droit des systèmes de titres fonciers.

Tout d'abord, nous devons reconnaître qu'il existe des arguments solides pour refuser ces catégories de réclamations. Comme le reconnaît depuis longtemps le droit extra-contractuel général, les réclamations pour perte économique indirecte posent des problèmes particuliers d'« éloignement » qui soulèvent la nécessité de limiter le recouvrement. L'exemple classique est le cas où un bateau heurte un pont, ce qui cause une chute des échanges économiques entre les deux rives⁴⁷. Ces entreprises peuvent-elles poursuivre le propriétaire du bateau pour les pertes d'occasions d'affaires? Le problème est fondamentalement très similaire celui; de savoir si la victime d'une fraude peut demander un dédommagement pour une perte d'affaires résultant de son fonds de roulement réduit. Le problème relatif à la perte économique en particulier est que, contrairement au cas d'une perte physique, il n'y a pas de limite naturelle aux conséquences économiques qui découlent des dommages initiaux. Dans une phrase célèbre, le problème est que « la possibilité que le défendeur encoure "une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée" »⁴⁸.

Le refus des fonds d'assurance des systèmes de titres fonciers de compenser cette catégorie de perte tient sans doute à une préoccupation similaire de limiter la responsabilité. Supposons, comme dans notre exemple, que l'entreprise de la victime a subi des pertes car la victime ne pouvait utiliser la ligne de crédit garantie par une hypothèque sur sa maison à des fins commerciales. Même si nous admettons qu'une certaine perte a été subie, il pourrait être très difficile de déterminer quel était le dommage lié à la perte de cette ligne de crédit et quelle part est attribuable à la conjoncture économique. Il se peut que les activités de la victime aient diminué de toute façon, du moins dans une certaine mesure, en raison des fluctuations du cycle économique, parce que ses produits étaient moins en demande, ou à cause de l'apparition d'un concurrent. Il peut être très difficile de distinguer les pertes causées par ces divers facteurs du préjudice subi en raison de la perte de la ligne de crédit. La victime pourrait recevoir une compensation excessive et, ainsi, recevoir un avantage indu aux dépens de ceux qui contribuent au fonds d'assurance. De plus, les frais d'évaluation de la réclamation pourraient augmenter de façon importante puisque des experts devraient alors être appelés à témoigner sur l'étendue de la perte.

⁴⁶ Voir en particulier les arrêts *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Canadian National Railway Co. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165.

⁴⁷ Il s'agissait essentiellement de la question que la Cour suprême du Canada a tranchée, de façon quelque peu partagée, dans l'arrêt *Canadian National Railway Co. c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021.

⁴⁸ Citation du juge Cardozo dans l'affaire *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441, 444 (N.Y.C.A. 1931), approuvée par le juge La Forest de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young* [1997] 2 R.C.S. 165, 192.

Ainsi, nous avons vu que des préoccupations similaires sous-tendent le refus habituel des tribunaux d'accorder des dommages pour des pertes économiques indirectes en droit extra-contractuel et le refus des systèmes de titres fonciers d'indemniser ces catégories de dommages. Toutefois, le droit extra-contractuel général est en voie de changer. Bien que le droit canadien à cet égard demeure quelque peu incertain, nous pouvons affirmer que le recouvrement de ce type de perte est possible lorsque les incertitudes à l'égard de l'étendue de la responsabilité sont suffisamment dissipées. En particulier, lorsque la confiance du réclamant était raisonnable et qu'elle était raisonnablement prévisible, et lorsque la personne contre qui la réclamation est effectuée pouvait identifier la catégorie des réclamants potentiels ainsi que la nature des pertes éventuelles, le recouvrement des pertes économiques indirectes sera envisagé⁴⁹.

Comme le droit extra-contractuel général est en voie de changer, la compensation de catégories similaires de pertes à partir du fonds d'assurance devrait être envisagée lorsque le préjudice peut être compensé. Il est vrai que ce « critère » d'octroi d'un dédommagement en droit commun est vague, et son application à une réclamation du type de celles qui sont faites contre le fonds n'est pas claire. Toutefois, nous pouvons affirmer que, malgré les préoccupations légitimes à l'égard de l'indétermination des réclamations de pertes économiques indirectes, le type de dommages indirects subis par la victime d'une fraude serait très semblable au type de réclamations qui est reconnu en droit moderne dans d'autres contextes.

Il est important de souligner que les dommages indirects seront probablement beaucoup plus élevés si le dédommagement de la victime est différé. Ainsi, dans un système où le fonds d'assurance est un fonds de premier recours, comme la victime innocente peut recevoir rapidement un dédommagement directement du fonds plutôt que de s'engager dans de longues poursuites contre le contrevenant, les dommages indirects devraient être minimaux. Pour cette raison, et étant donné la difficulté de quantifier les réclamations pour des pertes économiques indirectes, il pourrait être tout à fait raisonnable d'exclure les demandes de dédommagement de pertes économiques indirectes. Cependant, dans les systèmes où le fonds en est un de dernier recours, la victime innocente qui n'aurait rien pu faire pour éviter la fraude pourrait subir des pertes indirectes importantes bien qu'elle n'ait commis aucune faute. Dans de tels systèmes, l'argument invoqué à l'appui du droit de présenter des réclamations pour perte économique indirecte contre le fonds est beaucoup plus convaincant.

De plus, il est beaucoup plus probable que ce soient les propriétaires de maisons qui soient le plus vulnérables aux pertes économiques indirectes, puisque la principale cause de cette catégorie de perte est le manque de fonds, un problème qui ne touche pas les banques. Par conséquent, les pertes indirectes devraient être moins problématiques dans un système comme celui du Nouveau-Brunswick qui donne préséance au propriétaire qui est en possession de l'immeuble et qui laisse le prêteur tenter d'obtenir un dédommagement du contrevenant ou du fonds.

⁴⁹ Plus particulièrement, il y a *prima facie* obligation de diligence lorsque « a) le défendeur devrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fier à sa déclaration, et b) lorsqu'il serait raisonnable que le demandeur s'y fie dans les circonstances particulières de l'affaire ». Toutefois, cette obligation est limitée au cas où il y a « connaissance du demandeur (ou d'une catégorie distinctive de demandeurs) par le défendeur » et « utilisation des déclarations en cause dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquelles elles ont été préparées ». Voir *ibid.*, aux pages 188, 197.

5.5 Fraude par usurpation d'identité

5.5.1 Position de l'acheteur: inattaquabilité différée et inattaquabilité immédiate

Examinons à présent le cas de la fraude par usurpation d'identité. Il y a des différences importantes dans la façon dont ces divers systèmes de titres fonciers traitent ce type de fraude.

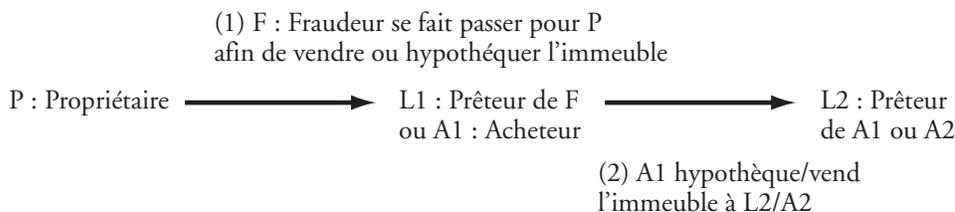
Dans les deux systèmes, lorsqu'un immeuble a été frauduleusement vendu ou hypothéqué, le propriétaire initial dont l'immeuble a été vendu ou hypothéqué à son insu a droit à une protection. La différence réside dans le traitement accordé à l'acheteur qui est victime d'un acte frauduleux. Les deux principales approches peuvent être désignées par les expressions plutôt techniques d'« inattaquabilité immédiate » et d'« inattaquabilité différée », selon le traitement accordé à l'acheteur innocent. De plus, les prêteurs peuvent être traités de manière différente des acheteurs dans un système donné.

Examinons d'abord la position de l'acheteur. Dans un système d'inattaquabilité immédiate, tout acheteur qui est victime d'une fraude dans le cadre de laquelle des documents invalides ont été enregistrés auprès du système de titres fonciers est protégé à condition qu'il n'ait pas participé à la fraude⁵⁰. Dans un système d'inattaquabilité différée, certains acheteurs *ne sont pas* protégés même s'ils n'ont pas participé à la fraude. La question de savoir si un acheteur a droit à la protection dépend de la manière exacte dont la fraude a été commise. Plus précisément, tout acheteur qui a transigé avec la personne que le registre indique comme étant le propriétaire est protégée même si le « propriétaire » était un fraudeur qui a obtenu l'enregistrement au moyen de la falsification. La même règle s'applique dans un système d'inattaquabilité immédiate. Toutefois, les deux systèmes fonctionnent différemment dans le cas de la fraude par usurpation d'identité où l'acheteur traite avec un imposteur en croyant que cette personne est le propriétaire indiqué au registre. Dans un système d'inattaquabilité différée, l'acheteur qui a acheté directement de l'imposteur n'est pas protégé. Bien qu'il n'ait pas participé à la fraude, il n'a pas le droit de conserver l'immeuble ni ne peut être dédommagé. La règle diffère de celle du système d'inattaquabilité immédiate où l'acheteur est protégé s'il croyait honnêtement que l'imposteur était le propriétaire véritable. Ces systèmes diffèrent seulement à l'égard du traitement accordé à l'acheteur immédiat qui a transigé avec le fraudeur. Dans l'un ou l'autre des systèmes, si le premier acheteur, qui est par la suite enregistré comme propriétaire, vend l'immeuble à un deuxième acheteur, le deuxième acheteur *est* protégé, même si l'acheteur initial de bonne foi ne l'est pas. En d'autres termes, l'inattaquabilité est « différée » au deuxième acheteur de bonne foi.

⁵⁰ Soit au moyen d'un dédommagement ou par le droit de conserver le titre de l'immeuble.

Des principes semblables s'appliquent à tous les cas où la partie qui est victime de la fraude ne

Fraude par usurpation d'identité



L'immeuble appartient à P, qui détient un titre libre (aucune hypothèque) ou un avoir propre substantiel dans l'immeuble.

Étape 1 : le fraudeur, F, se fait passer pour le propriétaire, P, et vend ou hypothèque l'immeuble en faveur de L1/A1.

La fraude est maintenant complétée et F s'enfuit avec l'argent.

A1 peut ensuite vendre l'immeuble à A2 ou hypothéquer l'immeuble en faveur de L2.

Dans un système d'inattaquabilité immédiate, P, A1, A2 et L2 sont tous protégés.

Dans un système d'inattaquabilité différée, seuls P, A2 et L2 sont protégés. A1 ne bénéficie d'aucune protection et n'a le droit ni de conserver l'immeuble ni d'être dédommagé par le fonds d'assurance. Le seul recours de A1 est de poursuivre le fraudeur.

traitait pas avec le propriétaire inscrit au registre, par exemple si un parfait étranger se fait passer pour le propriétaire et obtient un prêt hypothécaire en utilisant des pièces d'identité falsifiées.

L'hypothèque de la banque sera invalide et le registre sera rectifié pour supprimer cette hypothèque; la banque n'aura droit à aucun dédommagement pour sa perte.

L'exemple probablement le plus fréquent de ce type de fraude est celui d'un couple désuni qui est conjointement propriétaire d'un immeuble. L'époux vend l'immeuble en faisant passer une autre femme pour son épouse. Dans cet exemple, une des deux personnes présentes lors de la signature du document est un imposteur. Même si l'acheteur ne participe pas à la fraude et peut croire honnêtement que l'imposteur est en fait l'épouse, l'acheteur ne transige pas en réalité avec le propriétaire inscrit au registre. Si la véritable épouse découvre alors la fraude, le registre sera dans un système d'inattaquabilité différée rectifié afin d'indiquer qu'elle est le propriétaire et l'acheteur n'aura pas droit à un dédommagement du fonds d'assurance pour la perte de ce droit, même s'il ignorait la fraude.

L'acheteur aura le droit de poursuivre l'époux, mais cela pourrait n'être d'aucun réel secours.

Si l'acheteur a emprunté des fonds de la banque pour financer l'achat, il devra tout de même rembourser cette somme à la banque⁵¹. L'acheteur pourrait peut-être poursuivre son avocat pour les pertes qu'il a subies. La responsabilité de l'avocat est fondée uniquement sur la négligence,

⁵¹ L'arrêt classique est l'arrêt [1891] A.C. 248 (C.P.) une affaire émanant de l'état australien de Victoria dans laquelle l'avocat de la propriétaire initiale, M^{me} Messer, a falsifié un transfert au nom d'une personne fictive et, en se faisant passer pour cette personne fictive, a ensuite obtenu un prêt hypothécaire privé d'un couple dénommé McIntyre. Comme d'habitude, le malfaiteur a pris l'argent et s'est enfui, faisant subir à M^{me} Messer et aux McIntyre les conséquences de sa fraude. Il s'agit d'un cas de fraude inhabituel puisque le fraudeur a falsifié un transfert non en son propre nom mais au nom d'une personne fictive. Bien qu'il s'agisse en apparence d'un cas de fraude par falsification, la situation du prêteur ou de l'acheteur qui traite avec le fraudeur dans ce cas est la même que dans le cas d'une fraude par usurpation d'identité car l'acheteur, dans ce cas, ne traite pas avec le propriétaire inscrit au registre. Dans cette affaire, le Conseil Privé a conclu que les hypothèques n'étaient pas valides et que M^{me} Messer avait le droit de les faire radier. Les McIntyre n'ont eu droit à rien et, apparemment, ils ne pouvaient présenter de réclamation contre le fonds d'assurance. L'arrêt *Frazier c. Walker* [1967] 1 A.C. 569 (C.P.) était un cas classique de fraude contre un époux où l'épouse a falsifié la signature de son époux sur des documents hypothécaires. Le Conseil Privé a conclu que la *Loi de la Nouvelle-Zélande* applicable prévoyait l'inattaquabilité immédiate et que partant la banque détenait une hypothèque valide. Toutefois, le Conseil Privé a souligné, qu'il était [TRADUCTION] « disposé à présumer... que puisque les deux parties ont échoué en l'instance, l'ancien propriétaire... pourrait, et les soi-disant créanciers hypothécaires... ne pourraient pas, réclamer un dédommagement [du fonds d'assurance], voir la page 113 ».

l'acheteur n'aura droit à un dédommagement de son avocat que si celui-ci a été négligent dans la vérification de l'identité de l'autre partie. Le défaut de l'avocat de l'acheteur de demander des pièces d'identité au vendeur est maintenant considéré de façon générale comme de la négligence professionnelle. Si l'avocat n'a pas demandé de pièces d'identité, l'acheteur pourra poursuivre son avocat pour négligence, et il pourra ensuite obtenir un dédommagement du fonds d'indemnisation professionnelle de l'avocat. Toutefois, si le fraudeur a présenté des pièces d'identité falsifiées qui semblaient adéquates, l'avocat aura respecté ses obligations professionnelles et l'acheteur n'aura droit à aucun dédommagement de son avocat.

Les provinces canadiennes dotées d'un système de titres fonciers sont partagées entre l'inattaquabilité différée et l'inattaquabilité immédiate. La Saskatchewan et le Nouveau-Brunswick ont un système d'inattaquabilité immédiate⁵². Par conséquent, même la personne qui traite directement avec le faussaire est protégée, bien que cette protection consiste en un dédommagement plutôt qu'en un droit sur l'immeuble. L'Ontario⁵³ et la Colombie-Britannique se sont⁵⁴ dotés d'un système d'inattaquabilité différée. La situation n'est pas claire en Ontario et au Manitoba car les Lois sont elles-mêmes ambiguës, surtout en raison de la controverse autour de cette question, et il ne semble pas y avoir de jurisprudence portant directement sur cette question dans aucun de ces ressorts.

Fraude par usurpation d'identité		
Partie	Inattaquabilité immédiate	Inattaquabilité différée
Propriétaire	P perd son titre, de la même manière que dans le cas d'une fraude par falsification, mais a droit à un dédommagement du fonds d'assurance	P détient un titre propre et n'est pas touché par la fraude si l'immeuble est en la possession du premier acheteur, mais il perd son titre si l'immeuble est vendu à un deuxième acheteur
Acheteur ou prêteur initial	A1 ou L1 a un droit valide	A1 ou L1 n'a aucun droit sur l'immeuble et n'a droit à aucun dédommagement
Deuxième acheteur ou prêteur	A2 ou L2 a un droit valide	A2 ou L2 a un droit valide

⁵² En Saskatchewan, voir l'arrêt *Hermanson*, précité, voir la page 113; au N.-B., voir LTA paragraphe 73(2). L'approche du Nouveau-Brunswick, décrite précédemment, où la personne qui est en possession de l'immeuble est préférée, s'applique également dans les cas de fraude par usurpation d'identité. Ainsi, la personne qui transige directement avec le faussaire pourrait voir son droit radié, mais le cas échéant, elle aura droit à un dédommagement. Par conséquent, le système en est un d'inattaquabilité immédiate puisque c'est l'acheteur immédiat qui est protégé, bien qu'elle puisse consister en une somme d'argent plutôt que l'immeuble.

⁵³ Voir l'arrêt *In the Matter of an Application by Lorrie Risman*, une décision du sous-directeur des titres immobiliers, 1^{er} février 1998, pouvant être obtenu auprès de l'auteur ou du Directeur des titres immobiliers de l'Ontario.

⁵⁴ C.-B. a. 297(3) traduction : Lorsqu'une personne acquiert des intérêts dans un bien-fonds et que le document attestant le titre est entranché de nullité, cette personne n'est pas considérée comme un acheteur et n'acquiert aucun intérêt foncier lors de l'enregistrement du document en question.

Le débat sur la question de savoir si un système donné en est un d'inattaquabilité immédiate ou différée se concentre sur le libellé particulier de la Loi. Il n'est pas utile d'examiner en détail l'interprétation judiciaire des diverses Lois au libellé ambigu. Les grands arguments généraux sont plus révélateurs.

Premièrement, le principal argument « technique » est que la victime d'une fraude par un imposteur n'a pas droit à un dédommagement du fonds d'assurance parce que sa perte ne découle pas du fait qu'elle s'est fiée au registre. Dans ces cas, il n'y a habituellement aucune erreur sur le registre. Le propriétaire inscrit au registre est effectivement le propriétaire. La cause réelle de la perte n'est pas que l'on se soit fié au registre. Au contraire, le registre était exact en tous points et n'aurait pu être amélioré ni corrigé d'aucune façon. La cause de la fraude est plutôt que les victimes ont fait preuve de négligence en se fiant à la parole d'un imposteur sans demander des pièces d'identité. Comme le Conseil Privé l'a expliqué dans un arrêt de principe il y a plus de cent ans, *Gibbs c. Messer* :

[TRADUCTION]

Les [acheteurs innocents] ne peuvent bénéficier de la protection de la Loi, car l'hypothèque qu'ils ont enregistrée est nulle. Le résultat est bien malheureux mais il en est ainsi car ils ont traité non pas avec le propriétaire enregistré mais avec un faussaire dont le nom n'apparaissait pas au registre parce qu'ils croyaient en son honnêteté⁵⁵.

L'argument plus fondamental qui sous-tend ce point quelque peu technique est que de refuser l'indemnisation à celui qui transige avec un imposteur aidera à prévenir la fraude en encourageant les parties à une transaction immobilière de vérifier l'identité de ceux avec qui ils transigent. En d'autres termes, bien que le prêteur puisse avoir cru honnêtement que l'imposteur était le véritable propriétaire, cette croyance était négligente ou, du moins, insouciance, et de récompenser cette insouciance en octroyant un dédommagement ne ferait qu'encourager les autres à être insouciants et imposerait ainsi au fonds d'assurance et donc aux propriétaires d'immeuble en général le fardeau de cette insouciance⁵⁶. Comme le Conseil Privé l'a affirmé dans l'arrêt *Gibbs c. Messer*:

[TRADUCTION]

De l'avis de Leurs Seigneuries, l'obligation de vérifier l'identité de celui au nom duquel un mandataire prétend agir pour s'assurer que le mandant est le propriétaire inscrit, et de faire en sorte d'obtenir un acte véritable signé par cette personne, appartient aux bénéficiaires de l'hypothèque; et s'ils acceptent un document falsifié, ils doivent en supporter les conséquences⁵⁷.

En d'autres termes, le débat sur la valeur de l'inattaquabilité différée et de l'inattaquabilité immédiate ne porte pas uniquement sur des principes d'assurance. Il porte directement sur la prévention de la fraude. Comme nous l'avons vu précédemment, lorsque l'inattaquabilité différée prévoit la remise de l'immeuble au propriétaire initial, la banque ou l'acheteur transigeait avec un imposteur. Pour cette raison, il aurait été possible de prévenir la fraude en demandant simplement

⁵⁵ [1891] A.C. 248

⁵⁶ Dans l'arrêt *Frazier c. Walker*, [1967] 1 A.C. 569, [1967] 1 All ER 649, bien que le Conseil Privé n'ait pas tranché cette question, il a souligné, que, si les bénéficiaires d'une hypothèque avaient droit à un dédommagement, [TRADUCTION] « il pourrait tout de même avoir été de l'intention du législateur qu'ils devraient supporter leur propre perte, qui ne résulte aucunement d'une faute du registre ni même du fait qu'ils se soient fiés au registre, plutôt que de faire supporter cette perte à l'ensemble des contribuables de la Nouvelle-Zélande ». Notez que le deuxième acheteur qui acquiert le titre du premier acheteur et qui, par conséquent, bénéficie de l'inattaquabilité différée, transige effectivement avec la personne indiquée sur le registre comme propriétaire et que le deuxième acheteur n'aurait rien pu faire pour se protéger des conséquences de la fraude commise antérieurement. Voilà pourquoi le système d'inattaquabilité différée établit une distinction entre la personne qui obtient un titre sur la foi d'un document qui est lui-même nul, et l'acheteur subséquent.

⁵⁷ *Gibbs c. Messer*, [1891] A.C. 248

au soi-disant propriétaire de présenter des pièces d'identité ou en utilisant d'autres moyens afin de s'assurer que la personne qui entend hypothéquer l'immeuble est, en fait, le propriétaire inscrit sur le registre.

Puisque, d'un point de vue pratique, il est impossible pour les employés du registre foncier de vérifier eux-mêmes l'identité des parties, des documents dans lesquels un témoin atteste que les parties sont les personnes qu'elles affirment être doivent être fournis. En Saskatchewan, par exemple, où l'affaire *Hermanson* s'est déroulée, une demande d'enregistrement d'une hypothèque ou d'un transfert doit être accompagnée de l'affidavit d'un témoin de la signature dans lequel une personne figurant sur une liste de personnes spécifiées, habituellement l'avocat impliqué dans la transaction, jure qu'elle a été témoin de la signature du transfert et que le témoin était convaincu que les personnes qui signaient étaient en fait celles qu'elles prétendaient être⁵⁸. Puisque la personne qui prétendait être Valerie Joan Schmidt n'était pas en fait la personne qu'elle prétendait être, l'avocat qui a signé l'affidavit de témoin à la signature attestant ce fait n'aurait pas dû le faire avant de vérifier ce fait de façon appropriée. Dans les provinces des Prairies, les registraires affirment que, depuis l'affaire *Hermanson*, les Barreaux ont clairement établi l'obligation des avocats de demander des pièces d'identité adéquates, et il semble que ces exigences soient généralement respectées. Les registraires affirment que le nombre extrêmement faible de cas de fraude par usurpation d'identité observés depuis cette affaire est dû à l'adoption de cette pratique. Dans les cas où l'avocat de l'acheteur fait défaut de demander des pièces d'identité et qu'une fraude par usurpation d'identité est commise, l'acheteur aura le droit de poursuivre son avocat pour négligence professionnelle. Cela est également vrai dans un système d'inattaquabilité différée, puisque la réclamation contre l'avocat dépend de normes professionnelles et non du système des titres fonciers, et la réclamation est ultimement payée par l'assurance de responsabilité professionnelle de l'avocat.

D'autre part, il existe un certain nombre d'arguments à l'appui du système d'inattaquabilité immédiate. Le plus évident est qu'il est draconien de refuser tout dédommagement à une personne qui, bien qu'elle aurait pu prévenir la fraude si elle avait fait preuve d'une plus grande diligence, n'a aucunement participé, en fait, à la fraude⁵⁹. Cet argument est particulièrement convaincant lorsque l'on reconnaît que ce ne sera pas toujours une banque ou une autre partie disposant de beaucoup de moyens qui supportera la perte. Par exemple, dans l'arrêt de principe canadien récent *Hermanson*⁶⁰ de la Cour d'appel de la Saskatchewan, la personne qui transigeait avec le faussaire n'était pas une banque mais plutôt un acheteur particulier, M.M. artin, qui avait acheté l'immeuble en vue d'en faire sa résidence. La maison appartenait conjointement à un couple qui s'était divorcé trois ans avant la vente. Après le divorce, l'épouse avait déménagé à l'extérieur de la ville et ne résidait plus dans la maison, mais le titre de la maison demeurait en son nom conjointement avec son ex-époux. Par conséquent, l'acheteur n'aurait pu se protéger simplement en inspectant la maison. La Cour d'appel a conclu que la *Land Titles Act* de la Saskatchewan instaurait un système d'inattaquabilité immédiate, ce qui signifiait que l'acheteur conservait le titre de la maison qu'il entendait habiter, et que l'épouse qui avait été victime de la fraude avait droit à un dédommagement. Si la Cour d'appel avait conclu que le système en

⁵⁸ Voir l'article 24 du *Land Titles Regulation* de la Saskatchewan, 2001, L-5.1, Reg. 1 s. 24. L'affaire *Hermanson* a eu lieu lorsque l'ancienne *Loi* était en vigueur mais l'exigence était essentiellement la même.

⁵⁹ Bien qu'il ne soit pas toujours facile de déterminer si un prêteur a participé à la fraude, la jurisprudence indique clairement qu'un prêteur ou un acheteur qui n'a pas en fait commis la fraude mais qui avait un motif raisonnable de soupçonner que la personne avec qui il transigeait agissait de façon frauduleuse et a décidé de fermer les yeux afin de profiter d'une occasion en or sera considéré comme ayant participé à la fraude: *Durrani c. Augier*, [2000] 50 O.R. (3d) 353. Le fait est qu'habituellement les acheteurs ou prêteurs qui perdraient dans un système d'inattaquabilité différée agissent honnêtement et de bonne foi.

⁶⁰ (1986) 33 D.L.R. (4th) 12 (C.A.)

Saskatchewan en était un d'inattaquabilité différée, M.M artin aurait perdu sa maison et n'aurait eu aucun recours contre le fonds. En tranchant en faveur d'un système d'inattaquabilité immédiate, la Cour d'appel a souligné le manque d'expertise de l'acheteur:

[TRADUCTION]

M. Martin n'était pas représenté par un avocat. Tous les documents, y compris les hypothèques, ont été rédigés par la firme d'avocats qui représentait M.Schm idt. Dans ces circonstances, il m'est difficile d'accepter l'approche adoptée dans l'arrêt *Gibbs c. Messer* et dans des arrêts subséquents que c'était la responsabilité de M.M artin de s'assurer que le transfert était légitime et non falsifié⁶¹.

De plus, il n'est pas toujours possible de vérifier l'identité du vendeur à des coûts raisonnables. La façon la plus simple de vérifier l'identité du vendeur est de simplement demander des pièces d'identité. Il est certainement raisonnable d'exiger cette mesure simple et il relève maintenant clairement de la responsabilité professionnelle de l'avocat de l'acheteur (si l'acheteur a son propre avocat) de le faire. Dans certains cas, toutefois, le fraudeur présentera des pièces d'identité satisfaisantes. La fraude par usurpation d'identité peut être divisée en deux grandes catégories: la fraude opportuniste, qui est commise par une personne qui connaît la victime, comme dans le cas typique d'un couple séparé où la nouvelle conjointe de l'époux se fait passer pour son ex-épouse, et la fraude professionnelle, qui est commise par un escroc qui ne connaît pas la victime. La différence, en pratique, entre ces deux catégories est qu'il est plus facile en général de prévenir la fraude opportuniste. En revanche, le fraudeur professionnel possède habituellement des pièces d'identité falsifiées qui semblent en apparence appropriées, la simple procédure de vérification des pièces d'identité ne permettra pas alors d'éviter la fraude. Dans le cas de la fraude opportuniste, les contrevenants ne sont habituellement pas des professionnels et il sera souvent suffisant de demander des pièces d'identité pour prévenir la fraude. Toutefois, même dans les cas de fraude opportuniste, l'imposteur possède parfois des pièces d'identité adéquates. C'est ce qui s'est produit dans deux affaires récentes de fraude par usurpation d'identité en Alberta⁶². Dans l'une de ces affaires, un fils s'est fait passer pour son père. Puisqu'ils avaient tous deux le même nom, la vérification des pièces d'identité n'a pas permis de détecter la fraude. Dans une autre affaire, un parent dont le second nom était le même que le prénom du propriétaire de la maison a usurpé l'identité de ce propriétaire. L'imposteur a expliqué à l'avocat impliqué dans cette affaire qu'il utilisait habituellement son second nom et, par conséquent, la vérification des pièces d'identité n'a pas permis de détecter l'usurpation d'identité. Dans ces cas, où l'avocat a pris des mesures raisonnables afin de vérifier l'identité des parties, l'acheteur ne pourra poursuivre l'avocat pour négligence. Dans un système d'inattaquabilité différée, l'acheteur n'aurait donc aucun recours, sauf de poursuivre le fraudeur, ce qui est inutile dans la plupart des cas.

Ainsi, afin de prévenir la fraude par usurpation d'identité, il est certainement utile d'exiger que l'avocat de l'acheteur demande des pièces d'identité, mais cette simple mesure ne permet pas d'éviter tous tels cas de fraude. Bien qu'il soit possible pour l'acheteur ou son avocat de prendre des mesures supplémentaires afin de vérifier l'identité du vendeur, il est probable qu'une telle exigence soit déraisonnable. Demander des pièces d'identité et consigner cette information est une procédure passablement simple et peu coûteuse. De plus amples mesures de vérification de l'identité, comme une visite personnelle au propriétaire, ajouteraient inutilement des coûts

⁶¹ (1986) 33 D.L.R. (4th), pp. 12 à 26. Le fait que la victime serait un particulier plutôt qu'une banque ne devrait, également pas être considéré comme tout à fait inhabituel: c'est tait le cas dans l'arrêt *Gibbs c. Messer* où les victimes, qui n'ont pas eu droit à un dédommagement puisque le Conseil Privé a tranché en faveur d'un système d'indemnisation différée, étaient des individus qui investissaient dans une hypothèque sur l'immeuble en question; il s'agissait d'une affaire similaire dans l'arrêt *Risman*, précité note 52.

⁶² Kelly Hillier, Director of Land Titles – North, province de l'Alberta

importants à la très grande majorité des transactions légitimes. Dans certains cas, il peut y avoir des signes avertisseurs, comme la nervosité du vendeur ou une hâte inhabituelle, qui pourraient permettre à l'avocat de soupçonner que la transaction est douteuse et que des mesures supplémentaires devraient être prises afin de vérifier l'identité, mais la détection de tels signes « subtils » est un mandat trop nébuleux pour constituer une exigence professionnelle. Après tout, de nombreux vendeurs légitimes sont nerveux ou pressés.

De plus, l'argument selon lequel un système d'inattaquabilité différée incite davantage l'acheteur à vérifier l'identité du vendeur est affaibli par le fait que, dans un système d'inattaquabilité immédiate, le registraire des titres fonciers peut intenter une action, en vertu de ses droits subrogés, contre l'avocat qui a causé la perte par sa négligence. Dans un système d'inattaquabilité immédiate, le fonds d'assurance des titres fonciers versera un dédommagement à l'acheteur victime d'une fraude, mais le registraire poursuivra ensuite l'avocat de la même façon que l'acheteur aurait poursuivi l'avocat dans un système d'inattaquabilité immédiate⁶³. Une telle poursuite a été intentée dans l'affaire *Hermanson*, mais il semble que l'action ait été abandonnée ultérieurement⁶⁴. Cela signifie que le registraire pourrait recouvrer toute somme versée à même le fonds en intentant une poursuite contre l'avocat. Nous soulignons que cette possibilité de poursuivre l'avocat qui a fait preuve de négligence en signant un faux affidavit de témoin à la signature ne constitue pas simplement une façon de transférer la perte du fonds d'assurance au fonds d'assurance de responsabilité professionnelle des avocats. Il s'agit plutôt d'un moyen de s'assurer que les avocats impliqués dans une transaction soient davantage incités à effectuer des vérifications appropriées de l'identité des parties à la transaction. Ainsi, la différence réelle est que, dans un système d'inattaquabilité différée, l'acheteur a intérêt à consulter un avocat qui fasse preuve de plus de prudence que celle exigée par les normes professionnelles et qui soit en mesure d'éviter la fraude en détectant des signaux « subtils ». Toutefois, imposer ce type de fardeau à un acheteur d'immeuble typique est probablement déraisonnable.

Que dire de l'argument selon lequel si le système de titres fonciers n'a d'aucune façon causé la perte, il ne devrait pas être tenu responsable? Apr ès tout, il n'y avait aucune erreur sur le registre. C'est un argument valable, mais il n'est pas concluant. Le système de titres fonciers doit demeurer responsable des failles du système, comme l'enregistrement d'un faussaire à titre de propriétaire, afin d'être encouragé à prendre des mesures pour éviter les erreurs. Toutefois, dans le cas d'une fraude par un imposteur, faire assumer la responsabilité par le système de titres fonciers n'incite aucunement le bureau des titres fonciers à être prudent puisqu'il n'aurait rien pu faire pour éviter la fraude. Cet argument est solide dans une certaine mesure mais il est fondé sur la prémisse que le système de titres fonciers ne devrait être tenu responsable que s'il a commis une faute. Un autre

⁶³ Une loi sur l'enregistrement des titres immobiliers pourrait prévoir spécifiquement qu'une personne ayant le droit de signer un affidavit de témoin à la signature ou un autre document similaire sera responsable envers la victime ou le registraire si le registraire a versé une indemnisation à la victime dans le cas où l'attestation contenue dans l'affidavit se révèle fausse en raison de la négligence. Dans un tel cas, la responsabilité de l'avocat en question serait clairement engagée en vertu de la loi seule. Toutefois, ce n'est pas pratique courante. On retrouve plus fréquemment une disposition comme celle contenue dans la *Loi de la Saskatchewan* qui prévoit que le registraire est subrogé dans les droits de la victime et peut recouvrer le dédommagement versé de la [TRADUCTION] « personne responsable de la perte ». Il n'apparaît pas clairement de ce libellé si l'avocat serait tenu responsable d'avoir fait preuve de négligence en signant un faux affidavit de témoin à la signature. Toutefois, si les règlements du Barreau stipulent qu'un avocat doit exiger des pièces d'identité et qu'il ne respecte pas cette obligation avant de signer l'affidavit, cela constituera clairement de la négligence. Finalement, *la responsabilité d'un avocat dans un tel cas pourrait en principe être établie par la Loi* sur l'enregistrement des titres immobiliers elle-même mais il est plus fréquent qu'elle soit établie par la *Loi* et les règlements du Barreau.

⁶⁴ La requête pour ajouter l'avocat en question comme codéfendeur est rapportée dans l'arrêt *Hermanson c. Martin*, 128 D.L.R. (3d) 354 (C.A. Sask.).

point de vue est qu'une assurance contre ce type de fraude est nécessaire et que le système de titres fonciers est en mesure de l'offrir, qu'il y ait faute ou non. Autrement dit, si tout le monde souscrivait une assurance de titres, le système d'inattaquabilité immédiate ne serait plus nécessaire⁶⁵.

En résumé, l'argument à l'appui du système d'inattaquabilité différée est qu'il incite fortement les parties à prévenir la fraude. L'argument à l'appui d'un système d'inattaquabilité immédiate est que les personnes moins informées sont mieux protégées et que la fraude est suffisamment découragée en raison du recours du registraire contre l'avocat qui n'a pas vérifié l'identité.

5.5.2 Position du prêteur

À l'extérieur de la Colombie-Britannique, il semble, en général, que la position du prêteur soit similaire à celle de l'acheteur. Dans un système d'inattaquabilité immédiate, une banque qui aurait octroyé un prêt hypothécaire à un imposteur serait protégée à condition qu'elle n'ait pas participé à la fraude et, dans un système d'inattaquabilité différée, une banque cessionnaire d'une hypothèque serait également protégée, si elle n'a pas participé à la fraude et n'en a eu aucunement connaissance. Bien que cette position semble généralement acceptée, un doute est soulevé par la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendue en 1963 dans l'arrêt *Crédit foncier franco-can. c. Bennett*⁶⁶.

Dans l'arrêt *Bennett*, la Cour a conclu que dans les cas de fraude par usurpation d'identité, le prêteur ne bénéficie d'aucune protection du système des titres fonciers⁶⁷. En d'autres termes, en ce qui a trait à la fraude par usurpation d'identité, le prêteur se trouve dans la même position qu'il le serait en vertu de la *common law*; si l'hypothèque n'a pas effectivement été consentie par le propriétaire de l'immeuble enregistré, le prêteur n'a aucun recours à l'égard de l'immeuble et n'a droit à aucune indemnité du fonds d'assurance des titres fonciers. Cela vaut tant dans le cas où la banque transige directement avec l'imposteur que dans le cas où elle est cessionnaire d'un prêteur qui aurait transigé avec l'imposteur⁶⁸. Cette décision a été ultérieurement confirmée par l'adoption d'une modification à la *Loi*⁶⁹.

Il semble généralement reconnu que l'arrêt *Bennett* n'est qu'une interprétation des dispositions particulières de la *Loi de la Colombie-Britannique* et que, par conséquent, il ne serait pas applicable dans les autres ressorts où le libellé des lois est très différent. La majeure partie de la décision de la Cour d'appel portait effectivement sur les dispositions particulières de la *Loi de la Colombie-Britannique*. Toutefois, une autre partie complètement indépendante des motifs de la Cour d'appel est, de manière plus générale, applicable.

L'argument fondamental est que l'hypothèque comporte deux parties: une créance et un droit sur un immeuble, lequel est donné en sûreté pour garantir la dette. Même si une *Loi* sur l'enregistrement des titres immobiliers prévoyait que le droit du prêteur sur l'immeuble serait valide, même s'il avait été transféré par un imposteur, le propriétaire n'aurait pas de dette envers le

⁶⁵ Voir la section 6 ci-dessous pour une discussion sur l'assurance des titres.

⁶⁶ (1963) 43 W.W.R. 545 (C.A.C.-B.)

⁶⁷ L'arrêt *Bennett* portait sur l'article 41 de l'ancienne *Land Registry Act*, RSBC 1960, ch. 208, abrogée depuis, qui est néanmoins essentiellement identique au libellé de l'article 26 de la loi actuelle.

⁶⁸ Dans l'arrêt *Bennett*, il était question d'une cession d'une hypothèque.

⁶⁹ C.-B. paragraphe 26(2): [TRADUCTION] « (2) L'enregistrement d'une charge ne constitue pas une détermination par le registraire que le document à l'appui de la charge enregistrée crée un domaine ou un intérêt foncier ou constitue une preuve de ceux-ci, ou que la charge est exécutoire. »

prêteur puisque le prêteur n'aurait pas effectivement versé des sommes au propriétaire enregistré. S'il n'y a aucune créance, l'hypothèque peut être valide à titre de droit sur un immeuble, mais le propriétaire a le droit de demander la radiation de cette hypothèque sans avoir à effectuer des paiements. Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Bennett* :

[TRADUCTION]

L'hypothèque, si elle constituait un instrument valide à l'égard du cessionnaire enregistré, ne garantirait rien puisque les débiteurs hypothécaires n'ont rien reçu en contrepartie et, par conséquent, n'auraient aucune dette envers le créancier hypothécaire ou le cessionnaire enregistré⁷⁰.

La notion selon laquelle la créance et le droit sur l'immeuble sont distincts est familière prend souvent son importance dans le contexte d'une cession d'hypothèque. Dans le cas où une banque émettrice octroie un prêt à un propriétaire d'immeuble en exigeant une hypothèque à titre de sûreté, si l'hypothèque est ensuite cédée à une deuxième banque, il ne fait aucune doute que le propriétaire peut exiger que tout montant versé à la banque émettrice avant qu'il n'ait été avisé de la cession soit crédité. De plus, si la banque émettrice convient de prêter une somme de 100000\$ à un propriétaire d'immeuble, qu'elle conclut une convention d'hypothèque à cet effet et qu'elle cède ensuite l'hypothèque à une deuxième banque avant que les fonds soient effectivement versés, il ne fait aucun doute que le deuxième prêteur n'a aucun droit à l'égard de l'immeuble ni à l'encontre de son propriétaire. Le propriétaire pourrait alors affirmer, à bon droit, qu'il a bel et bien conclu une convention hypothécaire valide, mais qu'il ne doit aucune somme en vertu de celle-ci. Ce qui précède est tout à fait vrai lorsqu'il s'agit d'une hypothèque accessoire, mais cela s'applique également à tout type d'hypothèque. Le principe demeure le même, même si l'hypothèque est enregistrée, car ce qui est contesté est la créance et non la validité du droit. En effet, l'hypothèque est généralement enregistrée avant que les fonds soient effectivement versés; le prêteur ne pourrait ensuite refuser d'avancer les fonds et demander le remboursement au motif que l'hypothèque a été enregistrée, malgré le fait que le montant de l'hypothèque a été spécifié.

Dans le cas de la fraude par usurpation d'identité, la situation est comparable à celle où une banque et un propriétaire véritable auraient conclu et enregistré une hypothèque, et la banque aurait ensuite versé par inadvertance les fonds à un tiers. Puisque l'hypothèque aurait été enregistrée, la banque aurait un droit sur l'immeuble servant à garantir le prêt consenti au *propriétaire de l'immeuble* ou autorisé par lui; la banque n'aurait le droit de faire valoir ses droits à l'égard de tout montant qu'elle aurait prêté à quiconque. Dans un tel cas, le propriétaire pourrait se défendre, dans le cadre d'une action en forclusion, en alléguant qu'il a le droit de demander la radiation de l'hypothèque puisqu'aucune somme n'est due en vertu de la convention d'hypothèque. En d'autres termes, l'enregistrement garantit le droit mais ne garantit pas la créance. Ce principe est généralement reconnu, même dans le contexte des titres fonciers, et il n'y a aucune raison de créer une exception dans le cas de la fraude par usurpation d'identité.

La situation est différente dans le cas de fraude par falsification où le contrevenant a transféré le titre en son nom. Dans ce cas, le prêteur transige avec le propriétaire enregistré, peu importe le fait que le titre du propriétaire ou du contrevenant peut être rectifié. En ce qui concerne les tiers, le contrevenant est le propriétaire jusqu'à ce que le titre soit rectifié. Lorsque le titre du propriétaire véritable est rectifié, celui-ci se trouve dans la même position que l'acheteur qui a obtenu un titre affecté d'une hypothèque valide de rang supérieur; il ne sera pas responsable personnellement de la dette, mais le prêteur a le droit d'exercer son recours hypothécaire sur l'immeuble afin de recouvrer sa créance.

⁷⁰ Précité, note 67, à la page 551.

Ainsi, un prêteur et un acheteur peuvent se voir accorder un traitement différent à l'intérieur d'un même système de titres fonciers. Il ne s'agit pas là d'une incohérence. Dans le cas d'un achat, seul le droit sur l'immeuble est en jeu, alors que dans le cas d'une hypothèque, il y a d'une part le droit sur l'immeuble et d'autre part une créance. Le droit sur l'immeuble est traité de la même manière dans le cas d'un acheteur ou d'un prêteur; la différence réside dans le traitement de la *créance*, qui n'est pas pertinente en ce qui concerne la propriété. Ainsi, d'un point de vue technique, le droit du prêteur sur l'immeuble serait valide dans un système d'inattaquabilité immédiate, même si le prêteur a transigé directement avec l'acheteur; une banque cessionnaire d'une hypothèque consentie par un imposteur aurait un droit valide sur l'immeuble dans un système d'inattaquabilité différée. Cela diffère, d'un point de vue technique, des règles de *common law*, en vertu desquelles le droit sur l'immeuble serait invalide. Toutefois, dans les deux cas, même si le droit sur l'immeuble était valide, le propriétaire enregistré n'aurait aucune dette envers la banque. Étant donné qu'il n'y a aucune dette, le propriétaire a le droit de demander la radiation, et l'effet final serait exactement le même que si l'hypothèque était invalide. La banque ne pourra exercer son droit hypothécaire à l'encontre du propriétaire enregistré afin de recouvrer sa créance.

Bien que cet argument puisse sembler quelque peu technique, il suit de près l'argument de politique sous-jacent. La justification de politique à l'appui de cette conclusion est que le registre indique seulement le droit sur l'immeuble; ce n'est pas un registre de dettes. Le législateur aurait pu créer un registre de dettes en prévoyant que tout remboursement doit être enregistré afin d'être opposable aux tiers (par exemple un cessionnaire de l'hypothèque), mais cela n'a été fait dans aucun ressort. Par conséquent, le prêteur ne peut jamais se fier au registre pour connaître l'état de la créance. Il se peut que la créance soit inférieure à ce qui est indiqué dans la preuve documentaire, et la seule manière dont un cessionnaire peut vérifier cette information est de se renseigner auprès du propriétaire enregistré. Étant donné que cette vérification est généralement obligatoire, il n'y a aucune raison de ne pas l'exiger afin de se protéger contre la fraude par usurpation d'identité.

Voilà une bonne raison d'établir une distinction entre le cessionnaire d'une hypothèque et l'acheteur subséquent dans le cas où l'hypothèque ou la vente initiale a été faite par un imposteur. Qu'advient-il du prêteur initial qui a transigé avec l'imposteur? Le prêteur initial semble être essentiellement dans la même position que l'acheteur qui transige avec un imposteur. Dans un système d'inattaquabilité immédiate, cet acheteur immédiat est protégé, alors pourquoi le prêteur immédiat ne serait-il pas également protégé? En effet, nous devrions reconnaître que cet argument à l'égard de la position du prêteur est une variante du même argument qui a mené à l'approche de l'« inattaquabilité différée » à l'égard du droit de l'acheteur. Le fait qu'il s'agit d'une créance plutôt que d'un seul droit sur l'immeuble crée une distinction entre la position de l'acheteur et celle du prêteur, mais l'on pourrait ultimement soutenir que le registre ne comportait aucune erreur et que le prêteur aurait dû se protéger en vérifiant l'état de la créance directement auprès du propriétaire. Comme nous l'avons vu, les tribunaux n'ont pas tous accepté cet argument relatif à la position de l'acheteur, et il n'est pas évident que tous les tribunaux accepteraient l'argument relatif au prêteur, *nonobstant* la distinction fondée sur le fait que le montant de la dette ainsi que la validité du droit sont en cause. Ainsi, il est impossible de dire avec certitude quelle est la position du prêteur dans les ressorts autres que la Colombie-Britannique, et cette question ne semble pas avoir fait l'objet de discussions dans d'autres ressorts. Toutefois, même dans le cas d'un acheteur, nous avons observé qu'il y a de bons arguments à la fois en faveur et à l'encontre de l'inattaquabilité immédiate, ce dont témoigne l'adoption par les ressorts de systèmes opposés. Dans le cas d'un prêteur, le propriétaire véritable peut soulever des arguments à l'encontre de la créance, et non seulement à l'égard du droit sur l'immeuble, et ceux-ci sont fondés sur des principes bien établis. Cela pourrait être défavorable au prêteur, même dans les ressorts qui acceptent l'inattaquabilité immédiate dans le cas d'un acheteur. Ainsi, l'argument selon lequel

prêteur ne bénéficie d'aucune protection dans les cas de fraude par usurpation d'identité a beaucoup de mérite, et il devrait être considéré comme le résultat probable si la question était soulevée dans le cadre d'un litige.

Enfin, nous revenons aux faits de l'affaire *Bennett* et à la situation de la Colombie-Britannique. Dans l'affaire *Bennett*, le prêteur initial n'avait pas transigé avec l'imposeur, comme c'est habituellement le cas dans la fraude par usurpation d'identité. Dans cette affaire, un des dirigeants du prêteur initial avait falsifié l'hypothèque et l'avait enregistrée avant de la céder à un tiers (à titre onéreux), lequel l'a ensuite cédée à la demanderesse, Crédit foncier franco-canadien. Bien qu'il s'agissait dans cette affaire d'une fraude par falsification et non d'une fraude par usurpation d'identité, cet arrêt est analysé ici dans le cadre de la discussion sur la fraude par usurpation d'identité. La principale différence entre les deux types de fraude est que, dans le cas de la fraude par falsification, telle que nous l'avons définie ci-haut, le propriétaire enregistré est une partie à la convention d'hypothèque, *nonobstant* le fait qu'il ait obtenu l'enregistrement par falsification, alors que dans le cas de la fraude par usurpation d'identité, le propriétaire enregistré n'est pas une partie à la convention d'hypothèque. Le fait, dans l'arrêt *Bennett*, que c'est l'un des dirigeants du prêteur qui avait falsifié le nom du propriétaire sur la convention d'hypothèque et non un tiers imposeur, n'a aucune importance.

En résumé, il ne fait aucun doute qu'un prêteur en Colombie-Britannique ne bénéficie d'aucune protection dans les cas de fraude par usurpation d'identité. Cette situation a probablement également cours dans d'autres ressorts, mais il n'y a pas de jurisprudence portant directement sur cette question et, par conséquent, le droit en cette matière demeure quelque peu incertain.

5.6 Réduire les dommages

5.6.1 Préférence pour le possesseur de l'immeuble

Il est important de souligner que le système de titres fonciers n'est pas lui-même la cause de la fraude. La fraude par l'enregistrement de documents falsifiés pouvait également être commise dans le système traditionnel de registre puisqu'il n'y avait aucune vérification de la validité des documents. Le registre n'était qu'un site de dépôt de documents. L'avocat d'un acheteur pouvait examiner les documents au registre mais il n'est habituellement pas plus facile pour l'avocat d'un acheteur de détecter, à la face même du document, s'il a été falsifié qu'il ne l'est pour le registraire en vertu du système de titres fonciers. La différence entre ces systèmes est qu'en vertu du système de registre traditionnel c'est l'acheteur innocent qui perd l'immeuble, alors qu'en vertu du système de titres fonciers de base c'est le propriétaire actuel qui perd l'immeuble. De plus, le système de titres fonciers comporte l'avantage, en principe, que le propriétaire actuel de l'immeuble sera indemnisé pour la perte de l'immeuble à partir du fonds d'assurance des titres fonciers, alors qu'en vertu du système traditionnel, l'acheteur innocent pourrait ne bénéficier d'aucune source d'indemnisation.

Ceci dit, la règle selon laquelle le propriétaire innocent peut perdre son immeuble en raison d'une falsification peut être draconienne. Un propriétaire peut partir en vacances et constater à son retour que la banque est sur le point de saisir⁷¹ et de vendre sa maison. Comme nous venons de le voir, la règle générale dans un système de titres fonciers est que la banque a effectivement le droit

⁷¹ Notez que la « prise en paiement » est une expression technique qui désigne une procédure particulière qu'un prêteur détenant une hypothèque valide peut entreprendre afin de faire valoir ses droits hypothécaires en cas de défaut. La prise en paiement n'est pas toujours utilisée et, en réalité, elle n'existe plus dans certains ressorts. Toutefois, on emploie souvent ce terme pour parler des divers recours dont dispose le prêteur pour vendre l'immeuble hypothéqué afin de se faire rembourser la dette en question. Les expressions « prise en paiement », « exercice des droits hypothécaires » et « saisie » sont utilisées dans le présent rapport de manière interchangeable puisque nous ne traitons aucunement des différentes procédures particulières qu'un prêteur peut utiliser afin de faire valoir ses droits hypothécaires.

de vendre votre maison afin de se faire rembourser l'hypothèque qu'un malfaiteur inconnu a fait enregistrer sur votre immeuble. La sévérité de cette règle est réduite en pratique car une banque qui a octroyé un prêt hypothécaire préférerait certainement que le prêt soit remboursé que d'engager des dépenses afin de prendre l'immeuble en paiement. Le propriétaire a le droit de recouvrer la somme payée du fonds d'assurance, et cela sera normalement suffisant pour faire radier l'hypothèque frauduleuse qui est par ailleurs valide. Habituellement, la banque sera disposée à accorder un délai à P pour entreprendre ces démarches, puisque elle préfère recevoir l'argent plutôt que de prendre l'immeuble en paiement; P évitera ainsi le désastre⁷². Toutefois, P se trouve toujours dans la situation très angoissante d'avoir à présenter une réclamation au fonds d'assurance afin de pouvoir rembourser un prêt hypothécaire ou risquer d'être évincé de sa propre maison. L'hypothèse que la banque ne procédera probablement pas immédiatement à une prise en paiement peut être d'un maigre réconfort. De plus, la banque a le droit de prendre en paiement sans attendre que le propriétaire véritable ait complété sa demande, et c'est seulement en raison de la bonne volonté des institutions prêteuses que cela ne semble pas s'être produit jusqu'à maintenant.

Même si la banque choisit de ne pas prendre l'immeuble en paiement immédiatement, cela ne règle pas tous les problèmes du propriétaire. Le délai peut être très long avant que le problème soit réglé (des années, dans certains cas); il sera impossible pendant cette période de refinancer l'emprunt hypothécaire ou de vendre la maison. Le propriétaire peut également avoir à débours des frais juridiques importants dans la préparation de sa réclamation en dédommagement. Ces frais pourraient être remboursés dans le cadre du dédommagement global, mais le fardeau et le risque financiers augmentent dans l'intervalle, surtout parce que les frais juridiques ne seront généralement remboursés qu'en partie par le fonds d'assurance. Ces problèmes sont particulièrement aigus dans les ressorts dotés d'un fonds de dernier recours (voir la section 5.3.2), où la victime innocente doit tenter de recouvrer les pertes qu'elle a subies avant d'avoir droit à un quelconque dédommagement du fonds. Cela peut prendre plusieurs années et coûter des milliers de dollars. (Nous utilisons ici un exemple de fraude par falsification mais les mêmes problèmes se poseraient dans le cas d'une fraude par usurpation d'identité à chaque fois qu'il y a divergence d'intérêts entre deux parties innocentes dont une a droit à un dédommagement et l'autre à l'immeuble. Nous rappelons que, dans le cas de la fraude par usurpation d'identité, la partie qui a transigé directement avec l'imposteur n'aura pas dans certains ressorts droit à un dédommagement, même si elle n'a pas effectivement participé à la fraude: voir la section 5.5 ci-dessus.)

Ainsi, même si certains facteurs en amoindrissent les conséquences, un propriétaire tout à fait innocent peut dans un système de titres fonciers traditionnel en définitive perdre la propriété de sa maison alors qu'il y réside, et cela peut causer beaucoup de souffrance malgré la possibilité d'obtenir un dédommagement.

Une réponse à ce problème est fournie par une disposition unique du système de titres fonciers du Nouveau-Brunswick. La *Loi du Nouveau-Brunswick* contient une disposition qui prévoit en essence que le possesseur de l'immeuble a le droit de le conserver. La partie innocente qui s'est fiée au registre, par exemple une banque, recevra un dédommagement au lieu de l'immeuble.

⁷² Alors, dans l'arrêt (2000) 50 O.R. (3d), 353, la Cour a observé: [TRADUCTION] « Je n'ai pas à trancher la question de savoir quels droits que la banque pourrait avoir en vertu de l'hypothèque puisque la banque, à sa décharge, a donné pour instruction à son avocat de ne pas tenter de procédures afin de faire valoir ses droits contre les Durrani jusqu'à ce que les questions avec le fonds soient réglées. Sur le fondement de cet engagement, toute procédure en vue de faire valoir des droits hypothécaires est suspendue jusqu'à ce que les questions soient réglées par le directeur des titres immobiliers ou jusqu'à ce qu'une ordonnance soit émise par le présent tribunal. » De façon similaire, dans la fraude qui a donné lieu à la décision *Toronto-Dominion Bank c. Jiang*, (2003) 63 O.R. (3d) 764 (C.S.J. Ont.), il appert que la banque TD a accepté d'attendre jusqu'à ce que les propriétaires véritables aient eu la chance de mener à bien leurs procédures en dédommagement du fonds d'assurance: voir Bob Aaron, « *Mortgage fraud victims can also lose homes* », *Toronto Star*, 2 août 2003.

Comparons les résultats pratiques selon les divers systèmes dans le cas le plus habituel où le contrevenant hypothèque l'immeuble en faveur de la banque sans jamais prendre possession de l'immeuble. Dans un système de registre traditionnel, le propriétaire initial conserve le terrain et la banque n'obtient rien. En vertu de la majorité des *Lois sur l'enregistrement des titres immobiliers*, la banque obtient l'immeuble et le propriétaire initial reçoit un dédommagement. Au Nouveau-Brunswick, le propriétaire initial conserve le terrain et la banque reçoit un dédommagement. Il est vrai que, au Nouveau-Brunswick, le propriétaire initial doit tout de même demander au registraire de rectifier le registre, mais le propriétaire n'a pas à recouvrer l'argent du fonds d'assurance afin de rembourser le prêt hypothécaire de la banque. Dans ce cas, c'est la banque qui doit tenter de recouvrer l'argent.

Le système du Nouveau-Brunswick est attrayant en ce qu'il protège l'intérêt du propriétaire initial qui a la possession de l'immeuble. Il reconnaît que la personne en possession de l'immeuble a probablement un plus grand attachement sentimental à l'immeuble. Cela est particulièrement vrai dans le cas le plus fréquent où les intérêts en conflit sont ceux du véritable propriétaire et ceux d'une banque qui a octroyé un prêt hypothécaire au contrevenant. Plutôt que d'empêcher le propriétaire de jouir librement de son immeuble pendant que le registraire décide si une indemnisation devrait être versée, causant ainsi potentiellement beaucoup de souffrance à cette personne, c'est la banque qui tentera d'obtenir un dédommagement auprès du fonds d'assurance du système de titres fonciers sur une base commerciale. Bien que cela impose un fardeau supplémentaire à la banque, celle-ci est davantage en mesure de le supporter puisqu'elle peut tenter d'obtenir un dédommagement du fonds d'assurance dans le cadre de ses affaires sans que ses opérations globales n'en souffrent, alors que le fardeau de tenter d'obtenir un dédommagement imposé à un particulier est relativement beaucoup plus important.

Dans les cas moins habituels, où l'immeuble est transféré du malfaiteur à un acheteur de bonne foi qui emménage effectivement dans l'immeuble, le système du Nouveau-Brunswick accorde priorité au nouvel acheteur. Le propriétaire n'aura droit qu'à un dédommagement. Toutefois, le nouvel acheteur ne peut emménager que lorsque le propriétaire véritable n'était pas possesseur de l'immeuble; il est alors plus raisonnable d'octroyer un dédommagement au propriétaire véritable plutôt que d'exiger que l'acheteur de bonne foi qui a effectivement pris possession de l'immeuble déménage.

Bien que le système du Nouveau-Brunswick diffère des systèmes de titres fonciers normaux, il fonctionne entièrement selon les principes de base sous-jacents des systèmes de titres fonciers. Le véritable objectif de l'inattaquabilité du registre est de permettre aux gens de transiger sur la foi du registre sans avoir à effectuer des enquêtes pour vérifier les transactions antérieures. Selon la théorie standard des systèmes de titres fonciers, afin de s'assurer que l'on peut se fier au registre des titres fonciers, il est nécessaire que quiconque impliqué dans une transaction sur l'immeuble en se fiant au registre obtiendra le droit qu'il croyait obtenir. Selon la théorie du système du Nouveau-Brunswick, il est seulement nécessaire que quiconque se fie au registre reçoive *soit* l'immeuble, *soit* un dédommagement. Nous rappelons que dans le système de registre traditionnel, A conserverait l'immeuble et B n'obtiendrait rien. Dans le système de titres fonciers standard, B obtiendrait l'immeuble et A recevrait un dédommagement. Dans le système du Nouveau-Brunswick, A et B recevraient *soit* l'immeuble, *soit* un dédommagement. Le principe est que l'assurance d'une indemnisation pour qui n'obtient pas l'immeuble suffit à assurer la fiabilité du registre des titres fonciers. Ainsi, par exemple, si B est une banque, elle ne veut pas obtenir l'immeuble; en réalité, elle désire obtenir de l'argent. Du point de vue de la banque, l'assurance qu'elle recevra une somme d'argent suffisante afin de rembourser le prêt hypothécaire est tout aussi avantageuse, sinon plus, que l'assurance qu'elle obtiendra l'immeuble.

En Colombie-Britannique, une politique semblable a été proposée en vue de modifier la *Loi* actuelle. Cette proposition diffère du système du Nouveau-Brunswick puisque, en cas de conflit entre les intérêts de deux parties innocentes, la préférence serait accordée à la partie ayant un « lien substantiel » avec l'immeuble⁷³, plutôt qu'au possesseur comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick. Les deux politiques sont semblables puisque le possesseur a clairement un lien substantiel avec l'immeuble, mais le concept de « lien substantiel » permettrait d'examiner d'autres facteurs. Par exemple, si une partie hérite d'un immeuble et que cet immeuble appartient à la famille depuis longtemps, ce facteur pourrait permettre d'établir le lien substantiel qui permettrait d'accorder préséance au propriétaire initial, même si l'immeuble est inchangé ou inoccupé. Ces deux approches visent le même objectif, celui de limiter le préjudice en s'assurant que l'immeuble revienne à la partie qui lui accorde la plus grande valeur non pécuniaire. La *Loi* applicable au Nouveau-Brunswick est sans conteste plus simple et plus claire, alors que la proposition de la Colombie-Britannique permet de considérer un éventail plus large de facteurs pertinents.

Considérons les particularités du système du Nouveau-Brunswick. Comme dans tous les systèmes de titres fonciers, le registre au Nouveau-Brunswick constitue une déclaration de propriété officielle. De plus, comme dans les autres systèmes de titres fonciers, le registre peut être corrigé ou « rectifié » dans certains cas.

La différence est que, dans la majorité des ressorts, le registre ne peut être corrigé, même dans les cas de fraude, lorsque la correction porterait atteinte aux « droits conférés contre valeur » (voir par exemple la *Loi du Manitoba*, alinéa 23(1)c)). Ainsi, dans notre exemple, puisque la banque a donné une contrepartie pour son droit hypothécaire, ce qui signifie en fait qu'elle a prêté des fonds au contrevenant, le registre ne peut être rectifié afin de supprimer l'hypothèque. Cette situation est différente au Nouveau-Brunswick, où l'article pertinent prévoit que le registraire peut rectifier le registre « lorsqu'un droit de propriété, un droit, une charge ou une autre servitude foncière, sont enregistrés au nom d'une personne qui, si le bien-fonds en cause n'avait pas été enregistré en vertu de la présente loi, n'aurait pas été propriétaire du droit de propriété, du droit, de la charge et de l'autre servitude foncière » (article 68(c)). Nous avons vu que, en vertu du système traditionnel, nul, y compris le prêteur, ne peut obtenir un titre valide de quelqu'un qui détient un droit sur la foi d'un titre falsifié. Ainsi, en vertu de la *Loi du Nouveau-Brunswick*, le titre *peut* être rectifié en radiant l'hypothèque de la banque dans le cas où la banque a transigé avec un contrevenant qui avait frauduleusement transféré le titre à son nom. Toutefois, bien que la banque n'ait pas le droit de prendre l'immeuble en paiement après que le registre ait été corrigé, la banque aura droit à un dédommagement du fonds d'assurance. (Voir le paragraphe 73(1), la disposition générale d'indemnisation, qui mentionne « [t]oute personne qui subit des dommages par suite de la rectification du registre des titres », sauf dans des circonstances précises qui ne s'appliquent pas à la banque dans notre exemple.)

Cependant, la *Loi du Nouveau-Brunswick* ne stipule pas simplement que tout droit qui aurait été invalide en droit commun est invalide. Elle prévoit plutôt que « la rectification du registre des titres ne doit pas porter préjudice au titre du propriétaire enregistré en possession du bien-fonds enregistré » (sauf en cas d'exceptions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce).

⁷³ Entrevue avec Ken Jacques. La possibilité d'un tel changement a été énoncée dans un rapport interne récent qui n'a pas encore été publié à ce jour. Il est donc impossible de déterminer si ce rapport appuie la modification proposée, et rien dans le présent rapport ne devrait être interprété comme traduisant les opinions exprimées dans le rapport interne sur la valeur de cette proposition.

Ainsi, si un nouveau propriétaire a acheté un immeuble et a emménagé, le registre ne sera pas rectifié à l'encontre de ce nouveau propriétaire, même s'il n'aurait pas été propriétaire en vertu du système traditionnel. En d'autres termes, la *Loi sur l'enregistrement foncier* du Nouveau-Brunswick accorde une préférence à la partie innocente *qui est en possession de l'immeuble*.

5.6.2 Résumé: le possesseur et le système normal

En résumé, dans le système du Nouveau-Brunswick, qui préfère le possesseur, le résultat d'une fraude par falsification par laquelle l'immeuble est hypothéqué s'établit comme suit:

Fraude par falsification (2) au Nouveau-Brunswick – L'immeuble a été hypothéqué par F	
Partie	Résultat
Propriétaire initial (P)	P est propriétaire de l'immeuble. P doit rembourser un prêt hypothécaire à L1.
Banque du propriétaire initial (L1)	L1 détient une hypothèque de premier rang valide sur l'immeuble.
Prêteur du fraudeur (L2)	L'hypothèque de L2 n'est pas valide mais L2 a droit à un dédommagement du fonds d'assurance pour le montant de l'hypothèque.

La règle du possesseur est avantageuse en ce qu'elle limite le préjudice en accordant la propriété de l'immeuble à la personne qui lui attache le plus d'importance. Cela permet de réduire une grande part des dommages indirects, comme la souffrance morale et la perte de la jouissance libre de l'immeuble, survenant dans un système de titres fonciers normal. Habituellement, cette règle impose le fardeau plutôt à l'acheteur ou au prêteur. Dans le cas le plus fréquent, où le fraudeur a hypothéqué l'immeuble en faveur d'une banque, il n'est pas clair que la règle du possesseur soit plus désavantageuse pour la banque que la règle traditionnelle. Premièrement, la pression subie par la banque est beaucoup moindre puisque le fardeau est assumé par des professionnels formés pour s'occuper de telles questions; personne ne risque de perdre sa maison. Deuxièmement, même si la banque a droit à l'immeuble, comme dans un système traditionnel, elle doit engager des frais pour l'action de prise en paiement qui doit être entreprise afin de réaliser cette sûreté. Il est douteux que le coût lié à la présentation d'une réclamation contre le fonds d'assurance, particulièrement dans un ressort où le fonds en est un de premier recours, serait plus élevé que les coûts liés à une action de prise en paiement. Dans un tel cas, la règle du possesseur avantage le propriétaire sans toutefois désavantager la banque. Tout le monde y gagne. Lorsque le fraudeur a vendu l'immeuble plutôt que de l'hypothéquer, le fardeau sera effectivement imposé à l'acheteur particulier au lieu du propriétaire initial. Par contre, la perte de l'acheteur sera moindre que celle du propriétaire en possession puisque l'acheteur n'aura habituellement pas d'attachement sentimental à l'immeuble.

En résumé, nous pouvons affirmer, arguments solides à l'appui, que la règle du possesseur est plus avantageuse que la règle traditionnelle dans presque tous les cas.

5.7 Prévention de la fraude

5.7.1 Introduction

Jusqu'à présent, la discussion s'est portée sur l'indemnisation des pertes, bien que nous ayons vu que les questions d'indemnisation et de prévention sont liées dans le contexte de l'inattaquabilité différée. Nous avons vu également que les procédures exigeant l'identification des parties à une transaction permettront de prévenir certaines fraudes par des imposteurs. La présente section traite d'autres types de mesures pouvant être prises afin de prévenir la fraude. Il convient de remarquer que, sauf en cas d'indication contraire, ces mesures s'appliquent généralement à la fois aux ressorts ayant un système d'enregistrement documentaire et à ceux fondés sur les titres fonciers.

5.7.2 Poursuites au criminel

Présentement, la principale mesure de prévention de la fraude par falsification est l'imposition de peines. La possibilité de recours civil qui enlèverait aux contrevenants leurs gains criminels en y ajoutant peut-être des dommages-intérêts punitifs contribue à décourager les fraudeurs. Toutefois, l'effet d'une telle dissuasion est réduit puisque le contrevenant ne se trouvera pas dans une position tellement plus mauvaise s'il se fait prendre que s'il n'avait pas commis de fraude du tout; il sera d'ailleurs souvent difficile de recouvrer, dans les faits, les sommes obtenues frauduleusement. La possibilité d'une peine criminelle constitue probablement le moyen de dissuasion le plus important. Des peines criminelles peuvent être imposées pour la fraude soit en vertu du Code criminel⁷⁴ ou pour des infractions prévues par la plupart des *Lois sur l'enregistrement des titres immobiliers*⁷⁵. Les infractions prévues par les *Lois sur l'enregistrement des titres immobiliers* sont plus spécifiques que celles prévues par le Code criminel, et les peines diffèrent, mais leur portée est à peu près la même pour ce qui des types de fraudes que nous avons mentionnés; il n'y a donc aucune différence fondamentale en principe entre les dispositions du Code criminel et les infractions prévues par les lois particulières.

L'efficacité des poursuites au criminel à titre de moyen de dissuasion dépend de la probabilité de coincer le contrevenant et de la sévérité probable de la peine. La durée d'une peine d'emprisonnement devrait être un moyen important de dissuasion de la fraude. Ce moyen peut être plus efficace dans les cas de fraude par un inconnu, car il est plus probable qu'une telle fraude soit commise par une personne qui a un plan précis de faire de l'argent frauduleusement, par opposition à la fraude par usurpation d'identité, laquelle semble souvent plus opportuniste et motivée par des raisons moins rationnelles, surtout lorsque la victime de la fraude est le conjoint⁷⁶.

Cela tend à suggérer que la fraude par falsification pourrait être réduite en augmentant la durée des peines d'emprisonnement pour ce type de crime. Cette proposition soulève toutefois plusieurs problèmes. Premièrement, elle exigerait d'importantes réformes, par exemple relativement aux lignes directrices concernant la détermination de la peine. De plus, on peut prétendre que le système pénal est déjà congestionné et qu'il est incertain que des peines d'incarcération plus longues pour ce type de fraude constitueraient la meilleure utilisation de ces ressources.

⁷⁴ Ex.: *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, article 366

⁷⁵ Voir par exemple C.-B., articles 387, 388 et 390; Alberta, article 212; Ontario, articles 155 et 156.

⁷⁶ Tesoro, par exemple, qui a commis une fraude relativement à cinq immeubles de Toronto, a été condamné à 38 mois pour chaque chef à être purgés en même temps: voir l'article de Mike Slaughter, « Stolen dreams », *Toronto Star*, 9^e février 2002, édition ontarienne du samedi. Il semble que la majeure partie de la somme excédant 1,5 million de dollars qui a été obtenue frauduleusement n'a pu être récupérée car elle a été transférée par Tesoro à l'extérieur du pays: *ibid.* Une telle peine est peut-être insuffisante pour dissuader un escroc endurci.

L'incarcération coûte cher à la société, et même si elle représentait un moyen efficace de réduire l'incidence des fraudes, on peut prétendre que des peines d'emprisonnement plus longues devraient plutôt être imposées à d'autres types de criminels. Bien entendu, cela ne signifie pas que des peines d'emprisonnement plus sévères pour les fraudeurs ne seraient pas souhaitables, mais plutôt qu'il existe d'autres considérations qui indiquent qu'il serait déraisonnable de compter uniquement sur des peines criminelles pour prévenir la fraude.

5.7.3 Restriction de l'accès au registre

La solution la plus directe au problème de la falsification serait d'effectuer des vérifications plus minutieuses lors de l'enregistrement des documents. Dans un système où les documents sont acceptés sur support papier « sur présentation », soit de toute personne qui se présente au bureau des titres fonciers, il est presque impossible d'effectuer des vérifications plus rigoureuses. Les employés du bureau devraient, dans ce cas, comparer la signature figurant sur le document à la signature du propriétaire actuel figurant dans le dossier. Un tel processus exigerait beaucoup de temps et serait coûteux. De plus, il ne garantirait pas la prévention des fraudes, car il est souvent difficile de comparer des signatures avec suffisamment de certitude. Si les employés rejetaient un nombre important de documents parce que les signatures ne correspondaient pas, cela entraînerait très certainement le rejet initial de nombreuses transactions tout à fait légitimes, et cela occasionnerait des dépenses et des délais. Si les employés sont moins rigoureux dans la comparaison des signatures, il ne fait aucun doute qu'un faussaire expérimenté pourrait obtenir un exemple de la signature du propriétaire et la contrefaire suffisamment bien pour qu'elle soit acceptée. Il semble donc évident que la vérification des signatures sur les documents serait beaucoup trop onéreuse en termes de délais et de dépenses, fardeau qui serait assumé par la grande majorité des transactions qui est entièrement légitime.

Un autre moyen de prévenir ou à tout le moins de combattre l'usurpation d'identité serait de refuser les enregistrements sur présentation. Toutes les demandes devraient alors passer par un avocat. L'avocat déterminerait l'identité du demandeur, et les employés du bureau d'enregistrement vérifieraient l'identité de l'avocat lors du dépôt (de manière à ce qu'un faussaire ne puisse se faire passer pour un avocat afin de soumettre des documents falsifiés). Cela pourrait réduire la fraude par falsification de manière efficace, mais il s'agirait là d'un changement majeur dans les pratiques des bureaux qui imposerait un important fardeau, à la fois en temps de travail consacré à la vérification de l'identité de la personne déposant la demande et en coûts et tracas supplémentaires, en particulier dans les régions rurales où il est parfois difficile de trouver un avocat. De même, le dépôt électronique de documents vérifiés au moyen d'une forme de signature électronique sûre pourrait aider à prévenir la fraude en rendant la falsification des signatures plus difficile, que de tels dépôts électroniques puissent être faits seulement par des avocats ou des notaires, comme ce serait le cas dans les cadre des propositions actuelles, ou si la possibilité est étendue au public général ayant accès à la technologie nécessaire.

Cette proposition présente deux grandes difficultés. Premièrement, il est improbable qu'elle réussisse à empêcher toutes les fraudes par falsification, car le fraudeur peut toujours se faire passer pour le véritable propriétaire afin de commettre la fraude. En d'autres mots, cette proposition pourrait simplement transformer des fraudes par falsification en fraudes par usurpation d'identité au lieu de prévenir la fraude.

Une autre difficulté est que, pour que cette méthode soit efficace pour prévenir la fraude, l'accès du public au registre devrait être limité de manière importante. Il est vrai qu'il est maintenant imprudent d'effectuer une transaction immobilière sans retenir les services d'un avocat, mais une interdiction formelle aux non-avocats ou à tout le moins à ceux qui ne disposent pas de capacités technologiques perfectionnées de transférer des immeubles eux-mêmes aurait d'importantes

conséquences politiques. Restreindre ainsi l'accès au registre afin de prévenir la fraude constituerait en dernier ressort une décision politique, mais il semble que la perception générale actuelle soit que le coût est trop important par rapport aux avantages possibles.

5.7.4 Envoi d'avis et gel du registre

La récente *Land Titles Act* de la Saskatchewan a introduit deux mesures qui peuvent aider à détecter rapidement la fraude et à empêcher les préjudices une fois la fraude commise. Ces mesures ont un effet indirect de prévention de la fraude, puisqu'un fraudeur qui a transféré l'immeuble à son nom a besoin d'un certain temps pour obtenir un emprunt hypothécaire et diverter les fonds. Si la fraude est détectée en temps opportun, il peut être possible de prévenir le préjudice. Plus il est difficile de réussir à profiter de la fraude, moins il est probable que les fraudeurs s'attaqueront au système immobilier.

La première mesure porte que lorsqu'un droit est enregistré en Saskatchewan, y compris une hypothèque ou un transfert, un avis est envoyé au propriétaire (dans le cas d'une charge) ou au propriétaire précédent (dans le cas d'un transfert)⁷⁷. Donc, si un contrevenant falsifie une demande de transfert et de ce fait réussit à faire enregistrer le titre à son nom, la victime recevra un avis que l'immeuble a été vendu et elle sera de ce fait avertie de la transaction frauduleuse. La victime peut alors prendre des mesures afin d'empêcher toute autre transaction sur l'immeuble. Bien que la mesure n'empêche pas le premier transfert frauduleux, si la victime agit avant que le faussaire ait réussi à hypothéquer l'immeuble ou à le vendre à un tiers innocent, le préjudice peut être empêché et le titre rectifié afin de retirer le transport frauduleux.

Cette pratique tient son origine de la pratique existante prévue par les *Lois sur les sûretés relatives aux biens personnels* (LSRBP) qui stipulent qu'un avis doit être envoyé au prêteur lorsque sa sûreté est radiée, une mesure de protection contre les radiations non autorisées⁷⁸. L'expérience en Saskatchewan démontre que jusqu'à maintenant, bien que le système fonctionne adéquatement en général, certains problèmes mineurs se posent. En particulier, les envois d'avis génèrent un grand nombre d'appels au centre d'information sur les titres fonciers car les destinataires ne comprennent pas toujours la signification de l'avis. Dans certains cas, le destinataire ne comprend pas que l'avis ne lui donne pas le droit de s'opposer à une expropriation, par exemple. L'on croit que ces problèmes seront réglés en modifiant la forme des avis et en facilitant la compréhension du système par le public. Cela rejoint l'expérience avec les LSRBP, en vertu desquels des avis sont régulièrement émis sans que cela ne pose de difficulté. L'on doit reconnaître que, puisque les LSRBP ne s'appliquent qu'aux hypothèques, les destinataires des avis sont généralement des prêteurs institutionnels expérimentés ayant une bonne compréhension du système, et que dans ces cas il est improbable qu'il y ait confusion sur la nature de l'avis.

L'application d'un système d'avis dépend dans une certaine mesure de l'existence d'une base de données pleinement automatisée, car dans le cas contraire, le fardeau administratif de l'envoi d'avis serait important. Voilà peut-être la raison pour laquelle les systèmes de titres fonciers n'ont pas jusqu'à maintenant adopté la pratique d'envoyer un tel type d'avis. Cependant, tous les systèmes de titres fonciers ont à présent atteint un niveau d'automatisation qui permettrait cette fonctionnalité ou l'atteindront bientôt.

⁷⁷ Saskatchewan L-5.1 Reg 1, Division 3: *Verification of Registration*

⁷⁸ Les détails peuvent varier. La *Loi du Nouveau-Brunswick* constitue le modèle de cette pratique, car l'envoi de l'avis est obligatoire, comme il l'est en vertu de la *Land Titles Act* de la Saskatchewan: voir LSR BP (N.-B.), règlement 95-57, article 10.

L'envoi d'avis n'est pas réalisable dans un système d'enregistrement documentaire car l'information sur la propriété n'y est pas inscrite d'une manière non ambiguë. Dans un système de titres fonciers, chaque lot porte le nom d'un propriétaire facilement identifiable, alors que, dans un système d'enregistrement documentaire, la détermination de la propriété exige l'interprétation et l'examen des documents enregistrés, un processus qui ne peut être automatisé.

L'efficacité des avis dans la prévention de la fraude dépend de la rapidité de leur envoi. En Saskatchewan, une partie peut demander de recevoir les avis par courrier électronique; dans ce cas la notification est très rapide. Il n'est évidemment pas possible de forcer les parties à accepter une notification par courrier électronique, mais il ne fait aucun doute que l'efficacité du système de notification dans la prévention de la fraude augmentera à mesure que l'utilisation du courrier électronique se répandra.

Une disposition complémentaire mais distincte de la *Loi de la Saskatchewan* permet au registraire de « geler » le registre⁷⁹. La *Loi* accorde au registraire une très grande discrétion pour interdire le transfert d'un titre et l'enregistrement d'un droit sur le titre lorsque le registraire estime cela nécessaire afin de prévenir une fraude possible ou appréhendée⁸⁰. Ainsi, dans tous les cas où une personne a reçu un avis qu'un transfert de son immeuble a été enregistré même si elle n'a pas elle-même vendu son immeuble, la personne ainsi touchée pourrait réagir en alertant le registraire, qui peut alors geler le titre pour empêcher toute autre transaction jusqu'à ce que la légitimité du transfert contesté soit établie. Il convient de noter que la disposition accorde au registraire une discrétion très importante, qui ne se limite pas à ces situations. La disposition a été jusqu'à maintenant utilisée deux fois, la première étant dans le cas d'un conflit conjugal à l'égard duquel le registraire croyait qu'il y avait une possibilité réelle de transfert frauduleux par un des époux, et un autre cas dans lequel un imposteur avait assumé en général l'identité d'une autre personne et le registraire croyait que l'imposteur pourrait tenter d'effectuer des transactions sur les biens de ladite personne. Dans les deux cas, le gel a été imposé à la demande d'au moins un des propriétaires enregistrés, mais la disposition n'impose pas une telle exigence.

Un certain contrôle du pouvoir du registraire de geler un titre doit être exercé en raison de la grande discrétion qui lui est accordée. À cette fin, une personne qui estime avoir été lésée par le gel d'un titre par le registraire a le droit de demander à un tribunal de réviser la décision du registraire⁸¹.

5.8 Coût du système

Il convient de remarquer que les indemnisations dans un système de titres fonciers ont été versées historiquement à partir d'un « fonds d'assurance » spécial des titres fonciers constitué en vertu de la *Loi*. Il est maintenant plus courant que le dédommagement provienne directement du fonds consolidé général de la province ou d'un fonds d'assurance entièrement garanti par le fonds consolidé. L'importance de cette distinction tient au fait que si le dédommagement ne provient que du fonds, il peut être refusé ou limité si le fonds n'est pas suffisamment approvisionné. C'est toujours le cas en principe en Alberta, par exemple, où le fonds est limité à 49 millions de dollars plus les recettes nettes éventuelles générées par le fonds depuis le 31 mars 1994.

⁷⁹ Puisqu'un fraudeur n'a pas le droit d'enregistrer un document falsifié, le registraire a le droit dans tout système de titres fonciers de refuser d'enregistrer des documents falsifiés, que ce droit soit express ou implicite. Dans les autres ressorts, le même résultat peut être atteint si le registraire utilise ce pouvoir pour rejeter systématiquement les enregistrements sur un terrain donné. Toutefois, en l'absence d'un pouvoir explicite comme celui conféré par la *Loi de la Saskatchewan*, agir ainsi reviendrait à faire plier l'intention de la *Loi* et il est improbable qu'un registraire agisse ainsi en l'absence d'un pouvoir législatif express.

⁸⁰ Saskatchewan, article 99

⁸¹ Saskatchewan, alinéa 107(b)

Dans les ressorts ayant des *Lois* plus récentes, soit le Nouveau-Brunswick et la Saskatchewan, il n'y a pas de fonds d'assurance à proprement dit. Par exemple, en Saskatchewan, le système de titres fonciers a récemment été réorganisé afin que la *Loi* soit administrée par l'Information Services Corporation de la Saskatchewan. Les réclamations portant sur des incidents plus anciens sont payées à même le fonds consolidé, alors que les réclamations dont la cause est postérieure à la réorganisation sont payées directement par l'Information Services Corporation⁸². Les montants inférieurs à 100000\$ peuvent être réglés par le registraire, alors que les règlements dépassant ce montant exigent l'approbation du ministre responsable⁸³. Les frais d'enregistrement des titres et des hypothèques sont versés à l'ISC et il n'y a aucune attribution fictive au fonds d'assurance. Le système du Nouveau-Brunswick fonctionne de manière très semblable.

Les provinces ayant des *Lois* plus anciennes ont généralement un fonds d'assurance, mais celui-ci est à toutes fins pratiques fictif lorsque le fonds est entièrement garanti, en principe ou en pratique, par le fonds consolidé. Ces provinces ont également souvent une attribution fictive d'une partie des frais au fonds d'assurance. Toutefois, puisque les sommes du fonds excédentaires sont versées au fonds consolidé, et que tout déficit est couvert par le fonds consolidé, l'attribution des frais pour garantir le fonds d'assurance est purement théorique, et les frais ainsi alloués ne reflètent pas le coût lié au fonctionnement du fonds.

Une meilleure estimation du coût lié à la fraude est la valeur approximative des réclamations par rapport au nombre de transactions. La plupart des registraires rapportent que les réclamations pour fraude ne représentent qu'une petite proportion de toutes les réclamations faites au fonds d'assurance⁸⁴. Toutefois, le coût de la fraude n'est pas limité au coût de la fraude par transaction, car il faut également calculer le coût du fonctionnement du système d'assurance. Mais, puisque la fraude ne représente qu'une proportion relativement faible de l'ensemble des réclamations, nous pouvons presque considérer le coût de la fraude comme un coût supplémentaire.

La meilleure estimation du coût annuel des réclamations de fraude a été fournie par le bureau des titres fonciers de l'Alberta⁸⁵. Une étude complète des versements des fonds d'assurance liés à la fraude depuis 1989/90 jusqu'à 2001/2002 démontre que des réclamations de 402000\$ au total ont été payées, pour une moyenne annuelle d'environ 31000\$. La tendance observée est qu'une année sur deux, il n'y a aucune réclamation, mais qu'une année sur deux, des réclamations d'un montant important sont payées. On estime qu'il y a en moyenne environ 400000 transferts⁸⁶ ou hypothèques annuellement. Cela signifie que le coût moyen des dédommagements pour fraude par transaction sont d'environ 8¢. En d'autres termes, des frais payés à chaque vente ou hypothèque, une somme d'environ 8¢ est nécessaire pour défrayer les réclamations de fraude présentées au fonds d'assurance.

⁸² Saskatchewan, LTA, paragraphes 93(2) et (4)

⁸³ Paragraphe 90(3), *Land Titles Regulation* c. L-5.1, règlement 1, article 103

⁸⁴ La plupart des réclamations portent sur une erreur du bureau des titres fonciers. Certaines sont des erreurs courantes, comme lorsqu'une hypothèque est radiée du mauvais immeuble, mais (selon le ressort) de nombreuses réclamations sont attribuables aux périodes plus anciennes du système alors que les procédures étaient moins strictes, lesquelles ont causé des problèmes qui ne se manifestent que maintenant.

⁸⁵ Par Kelly Hillier, Directeur des titres fonciers, secteur nord, province de l'Alberta

⁸⁶ Cela inclut les transferts pour cause de décès et les ventes à distance.

Des chiffres d'une telle précision ne sont pas disponibles en Colombie-Britannique. Le directeur des titres fonciers actuel estime que les réclamations de tous types du fonds d'assurance représentent environ 100000\$ et que les réclamations pour fraude représentent une proportion relativement limitée de ce total – peut-être aussi peu que 5 à 10%⁸⁷. Bien que ces chiffres soient extrêmement approximatifs, ils rejoignent l'expérience albertaine. Puisque environ 500000 transferts et hypothèques sont enregistrés en Colombie-Britannique chaque année, cela signifierait que les coûts par transaction attribuables à la fraude sont inférieurs à 10¢.

⁸⁷ Ces chiffres sont des estimations approximatives fondées sur son expérience, qui est relativement limitée car il n'occupe ce poste que depuis trois ans.

Il importe de reconnaître que ces chiffres *ne sont pas* directement comparables. Le système de la Colombie-Britannique ne protège pas les hypothèques, et cela est sans doute la raison principale pour laquelle cette province reçoit moins de réclamations que l'Alberta, qui protège les hypothèques. Il convient également de remarquer que les réclamations présentées au fonds ne reflètent pas totalement les coûts de la fraude. En Alberta, par exemple, le fonds d'assurance est un fonds de dernier recours, par conséquent, une plus grande proportion du coût de la fraude sera assumée par la victime que dans un ressort ayant un système de premier recours. De plus, les indemnités payées par le fonds ne reflètent pas la totalité de la perte subie par la victime, car, comme nous l'avons vu, les coûts ne sont pas pleinement dédommagés, et les dommages indirects ne sont pas couverts.

Colombie-Britannique – En Colombie-Britannique, le paiement d'une réclamation par le bureau des titres fonciers est assumé par le ministre des Finances et des Relations corporatives, autrement dit par le fonds de revenu général, et est « chargé » au fonds d'assurance⁸⁸. Par contre, le Ministre « doit payer, à même le fonds consolidé du revenu, le montant d'une réclamation ou d'un jugement pour lequel le fonds d'assurance est responsable si, à ce moment, un montant suffisant n'est pas crédité au fonds d'assurance »⁸⁹. Cela signifie que la capacité du réclamant de recouvrer sa perte ne dépend pas de la suffisance du fonds. Le fonds doit contenir un minimum de 50000\$⁹⁰, mais même si le fonds est insuffisamment approvisionné, ou si le montant du fonds est par ailleurs insuffisant pour couvrir la réclamation, celle-ci sera payée de toute façon par le fonds de revenu général. Cela signifie que, en ce qui concerne le demandeur, le fonds d'assurance est entièrement garanti par le fonds consolidé général de la province. Une fois la réclamation payée, elle est chargée au fonds, mais il s'agit d'une question purement comptable. Le fonds d'assurance est, quoi que cela soit tout à fait théorique, financé par un prélèvement de 5\$ sur chaque enregistrement de titre (par exemple, une vente) ou d'hypothèque. Les frais totaux imposés sur de telles transactions sont de 55\$, dont 5\$ est attribué au fonds d'assurance⁹¹, un prélèvement total pour une transaction comprenant une vente et une hypothèque serait donc de 10\$. Ces prélèvements se sont avérés bien suffisants pour maintenir le fonds, qui a débuté en 1920 avec 50000\$.

Alberta – En Alberta, le fonds d'assurance est financé théoriquement par une allocation au fonds d'assurance de 10% de tous les frais prélevés sur tout type de transaction⁹². Le montant exact des frais dépend de la nature de la transaction et, dans le cas d'une vente ou d'une hypothèque, elle dépend également de la valeur de l'immeuble ou de l'hypothèque. Par exemple, les frais applicables à l'enregistrement d'une vente de 250000\$ seraient de 85\$ et les frais d'enregistrement de l'hypothèque seraient de 65\$, le montant total alloué au fonds d'assurance serait donc de 15\$⁹³. En fait, le fonds n'est pas détenu de manière distincte, mais tous les fonds levés, y compris ceux alloués au fonds d'assurance, sont simplement versés dans

⁸⁸ Paragraphes 296(5) et (7)

⁸⁹ Article 306

⁹⁰ Paragraphe 295(2)

⁹¹ *Ibid* Schedule, Item 1, 2

⁹² AR. 120/2000 – Land Titles – Tariff of Fees, paragraphe 1(2)

⁹³ *Ibid* paragraphes 3(1) et 4(1)

le fonds de revenu général provincial. L'allocation des frais d'assurance est néanmoins importante en principe, car le fonds est actuellement limité à 49 millions de dollars plus le montant payé à titre de frais d'assurance depuis 1994 moins la somme des montants payés à même le fonds depuis 1994. En principe, si le montant des réclamations payées dépassait le montant théoriquement contribué au fonds, celui-ci pourrait éventuellement se tarir. Toutefois, le montant théoriquement alloué à titre de frais d'assurance excède tellement le montant des réclamations payées que le fonds n'est pas limité, à toutes fins pratiques. Pour la même raison, le montant des frais théoriquement alloués au fonds d'assurance ne constitue pas une évaluation réaliste du coût effectif assumé par le fonds d'assurance pour la protection contre la fraude. Une estimation plus réaliste du coût des réclamations dues à la fraude peut être obtenue en divisant le montant moyen des réclamations, qui est d'environ 30000\$ par année, par le nombre d'enregistrements, qui est d'environ 900000 par année. Cela donne un coût moyen de 3¢ par enregistrement pour financer le paiement des réclamations dues à la fraude. Nous remarquons que bien que des chiffres précis ne soient pas disponibles, il semble que les réclamations dues à la fraude ne représentent qu'une proportion relativement petite de toutes les réclamations. La majorité des réclamations sont dues à des erreurs commises par les employés du bureau d'enregistrement. Certaines erreurs proviennent, par exemple, de claims miniers datant du début du XX^e siècle et alors que les pratiques des bureaux n'étaient pas tout à fait rigoureuses et dont les conséquences ne se manifestent que maintenant. D'autres sont attribuables à des erreurs courantes, comme lorsqu'un privilège du constructeur est radié par erreur du mauvais immeuble.

Manitoba – Au Manitoba, il y a un fonds d'assurance théorique, mais celui-ci est entièrement garanti par le fonds consolidé de la province⁹⁴. Le fonds est maintenu à 75000\$; s'il dépasse ce montant, les fonds peuvent être transférés au fonds consolidé⁹⁵.

Le fonds n'est financé qu'au moyen de frais payés lors du premier enregistrement sur l'immeuble, et non par des prélèvements sur les transferts ou les hypothèques subséquents. Jusqu'à maintenant, ces frais ont suffi à maintenir le fonds et à couvrir toutes les réclamations, bien qu'une fois que tous les immeubles seront mis sous la protection de la Loi, des moyens alternatifs de financement devront probablement être trouvés. Il n'y a eu aucune réclamation reliée à la fraude au Manitoba depuis bon nombre d'années (à la connaissance du Directeur actuel).

⁹⁴ Manitoba, paragraphe 187(1)

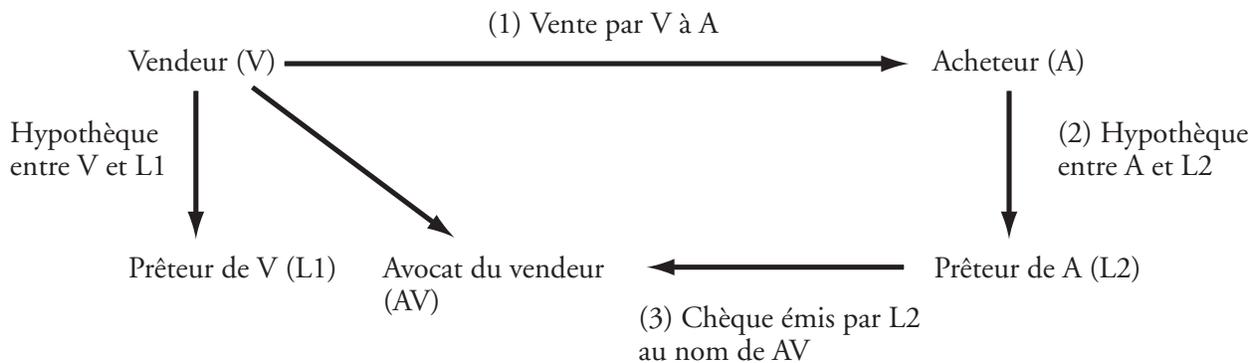
⁹⁵ Paragraphe 185(1)

6. Fraude par abus de confiance

6.1 Le problème: l'exploitation de la procédure relative au transfert des immeubles

Le deuxième type de fraude, la fraude contre le prêteur, ou la fraude par abus de confiance, est possible à cause de certaines particularités de la procédure relative au transfert des immeubles. Bien qu'il existe des différences de détail (par exemple, au Québec, les transactions immobilières sont du ressort des notaires et non des avocats), la description générale qui suit s'applique à tous les ressorts du Canada. Dans la situation la plus simple et la plus commune, le vendeur a emprunté en hypothéquant son immeuble et il a besoin du produit de la vente pour satisfaire cet emprunt. En même temps, l'acheteur doit financer l'achat au moyen d'un prêt hypothécaire sur l'autre l'immeuble. Souvent, l'avoir propre est insuffisant pour couvrir les deux emprunts. Donc, la banque de l'acheteur prête des fonds pour financer l'achat, et l'avocat du vendeur s'engage à utiliser les produits de l'achat pour rembourser l'emprunt hypothécaire du vendeur. La plupart du temps, cela fonctionne pour tous les intéressés de la manière prévue. Dans de très rares cas, l'avocat du vendeur ferait défaut de rembourser l'emprunt hypothécaire du vendeur et s'enfuirait avec les fonds prêtés par la banque de l'acheteur.

Fraude par abus de confiance



L'avocat qui s'enfuit avec les fonds réussit à commettre ce type de fraude en exploitant certaines procédures relatives au transfert des immeubles, notamment le fait que les banques soient disposées à prêter des fonds excédant la valeur de l'immeuble sur la foi des représentations de l'avocat. Les détenteurs de telles hypothèques subséquentes ne s'inquiètent habituellement pas, même lorsque les hypothèques antérieures continuent de grever l'immeuble pendant un certain temps, car les avocats et les banques n'ont pas tendance à agir rapidement dans l'exécution, le traitement et l'enregistrement des radiations hypothécaires. Des mois après que l'avocat en fuite a fait défaut de radier l'hypothèque, les banques qui détiennent des droits subséquents supposent que tout va bien et que le traitement et l'enregistrement de la radiation de l'hypothèque précédente auront lieu sous peu. L'avocat peut faire des paiements sur les hypothèques antérieures qu'il s'est engagé à radier de manière à ce que les détenteurs de ces hypothèques ne s'aperçoivent pas de l'irrégularité. C'est

essentiellement ce qui s'est produit dans la récente affaire Wirick en Colombie-Britannique, où l'avocat, Martin Wirick, a apparemment agi de concert avec Tarsem Gill dans différentes transactions immobilières douteuses. Comme le décrit McGibbs, président de la *Law Society of British Columbia*:

Au lieu de rembourser les sûretés antérieures, comme il s'était engagé à le faire, M^Wirick a détourné la mise de fonds et les fonds de l'emprunt hypothécaire à M.Gill ou à une de ses sociétés. M.Gill a alors utilisé une partie de ces fonds pour défrayer le service de la dette hypothécaire qui aurait dû être radiée, empêchant ainsi qu'il y ait défaut relativement à ces emprunts.

Comme les hypothèques antérieures n'avaient pas été remboursées, il n'y a pas eu de radiation. Mais, comme les paiements sur les emprunts hypothécaires antérieurs étaient effectués, les prêteurs n'ont pas réagi. M^Wirick a profité des délais d'émission des quittances (qui peuvent aller jusqu'à six mois et même plus dans le cas de certaines institutions) pour concocter une histoire plausible expliquant la raison pour laquelle il n'avait pas fait radier les sûretés antérieures dans les délais prévus.

Par conséquent, M^Wirick a réussi à gagner du temps. Il a fini par faire radier les sûretés soit en couvrant les charges antérieures au moyen d'autres fonds divertis ou, dans certains cas, en falsifiant les quittances.

Les agissements de M^Wirick au nom de son client Gill n'ont pas été détectés pendant une période de trois ans⁹⁶.

Dans le cas de Wirick, il a collaboré avec Gill. Il arrive toutefois que l'avocat agisse seul et que le vendeur, l'acheteur, ou les deux soient entièrement innocents des malversations et n'aient pas connaissance du caractère problématique de la transaction.

6.2 Le résultat: les positions des parties

Lorsqu'un avocat diverte les fonds qu'il s'est engagé à utiliser afin de radier l'hypothèque du vendeur, les parties touchées ne reçoivent pas ce qu'elles avaient prévu recevoir de la transaction.

Le vendeur est toujours débiteur envers le prêteur du premier emprunt hypothécaire qui aurait dû être payé au moyen des produits de la vente. Le fait que l'avocat du vendeur ait diverti le produit de la vente devant servir à financer la radiation de l'hypothèque ne rend pas ladite hypothèque invalide.

Nonobstant la fraude commise par l'avocat, le titre de l'immeuble qui garantit l'hypothèque passe de la manière prévue du vendeur à l'acheteur. Le vendeur n'a aucun recours contre l'acheteur relativement au prix d'achat, car l'argent a été versé par l'acheteur à l'agent du vendeur, soit l'avocat qui a diverti les fonds. Si la banque qui a prêté au vendeur les fonds garantis par l'immeuble choisit d'intenter une action contre le vendeur pour recouvrer sa créance, et si le vendeur dispose de biens suffisants pour couvrir la dette, le vendeur devient la seule victime de la fraude⁹⁷. Heureusement pour le vendeur, le prêteur choisira probablement d'exercer ses droits hypothécaires afin de réaliser sa sûreté et de recouvrer sa créance, plutôt que d'intenter une action contre le vendeur.

La banque qui a prêté au vendeur détient toujours une hypothèque valide sur l'immeuble malgré la fraude et même si le titre de propriété a été transmis du vendeur à l'acheteur. Que la propriété

⁹⁶ *United Savings Credit Union c. 631252 B.C. Ltd.* 2002 BCSC 1681. Le juge Sigurdson cite McGibbs, président de la *Law Society of British Columbia*.

⁹⁷ Bien sûr, cela ne tient pas compte des dédommagements auxquels le vendeur peut avoir droit.

appartienne maintenant à l'acheteur n'a pas d'effet sur le rang de l'hypothèque de la banque ni sur le droit de l'institution d'exercer ses droits hypothécaires afin de saisir l'immeuble qui garantit le prêt au vendeur. La banque a toujours le choix d'intenter une poursuite contre le vendeur personnellement pour le paiement de la dette ou d'exercer ses droits hypothécaires. Si l'immeuble était l'élément d'actif principal du vendeur, il est possible que celui-ci ne dispose pas de biens suffisants pour couvrir la dette hypothécaire. Même lorsque le vendeur dispose de fonds suffisants, il est généralement plus simple pour le prêteur de réaliser sa sûreté en prenant l'immeuble en paiement que d'intenter une action contre le vendeur personnellement afin de recouvrer sa créance.

L'acheteur innocent voit son titre de propriété grevé de l'hypothèque non radiée du vendeur. Nous devons rappeler que l'acheteur a acheté l'immeuble sur représentation que les produits de la vente seraient utilisés pour faire radier l'hypothèque existante du vendeur. La fraude par l'avocat n'invalide pas plus l'hypothèque de l'acheteur qu'elle n'invalide l'hypothèque du vendeur; les deux hypothèques sont valides. Comme l'hypothèque du vendeur est antérieure, elle prend rang avant l'hypothèque de l'acheteur. Le problème pour l'acheteur est que la banque détenant l'hypothèque du vendeur peut prendre l'immeuble en paiement afin de réaliser sa sûreté. Lorsque la banque agit ainsi, c'est l'acheteur qui devient la victime ultime de la fraude. L'immeuble sera vendu et le produit utilisé pour rembourser la dette hypothécaire du vendeur. Tout reliquat sera attribué au remboursement de la dette hypothécaire de l'acheteur. Ayant perdu la majorité sinon la totalité de l'avoir propre de l'immeuble, le malheureux acheteur continuera néanmoins à devoir à sa banque le solde de sa dette hypothécaire.

La banque qui prête des fonds à l'acheteur se retrouve avec une sûreté qui n'a pas le rang élevé auquel elle s'attendait. La banque s'attendait à ce que l'avocat du vendeur respecte son obligation de radier l'hypothèque du vendeur. S'il ne le fait pas, l'hypothèque du prêteur de l'acheteur est de deuxième rang, après l'hypothèque détenue par la banque du vendeur, au lieu d'être au premier rang comme s'attendait la banque de l'acheteur. Une telle hypothèque postérieure peut n'être garantie que par peu ou pas d'avois propres dans l'immeuble; autrement dit, la valeur de l'immeuble ne suffira probablement pas à rembourser les deux hypothèques si l'immeuble est vendu. Si la banque détenant la première hypothèque prend l'immeuble en paiement afin de réaliser sa sûreté, il est possible que la banque de l'acheteur se retrouve les mains vides. Le prêteur de l'acheteur ne recevrait que les produits de la vente excédant la somme nécessaire pour rembourser l'hypothèque du vendeur. Le prêteur de l'acheteur n'a plus de sûreté pour l'emprunt hypothécaire de l'acheteur. Donc, si l'acheteur est en défaut, la seule possibilité s'offrant au prêteur est d'entreprendre une action contre l'acheteur personnellement afin de recouvrer sa créance. Cette option est loin d'être aussi satisfaisante que la prise en paiement; si l'acheteur est en défaut, cela pourrait être dû au fait qu'il n'a pas suffisamment de biens, auquel cas le prêteur n'obtiendra que peu ou pas de dédommagement par l'exercice de son action.

Partie	Résultat
Vendeur (V)	V n'est plus propriétaire de l'immeuble. Toutefois, V a toujours une dette hypothécaire envers L1.
Banque du vendeur (L1)	L1 détient toujours une hypothèque valide de premier rang sur l'immeuble. L1 a le droit de recouvrer le prêt hypothécaire de V, sans égard à l'hypothèque sur l'immeuble; toutefois, V ne dispose peut-être pas d'avoirs suffisants pour rembourser l'emprunt. L1 peut prendre l'immeuble en paiement afin d'obtenir remboursement du prêt hypothécaire à V.
Acheteur (A)	A obtient le titre sur l'immeuble. A a une dette hypothécaire envers L2. Le titre de propriété de A demeure grevé par l'hypothèque (pour les sommes prêtées à V) détenue par L1. L1 peut vendre l'immeuble de A pour se faire rembourser le prêt à V. Le titre de A est également grevé par l'hypothèque (pour les sommes prêtées à A pour financer l'achat de l'immeuble) détenue par L2.
Banque de l'acheteur (L2)	L2 a une hypothèque valide sur l'immeuble, qui garantit le prêt consenti à A (pour financer l'achat de l'immeuble). Toutefois, l'hypothèque de L2 est de deuxième rang après l'hypothèque détenue par L1. Donc, si la valeur de l'immeuble est inférieure à la valeur totale des hypothèques détenues par L1 et L2, la valeur de l'hypothèque de L2 est diminuée. Si L1 prend l'immeuble en paiement, L2 ne recevra que les produits de la vente excédant la somme nécessaire pour rembourser la dette de V envers L1. L2 peut toujours recouvrer l'argent du prêt consenti à A, mais A pourrait ne pas disposer d'avoirs suffisants pour rembourser l'emprunt hypothécaire.

6.3 Dédommagement

Quelles sont les sources d'indemnisation offertes lorsqu'un avocat ne respecte pas son engagement de faire radier l'hypothèque du vendeur? Quelles sont les parties qui peuvent s'en prévaloir, et dans quelles circonstances?

6.3.1 Assurance des titres

Nous verrons plus loin, à la section 7, que, s'ils ont souscrit une assurance des titres avant la vente de l'immeuble, l'acheteur et le prêteur de l'acheteur peuvent recouvrer les pertes qu'ils subissent lorsque l'avocat du vendeur ne respecte pas son engagement de faire radier l'hypothèque du vendeur. L'assurance des titres garantit le droit de l'acheteur d'obtenir un titre qui ne soit pas grevé par l'hypothèque du vendeur. L'assurance des titres ne sera toutefois d'aucun secours pour le vendeur et la banque du vendeur, car les pertes subies par ces parties ne découlent pas du défaut des titres.

6.3.2 Fonds d'assurance des titres fonciers

Les victimes de fraude par abus de pouvoir ne peuvent demander d'être indemnisées par les fonds d'assurance des titres fonciers provinciaux. Cela s'explique par le fait que, dans le cas de la fraude par abus de confiance, les pertes des victimes ne sont pas fondées sur le fait qu'elles se sont fiées au registre ou sur des erreurs dans le fonctionnement du système du registre.

6.3.3 Fonds de dédommagement des détournements des Barreaux

Chacun des 13 Barreaux provinciaux et territoriaux a mis sur pied un fonds visant à dédommager des pertes monétaires attribuables aux détournements de fonds par leurs membres. La Fédération des ordres professionnels de juristes a mis sur pied un autre fonds visant à dédommager des pertes financières dues aux détournements de fonds par les avocats dont la pratique est interprovinciale; c'est-à-dire les avocats pratiquant dans des provinces autres que celles dans lesquelles ils sont membres du Barreau⁹⁸. Les fonds de dédommagement des détournements sont généralement constitués des droits annuels imposés aux membres à cette fin et, dans certaines provinces, du placement des avoirs du fonds. Au Nunavut, une partie des droits que doivent payer les avocats non membres pour pratiquer dans le ressort est versée au fonds. Certains Barreaux se protègent contre les pertes catastrophiques, par exemple en cas d'un détournement de fonds très important au cours d'une année donnée, en se réassurant auprès de compagnies d'assurances accréditées. En principe, les fonds recouverts des réclamations subrogées contre les membres contrevenants sont également versés dans le fonds. Une fois la victime d'un détournement de fonds par un avocat dédommée, le fonds obtient le droit d'action de la victime contre l'avocat ayant diverti les fonds. Le fonds peut présenter une action en subrogation contre le notaire au nom de la victime.

Afin de réclamer un remboursement du fonds de dédommagement des détournements d'un Barreau provincial ou territorial, une demande doit généralement être présentée à un comité constitué dans le but de trancher de telles réclamations. Le comité exigera habituellement que les demandeurs expliquent les circonstances factuelles qui sous-tendent la réclamation et de fournir des documents à l'appui. La *Nova Scotia Barristers' Society* suggère, par exemple, que les demandeurs soumettent des copies de toutes les factures, de tous les chèques oblitérés, de tous les reçus, de toute la correspondance et de tous les documents légaux pertinents.

⁹⁸ Selon le ressort, le fonds peut se nommer « fonds de dédommagement spécial », « fonds d'assurance », « fonds de remboursement » ou « fonds d'indemnisation ». Malgré cette différence de nom, les fonds fonctionnent suivant les mêmes principes généraux, bien qu'il y ait certaines différences dans les détails, et nous les nommerons tous fonds de dédommagement des détournements.

Pour pouvoir demander une indemnité d'un fonds de dédommagement des détournements d'un Barreau, il faut avoir subi une perte monétaire attribuable au détournement ou à l'appropriation (vol) de fonds ou de biens. Les fonds doivent avoir été confiés à l'avocat à titre professionnel. Donc, par exemple, quelqu'un qui subit une perte indirecte consécutive à une entreprise commerciale menée avec quelqu'un qui se trouve à être un avocat, ne peut présenter une réclamation au fonds, même si l'avocat détourne les fonds qui lui ont été confiés. Cela est dû au fait que l'avocat, dans ce cas, n'agit pas à titre professionnel; autrement dit, il n'agit pas en tant qu'avocat, il ne pratique pas le droit. Cette exigence n'est pas un obstacle dans la situation où un avocat ne respecte pas son engagement de faire radier l'hypothèque du vendeur, puisque lorsqu'il s'engage à ce faire, l'avocat agit toujours à titre professionnel.

Dans certains ressorts, les demandeurs doivent non seulement avoir confié les fonds à l'avocat qui les a divertis à titre professionnel, ils doivent l'avoir fait dans le contexte d'une relation avocat-client; il ne suffit pas que l'avocat ait agi à titre d'avocat, il doit avoir agi à titre d'avocat du *réclamant*. Donc, dans ces ressorts, seul le *vendeur* peut demander une indemnité du fonds lorsque l'avocat viole son engagement de faire radier l'hypothèque du vendeur. Ni la banque du vendeur, ni l'acheteur, ni la banque de l'acheteur n'a de relation avocat-client avec l'avocat ayant diverti les fonds. Néanmoins, ces parties subissent souvent des pertes lorsque l'avocat du vendeur viole son engagement de faire radier l'hypothèque du vendeur. De restreindre ainsi le dédommagement au seul contexte de relation avocat-client nuit donc à l'utilité du fonds à titre d'instrument d'indemnisation. Il ne fonctionne bien que pour dédommager certaines victimes de fraude.

Dans d'autres ressorts, les fonds de dédommagement des détournements des Barreaux sont des fonds de dernier recours. Afin de pouvoir réclamer du fonds, le réclamant doit démontrer qu'il a entrepris tous les autres recours avant de faire sa demande. Il doit avoir épuisé tous les autres mécanismes de l'indemnisation civile et pénale, ainsi que tous les autres programmes d'assurance et fonds d'indemnisation. Même si le fonds n'est pas un fonds de dernier recours, le comité responsable de décider des réclamations tient généralement compte de la question de savoir si le demandeur a pris tous les moyens afin de minimiser ses dommages et de se faire indemniser. En ayant des fonds de dernier recours, les Barreaux peuvent probablement réduire le nombre de réclamations admissibles et donc limiter la responsabilité des fonds. Toutefois, demander à un réclamant d'épuiser tous les autres recours avant de faire appel au fonds n'est pas toujours un moyen efficace. L'avocat ayant diverti les fonds est souvent à l'abri de la justice. Entreprendre tous les autres recours en dédommagement peut s'avérer très coûteux et prendre un temps considérable, et tout cela souvent sans résultat. En Ontario, par exemple, il n'est pas rare que des délais de 18 mois soient nécessaires pour traiter les réclamations. Une des raisons d'un tel délai est que le demandeur doit souvent consacrer beaucoup de temps pour épuiser tous les autres moyens raisonnables à la satisfaction du comité. Ce délai est loin de représenter une situation idéale, car le demandeur est généralement dans une position financière fragile jusqu'à ce qu'il soit indemnisé.

Les besoins ou la souffrance du demandeur sont des facteurs dont on tient compte dans plusieurs provinces. Ce critère a généralement pour conséquence que le fonds n'indemniserait pas les banques victimes du détournement de fonds par l'avocat. L'on pourrait soutenir qu'il est nécessaire d'interdire aux banques d'être ainsi dédommagées afin de les inciter à adopter des procédures de prévention de la fraude par abus de confiance. Il est évident que les banques sont bien placées pour adopter de telles procédures. Nous discuterons de cela un peu plus tard. Toutefois, il n'est pas clair que la restriction relative au « besoin » ait des conséquences en pratique. Supposons que la banque du vendeur prenne l'immeuble en paiement afin de réaliser sa sûreté sur l'immeuble. Il est improbable que l'immeuble ait suffisamment d'actifs propres pour satisfaire le prêt hypothécaire accordé par le prêteur à l'acheteur. De plus, si l'immeuble était le principal avoir de l'acheteur, celui-ci pourrait ne pas avoir les moyens de rembourser la dette hypothécaire, même si le prêteur entreprend des procédures judiciaires. Le critère du besoin aura pour conséquence que

le prêteur de l'acheteur ne pourra être indemnisé par le fonds de dédommagement des détournements. Toutefois, un acheteur incapable de rembourser sa dette hypothécaire peut être admissible au dédommagement par le fonds de dédommagement des détournements malgré l'application du critère du besoin. On peut présumer que l'acheteur utilisera l'indemnité pour rembourser la dette hypothécaire. Même dans les cas où les banques n'ont techniquement pas droit au dédommagement, elles peuvent tout de même profiter des fonds de dédommagement des détournements des Barreaux.

La caractéristique probablement la plus importante des fonds de dédommagement des détournements est que le paiement d'une réclamation est discrétionnaire⁹⁹. Même si votre propre avocat a commis une fraude à votre égard, vous n'aurez jamais un *droit* d'obtenir un paiement du fonds de dédommagement de détournement. Si le comité d'adjudication des réclamations rejette votre réclamation, vous ne pouvez porter cette décision en appel devant un tribunal. Donc, comme nous l'avons fait remarquer ci-dessus, dans plusieurs ressorts, les banques ne peuvent présenter de réclamation au fonds car elles ne sont pas dans le besoin. Toutefois, ce critère relatif au besoin peut s'appliquer à l'égard de tous. Le comité d'adjudication des réclamations décide si un demandeur est dans le besoin ou non, et cette décision n'est pas susceptible d'appel.

Cela ne signifie pas que le comité des réclamations refuse souvent de dédommager une véritable victime de fraude. Il semble qu'à une certaine époque les paiements étaient effectivement très limités par le critère du besoin, et que les fonds de dédommagement des détournements étaient de ce fait parfois désignés « fonds de la veuve et de l'orphelin ». La tendance récente est d'être plus généreux en effectuant un paiement à tout particulier victime d'une fraude par un avocat, puisque le fonds assume un rôle de promotion de la confiance du public dans la profession juridique. Toutefois, la nature discrétionnaire de la décision cause des incertitudes. Si le pouvoir du comité est discrétionnaire, les réclamants ne peuvent être certains qu'ils recevront un dédommagement. En pratique, les espérances des réclamants de recevoir une indemnité dépendent de l'attitude des différents comités relativement à l'exercice de leur discrétion.

La nature discrétionnaire des paiements a un aspect positif. Elle tend à encourager l'efficacité. Par exemple, si un comité de réclamations est convaincu qu'un demandeur a présenté un bon dossier pour obtenir le dédommagement, il n'insistera pas pour qu'il gaspille ses ressources à entreprendre tous les autres recours possibles. Grâce au pouvoir discrétionnaire, le comité peut demander au réclamant de produire seulement le nombre suffisant de preuves pour convaincre le comité qu'il y a eu fraude. Les tribunaux ne jouissent pas d'une telle latitude, car ils doivent être équitables envers les deux parties, l'avocat accusé de la fraude et la prétendue victime. L'indemnisation au moyen d'un fonds de dédommagement n'exige pas les mêmes considérations d'équité, car il n'y a pas forcément de conséquences financières ou juridiques pour le membre dont on allègue qu'il a agi de manière malhonnête¹⁰⁰. La culpabilité ou l'innocence du membre est décidée indépendamment des réclamations contre le fonds de dédommagement des détournements. Toutefois, la simplification du processus rendue possible par l'exercice du pouvoir discrétionnaire des comités n'est pas dans les faits généralisée. Par exemple, comme il a été mentionné

⁹⁹ Sous réserve des critères législatifs applicables, le comité d'adjudication des réclamations a le pouvoir discrétionnaire d'indemniser le demandeur pour une perte, et de déterminer le montant de l'indemnisation. Les critères législatifs applicables comprennent certaines exigences évidentes comme le principe qu'une partie à un acte frauduleux ne peut demander d'être dédommée par le fonds relativement à cette fraude, ainsi que des exigences plus techniques comme des délais de prescription. Voir, par exemple, le paragraphe 13.03(5) du Règlement de la *Law Society of Newfoundland* et le paragraphe 51(6) de la *Loi sur le Barreau de l'Ontario*.

¹⁰⁰ Plusieurs fonds de dédommagement des détournements attendent toutefois les résultats d'une audience disciplinaire avant d'accorder le dédommagement. Cela est dû en partie au fait que le réclamant doit démontrer la malhonnêteté du membre afin d'obtenir un dédommagement.

précédemment, certains fonds exigent que les demandeurs entreprennent tous les autres recours possibles, même s'il est improbable qu'ils réussissent.

Les fonds de dédommagement des détournements des Barreaux n'indemnisent généralement que la perte pécuniaire; c'est-à-dire les montants divertis ou illicitement appropriés. Les fonds n'indemnisent généralement pas des autres types de dommages, comme les dommages indirects, ni ne dédommagent des dépenses ou de l'intérêt. Donc, dans le cas où un avocat viole son engagement de faire radier l'hypothèque du vendeur, le fonds ne peut rembourser au demandeur que le montant détourné. Toutefois, si une banque prend l'immeuble en paiement afin de réaliser sa sûreté, le fonds ne dédommagera pas le demandeur de la perte de l'immeuble. Limiter ainsi les dédommagements aux pertes pécuniaires a des conséquences particulièrement importantes lorsque le fonds de dédommagement des détournements en est un de dernier recours. Les réclamants ne reçoivent habituellement qu'une indemnisation partielle de leurs pertes car ils ne peuvent recouvrer les coûts liés aux autres recours.

Le dédommagement des réclamants est également souvent limité par l'imposition de plafonds. La plupart des Barreaux imposent une limite explicite sur les montants pouvant être payés par le fonds à titre de dédommagement relativement à une réclamation donnée, ou en conséquence des agissements d'un membre donné. D'autres limites sont imposées sur le total des réclamations payables pendant une période. Certains fonds prévoient de plus qu'aucune réclamation ne peut être payée au-delà des sommes détenues par le fonds. Si les réclamations payables au cours d'une année donnée dépassent les sommes détenues par le fonds, le fonds paie les réclamations au *prorata* du montant détenu par le fonds; par exemple, si les fonds ne suffisent à couvrir que 80% de la valeur des réclamations, chaque demandeur recevra 80% de sa réclamation. Même lorsqu'ils ont droit à un dédommagement, les réclamants ne seront pas non plus indemnisés de toutes les pertes qu'ils ont subies.

En raison des nombreuses limites imposées à l'indemnisation, les fonds de dédommagement des détournements des Barreaux n'ont pas pour objectif de dédommager pleinement une personne touchée par la fraude par abus de confiance commise par un avocat. Un tel système peut trouver sa justification dans la prévention de ce type de fraude en encourageant les gens à faire preuve de prudence afin d'éviter d'être victimes de fraude. Il est plus probable que l'on fasse preuve de plus de prudence afin de prévenir ces pertes si l'on ne s'attend pas à être indemnisé de celles-ci. Toutefois, il y a peu de choses qu'un vendeur peut faire pour empêcher son avocat de diverter les fonds destinés à faire radier l'hypothèque du vendeur. Les avocats et les institutions prêteuses sont en bien meilleure position pour mettre en œuvre des procédures de prévention de la fraude par abus de confiance. Toutefois, une politique allant à l'encontre du dédommagement des parties innocentes afin d'encourager les prêteurs à exercer plus de prudence semble excessivement sévère.

Colombie-Britannique

Le fonds d'indemnisation spécial de la *Law Society* est un fonds de dernier recours. Dans le passé, les réclamations étaient limitées à 17500000\$ par année. Après l'affaire Wirick, le Barreau a voté en faveur de l'abrogation de ce maximum.

Alberta

Le fonds d'assurance de la *Law Society* verse un maximum de 150000\$ par réclamation. Il s'agit d'un fonds de dernier recours. Il n'y a toutefois pas de critère lié au besoin, les banques peuvent donc présenter une réclamation du fonds.

Saskatchewan

Le fonds spécial de la *Law Society* verse un maximum de 250000\$ par membre. Il s'agit d'un fonds de ressources et non d'un fonds de dernier recours.

Manitoba

Le fonds de remboursement du Barreau est un fonds de ressources et non un fonds de dernier recours. Il dédommage les banques.

Ontario

Le Fonds d'indemnisation du Barreau paie un maximum de 100000\$ par réclamation. C'est un fonds de dernier recours, et il n'indemnise pas les banques.

Québec

Le Fonds d'indemnisation de la Chambre des notaires paie un maximum de 100000\$ par événement et un maximum de 100000\$ par notaire.

Nouveau-Brunswick

Le Fonds d'indemnisation du Barreau est un fonds de dernier recours. Il y a un critère lié au besoin, et le fonds n'indemnise pas les banques.

Nouvelle-Écosse

Le fonds de remboursement de la *Barristers' Society* paie un maximum de 300000\$ par membre. Le fonds ne peut payer, au cours d'une année donnée, plus de la moitié du capital du fonds, jusqu'à un maximum de 750000\$. Il s'agit d'un fonds de ressources et non d'un fonds de dernier recours. Il n'indemnise généralement pas les banques.

Île-du-Prince-Édouard

Le fonds de remboursement de la *Law Society* est un fonds de dernier recours. Les dédommagements sont assujettis à un critère lié au besoin.

Terre-Neuve-et-Labrador

Le fonds d'indemnisation de la *Law Society* paie un maximum de 50000\$ par réclamation et de 150 000 \$ par membre ou par étude. Le fonds ne peut payer, au cours d'une année donnée, plus de 75% de son capital au début de l'année. Il s'agit d'un fonds de dernier recours. Le besoin et la souffrance sont des critères pertinents, le fonds n'indemnise donc pas les banques.

Yukon

Le fonds spécial du Barreau accorde un maximum de 500000\$ par réclamation. Il ne s'agit pas d'un fonds de dernier recours. Le fonds n'a jamais eu à défrayer de réclamation.

Territoires du Nord-Ouest

Le fonds d'assurance du Barreau ne peut effectuer de paiement de plus de 50000\$. Il ne s'agit pas d'un fonds de dernier recours, mais il y a un critère lié au besoin. Aucune réclamation n'a jamais été défrayée par le fonds.

Nunavut

Le Barreau du Nunavut est en voie d'élaborer les critères applicables aux réclamations du fonds d'assurance du Barreau nouvellement créé. Le fonds n'a à ce jour jamais eu à défrayer de réclamation.

Fonds de la FOPJ

En plus des fonds de dédommagement des détournements provinciaux et territoriaux, la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (FOPJ) a mis sur pied un fonds afin de dédommager « les réclamants qui subissent une perte financière découlant d'un détournement de fonds ou de biens commis par un avocat dans le cadre de l'exercice interprovincial du droit »¹⁰¹. L'exercice du droit par un avocat est interprovincial s'il pratique le droit dans une province ou un territoire dans lequel il n'est pas membre du Barreau. Le fonds est approvisionné à l'aide de contributions des Barreaux provinciaux imposées aux membres à cette fin. Le fonds détient actuellement 1 million de dollars.

Le fonds de la FOPJ est un fonds « complémentaire ». Le dédommagement par le fonds n'est ouvert qu'à ceux qui ne sont pas admissibles à un dédommagement par l'assurance de responsabilité professionnelle obligatoire. Tous les Barreaux provinciaux ont signé un protocole qui prévoit la manière dont les réclamations liées à l'exercice du droit interprovincial doivent être traitées. Les territoires n'ont pas signé le protocole.

Essentiellement, le fonds de la FOPJ vise à assurer que les réclamants ne soient pas insuffisamment indemnisés du fait que leurs réclamations ont pris naissance dans le contexte de l'exercice interprovincial du droit. Le fonds de la FOPJ vise à assurer que les réclamants soient indemnisés de la même manière qu'ils l'auraient été si la réclamation avait pris naissance dans le cadre de la pratique du droit à l'intérieur de la province dans laquelle la réclamation a pris naissance. Le fonds ne peut payer de réclamations excédant 450000\$. Toutefois, si la perte d'un demandeur est plus élevée, il peut intenter une action contre l'avocat dans le ressort où celui-ci pratique afin d'être dédommagé.

¹⁰¹ Annexe 6 – point 3 du protocole sur l'exercice interjuridictionnel du droit. <http://www.flsc.ca/fr/committees/interjurisprotocol.asp#app6>

6.3.4 Prélèvement spécial des Barreaux

Une autre façon d'indemniser les victimes de la fraude par abus de confiance commise par des avocats serait d'imposer un prélèvement d'urgence aux membres du Barreau du ressort. Il s'agit là d'un prélèvement rétroactif *ad hoc* qui serait probablement imposé afin de résoudre des cas majeurs de fraude qui dépassent les ressources du fonds de dédommagement des détournements du Barreau du ressort. En d'autres termes, un prélèvement d'urgence est une réaction après le fait d'un cas particulier de fraude qui viderait les ressources du fonds de dédommagement des détournements lorsque le Barreau estime qu'il est important de dédommager les victimes afin de préserver la confiance du public dans la profession. Un prélèvement d'urgence a été imposé par la *Law Society* de l'Alberta il y a environ 20 ans. À la suite d'un détournement de 6 millions de dollars, chaque avocat membre a dû contribuer 1600\$. La possibilité d'imposer un prélèvement spécial comme solution possible à l'affaire Wirick a été envisagée, puisque le fonds spécial de la *Law Society of British Columbia* est bien insuffisant pour indemniser toutes les personnes touchées¹⁰². Les *Lois sur le Barreau* de plusieurs ressorts prévoient la possibilité pour un Barreau d'imposer un tel prélèvement¹⁰³.

À titre de moyen d'indemnisation des victimes de détournement de fonds par les avocats, les prélèvements d'urgence par les Barreaux peuvent constituer une mesure flexible, expéditive et facile à administrer. Toutefois, ce mécanisme présente plusieurs des inconvénients du fonds spécial des Barreaux. La perspective d'indemnisation d'un réclamant est encore moins certaine avec un prélèvement spécial qu'avec un fonds de dédommagement des détournements, puisque l'application du prélèvement spécial est encore plus *ad hoc* et discrétionnaire que ne l'est l'administration d'un fonds spécial. Même si les paiements des fonds de dédommagement des détournements sont discrétionnaires, nous savons au moins qu'ils existent; mais il n'y a aucune garantie qu'un fonds d'urgence sera établi dans un cas donné. La création d'un fonds d'urgence peut être très contestée au sein de la profession. Certains domaines de pratique, le droit immobilier en particulier, ont bien plus de chances de donner lieu à des réclamations, car dans ces domaines l'avocat s'occupe de sommes élevées appartenant à ses clients dans des comptes en fiducie. Les avocats pratiquant dans des domaines du droit à faible risque sont souvent hostiles à des prélèvements imposés pour défrayer des réclamations provenant de domaines de pratique à risque élevé. La solution albertaine, où un prélèvement égal est imposé à tous les membres de la profession, est une mesure possible, mais il ne s'agit pas là de la seule approche possible. Par exemple, le prélèvement pourrait en principe être limité aux avocats pratiquant dans un certain domaine du droit, et le niveau du prélèvement pourrait varier suivant le type de pratique. Puisque le fonds d'urgence est établi pour une affaire précise, toutes ces questions seront tranchées à la lumière des faits particuliers.

Les Barreaux sont très conscients du besoin de préserver la confiance du public dans la profession juridique, et l'expérience très limitée, en particulier l'exemple albertain, suggère qu'en définitive un fonds d'urgence sera probablement créé si cela est nécessaire. Cependant, la nature *ad hoc* et discrétionnaire d'un fonds d'urgence signifie qu'il y aura un grand degré d'incertitude relativement au paiement, ce qui pourrait engendrer du stress pour les réclamants potentiels. De plus, il est presque certain que les paiements seront soumis à des délais extrêmement longs. Puisque les fonds sont mis sur pied en réaction à un cas de fraude spécifique, il y aura forcément de très longs délais car il faudra évaluer la nécessité d'un fonds, ainsi que les détails,

¹⁰² D'après une première estimation, la valeur des réclamations s'élèverait à environ 45 millions de dollars. L'actif du fonds était d'environ 20 millions de dollars, et on croit maintenant que les réclamations s'élèveront à plus de 30 millions de dollars. http://www.lawsociety.bc.ca/library/bulletin/2002/body_bulletin_02-10-01 (PV-Wirick).html

¹⁰³ Voir par exemple la règle 701(1) du Règlement de la *Law Society of Saskatchewan*.

particulièrement les détails litigieux, comme par exemple quels membres de la profession devraient être mis à contribution.

6.3.5 Assurance responsabilité professionnelle

Dans tous les ressorts canadiens, la *Loi* exige que les avocats qui pratiquent souscrivent une assurance responsabilité professionnelle. Parfois nommée assurance « erreurs et omissions », cette assurance responsabilité professionnelle couvre les réclamations attribuables à la négligence, aux erreurs et aux omissions des avocats, dans l'exécution ou le défaut d'exécuter les services professionnels¹⁰⁴. La couverture des erreurs et des omissions est large. Elle couvre « toutes les sommes que l'assuré est légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts à la suite d'une réclamation ». Toute personne pouvant obtenir des dommages-intérêts contre un avocat peut profiter de l'assurance responsabilité professionnelle dudit avocat. Il n'est donc pas nécessaire d'avoir une relation avocat-client avec l'avocat pour obtenir un dédommagement de l'assureur de responsabilité professionnelle de l'avocat¹⁰⁵. Toutes les victimes probables d'un abus de confiance par un avocat, y compris les banques, peuvent obtenir un dédommagement au moyen de la police de responsabilité professionnelle de l'avocat. Le vendeur, la banque du vendeur, l'acheteur et le prêteur de l'acheteur peuvent être indemnisés de leurs pertes par l'assureur de l'avocat ayant diverti les fonds, car chacune de ces parties pourrait avoir gain de cause contre l'avocat dans une action civile. Les *Lois sur l'assurance* des provinces et des territoires prévoient que, lorsqu'un réclamant a obtenu un jugement contre un assuré, le réclamant peut demander un dédommagement directement de l'assureur. Il s'agit là d'un avantage significatif pour un réclamant, car il peut être très difficile d'obtenir un dédommagement d'un fraudeur ayant diverti les fonds. Par contre, il est très probable que l'assureur respectera son obligation d'indemniser.

Le réclamant n'a pas nécessairement à entreprendre des procédures judiciaires pour obtenir un dédommagement de l'assureur. Dans leur contrat d'assurance, les assureurs se réservent le droit de régler les affaires relativement auxquelles ils doivent indemniser l'assuré, et ils règlent couramment les réclamations sans insister sur une décision formelle relative à la responsabilité et à l'évaluation des dommages. Il est généralement moins coûteux pour les assureurs de régler les causes qu'ils n'ont pas espoir de gagner que d'entreprendre des procédures. Cela est favorable aux réclamants car ils peuvent ainsi être indemnisés rapidement et de manière moins coûteuse.

Toutefois, les polices d'erreurs et d'omissions ne couvrent généralement pas les réclamations découlant des actes malhonnêtes ou frauduleux des avocats assurés¹⁰⁶. En pratique, toutefois, certaines victimes de fraude peuvent profiter de la couverture des avocats contre les erreurs et les omissions. Cela découle du droit des sociétés de personnes, et plus particulièrement de la règle selon laquelle chaque associé d'une société est personnellement responsable des obligations de la société. Dans la plupart des ressorts, les polices d'erreurs et omissions indemnisent les associés innocents, c'est-à-dire les associés qui n'ont pas participé à l'acte frauduleux en question et qui

¹⁰⁴ La police LawPRO de l'Ontario couvre: http://www.lawpro.ca/insurance/LAWPRO_policy2003.asp [TRADUCTION] « toutes les sommes que l'ASSURÉ est légalement tenu de payer à titre de DOMMAGES-INTÉRÊTS à la suite d'une RÉCLAMATION, à condition que la responsabilité de l'ASSURÉ soit le résultat d'une erreur, d'une omission ou d'un acte négligent dans l'exécution ou le défaut d'exécuter les SERVICES PROFESSIONNELS pour d'autres ».

¹⁰⁵ La police émise par LawPRO en Ontario prévoit par exemple que, lorsqu'il accepte d'assurer un avocat donné, l'assureur convient [TRADUCTION] « de payer au nom de l'ASSURÉ toutes les sommes que l'ASSURÉ est légalement tenu de payer à titre de DOMMAGES-INTÉRÊTS à la suite d'une RÉCLAMATION, à condition que la responsabilité de l'ASSURÉ soit le résultat d'une erreur, d'une omission ou d'un acte négligent dans l'exécution ou le défaut d'exécuter les SERVICES PROFESSIONNELS pour d'autres ».

¹⁰⁶ Par exemple, la police LawPRO de l'Ontario prévoit que: [TRADUCTION] « La présente POLICE ne s'applique pas: a) à une RÉCLAMATION qui est de façon quelconque liée à un acte ou une omission malhonnête, frauduleux, criminel ou malveillant, ou qui en découle de l'ASSURÉ ».

n'en avaient pas connaissance. Donc, si l'avocat qui a diverti l'argent du réclamant est au service d'une société, le réclamant peut obtenir un dédommagement contre les associés innocents du fraudeur. Toutefois, si le fraudeur pratique seul, la victime ne peut se prévaloir de ce recours.

De plus, certains assureurs de responsabilité professionnelle offrent une assurance contre la fraude des avocats assurés. L'assureur de responsabilité professionnelle ontarien LawPRO offre la protection des parties innocentes¹⁰⁷. Cette couverture est très semblable à celle offerte dans la plupart des ressorts contre la fraude par l'associé de l'avocat assuré, puisqu'elle protège l'avocat assuré contre ces types de réclamations. De plus, LawPRO couvre également la conduite frauduleuse de l'assuré lui-même. En règle générale, on ne peut s'assurer contre ses propres actes frauduleux. Cela est dû au risque moral: le risque est que l'assuré s'engage délibérément dans la conduite assurée afin de se faire dédommager par la police¹⁰⁸. Lorsqu'un fraudeur a souscrit une assurance responsabilité professionnelle des parties innocentes, une victime peut obtenir un jugement contre le fraudeur, puis demander d'être indemnisée directement par l'assureur du fraudeur. Le problème du risque moral est réglé de la façon suivante: lorsque l'assureur a payé une réclamation, il est subrogé dans les droits de la victime de poursuivre l'avocat qui a commis la fraude. En d'autres termes, l'assureur de l'avocat dédommagera la victime mais se retournera ensuite contre l'avocat. Toutefois, la couverture de LawPRO n'est pas, dans les faits, bien meilleure que l'assurance des associés innocents offerte dans d'autres ressorts. L'effet de la couverture est le même lorsque l'avocat qui diverte les fonds fait partie d'une société. Et bien que la couverture des parties innocentes soit offerte aux avocats pratiquant seul (dans les cas où ils feraient appel à des mandataires dans leur pratique), cette couverture est facultative. Fait qui est peut-être encore plus important: la couverture est généralement limitée à 250000\$ par réclamation *et au total*. Cela signifie que l'assureur ne paiera pas plus de 250000\$ r relativement à une police donnée, quelle que soit la valeur des réclamations présentées. Il est possible de souscrire à une protection plus étendue, mais celle-ci est facultative. Cela signifie que ce type de protection sera d'une utilité limitée pour les victimes de fraude systématique.

L'assurance responsabilité professionnelle n'est pas limitée à l'indemnisation des pertes pécuniaires. Un dédommagement est offert relativement à toutes réclamations pour tous dommages-intérêts compensatoires, ainsi que les intérêts avant et après jugement. La protection de responsabilité professionnelle n'est toutefois pas offerte pour couvrir les pénalités, les frais juridiques ni les dommages-intérêts punitifs.

Les montants pouvant être recouverts au moyen des polices de responsabilité professionnelle sont limités. Les avocats doivent souscrire une protection contre les erreurs et omissions d'au moins 1 million de dollars par événement. Un événement est généralement défini comme étant une seule erreur, une seule omission ou un seul acte négligent, ou une série de tels actes qui sont liés. Une protection complémentaire est offerte, pouvant habituellement s'étendre jusqu'à 5 millions de dollars par événement. Un réclamant donné ne peut recouvrer une somme excédant la limite par événement. Donc, une personne qui se voit accorder 10 millions de dollars en dommages-intérêts par un tribunal à l'égard d'une réclamation en responsabilité professionnelle ne peut recouvrer une somme supérieure à la limite de la police d'assurance responsabilité professionnelle du défendeur. De plus, le dédommagement maximal pourrait être encore moindre dans un cas où plus d'une partie auraient subi un préjudice découlant de l'événement particulier en cause. S'il est déterminé que plusieurs parties ont droit de réclamer contre un avocat donné relativement à un incident donné, elles devront se partager au *pro rata* le montant de l'indemnité d'assurance. Le fait que

¹⁰⁷ Assurance responsabilité professionnelle pour avocats LAWPRO 2003, avènement 5, pouvant être consultée à l'adresse: http://www.lawpro.ca/insurance/LAWPRO_policy2003.asp

¹⁰⁸ L'assurance-incendie ne couvre pas, par exemple, les cas où l'assuré incendie délibérément son propre immeuble.

plusieurs parties ait subi un préjudice attribuable à une seule erreur, à une seule omission ou à un seul acte négligent ou à une série de tels actes qui sont liés, ne fait nullement en sorte que le montant total de l'indemnisation de cette erreur soit augmenté. La responsabilité totale, c'est-à-dire la responsabilité relative à un membre donné pendant une année donnée, est généralement limitée à 2 millions de dollars. Cela signifie que l'assureur ne versera pas plus de 2 millions de dollars en réclamations contre un membre donné au cours d'une année. Cette limite sur la responsabilité totale restreint également l'indemnisation des réclamants. Si des réclamations relatives à la responsabilité professionnelle ont déjà été présentées contre un avocat donné, et si l'assureur a déjà payé certaines de ces réclamations au cours d'une année donnée, un demandeur qui présenterait sa réclamation tardivement pourrait ne rien obtenir du tout.

Les Barreaux de l'Alberta, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Saskatchewan, des Territoire du Nord-Ouest, du Yukon et du Nunavut souscrivent une assurance par l'intermédiaire de l'Association d'Assurance des Juristes Canadiens (AAJC). L'AAJC a été mise sur pied à titre d'instrument d'échange d'assurance réciproque. Les Barreaux participants conviennent de limites et de périodes de police standards, et l'AAJC émet un contrat type pour chaque Barreau, assure la coordination et administre les réclamations qui excèdent les franchises des Barreaux. Les primes pour la protection obligatoire sont payées au moyen de prélèvements annuels des Barreaux, et les membres des Barreaux provinciaux et territoriaux paient des primes pour la protection excédentaire facultative. La protection des parties innocentes est offerte dans plusieurs ressorts, mais elle ne couvre que les associés innocents du fraudeur, non le fraudeur lui-même.

Les Barreaux du Haut-Canada (**Ontario**) et de **Terre-Neuve-et-Labrador** souscrivent l'assurance de la *Lawyers' Professional Indemnity Company* (LawPRO), un assureur accrédité pour fournir une protection d'assurance professionnelle dans divers ressorts canadiens. LawPRO offre la protection d'assurance des parties innocentes. En Ontario, les avocats faisant partie d'une société doivent disposer d'une protection minimale de 250000\$ par réclamation et au total. Une protection d'assurance des parties innocentes allant jusqu'à 1 million de dollars est également offerte. Cette protection est facultative pour les avocats qui pratiquent seul.

Le Barreau de la **Colombie-Britannique** assure au moyen du fonds d'assurance des avocats de la Colombie-Britannique. Aucune protection des parties innocentes n'est offerte. La limite de la police est de 1 million de dollars par événement et de 2 millions de dollars au total par année. Depuis 2002, le fonds offre une protection d'assurance des parties innocentes facultative qui vise à protéger les avocats innocents dans les firmes qui font face à des réclamations qui seraient autrement inadmissibles en raison des intérêts commerciaux d'un autre avocat de la firme. Elle couvre seulement les associés innocents d'un fraudeur et non le fraudeur lui-même.

6.3.6 Frais de transaction immobilière

L'Ontario impose des frais de 50\$ au vendeur et des frais identiques à l'acheteur dans toute transaction immobilière et verse les fonds levés dans l'assurance responsabilité¹⁰⁹. Le Barreau de la Colombie-Britannique a approuvé en principe un prélèvement d'assurance similaire de 30\$ par

¹⁰⁹ Voir le règlement 16 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O 1990, c. L.8

transaction. L'objectif est d'étendre la protection contre les erreurs et omissions. Le *Conveyancing Task Force* (Groupe de travail sur le transport des titres) du Barreau de la Colombie-Britannique fait remarquer qu'une telle protection pourrait remplacer le fonds spécial du Barreau. Un tel plan présenterait des avantages relativement aux prélèvements du Barreau et aux fonds de dédommagement des détournements, ainsi que relativement à l'assurance responsabilité professionnelle. Les indemnités seraient de plein droit et non discrétionnaires, comme c'est le cas avec les fonds du Barreau. Les parties pourraient compter sur une indemnité et seraient donc mieux dédommées des pertes dues à la fraude. De plus, un plus grand nombre de réclamants pourraient profiter d'un tel plan. Le critère lié au besoin serait éliminé, ce qui accorderait une protection aux banques. Une autre caractéristique intéressante d'un tel plan est qu'il serait mieux ciblé que les fonds de dédommagement des détournements et les prélèvements généraux des Barreaux. En effet, ceux-ci mettent tous les avocats à contribution pour le même montant, même si seule une faible proportion des avocats pratiquent et profitent des domaines de pratique qui sont les plus risqués en termes de détournement de fonds. En finançant un plan d'assurance au moyen de frais de transactions immobilières, les Barreaux peuvent imposer les risques de la pratique immobilière à ceux qui en profitent.

6.4 Prévention de la fraude

6.4.1 Fonctionnement du système des chèques séparés

Un des moyens de prévenir la fraude par abus de confiance est l'adoption d'une pratique de chèques séparés. Au lieu d'émettre un chèque que l'avocat du vendeur s'engage à utiliser en vue d'effectuer les paiements appropriés, l'acheteur émet des chèques séparés à l'ordre des parties qui ont des sûretés sur l'immeuble. Dans le cas le plus simple, un chèque est fait à l'ordre de la banque du promoteur au montant nécessaire pour faire radier l'hypothèque, et un autre est fait pour le reliquat du prix d'achat à l'ordre de l'avocat du vendeur en fiducie. Le chèque fait à l'ordre du créancier hypothécaire peut être remis à l'avocat du vendeur ou directement au créancier.

L'idée des chèques séparés n'est ni nouvelle ni particulière au Canada. Le Comité judiciaire du Conseil Privé du Royaume-Uni a eu l'occasion de traiter de la valeur des engagements des avocats et de la technique des chèques séparés comme solutions de rechange aux pratiques en matière de transport des titres dans la cause de 1984, *Edward Wong c. Johnson Stokes & Master*¹¹⁰. Dans cette affaire, un avocat qui agissait au nom du vendeur avait violé son obligation de faire radier l'hypothèque du vendeur et avait diverti les fonds qui lui avaient été confiés à cette fin. Le transport des titres effectué par l'entremise de tels engagements, comme cela est courant dans les ressorts canadiens, est depuis longtemps répandu à Hong Kong. En Angleterre, toutefois, la pratique est depuis longtemps plus sévère relativement à la fraude et exige la remise de chèques séparés. Dans leur approbation de l'usage des chèques séparés afin d'éviter le risque de la fraude par abus de confiance, comme c'était le cas dans cette affaire, les lords ont affirmé que de telles précautions simples assurent que l'acheteur ou le prêteur sera placé par son avocat dans la position favorable qu'il aurait dû occuper lorsqu'il s'est départi de son argent¹¹¹.

¹¹⁰ *Edward Wong Finance Co. Ltd. c. Johnson Stokes & Master*, [1984] AC 296 (Conseil Privé)

¹¹¹ *Ibid*

Étapes de la pratique des chèques séparés

- 1 La banque de l'acheteur (A) prête \$ à l'avocat de A en fiducie.
- 2 L'avocat du vendeur (V) obtient des créanciers hypothécaires les déclarations détaillant les montants nécessaires pour faire radier les sûretés.
- 3 L'avocat de A fait des chèques aux créanciers hypothécaires.
- 4 L'avocat de A remet les chèques à l'avocat de V, qui satisfait les créanciers hypothécaires.

ou

L'avocat de A remet les chèques directement aux créanciers hypothécaires (pratique moins courante).

6.4.2 Objections à la pratique des chèques séparés

Bien que la pratique des chèques séparés semble une avenue prometteuse pour prévenir la fraude par abus de confiance, on a soulevé un certain nombre d'objections à l'encontre de celle-ci.

Une de ces objections veut que les chèques séparés risqueraient dans tous les cas d'être endossés frauduleusement par une partie malhonnête. Un avocat qui violerait son obligation de faire radier l'hypothèque de son client pourrait de même endosser frauduleusement le chèque visant à faire radier l'hypothèque et divertir les fonds. Donc, si le chèque payable au créancier hypothécaire du vendeur est remis à l'avocat du vendeur, la pratique des chèques séparés pourrait se révéler relativement inefficace comme moyen de prévention de la fraude. La réponse la plus simple à cette objection est que l'avocat de l'acheteur pourrait remettre le chèque directement au titulaire de la sûreté. L'avocat du vendeur ne pourrait alors divertir les fonds devant servir à faire radier l'hypothèque du vendeur.

Une autre objection à la pratique des chèques séparés est liée à des considérations de confidentialité. Pour que des chèques puissent être faits à l'ordre des différents créanciers hypothécaires, les avocats des acheteurs doivent connaître les montants nécessaires pour faire radier ces charges. Certains semblent considérer qu'il s'agit d'informations financières confidentielles. Même si les considérations liées à la confidentialité sont importantes, celles liées à la fraude par abus de confiance semblent l'être davantage.

D'autres objections à la pratique des chèques séparés portent sur les difficultés d'application potentielles. Les critiques prétendent que la déclaration hypothécaire doit être définitive et exacte afin que l'acheteur et son avocat puissent s'y fier lorsqu'ils émettent des chèques. Toutefois, une solution moins onéreuse serait que les parties s'entendent à l'égard de la responsabilité de corriger la situation lorsqu'une déclaration hypothécaire se révèle inexacte. D'autres critiques soutiennent qu'il faudrait prévoir l'accumulation de l'intérêt quotidien. Lorsque l'intérêt est quotidien et que l'avocat de l'acheteur n'émet pas assez rapidement un chèque à l'ordre de la banque qui détient une créance hypothécaire à l'égard du vendeur, le chèque pourrait ne pas suffire à satisfaire l'emprunt. Les contrats standards de transport des titres devraient être adaptés afin de prévoir de tels cas, mais il ne s'agirait certainement pas d'une tâche trop onéreuse.

La pratique des chèques séparés est déjà répandue dans un certain nombre de ressorts canadiens. Les Normes de pratique immobilière du Nouveau-Brunswick et les directives sur les transactions immobilières du Yukon exigent que les avocats des acheteurs émettent des chèques séparés. Les règles de pratique de 1992 de l'Ontario recommandent également la pratique des chèques séparés. Bien qu'elle ne soit pas obligatoire, la pratique des chèques séparés est commune dans les

transactions de transport de titres à l'Île-du-Prince-Édouard. Elle semble fonctionner dans ces ressorts; les diverses objections à cette pratique ne semblent pas représenter un problème important dans les faits.

6.4.3 Autres propositions

Diverses pratiques ont été proposées, lesquelles ne viseraient pas tant à prévenir la fraude par abus de confiance qu'à la détecter rapidement de manière à réduire les pertes indirectes. Il a été suggéré que les avocats devraient tenter d'obtenir la preuve de la radiation de l'hypothèque dans un meilleur délai. C'est la longueur de la période pendant laquelle les hypothèques du vendeur et de l'acheteur grèvent toutes deux le titre qui permet à la fraude par abus de confiance d'être perpétrée. En réduisant cette période, l'activité frauduleuse pourrait être détectée ou dissuadée. Dans le même ordre d'idée, la *Conveyancing Task Force* de la *Law Society of British Columbia* a proposé que les avocats des vendeurs exigent des avocats des acheteurs la preuve du paiement des charges existantes sur le titre au plus tard 48 heures après le remboursement de l'emprunt hypothécaire. De telles exigences peuvent être problématiques car leur application peut échapper à la volonté d'un avocat; ces propositions ne peuvent donc pas être assorties de sanctions. La mise en œuvre de telles propositions exigerait la collaboration des institutions prêteuses. Il serait particulièrement utile qu'elles émettent un accusé de réception du paiement. Comme les banques subissent des pertes en raison du type de fraude que ces propositions visent à détecter, on pourrait croire qu'elles seraient disposées à participer à ces mesures de contrôle. En tout état de cause, leur participation pourrait être forcée. Par exemple, l'article 19 de la *Cost of Consumer Credit Disclosure Act* de la Colombie-Britannique impose aux banques l'obligation de remettre quittance du prêt hypothécaire dans les 30 jours du remboursement.

7. Assurance des titres

L'assurance des titres constitue un autre moyen d'indemnisation des propriétaires et des prêteurs victimes de fraude. L'assurance des titres est une forme d'assurance privée qui est totalement distincte du système des titres fonciers. Elle n'est pas offerte automatiquement lors de l'enregistrement d'un immeuble dans un système de titres fonciers, mais elle peut être souscrite séparément, comme toute autre forme d'assurance privée. Contrairement à l'assurance automobile, il n'existe aucune exigence légale de souscription de l'assurance des titres. Et, contrairement à l'assurance de dommages des propriétaires, qui protège contre les incendies et les pertes semblables, le prêteur n'insistera pas pour que le propriétaire souscrive l'assurance des titres, car il peut souscrire sa propre assurance. La souscription de l'assurance des titres est tout à fait facultative pour le prêteur et pour l'acheteur. La présente section traite de l'opportunité de la souscription de l'assurance des titres en tant que moyen de prévention de la fraude.

L'assurance des titres est née aux États-Unis sur la toile de fond d'un système d'enregistrement documentaire qui est utilisé aux États-Unis, comme il l'est toujours au Québec, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve-et-Labrador. Le problème du système d'enregistrement documentaire est que la chaîne de titre complète de chaque immeuble doit être recherchée chaque fois qu'un immeuble est vendu. Il s'agit là d'un gaspillage, car les mêmes documents doivent être étudiés à chaque fois par des juristes différents. Dans le système des titres fonciers, ce double emploi est éliminé car chaque document n'est utilisé qu'une fois par les fonctionnaires du bureau des titres fonciers. Puisque, dans un système de titres fonciers, l'on peut se fier sur le registre, il n'est pas nécessaire pour les acheteurs subséquents de réétudier le même document. Aux États-Unis, le problème du dédoublement des recherches, qui a donné lieu au Canada au système de titres fonciers, est réglé par l'assurance des titres. Une compagnie d'assurance de titre reproduit dans les faits les dossiers du registre public dans son propre système d'archives de titres. Lorsqu'un acheteur désire souscrire une assurance de titre, l'assureur recherche le titre dans son système d'archives de titres. Comme seul un nombre restreint d'assureurs est généralement actif dans une région donnée, il est probable que l'assureur aura déjà étudié le même titre lors d'une transaction antérieure. L'assureur des titres n'aura donc à rechercher le titre que jusqu'à la dernière transaction lors de laquelle il a assuré le titre, éliminant ainsi les dédoublements.

L'assurance des titres est un phénomène relativement récent au Canada. Elle est offerte partout au Canada, y compris au Québec. Toutefois, sa pénétration du marché n'est importante que dans les régions urbaines de l'Ontario, et elle est relativement faible dans le reste du pays. Il est particulièrement intéressant de noter que sa pénétration du marché au Québec est parmi la plus faible au pays, même dans les centres urbains. Le système d'enregistrement documentaire de cette province est en principe très semblable au système américain où l'assurance des titres a pris naissance, et bien différent du système de titres fonciers qui est en vigueur dans la plus grande partie du reste du Canada. En particulier, le système québécois exige un dédoublement des recherches des titres, problème que l'assurance des titres vise à régler depuis qu'elle a été instaurée. Puisqu'il s'agit d'un système d'enregistrement documentaire et non d'un système de garantie des titres, le régime québécois offre beaucoup moins de protection contre la fraude que le système des titres fonciers. Pour ces deux raisons, on s'attendrait à ce que l'assurance des titres soit plus intéressante au Québec que dans les ressorts ayant un système de titres fonciers. Les raisons qui sous-tendent la faible popularité de l'assurance des titres au Québec ne sont pas tout à fait claires. Cela pourrait peut-être s'expliquer par la venue relativement récente des titres fonciers au Canada en général.

Deux compagnies d'assurance des titres, soit la *First American Title Insurance Company*, qui exerce ses activités au Canada sous la raison sociale *First Canadian Title*, et la *Stewart Title Guaranty*

Company, dominant le marché canadien de l'assurance des titres. D'autres assureurs sont actifs, mais l'exposé qui suit porte précisément sur la protection offerte par ces deux principaux assureurs.

L'assurance des titres ne peut être souscrite que par le propriétaire lors de l'achat de l'immeuble, ou par le prêteur lorsque l'immeuble est hypothéqué. Elle ne peut être souscrite par la suite. La police peut être émise en faveur du prêteur ou de l'acheteur, mais, généralement, si une des parties est protégée, l'acheteur et le prêteur le seront tous deux. Ce fait est favorisé par la structure du tarif. Une police résidentielle d'assurance des titres coûte environ 200\$ pour assurer l'acheteur ou le prêteur, et 50\$ de plus (soit un total de 250\$) pour assurer les deux parties.

L'assurance des titres dans ce sens traditionnel est beaucoup plus intéressante dans un système de registre que dans un système de titres fonciers, où l'on peut se fier sur le registre pour connaître le propriétaire actuel, ce qui évite la nécessité du dédoublement des recherches. Mais l'assurance des titres couvre maintenant une gamme bien plus large de problèmes associés à l'achat d'une maison, par exemple, les cas où un bâtiment s'étend partiellement sur le terrain du voisin, ou si des travaux ont été effectués sur le bâtiment par le propriétaire précédent sans permis de construire ou en violation du code du bâtiment, et si des travaux correctifs sont nécessaires pour respecter les normes, ou si un règlement de zonage a été violé.

L'assurance des titres couvre également un certain nombre d'aspects liés à la fraude. Le présent rapport traite uniquement des aspects de l'assurance des titres qui sont liés à la fraude. Rien dans le présent rapport ne devrait être considéré comme suggérant que l'assurance des titres n'est pas souhaitable ni appropriée à des cas qui ne sont pas liés à la fraude. En d'autres termes, même si un acheteur d'immeuble qui lit le présent rapport arrive à la conclusion que l'assurance des titres n'est pas appropriée pour le protéger contre la fraude dans son ressort, il se peut que l'assurance des titres soit tout de même appropriée pour lui en raison des autres types de protection qu'elle offre.

L'assurance des titres est très efficace pour protéger les victimes de la fraude. L'assurance des titres ne change pas les droits des titulaires de l'immeuble. Ces droits sont déterminés par les principes du système des titres fonciers. Toutefois, l'assurance des titres peut indemniser une personne qui n'a pas droit à un dédommagement en vertu du système des titres fonciers; elle peut également servir de source d'indemnisation alternative à une personne qui a droit à un dédommagement en vertu du système de titres fonciers.

Nous devons rappeler que, dans les cas courants de fraude par falsification, l'immeuble a été hypothéqué à l'insu du propriétaire véritable. Si le propriétaire dispose d'une assurance des titres, la police couvrira le montant nécessaire pour rembourser l'emprunt hypothécaire et retrouver un titre clair¹¹². Cela aura également pour effet de rétablir le premier rang du prêteur du propriétaire. Si le propriétaire n'est pas assuré, mais que le prêteur du propriétaire l'est, et que ledit prêteur se trouve à avoir une hypothèque de deuxième rang plutôt qu'une hypothèque de premier rang, s'il est assuré, il sera protégé contre la perte occasionnée par la perte de son rang¹¹³. (Le montant exact

¹¹² Les dispositions pertinentes sont: *First Canadian Title*, police du propriétaire, risque de titre couvert 3a) « Falsification, fraude, contraintes, incompétence, incapacité ou usurpation d'identité » et 3b) « A près la Date d'entrée en vigueur, la falsification d'un effet par lequel quelqu'un d'autre déclare avoir un droit de propriété sur votre Titre ou disposer d'une sûreté sur celui-ci. » *Stewart Title*, police du propriétaire, risque de titre couvert 3 « Falsification, fraude, contraintes, incompétence, incapacité ou usurpation d'identité » et 4 « Falsification après la Date d'entrée en vigueur d'un effet par lequel quelqu'un d'autre déclare avoir un droit de propriété sur votre titre ou disposer d'une sûreté sur celui-ci. »

¹¹³ Les dispositions pertinentes sont: *First Canadian*, police du prêteur, risque assuré 5 « L'invalidité ou l'impossibilité d'exécuter l'Hypothèque assurée sur le titre » et 20 « Falsification après la Date d'entrée en vigueur de toute cession, quittance, radiation (partielle ou totale), remise ou modification de l'Hypothèque assurée; ou si l'Assuré a acquis le patrimoine ou le droit de la manière décrite à l'alinéa 2a) des Conditions et Stipulations et n'a pas transporté le titre, falsification de tout effet par lequel un autre prétend que le titre a été transporté après la Date d'entrée en vigueur »; *Stewart Title*, police du prêteur, risque assuré 5 « L'invalidité ou l'impossibilité d'exécuter l'Hypothèque assurée sur le titre » et 22 « Falsification après la Date d'entrée en vigueur d'une cession, quittance, radiation (partielle ou totale), remise ou modification de l'Hypothèque assurée; ou si l'Assuré a acquis le patrimoine ou le droit de la manière décrite à l'alinéa 2a) des Conditions et Stipulations et n'a pas transporté le titre, falsification d'un effet par lequel un autre prétend que le titre a été transporté après la Date d'entrée en vigueur. »

de la perte dépend de l'avoir propre demeurant dans l'immeuble.) Dans le cas d'une fraude par falsification par laquelle l'immeuble est vendu par le fraudeur à un acheteur innocent, comme nous l'avons noté, l'assurance des titres ne peut changer le fait que l'acheteur est propriétaire de la maison, car le titre est régi par le droit sur les titres fonciers¹¹⁴. Toutefois, l'assurance des titres dédommagerait le propriétaire pour la pleine valeur de l'immeuble, et si le propriétaire demeure toujours dans l'immeuble, cela pourrait être suffisant pour satisfaire l'acheteur et retrouver son titre.

De la même manière, dans le cas d'une fraude par usurpation d'identité où le propriétaire perd son droit, soit parce qu'il est dans un ressort d'inattaquabilité immédiate ou parce que l'immeuble a été vendu à un deuxième acheteur, il sera protégé de la même manière que dans le cas d'une fraude par falsification. Il est important de se rappeler que dans les systèmes d'inattaquabilité différée, un prêteur ou un acheteur initial qui transige avec un fraudeur ne disposera d'aucune protection: il n'a ni de droit sur l'immeuble ni le droit d'être indemnisé par le fonds d'assurance. L'assurance des titres indemniserait le prêteur (ou l'acheteur) pour la perte de son droit dans un tel cas¹¹⁵. Cela est particulièrement important parce qu'il n'y aurait aucune réclamation contre le fonds d'assurance.

En dernier ressort, toute victime de fraude sur le registre qui détient une assurance des titres sera couverte pour ses pertes, sans égard à son droit de présenter une réclamation au fonds d'assurance.

L'assurance des titres est également utile pour protéger un acheteur ou le prêteur d'un acheteur dans un cas de fraude par abus de confiance. Comme nous l'avons vu, ce type de fraude survient lorsqu'un immeuble est acheté et que l'avocat du vendeur viole son obligation de faire radier l'hypothèque existante du vendeur. Le résultat de l'abus de confiance de l'avocat du vendeur est que, au lieu d'obtenir un titre clair qui ne soit grevé que de sa propre hypothèque, l'acheteur reçoit un immeuble qui est toujours grevé de l'hypothèque du vendeur. Le prêteur de l'acheteur, au lieu d'obtenir une hypothèque de premier rang, obtient une hypothèque de deuxième rang. Puisque l'emprunt hypothécaire du vendeur n'a pas été remboursé, la banque du vendeur détient toujours une hypothèque valide de premier rang, et le vendeur est toujours débiteur de l'emprunt hypothécaire envers sa banque. En principe, la banque du vendeur peut soit poursuivre le vendeur personnellement pour la créance ou vendre l'immeuble pour satisfaire sa créance, dès qu'il y a défaut. Si la banque du vendeur réussit à recouvrer sa créance du vendeur, l'hypothèque sera radiée et l'acheteur ne sera pas touché. Toutefois, il est très improbable que la banque du vendeur choisisse d'agir ainsi, car l'avoir principal du vendeur sera généralement l'immeuble, et qu'il est beaucoup plus facile d'exercer un droit hypothécaire que de réclamer une créance. Cela signifie que la banque du vendeur recherchera généralement à satisfaire sa créance hypothécaire en vendant l'immeuble qui appartient maintenant à l'acheteur. Cela nuit évidemment à la fois à l'acheteur et à son prêteur, puisque l'immeuble de l'acheteur sera vendu contre sa volonté et sans contrepartie.

Nous avons vu que, dans cette situation, aucune des victimes ne dispose d'un droit de réclamer contre le fonds d'assurance des titres fonciers. En revanche, l'assurance des titres souscrite par l'acheteur ou son prêteur avant la vente les protégera tous deux dans ce cas, car elle assure le titre clair qu'ils s'attendent à recevoir. Donc, si l'acheteur détient une assurance des titres et que la banque du vendeur désire prendre l'immeuble en paiement, l'assurance des titres rembourserait l'emprunt hypothécaire du vendeur afin de rendre le titre de l'acheteur clair.

¹¹⁴ Nous rappelons qu'au Nouveau-Brunswick, l'acheteur ne serait pas propriétaire de l'immeuble.

¹¹⁵ Voir la mention d'« usurpation d'identité » dans la police du propriétaire et d'« invalidité » dans la police du prêteur.

Toutefois, l'assurance des titres *ne protège pas* le vendeur, même si le vendeur a souscrit une assurance des titres au moment où il a acheté l'immeuble. Cela est dû au fait que la violation d'un engagement de l'avocat du vendeur de faire radier l'hypothèque du vendeur n'entache pas directement son titre. Il est vrai que le vendeur ne dispose pas des fonds auxquels il s'attendait pour rembourser son emprunt hypothécaire, mais cette situation est semblable, par exemple, au cas où un cambrioleur serait entré par effraction dans la maison et aurait volé le même montant du coffre-fort. En d'autres termes, l'assurance des titres n'est pas une assurance contre le vol simplement parce que l'argent volé était destiné au remboursement de l'hypothèque.

L'assurance des titres est également avantageuse en termes de rapidité et de coûts et couvre de plus un certain nombre de situations que les fonds d'assurance des titres fonciers ne couvrent pas. Cela est particulièrement important lorsque les systèmes de titres fonciers sont de dernier recours. Nous avons vu qu'un dédommagement rapide est très important pour réduire les préjudices causés par la fraude, comme les préjudices moraux et la perte de flexibilité pour hypothéquer ou vendre l'immeuble jusqu'à ce que la réclamation soit réglée. Bien que l'assurance des titres ne dédommage que la valeur de l'immeuble et non les autres préjudices, comme les dommages moraux ou les pertes économiques indirectes, ces types de préjudices sont réduits car une police d'assurance des titres est une assurance de premier recours. L'assureur paie rapidement dès qu'il conclut qu'il y a eu fraude et que le propriétaire a subi une perte réelle. Il n'est pas nécessaire pour la victime d'entreprendre des procédures contre le contrevenant ou même de déposer une réclamation contre le fonds d'assurance.

Ce qui nous amène à un autre avantage du système d'assurance des titres. Nous avons vu que la question des frais est importante, car les frais juridiques engagés par la victime ne sont pas remboursés au complet. Cela est particulièrement important lorsque la victime doit poursuivre le contrevenant avant de présenter une réclamation au fonds. Non seulement l'assureur des titres verse-t-il l'indemnisation sans exiger que la victime poursuive le contrevenant, il a également l'obligation de présenter une défense au nom de l'assuré. Cela signifie que l'assureur engagera un avocat à ses frais pour s'occuper des problèmes juridiques causés par la fraude. Donc, si un immeuble est hypothéqué sans l'assentiment de son propriétaire et que celui-ci reçoit un avis de prise en paiement de la banque qui a accordé l'emprunt au fraudeur, le propriétaire a le droit non seulement d'être indemnisé par l'assureur des titres mais également de bénéficier des services d'un avocat qui s'occupera de la réclamation de la banque. Dans les faits, les frais d'un propriétaire détenant une assurance de titres sont entièrement couverts.

Il importe également de remarquer que lorsque l'assureur des titres paie une réclamation, il est subrogé dans les droits de la victime. Ainsi, l'assureur des titres pourra entreprendre des recours contre le fraudeur pour recouvrer les fonds volés. Cela est important dans une perspective de dissuasion. La menace d'un recours par l'assureur des titres rend la fraude plus risquée pour le fraudeur même si la victime est assurée. Évidemment, l'assureur n'entreprendra de tels recours que s'il a une chance de récupérer quelque chose du fraudeur. Mais cela est souhaitable, car il est inutile de perdre de l'argent parce qu'il ne sert à rien d'essayer d'obtenir de l'argent d'un fraudeur qui a fait disparaître les fonds, comme cela peut être obligatoire dans un système de titres fonciers de dernier recours.

En principe, lorsque la victime assurée aurait pu présenter une réclamation contre le fonds, l'assureur des titres est également subrogé dans les droits de celle-ci contre le fonds d'assurance. Il semble qu'aucun assureur de titres n'ait tenté de présenter une telle réclamation.

Considérant les points susmentionnés, comment l'assurance des titres se compare-t-elle à la garantie offerte par le système des titres fonciers?

Premièrement, comme nous l'avons vu, les systèmes de titres fonciers varient de façon importante à travers le pays et ce ne sont pas tous les systèmes de titres fonciers qui indemnisent toutes les

parties innocentes qui subissent une perte en raison de la fraude. Plus particulièrement, nous avons vu que dans les cas de fraude par usurpation d'identité, un système de titres fonciers fondé sur l'inattaquabilité différée, comme celui de l'Ontario, n'indemnise ni le prêteur ni l'acheteur qui transige avec l'imposteur. Le prêteur ou l'acheteur dans une telle situation qui a souscrit une assurance des titres sera indemnisé. De la même manière, dans les cas où l'avocat du vendeur ne respecte pas son obligation de rembourser l'hypothèque du vendeur, l'assurance des titres protégera l'acheteur et le prêteur de l'acheteur, qui ne pourraient présenter de réclamation contre le fonds d'assurance.

Même dans les cas où la victime pourrait présenter une réclamation contre le fonds d'assurance, l'assurance des titres présente des avantages, surtout lorsque le système des titres fonciers en est un de dernier recours. Considérons maintenant les cas dans lesquels la protection de l'assurance des titres s'ajoute à la garantie des titres fonciers. Par exemple, dans la plupart des systèmes de titres fonciers, un immeuble occupé par son propriétaire peut être vendu à l'insu de celui-ci. Dans ce cas, le propriétaire a clairement droit d'être indemnisé par le fonds d'assurance des titres fonciers. Si le propriétaire avait souscrit une assurance des titres, il aurait également le droit d'être indemnisé en vertu de la police d'assurance des titres. La police d'assurance des titres n'exige pas que le propriétaire présente une réclamation contre le fonds d'assurance des titres fonciers avant de déposer une réclamation en vertu de la police. Cela signifie que le propriétaire peut choisir de présenter une réclamation soit en vertu de la police d'assurance des titres ou contre le fonds d'assurance des titres fonciers. Il convient de faire remarquer que le montant de réclamation est le même dans les deux cas, savoir la valeur de l'immeuble lui-même. Comme la garantie des titres fonciers, l'assurance des titres *ne couvre pas* les réclamations pour dommages moraux ou indirects.

Dans un tel cas, il peut sembler que l'assurance des titres est inutile, puisque le propriétaire est déjà assuré par le système des titres fonciers. Ainsi, obtenir la même protection d'un assureur de titres privé serait une perte d'argent. Toutefois, cela n'est pas forcément vrai.

Dans les ressorts comme l'Ontario où le fonds d'assurance des titres fonciers est un fonds de dernier recours, le propriétaire doit épuiser tous les autres recours, y compris les actions en justice contre le contrevenant, avant de pouvoir déposer une réclamation contre le fonds. Cela peut prendre beaucoup de temps et engendrer des frais juridiques très élevés pour le propriétaire. En revanche, l'assurance des titres est un fonds de premier recours. L'assureur paiera rapidement dès qu'il aura conclu qu'il y a eu fraude et que le propriétaire a véritablement subi une perte. L'assureur est alors subrogé dans les droits du propriétaire, ce qui signifie qu'il a le droit de poursuivre le contrevenant pour récupérer son argent s'il le désire. L'assureur peut choisir ou non d'intenter une action contre le contrevenant, s'il estime qu'il a une chance raisonnable de récupérer une partie de l'argent, mais cela n'importe pas au propriétaire, qui sera indemnisé quelle que soit la décision de l'assureur. L'assureur a le droit, en principe, de continuer ces procédures jusqu'à ce qu'il soit indemnisé du fonds d'assurance des titres fonciers, bien que cela n'ait jamais été tenté à ce jour. Il est vrai que l'assureur des titres ne paie pas automatiquement toutes les réclamations présentées car il doit d'abord déterminer qu'il y a eu une perte réelle, autrement il serait possible d'abuser de la police d'assurance. Mais il est généralement bien facile de prouver sa réclamation dans le cas d'une falsification ou d'une usurpation d'identité, où l'on peut facilement démontrer que le propriétaire enregistré sur le titre n'a jamais transigé avec l'acheteur ou la banque.

Du point de vue du propriétaire, dans un ressort comme l'Ontario où le fonds d'assurance des titres fonciers est un fonds de dernier recours, l'assurance des titres peut être très utile. La différence entre la possibilité d'obtenir une indemnisation immédiate et de laisser d'autres poursuivre le contrevenant, et de poursuivre le contrevenant soi-même devant les tribunaux avant de recevoir un dédommagement, est énorme. Nous devons également reconnaître que, bien que

l'assurance des titres n'indemnise pas contre les préjudices comme les dommages moraux ou la perte économique indirecte, elle peut aider à prévenir ces préjudices grâce à un paiement rapide. Les dommages moraux et la perte économique indirecte dans de tels cas sont principalement dus au délai entre la découverte de la fraude et le versement du dédommagement. Si l'indemnisation de la perte pécuniaire directe est offerte immédiatement, le préjudice causé par ces autres types de pertes est limité, même si ces pertes ne sont pas dédommagées directement.

Dans les ressorts où le fonds est un fonds de premier recours, il est plus difficile d'évaluer l'opportunité d'une telle assurance. Il y a deux raisons pour lesquelles un propriétaire ou un prêteur peut envisager de souscrire une assurance des titres dans ces ressorts. Premièrement, même si le fonds est en principe un fonds de premier recours, aucun paiement d'assurance n'est entièrement automatique. Afin de prévenir les abus du système d'assurance, tout assureur doit prendre des mesures pour évaluer le bien-fondé des réclamations. Une demande doit donc être déposée au directeur des titres fonciers, qui doit évaluer les mérites de la réclamation avant d'autoriser le paiement. Ainsi, dans une certaine mesure, le dédommagement rapide, même dans un fonds de premier recours, dépend de la diligence du directeur de régler rapidement les réclamations apparemment valides. Donc, même si le fonds est en principe un fonds de premier recours, le versement du dédommagement peut être plus ou moins rapide. Bien entendu, cela est également vrai de l'assurance des titres privée. Dans tout domaine d'assurance, certains assureurs paient plus rapidement et plus facilement que d'autres.

Y a-t-il des raisons de croire qu'un assureur de titres privé paiera plus rapidement et plus facilement qu'un fonds d'assurance des titres fonciers qui est un fonds de premier recours? Certains indices portent à croire que les assureurs privés paient plus facilement, notamment le fait que le secteur est raisonnablement compétitif et qu'une réputation de règlement expéditif des réclamations est un argument de vente pour un assureur. Par contre, il n'y a qu'un fonds d'assurance des titres fonciers, il n'y a donc aucune concurrence qui exerce une pression pour le règlement expéditif des réclamations. D'autre part, on pourrait soutenir que les assureurs de titres privés ont avantage à refuser des réclamations afin de préserver leurs bénéfices, et qu'une telle pression est absente dans le cas d'un fonds d'assurance. En général, il est difficile de dire s'il y a des raisons en principe de croire qu'une assurance de titres privée dédommagera plus rapidement.

D'autre part, puisque le paiement du fonds dépend du jugement du directeur ou d'un autre fonctionnaire responsable, certains fonctionnaires pourraient être plus disposés que d'autres à régler une réclamation. Il est possible qu'à un moment donné, dans un ressort donné, l'assureur des titres soit mieux disposé à payer une réclamation que le fonds d'assurance, non pas pour des motifs institutionnels structurels, mais simplement à cause de la façon dont la personne investie du pouvoir considère l'équilibre entre le besoin de régler les réclamations rapidement et le besoin de protéger le fonds contre les abus. Autrement dit, même s'il y a peu de motifs de croire que le fonds d'assurance règlera les réclamations fondées moins rapidement que l'assureur des titres fonciers, il n'y a aucune raison de croire que le fonds d'assurance sera plus efficace à cet égard. Il est probable qu'il y ait certaines différences, dans un sens ou dans l'autre, selon les circonstances spécifiques de fonctionnement des différents assureurs. Il est possible que, dans certains ressorts et à certaines périodes, un propriétaire estime à bon droit qu'un assureur de titres sera plus expéditif dans le règlement des réclamations que le fonds d'assurance des titres fonciers.

Une version particulièrement aiguë de ce problème se pose dans un ressort comme la Colombie-Britannique où, comme nous l'avons dit, le fonds d'assurance est officiellement un fonds de dernier recours, mais où en pratique l'exercice du pouvoir discrétionnaire de payer des réclamations en fait un fonds de premier recours *de facto*. Par contre, en Alberta, où la *Loi* est à première vue similaire, l'exercice du pouvoir discrétionnaire est dans les faits limité aux cas d'une erreur commise par le bureau des titres fonciers, et n'est pas appliqué aux cas de fraude perpétrée

par un tiers. Qui peut affirmer que le prochain directeur des titres fonciers en Colombie-Britannique ne décidera pas de renverser la vapeur et de suivre le modèle de l'Alberta et d'ainsi transformer un fonds de premier recours en un fonds de dernier recours? Un propriétaire pourrait à bon droit préférer de se fier à l'assurance des titres plutôt qu'à la pratique actuelle du bureau des titres fonciers.

Pour résumer, les avantages de l'assurance des titres sont: 1) protection complète – l'assurance couvre tous les types de fraudes, même ceux qui ne sont pas couverts par les titres fonciers, en particulier la fraude par usurpation d'identité, qui n'est pas couverte dans tous les ressorts de titres fonciers, et la fraude par abus de confiance (relativement à l'acheteur et au prêteur); 2) rapidité du dédommagement – l'assurance des titres est un fonds de premier recours; 3) les frais juridiques – l'assureur a la responsabilité de présenter une défense et assume tous les frais juridiques associés à la fraude.

Par conséquent, dans les ressorts ayant un système d'enregistrement documentaire, comme le Québec, ou dans les systèmes de titres fonciers offrant une protection relativement faible pour le titulaire du droit, comme l'Ontario, l'assurance des titres est une option intéressante pour le propriétaire ou le prêteur dans la protection contre la fraude. Dans les systèmes de titres fonciers plus modernes, les avantages de l'assurance des titres comparativement au dédommagement du système de titres fonciers sont moins grands, mais l'assurance des titres demeure une alternative pour certains consommateurs qui désirent acheter un immeuble, surtout à cause de sa protection contre la fraude par abus de confiance.

Le seul inconvénient possible de l'assurance des titres pour l'acheteur ou le prêteur est le coût. Comme nous l'avons indiqué, il est d'environ 200\$ pour couvrir l'acheteur ou le prêteur, et de 250\$ pour couvrir les deux. Il convient de rappeler qu'en plus de la fraude, l'assurance des titres couvre plusieurs risques liés au titre; la valeur de l'assurance des titres ne peut donc être déterminée sur la seule base de la protection qu'elle offre contre la fraude. Les assureurs de titres rapportent que la fraude ne représente qu'une faible proportion du total de leurs réclamations. First Canadian rapporte que les fraudes et les falsifications représentaient environ 2% du nombre total de réclamations reçues en 2002 mais environ 14% des paiements de réclamations dans la même année, y compris, le cas échéant, le paiement des frais juridiques associés à la défense de la validité et du caractère exécutoire de l'hypothèque. Les réclamations liées à la fraude sont généralement d'une valeur beaucoup plus importante que les autres types de réclamations car il arrive souvent qu'il s'agisse d'une majeure partie de la valeur totale de l'immeuble. Ces chiffres indiquent que le coût moyen de la fraude par transaction pour l'assureur des titres est bien plus élevé que le coût moyen de la fraude par transaction pour le bureau des titres fonciers. Il est difficile d'expliquer ce fait. Une partie de l'explication tient au fait que l'assureur des titres est un fonds de premier recours et assume tous les frais juridiques associés – en d'autres termes, les paiements de réclamations par les assureurs de titres sont plus élevés parce qu'ils offrent une protection plus complète que les fonds de dernier recours des systèmes de titres fonciers. Une autre raison pourrait tenir au fait que pratiquement toutes les transactions sont enregistrées, mais que seuls les immeubles de grande valeur, qui sont plus susceptibles d'être l'objet d'une fraude, sont plus souvent protégés par l'assurance des titres.

Enfin, un des inconvénients de l'assurance des titres comme solution au problème de la fraude est qu'elle doit être souscrite à l'achat de l'immeuble ou d'un droit sur celui-ci. Cela est problématique à cause de la pénétration relativement limitée de cette assurance dans la majorité des régions du pays, ce qui signifie que la plupart des propriétaires qui ne détiennent pas actuellement une assurance des titres et qui voudraient en souscrire une comme simple protection contre la fraude n'ont pas la possibilité de le faire.

Les causes d'une pénétration du marché aussi limitée ne sont pas tout à fait claires. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'assurance des titres a été élaborée aux États-Unis et elle vise à offrir une protection contre les vices cachés du titre résultant des recherches effectuées dans les bureaux de registres de documents publics inefficaces. L'assurance des titres visait principalement à compléter ou à remplacer une recherche de titre dans le registre public. Cela explique pourquoi cette assurance n'est offerte qu'au moment de l'achat d'un droit sur l'immeuble. Bien que les systèmes de registre canadiens aient été pendant longtemps semblables en principe à ceux des États-Unis, l'assurance des titres ne s'est jamais autant répandue ici. Cela est peut-être simplement dû au fait que les assureurs de titres américains n'avaient tenté, jusqu'à relativement récemment, de prendre de l'expansion au Canada. L'assurance des titres est moins utile dans un système de titres fonciers que dans un système d'enregistrement documentaire car les titres fonciers réduisent les coûts des dédoublements des recherches qui sont la principale raison de l'assurance des titres. Toutefois, les assureurs de titres ont étendu la portée de la protection qu'ils offrent au-delà de la simple assurance de titres, bien que la majeure partie de la protection continue d'être centrée sur l'état de l'immeuble au moment de l'achat, comme la protection dans le cas où un propriétaire antérieur a fait des ajouts au bâtiment en contravention des règlements de zonage ou sans permis de construire. De plus, comme nous l'avons noté, l'assurance des titres offre une meilleure protection contre la fraude que le système de titres fonciers, surtout quand on la compare à des systèmes de titres fonciers plus anciens comme celui de l'Ontario. Étant donné ces caractéristiques de l'assurance des titres et vu que la pénétration du marché est importante dans certaines régions et non dans d'autres, il se peut que la faible popularité de cette assurance dans la plupart des régions du pays soit due au manque de publicité.

Le créneau potentiel que représentent les propriétaires qui n'ont pas souscrit d'assurance de titres au moment où ils ont acquis leur immeuble mais qui désirent une meilleure protection contre la fraude que celle offerte par le système de titres fonciers ou d'enregistrement documentaire (au Québec) pourrait peut-être être rempli par une protection d'assurance contre la fraude après achat. Plusieurs des types de risques protégés par une police d'assurance de titres standard ne peuvent être assurés efficacement qu'au moment de l'acquisition de l'immeuble, l'exemple le plus évident étant le risque de défaut du titre. Toutefois, la fraude par falsification peut en principe être assurée efficacement après l'acquisition de l'immeuble. L'assureur mènerait une enquête ponctuelle pour déterminer l'état actuel du titre et assurerait contre des modifications frauduleuses du titre. Ce type d'assurance contre la fraude après achat serait nécessairement plus limitée que l'assurance des titres standard, car l'assureur ne pourrait offrir une protection contre, par exemple, les violations du Code du bâtiment, car il serait impossible de déterminer si le défaut en question a été causé par l'assuré potentiel ou par un propriétaire antérieur. Le transport frauduleux du titre d'un immeuble par un fraudeur est en réalité une forme de vol immobilier. Cela se produit à cause de la nature des immeubles, ce qui fait que le vol est commis par la fraude plutôt qu'en emportant physiquement le bien en question. Et, exactement de la même manière que l'assurance personnelle des biens est une forme courante de protection contre le vol, l'assurance contre la fraude après achat pourrait être utilisée pour protéger contre le vol immobilier.

Bien qu'il puisse être préférable de souscrire toute la protection au moment de l'achat d'un immeuble, certains propriétaires pourraient trouver avantageux de souscrire une protection contre la fraude pour leur résidence actuelle. Par exemple, la protection contre la falsification après la vente pourrait être offerte à titre d'avenant à une police d'assurance standard des propriétaires, réduisant ainsi le coût de vente de la police. Globalement, la protection contre la fraude après achat pourrait être intéressante pour les propriétaires qui ne désirent pas vendre leur résidence actuelle, mais sont inquiets de pouvoir être touchés par une autre affaire Tesoro. Il serait important de mener d'autres études afin de déterminer si une telle police pourrait être vendue et administrée à un prix concurrentiel.

8. Conclusions

Malgré certaines affaires qui ont fait beaucoup de bruit, la fraude dans le transport de titres fonciers ne semble pas avoir atteint des proportions endémiques au Canada. La tendance historique générale de la fraude sur titre est qu'il y a très peu de cas, mais ces rares cas causent des pertes considérables. Il est impossible de déterminer si les affaires qui ont retenu l'attention récemment s'inscrivent dans la tendance observée ou si elles représentent le commencement d'une nouvelle tendance à la hausse des fraudes sur titre. L'incidence de la fraude pourrait augmenter dans le cas hypothétique où le crime organisé s'attaquerait systématiquement aux systèmes d'enregistrement foncier en planifiant des fraudes à une échelle jusqu'à maintenant inconnue.

Le préjudice causé par la fraude peut être réduit par la prévention ou par l'assurance de la perte causée par les fraudes qui n'ont pu être empêchées. De plus, la prévention et l'assurance de la fraude augmentent le coût des transactions foncières. Puisque l'industrie des prêts hypothécaires et le domaine juridique du transport des titres sont très compétitifs, le coût de la prévention ou de la réduction de la fraude est en dernier lieu assumé par ceux qui achètent, vendent ou hypothèquent leur immeuble. Cela signifie que l'objectif n'est pas une prévention ou une assurance complète, mais une combinaison efficace des deux.

Certaines fraudes pourraient être prévenues en exigeant de l'avocat ou du notaire chargé de la transaction qu'il exige une identification documentaire raisonnable du vendeur ou du débiteur hypothécaire de l'immeuble. Exiger une telle identification fait partie de la responsabilité professionnelle de tout avocat ou notaire chargé d'une transaction immobilière. Bien qu'il s'agisse là d'une mesure louable, elle ne peut réussir à prévenir que les tentatives de fraude par usurpation d'identité relativement simples. Les mesures plus sévères de vérification d'identité des parties, par exemple par l'examen des signatures, ne sont certainement pas économiquement raisonnables vu l'état actuel des technologies d'identification, et ce, qu'un tel examen soit effectué par le registre foncier lui-même ou par l'avocat ou le notaire concerné.

Il serait possible de restreindre l'accès au registre foncier aux seuls avocats et notaires pour empêcher les fraudeurs de déposer directement de faux documents, mais cela pourrait s'avérer mauvais politiquement et ne réussirait pas à éliminer complètement la fraude. Il appert donc qu'il n'existe présentement aucune méthode rentable d'empêcher l'enregistrement de documents falsifiés.

Si l'enregistrement initial de faux documents ne peut être empêché, la réalisation de la fraude peut être prévenue grâce à une détection rapide. L'exemple de la Saskatchewan, où un avis est envoyé au propriétaire inscrit lorsqu'un transfert ou une hypothèque sont enregistrés, et où le directeur des titres fonciers peut geler le registre, représente une avenue prometteuse pouvant conduire à une détection rapide qui pourrait être appliquée dans les systèmes de titres fonciers automatisés.

Le moyen ultime de prévention de la fraude est la dissuasion au moyen de peines criminelles. Il est difficile de dire si ces peines devraient être renforcées, étant donné les différents facteurs influant sur le système judiciaire pénal.

Dans les ressorts ayant un système de titres fonciers, les fonds d'assurance des titres fonciers représentent une source importante de dédommagement pour les victimes de fraude sur le registre. Les systèmes de dédommagement liés aux titres fonciers diffèrent de façon importante selon les ressorts.

La plupart des systèmes de titres fonciers prévoient que, en cas de litige entre le propriétaire initial de l'immeuble et la partie innocente qui a acheté l'immeuble ou prêté de l'argent en se fiant raisonnablement au registre, le tiers qui s'est fié sur le registre – le plus souvent une banque ou un autre prêteur institutionnel – a droit à l'immeuble lui-même, alors que le propriétaire initial n'a

droit qu'à un dédommagement. Le Nouveau-Brunswick a, en revanche, élaboré une règle unique qui protège la propriété du propriétaire possesseur et offre un dédommagement au tiers qui s'est fié au registre. Une telle règle, qui préfère le propriétaire possesseur, semble présenter d'importants avantages et aucun des inconvénients du système de titres fonciers standard.

Certains systèmes de titres fonciers n'offrent aucune indemnisation à la victime immédiate d'une fraude par usurpation d'identité, alors que d'autres le font. Les systèmes qui offrent une protection à la victime immédiate de la fraude par usurpation d'identité semblent offrir une meilleure protection sans que les coûts ne soient augmentés de manière significative.

Certains systèmes de titres fonciers n'offrent un dédommagement à la victime de fraude que pour la valeur de son droit sur l'immeuble perdu, plus les frais juridiques « raisonnables » pour faire valoir une réclamation. On suggère parfois que le droit à un dédommagement devrait être élargi pour couvrir tous les frais juridiques, ainsi que les réclamations pour dommages moraux et indirects. Il y a des arguments très convaincants contre un tel élargissement du dédommagement pour couvrir ces types de perte. De telles pertes peuvent être limitées plus efficacement en améliorant la procédure de réclamation en dédommagement, car un dédommagement rapide et efficace du droit perdu peut empêcher la survenance d'autres types de préjudice.

Les systèmes de titres fonciers peuvent être répartis en deux catégories procédurales. Dans les systèmes plus anciens, comme celui de l'Ontario, le fonds d'assurance des titres fonciers en est un de dernier recours. Cela signifie que la victime de la fraude doit d'abord poursuivre le contrevenant directement, et ce n'est que si la victime a obtenu jugement contre lui et a tenté sans succès de faire exécuter son jugement qu'elle peut faire appel au fonds d'assurance des titres fonciers. Dans les systèmes plus récents, comme celui de la Saskatchewan et du Nouveau-Brunswick, le système en est un de premier recours. La victime d'une fraude a le droit de réclamer directement du fonds d'assurance des titres fonciers sans devoir poursuivre le délinquant au préalable. Les systèmes de titres fonciers ayant un fonds de premier recours semblent clairement supérieurs à ceux ayant un fonds de dernier recours.

Le dédommagement offert aux parties victimes de fraude par abus de confiance est généralement le même dans toutes les provinces. Le dédommagement peut être obtenu de fonds discrétionnaires spéciaux, ou, dans certains cas, de l'assurance responsabilité professionnelle de l'avocat.

Généralement, une certaine forme de dédommagement peut être obtenue, mais il peut y avoir des délais et un degré d'incertitude considérables dans la présentation d'une réclamation. La pratique des chèques séparés apparaît comme un moyen relativement efficace de prévenir la fraude par abus de confiance. Dans plusieurs ressorts canadiens, les avocats utilisent couramment cette technique pour transférer des immeubles et considèrent cette pratique efficace.

L'assurance des titres est une forme d'assurance privée qui protège contre divers types de perte associés à l'achat d'un immeuble, y compris plusieurs types de fraude. Dans les systèmes d'enregistrement documentaire, comme au Québec, ou dans les systèmes de titres fonciers offrant une couverture moins complète au titulaire du droit, comme en Ontario, l'assurance des titres est une solution intéressante, dont le seul inconvénient est peut-être le coût. L'assurance des titres peut être souscrite au moment de l'achat d'un droit sur un immeuble. L'assurance contre la fraude après l'achat pourrait en principe être offerte, mais d'autres études devront être menées afin de déterminer si une telle protection est réaliste en regard des coûts.

Annexe

Table des matières

9	Lois	88
10	Jurisprudence.....	90
11	Personnes interviewees.....	92
12	Ressources électroniques	96
13	Articles de journaux.....	98
14	Étude annotée de la documentation.....	99

9. Lois

9.1 fédérales

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

9.2 Terre-Neuve-et-Labrador

Law Society Act, 1999, S.N.L. 1999 c. L-9.1

Règlements de la Law Society of Newfoundland

9.3 Île-du-Prince-Édouard

Legal Profession Act, R.S.P.E.I. 1998, c. L-6.1

9.4 Nouvelle-Écosse

Barristers and Solicitors Act, R.S.N.S. 1989, c. 30

Règlements de la Barristers' Society, tels que modifiés au 18 juillet 2003

<http://www.nsbs.ns.ca/regs/CURRENTREGS.pdf>

Land Registration Act, S.N.S. 2001, c.6

9.5 Nouveau-Brunswick

Loi sur l'enregistrement foncier, L.R.N.B. 1973 c. L-1.1

Loi sur le Barreau, 1996, L.N.B. 1996, c. 89

Règlements du Barreau

Règlement établi en vertu de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, Règ.N .B. 95-57

9.6 Québec

Loi sur le notariat, L.R.Q., c. N-3

Code des professions, L.R.Q. c. C-26

Règlement sur la comptabilité en fidéicomis des notaires, R.Q., c. N-3, r. 1.1

9.7 Ontario

Règlement administratif n° 16 de la *Loi sur le Barreau*

Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers, L.R.O. 1990, c. L.5

Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, c. L-8

9.8 Manitoba

Loi sur la profession d'avocat, C.P.L.M., c. L107

Loi sur les biens réels, C.P.L.M., c. R30

9.9 Saskatchewan

Land Titles Act, 2000, S.S. 2000, c. L-5.1

Land Titles Regulation, 2001, L-5.1 Reg.1, s.24

Legal Profession Act, 1990, S.S. 1991 c. L-10.1

Règlements de la Law Society of Saskatchewan

9.10 Alberta

AR 120/2000 – Land Titles – Tariff of Fees

Land Titles Act, R.S.A. 2000, c. L-4

Legal Profession Act, R.S.A. 2000, c. L-8

Règlements de la Law Society of Alberta; version 2003_1, 6 juin 2003

http://www.lawsocietyalberta.com/Info_lawyers/rules/Rules.pdf

9.11 Colombie-Britannique

Land Registry Act, R.S.B.C. 1960, c. 208 (abrogée)

Land Title Act, R.S.B.C. 1996, c. 250

Règlements de la Law Society tels que révisés au 17 juin 2003

Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9

9.12 Territoires du Nord-Ouest

Loi sur la profession d'avocat, L.R.T.N.-O.1988, c.L-2

9.13 Yukon

Loi sur la profession d'avocat, L.R.Y. 2002, c. 134

Règlements du Barreau du Yukon au 10 juillet 2003

9.14 Nunavut

Loi sur la profession d'avocat (Nunavut), L.R.T.N.-O. 1988, c. L-2

10. Jurisprudence

- 713860 Ontario Ltd. c. Royal Trust Corp. of Canada et al.*, (1996) 27 O.R. (3d) 559 (Div.gén.)
- Beneficial Realty Ltd. c. Bae*, (1996) 182 A.R. 356 (B.R.)
- Annable c. Coventry*, (1912) 46 R.C.S. 573
- Assets Co. Ltd. c. Mere Roihi et al.*, [1905] A.C. 176 (C.P.)
- Colombie-Britannique (Ministre des Finances) c. Canada*, [1935] R.C.S. 278
- Brown c. Broughton*, (1915) 24 D.L.R. 244 (B.R. Man.)
- Canadian Pacific Railway Co. Ltd. and Imperial Oil Co. Ltd. c. Turta et. al.*, [1954] R.C.S. 427
- Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992]1 R.C.S. 1021
- Chudyyj c. Canada Permanent Mortgage Corp.*, [1937] 3 D.L.R. 261 (C.A. Man.)
- Crédit Foncier Franco-Canadien c. Bennett et al.*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 342 (C.S.C.B.)
- Crédit Foncier Franco-Canadien. c. Bennett*, (1963) 43 W.W.R. 545 (C.A.C.B.)
- Dallas c. Toronto General Trusts Corp.*, [1936] 4 D.L.R. 233 (B.R. Man.)
- Descalchuk c. Chau and Miller*, (1994) 121 Sask. R. 170 (B.R.)
- Durrani c. Augier*, (2000) 50 O.R.(3d) 353 (C.S.J.)
- Edward Wong Finance Co. Ltd. c. Johnson Stokes & Master*, [1984] A.C. 296 (C.P.)
- Essery c. Essery et. al.*, [1947] 4 D.L.R. 612 (C.S. Alta), conf. par [1948] 1 D.L.R. 405 (C.A. Alta)
- Fawkes c. Ontario (Attorney General)*, [1903] 6 O.L.R. 490 (H.C.)
- Frazier c. Walker*, [1967] 1 A.C. 569 (C.P.)
- Gibbs c. Messer*, [1891] A.C. 248 (C.P.)
- Gordon c. Hipwell et al.*, [1952] 3 D.L.R. 173 (C.A.C.B.)
- Greveling c. Greveling et al.*, [1950] 2 D.L.R. 308 (C.A.C.B.)
- Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165
- Hermanson c. Martin*, (1981) 128 D.L.R. (3d) 354 (C.A. Sask.)
- In the Matter of an Application by Lorrie Risman*, décision du substitut du Directeur des titres immobiliers de l'Ontario, 1^{er} février 1998, disponible auprès de l'auteur ou du Directeur des titres immobiliers de l'Ontario
- In the Matter of the Application of Nimita Raina et al.*, décision du substitut du Directeur des titres immobiliers de l'Ontario, 22 février 2002, disponible auprès de l'auteur ou du Directeur des titres immobiliers de l'Ontario
- Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2
- Kerr c. Ontario (Land Titles Assurance Fund)*, [1999] O.T.C. 24 (C.S.)
- Lacoursiere c. Federal Business Development Bank et al.*, (1988) 66 Sask. R. 197 (C.A.)
- McKinnon c. Smith et al.*, [1925] 4 D.L.R. 262 (C.A. Man.)

Mutual Trust Co. c. Creditview Estate Homes Ltd., (1994) 28 C.B.R. (3d) 208 (Div. gén. Ont.),
conf. par (1997) 34 O.R. (3d) 583 (C.A.)

Paramount Life Insurance Co. c. Hill, (1986) 75 A.R. 249 (C.A.)

R.A. & J. Family Investment Corp. c. Orzech, (1999) 44 O.R. (3d) 385 (C.A.)

Registrar, Regina Land Registration District c. Hermanson, (1986) 33 D.L.R. (4th) 12 (C.A. Sask.)

Savereux c. Tourangeau, [1908] 16 O.L.R. 600 (H.C.)

Sutherland c. Spruce Grove, (1919) 44 D.L.R. 375 (C.S. Alta)

Toderan c. Bacchus et al. [1979] R.P.R. 122 (H.C. Ont.)

Toronto-Dominion Bank c. Jiang, (2003) 63 O.R. (3d) 764 (C.S.J.)

Ultramares Corp. v. Touche, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931)

United Savings Credit Union c. 631252 B.C. Ltd., 2002 B.C.S.C. 1681

Watson c. Ogilvie et al., [1924] 1 D.L.R. 815 (B.R. Sask.)

Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co., [1995] 1 R.C.S. 85

Zbryski c. City of Calgary, [1965] 51 D.L.R. (2d) 54 (C.S. Alta)

II. Personnes interviewées

II.1 Terre-Neuve-et-Labrador

Ringrose, Peter – Directeur exécutif, Law Society of Newfoundland
Tél.: (709) 722-4740

II.2 Île-du-Prince-Édouard

Stuart, Kathy – Directeur de l'assurance, Law Society of P.E.I.
Tél.: (902) 566-1666

Wyatt, James M. – Secrétaire-trésorier, Law Society of P.E.I.
Tél.: (902) 892-3628

II.3 Nouvelle-Écosse

Coffin, Mark – Chief Registrar, Province de Nouvelle-Écosse
Tél.: (902) 424-7228

DeMont, Frank – Avocat en pratique privée, Comité des biens de la Nova Scotia Barristers' Society
Tél.: (902) 752-9399

McCulloch, Christine A., c.r. – Directrice des services juridiques, ministère de la Justice
de Nouvelle-Écosse
Tél.: (902) 424-6293

Pink, Darrel I. – Directeur exécutif, Nova Scotia Barristers' Society
Tél.: (902) 422-1491

Roze, Deborah – Directrice du Liability Claims Fund, Nova Scotia Barristers' Society
Tél.: (902) 422-1491

Vanstone, Nancy – Commanditaire du projet Registry 2000 – Registry and Information
Management Services Division, Service Nova Scotia
Tél.: (902) 424-2328

Walker, Kathy – Avocat en pratique privée
Tél.: (902) 425-5297

II.4 Nouveau-Brunswick

Johnstone, Charles H., c.r. – Président, Comité consultatif sur le droit des biens; ancien
président, Barreau du Nouveau-Brunswick
Tél.: (506) 548-8821

Lee-White, Jodi – Directrice du service des assurances, Barreau du Nouveau-Brunswick
Tél.: (506) 451-1422

Poirier, Claude, c.r. – Conseiller juridique, Services Nouveau-Brunswick
Tél.: (506) 869-6388

Richard, Mark L. – Directeur général, Barreau du Nouveau-Brunswick
Tél.: (506) 458-8540

11.5 Québec

Dubé, Louis-Martin et Gagnon Larocque, Annie – McCarthy Tétrault s.r.l.,
Tél.: (514) 397-4100

Gagnon, Richard – Directeur général, Chambre des Notaires du Québec
Tél.: (514) 879-1793

Gauthier, Pierre – Directeur général, Barreau du Québec
Tél.: (514) 954-3400

Houle, Jacques – Directeur général adjoint, Barreau du Québec
Tél.: (514) 954-3400

Piette, Maurice – Observateur pour la Chambre des Notaires du Québec – FOPJ – Co-président,
Projet national sur le droit immobilier
Tél.: (514) 376-3660

Rahill, Lynda – Directrice générale – Notarius (PKI)
Tél.: (514) 281-1577 pos te 232

11.6 Ontario

Elliott, Susan – Coordonnatrice, Teranet Inc., projet Conversion
Tél.: (416) 643-1058

Galati, Caterina – Avocate interne, Barreau du Haut-Canada (Normes de propriété)
Tél.: (416) 947-2193

Heins, Malcolm L. – Directeur général, Barreau du Haut-Canada
Tél.: (416) 947-3385

March, Chris – Title Plus – Lawyers’ Professional Indemnity Company
Tél.: (416) 434-6405

Murray, Kate – Directrice des clients immobiliers et enregistrement des droits immobiliers,
Province de l’Ontario
Tél.: (416) 314-4881

Waters, Kathleen – Vice-présidente, Title Plus – Lawyers’ Professional Indemnity Company
Tél.: (416) 598-5879

11.7 Manitoba

Christianson, Tanya – Directrice de l’assurance, Barreau du Manitoba
Tél.: (204) 926-2011

Fineblit, Allan P., c.r. – Directeur général, Barreau du Manitoba
Tél.: (204) 942-5571

Peters, Herb – Président, biens et président, protocole – Ouest, Barreau du Manitoba
Tél.: (204) 957-4634

Wilson, Rick – Registraire général des titres fonciers, Province du Manitoba
Tél.: (204) 945-0446

11.8 Saskatchewan

Banks, Karen – Registraire des titres, Province de la Saskatchewan

Tél.: (306) 787-5507

Logan, A. Kirsten – Co-directeur de l'administration, Law Society of Saskatchewan

Tél.: (306) 569-8242

Sandbeck, Randy – Président du comité des biens, Law Society of Saskatchewan

Tél.: (306) 359-1888

Schonhoffer, Tom – Avocat général, Saskatchewan Lawyers' Insurance Association

Tél.: (306) 569-8242

Snell, Allan T., c.r. – Co-directeur de l'administration, Law Society of Saskatchewan

Tél.: (306) 569-8242

11.9 Alberta

Billington, Susan – Avocate interne, Law Society of Alberta (règles de pratique)

Tél.: (403) 229-4710

Dunn, Paul – Avocat en pratique privée

Tél.: (403) 269-8500

Hillier, Kelly – Director of Land Titles North, Province de l'Alberta

Tél.: (780) 427-4641

Raby, Steven – Président – Comité consultatif sur le transport des titres, Law Society of Alberta

Tél.: (403) 267-8222

Runge, Rae – Executive Director of Government Services, Province de l'Alberta

Tél.: (780) 427-5166

Sabo, Lisa – Directrice de l'assurance, Law Society of Alberta

Tél.: (403) 229-4710

Thompson, Donald F. – Directeur exécutif, Law Society of Alberta

Tél.: (403) 229-4710

11.10 Colombie-Britannique

Forbes, Sue – Directrice de l'assurance, Law Society of British Columbia

Tél.: (604) 443-5760

Jacques, Ken – Director of Land Titles, Province de Colombie-Britannique

Tél.: (250) 387-3303; (250) 952-5852

Matkin, James G., c.r. – Directeur exécutif, Law Society of British Columbia

Tél.: (604) 669-2533

Usher, Ron – Avocat interne, Law Society of British Columbia

Tél.: (604) 605-5310

11.11 Territoires du Nord-Ouest

Denroche, Allan – Avocat en pratique privée; Comité sur le droit immobilier, Barreau des Territoires du Nord-Ouest

Tél.: (867) 920-4151

Hall, Tom – Registraire; Registres juridiques et titres fonciers, Ministère de la Justice
Tél.: (867) 920-8986

Whitford, Linda G. – Directrice exécutive, Barreau des Territoires du Nord-Ouest
Tél.: (867) 873-3828

11.12 Yukon

Fekete, Greg – Avocat en droit immobilier
Tél.: (867) 668-4405

Graham, Jan – Secrétaire exécutif, Barreau du Yukon
Tél.: (867) 668-4231

11.13 Nunavut

Denroche, Allan – Avocat en pratique privée
Tél.: (867) 920-4151

Kehler, Kate – Directrice exécutive, Barreau du Nunavut
Tél.: (867) 979-2330

11.14 Autres sources juridiques

Bourque, Diane – Directrice générale, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada
Tél.: (514) 875-6351

Piette, Maurice – Observateur pour la Chambre des Notaires du Québec – FOPJ – Co-président,
Projet national sur le droit immobilier, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada
– Association du Barreau canadien
Tél.: (514) 376-3660

Tremblay, Ann – Conseillère indépendante – Directrice, Projet national sur le droit immobilier,
Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada – Association du Barreau canadien
Tél.: (613) 748-9537

11.15 Assurances des titres

Hanesiak, Richard – Directeur de la souscription résidentielle – First Canadian Title
(service inscrit de la First American Title Insurance Company)

Thwaites, Sandra – vice-présidente, réclamations canadiennes – Stewart Title Guaranty Co.

12. Ressources électroniques

12.1 Assureurs

Association d'Assurance des Juristes Canadiens

<http://www.clia.ca/aboutF.htm>

First Canadian Title

<http://www.firstcanadiantitle.com/default.asp>

Lawyers' Professional Indemnity Company

<http://www.lawpro.ca/Default.asp>

Law Society of British Columbia Lawyers Insurance Fund

http://www.lawsociety.bc.ca/services/frame_services_insurance.html

12.2 Institut Canadien des Courtiers et des Prêteurs Hypothécaires

<http://www.cimbl.ca/>

12.3 Barreaux

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada

<http://www.flsc.ca/>

Association du Barreau canadien

<http://www.cba.org/>

Law Society of Newfoundland

<http://www.lawsociety.nf.ca/>

Law Society of Prince Edward Island

<http://www.lspei.pe.ca/>

Nova Scotia Barristers' Society

<http://www.nsbs.ns.ca/>

Barreau du Nouveau-Brunswick

<http://www.lawsociety-barreau.nb.ca/>

Barreau du Québec

<http://www.barreau.qc.ca/>

Chambre des notaires du Québec

<http://www.cdnq.org/>

Barreau du Haut-Canada

<http://www.lsuc.on.ca/>

Barreau du Manitoba

<http://www.lawsociety.mb.ca/>

Law Society of Saskatchewan

<http://www.lawsociety.sk.ca/>

Law Society of Alberta

<http://www.lawsocietyalberta.com/>

Law Society of British Columbia

<http://www.lawsociety.bc.ca/>

Barreau des Territoires du Nord-Ouest

<http://www.lawsociety.nt.ca/>

Barreau du Yukon

<http://www.lawsocietyyukon.com/>

Barreau du Nunavut

<http://lawsociety.nu.ca/>

12.4 Fonds de remboursement des Barreaux

Nova Scotia Barristers' Society Reimbursement Fund <http://www.nsbs.ns.ca/reimbursement.html>

Fonds d'indemnisation de la clientèle du Barreau du Haut-Canada

http://www.lsuc.on.ca/public/compfund_fr.jsp

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada – Protocole sur l'exercice interjuridictionnel du droit

<http://www.flsc.ca/fr/committees/interjurisprotocol.asp>

12.5 Projet national sur le droit immobilier

<http://cba.org/CBA/EPIIgram/Aug2002/>

12.6 Projet de l'Ouest du Canada sur les transports de titres

Barreau du Manitoba

http://www.lawsociety.mb.ca/conveyancing_project.htm

Law Society of Saskatchewan

<http://www.lawsociety.sk.ca/Torrens/features.htm>

Law Society of Alberta

http://www.lawsocietyalberta.com/pubs_policies_reports/westerntorpaper.asp

12.7 Enregistrement électronique des titres fonciers

Gouvernement de la Colombie-Britannique – Land Title Branch

http://srmwww.gov.bc.ca/landtitle/electronic_filing.html

Barreau du Haut-Canada

http://www.lsuc.on.ca/services/edroverview_en.jsp

13. Articles de journaux

Aaron, Bob, « Mortgage fraud victims can also lose homes », *Toronto Star*, 2 août 2003, édition ontarienne du samedi

Aaron, Bob, « Property Title Fraud Strikes a Nerve », *Toronto Star*, 23 février 2002, édition ontarienne du samedi, p. M1

Aaron, Bob, « Stolen dreams », *Toronto Star*, 9 février 2002, édition ontarienne du samedi, p. M1

Christopoulos, George, « Alleged Fraudster Hunted \$3.6M Mortgage Scam », *The Toronto Sun*, 7 avril 2000, dernière édition du vendredi, p. 22

Hudson, Kellie, « Property Scam Nets \$3.6 Million », *Toronto Star*, 7 avril 2000, édition du vendredi

Slaughter, Mike, « Title fraud costs taxpayers », *Toronto Star*, 9 mars 2002 édition ontarienne du samedi, p. M6

Wilhelmson, Michael, « B.C. lawyers facing surcharge in wake of \$18.3 million claims over single lawyer's activities », *The Lawyers Weekly*, 4 octobre 2002

Wilhelmson, Michael, « Real estate lawyer's actions cause shock waves at B.C. banks », *The Lawyers Weekly*, 20 septembre 2002

14. Étude annotée de la documentation

Peter A. Alces, professeur adjoint, Faculté de droit de l'Université de l'Alabama. H 1985
Luther M. Dorr, Jr., clerk auprès du juge de district principal des États-Unis Seybourn Lynne.
« ARTICLE: A Critical Analysis of the New Uniform Fraudulent Transfer Act. », *1985 U. Ill. L. Rev.* 527, 1985.

Présente un survol historique des lois de prévention de la fraude, y compris la Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA). Comprend également une comparaison de l'UFCA et de l'Uniform Fraudulent Transfer Act (UFTA) et une analyse critique de leurs forces et de leurs faiblesses. Une comparaison des forces et des faiblesses de l'UFCA et du système canadien actuel de transport de titres pourrait être utile.

John C. Anderson, clerk à la Cour d'appel de l'Illinois.
Michael L. Closen, professeur de droit, Faculté de droit John Marshall
« Article: Document Authentication in Electronic Commerce: The Misleading Notary Public Analog for the Digital Signature Certification Authority. », *17 J. Marshall J. Computer & Info. L.* 833, 1999.

Porte sur l'utilisation des technologies de signature numérique et se demande si le *notary public* traditionnel devrait servir de modèle pour la nouvelle position de l'autorité de certification. Discute de l'augmentation de l'incidence de la fraude par Internet et des avantages et limites de l'utilisation des signatures numériques comme mesure de prévention.

Dent Bostick, professeur de droit, Université Vanderbilt.
« Land Title Registration: An English Solution to an American Problem. » *63 Ind. L.J.* 55, 1987.

Étudie les systèmes d'assurance de titres fonciers aux États-Unis, les décrivant comme inefficaces, archaïques et marqués par le gaspillage. L'auteur prétend que certains éléments des systèmes d'assurance de titres britanniques pourraient être adaptés à la situation américaine et amélioreraient cette dernière. Cet article est utile à titre de ressource sur les garanties sur actes et sur titres, sur l'assurance des titres, et sur la perspective historique de l'enregistrement des titres en Grande-Bretagne. De plus, les suggestions d'améliorations au système américain peuvent mettre en relief certains points à améliorer dans nos propres systèmes d'assurance des titres.

Ann M. Burkhart, professeur associé, Faculté de droit de l'Université du Minnesota. Notes d'un colloque sur les hypothèques : « Third Party Defenses to Mortgages », 1998 *B.Y.U.L. Rev.* 1003, 1998.

Décrit différents types de fraude hypothécaire. L'auteur établit également des distinctions entre les dispositions de l'Uniform Commercial Code sur la fraude (en application desquelles les tribunaux considèrent l'hypothèque comme un effet négociable) et les méthodes prévues par les lois sur les titres fonciers et l'enregistrement. Cet article décrit les courants jurisprudentiels actuels concernant les différents types de faits frauduleux aux États-Unis et présente les diverses défenses que les tiers peuvent opposer aux actions entreprises par les créanciers hypothécaires.

Michael L. Closen, professeur de droit, Faculté de droit John Marshall.
« SYMPOSIUM: Issues Affecting Notarial Law and Policy: Article: The Public Official Role of the Notary. » 31 *J. Marshall L. Rev.* 651, Spring, 1998.

Étudie les diverses incidences de la qualité d'officier public du *notary*. Traite des questions de responsabilité fiduciaire, de responsabilité personnelle, de responsabilité du fait d'autrui, de la présomption de validité des documents notariés et des exceptions à ce principe. L'auteur se penche sur la responsabilité publique des *notaries public*, explore leur responsabilité d'éviter l'inconduite et le rôle concomitant des autorités de contrôler cet officier dont les pouvoirs émanent de l'État. L'article traite également de la reconnaissance des documents notariés entre les ressorts intérieurs et internationaux.

Michael L. Closen, *notary public*, État de l'Illinois. Professeur de droit, Faculté de droit John Marshall; professeur de droit adjoint, Université Loyola de Chicago. « ARTICLE: To Swear . . . or Not To Swear Document Signers: The Default of Notaries Public And A Proposal To Abolish Oral Notarial Oaths. » 50 *Buffalo L. Rev.* 613, printemps/été 2002.

Traite de la dépendance de la société envers les assermentations notariées. Comprend une section sur le rôle des *notaries* dans la protection contre la fraude documentaire par des imposteurs.

CIMBL Mortgage Industry Fraud Task Force.
« Canadian Mortgage Industry Fraud White Paper. » 26 octobre 2001.

Décrit les divers types de fraude hypothécaire, y compris les catégories suivantes: propriété, emploi, identification, avoir propre et titres. Traite des estimations des pertes de l'industrie attribuables à la fraude. Décrit certaines initiatives récentes de réduction de la fraude, et propose que les initiateurs et les assureurs collaborent afin de réduire la fraude à l'échelle de l'industrie. Propose une formation de sensibilisation à la fraude pour les intéressés de l'industrie et que ceux-ci prennent des mesures de réduction de l'incidence de la fraude pour protéger leur réputation.

Conveyancing Practices Task Force, The Law Society of British Columbia.
« Interim Report. », 6 août 2002.
<http://www.lawsociety.bc.ca/library/report/docs/ConveyancingPracticesTF-interim.pdf>

Ce rapport énonce le besoin de modifier certaines pratiques de transport de titres et d'améliorer la protection financière des opérations immobilières. Il se sert d'une enquête

menée par un avocat de Vancouver dans le cadre de sa pratique immobilière comme point de départ de l'analyse. Le rapport décrit les pratiques actuelles de transport des titres et certains problèmes actuels posés par ces pratiques; il ébauche également des solutions à ces problèmes, y compris un système de chèques séparés. Il analyse les avantages et les problèmes pouvant découler de l'application d'un tel système. Il contient également d'autres recommandations d'amélioration aux pratiques de transfert de titres. De plus, il décrit le fonds d'indemnisation spécial du Barreau de la Colombie-Britannique et explique certains problèmes auxquels doit faire face le fonds. Il propose certains moyens pour utiliser l'assurance des titres et l'assurance contre les détournements pour compléter le système actuel.

Conveyancing Practices Task Force, The Law Society of British Columbia.

« **Second Interim Report.** » décembre, 2002

<http://www.lawsociety.bc.ca/library/report/docs/ConveyancingPracticesTF-2nd.pdf>

Le rapport débute avec une analyse plus poussée des recommandations du premier rapport préliminaire de la Task Force fondée sur la réaction exprimée par les juristes, laquelle a amené la Task Force à abandonner la recommandation du système des chèques séparés. Le Task Force a également réexaminé la possibilité d'offrir un soutien inconditionnel aux initiatives de l'avocat, comme il avait été discuté dans le premier rapport préliminaire. Le rapport exprime la crainte que des abus se produisent sur une grande échelle. Le Task Force abandonne l'idée d'utiliser les produits de l'assurance contre les détournements pour financer les pertes financières passées. Le rapport continue en décrivant en détail de nouvelles initiatives pratiques possibles, comme la « *transparency response* », la règle dite « 30-30 » et l'assurance des victimes de fraude.

Charles B. DeWitt, III, assistant doyen aux relations extérieures et professeur adjoint à la Faculté de droit Cecil C. Humphreys School of Law.

« **Title Insurance: A Primer.** » *3 Tenn. J. Prac. & Proc.* 15, 2000.

Un survol de l'assurance des titres, y compris son histoire, l'importance du secteur, les réclamations typiques et certaines idées fausses entretenues sur le secteur de l'assurance des titres. Traite également de la fraude par les agents d'assurance de titres qui avec la falsification représente 15% à 30 % des réclamations. La falsification particulière qui y est mentionnée est le scénario d'un prétendu couple marié. L'auteur soutient également qu'une politique sur les titres peut être extrêmement utile lors que l'avocat commet une omission, est négligent ou est carrément coupable de fraude.

Charles N. Faerber, vice-président des affaires notariales et directeur des publications de la NNA.

« SYMPOSIUM: Issues Affecting Notarial Law and Policy: Article: Being There: The Importance of Physical Presence to the Notary. » *31 J. Marshall L. Rev.* 749, printemps 1998.

Décrit deux cas dans lesquels un *notary* est trompé par quelqu'un qu'il connaît. Dans le premier cas, le fraudeur, que le *notary* connaît bien, lui présente un étranger comme étant son époux ou un partenaire, puis amène le *notary* à assermenter la signature de l'étranger sur un acte de propriété ou un autre document important et lui demande la faveur de ne pas exiger que l'étranger s'identifie adéquatement. Dans le deuxième cas, le fraudeur, bien connu du *notary*, lui présente un acte de propriété ou un autre document important portant la signature de son époux ou d'un partenaire absent, souvent connu du *notary*, et lui demande la faveur d'assermenter la signature malgré l'absence du signataire. Cet article se concentre sur le second scénario comme fondement d'une discussion des fautes commises par les *notaries* et présente des exemples factuels.

Doyen Arthur R. Gaudio, doyen et professeur de droit, Faculté de droit du collège Western New England.

« Symposium: Choosing the Digital Future: The Use and Recording of Electronic Real Estate Instruments: Electronic Real Estate Documents: A Model for Action. » *24 W. New Eng. L. Rev.* 271, 2002.

Appuie l'établissement d'un système d'enregistrement électronique uniforme dans l'État de l'Iowa et l'adoption d'une loi uniforme sur l'enregistrement électronique aux États-Unis. La section la plus pertinente est la description par l'auteur des mesures appliquées actuellement aux États-Unis pour prévenir la fraude dans le transport de titre dans un système d'enregistrement documentaire. Il mentionne brièvement la possibilité de fraude dans le système d'enregistrement électronique proposé, soutenant en essence qu'un système d'enregistrement électronique permettrait d'éviter la plupart des fraudes.

Mary-Anne Hughson, tuteur et assistante de recherche, Faculté de droit, Université Monash.
Marcia Neave, professeur de droit, Université Monash.

Pamela O'Connor, chargée de cours en droit, Université Monash.

« Reflections on the Mirror of Title: Resolving the Conflict Between Purchasers and Prior Interest Holders. » *21 Melbourne U. L.R.* 460, décembre 1997.

L'article traite du conflit inhérent entre le système d'enregistrement des titres fonciers de type Torrens et les principes d'*equity* applicables aux détenteurs de droits non enregistrés. Il fait la distinction entre le principe de *common law* « *nemo dat quod non habet* » et la règle de protection des acheteurs innocents quelle que soit la valeur du titre, qui est caractéristique des systèmes d'enregistrement des titres. Les auteurs discutent des possibilités de réforme des conditions d'opposition qui offre une certaine protection aux détenteurs de droits en *equity* qui ne peuvent être enregistrés au registre, de la détermination du rang des droits non enregistrés, et des actions *in personam*. Ils suggèrent des moyens d'intégrer ces réformes à un système de type Torrens.

James Steven Rogers, professeur de droit associé, Boston College.

« Negotiability as a System of Title Recognition. » *48 Ohio St. L.J.* 197, 1987.

L'article milite en faveur d'une réforme du droit des effets négociables. La partie la plus pertinente de l'article soutient que la troisième caractéristique essentielle classique du

caractère négociable de Holdsworth, la règle voulant que l'acheteur de bonne foi d'un effet négociable peut acquérir un titre valable même d'un voleur, est devenue inutile par l'application des principes d'*equity*. L'auteur discute des problèmes typiques que la règle visait à régler, comme l'insécurité d'un acheteur de bonne foi qui serait vulnérable à une foule de réclamations imprévues. Il soutient également que ce problème est depuis longtemps résolu par les principes de l'achat de bonne foi applicables à l'achat de tout type de bien, négociable ou non. Bien qu'une action en *equity* puisse être déposée directement contre le « voleur », M. Roger s'affirme qu'il y a un principe général d'*equity* que les actions en *equity* visant à recouvrer des biens transmis dans une transaction volontaire susceptible de rescision ou à faire valoir des droits sur un bien qui n'ont pas en fait été valablement effectués sont caduques si le bien se retrouve finalement dans les mains d'un acheteur de bonne foi.

Dan S. Schechter, professeur de droit, Loyola, Los Angeles.

« **ARTICLE: Judicial Lien Creditors Versus Prior Unrecorded Transferees of Real Property: Rethinking the Goals of the Recording System and Their Consequences.** » *62 S. Cal. L. Rev. 105*, novembre 1988.

Cet article affirme que l'issue d'un conflit entre un acheteur et le créancier hypothécaire d'un vendeur lorsque le transfert n'est intentionnellement ou non pas enregistré dépend des faits particuliers de la cause et du ressort. L'auteur propose des arguments en faveur des deux solutions. Il soutient que la dissuasion de la fraude est la justification principale mais non unique d'un système d'enregistrement. Il élabore sur le fait que les transferts non enregistrés ne sont invalides qu'à l'égard de certaines classes de parties protégées et qu'ils sont valides à tous autres égards. L'auteur soutient que, dans le cas d'une partie non protégée, l'enregistrement n'invalide pas les droits non enregistrés, même si certaines transactions non enregistrées en fraude peuvent de ce fait être protégées. Il poursuit en traitant des objectifs fondamentaux d'un système d'enregistrement, et suggère que la justification de l'évitement des coûts semble comprendre, unifier et préciser à la fois la théorie de la certitude et celle de la dissuasion de la fraude. L'article porte également sur les coûts associés aux transferts non enregistrés en fraude.

Sam Stonefield, professeur de droit, Faculté de droit du collège Western New England.

« **Symposium: Choosing the Digital Future: The Use and Recording of Electronic Real Estate Instruments Electronic Real Estate Documents: Context, Unresolved Cost-Benefit Issues and a Recommended Decisional Process.** » *24 W. New Eng. L. Rev. 205*, 2002.

Couvre la possibilité de fraude dans l'utilisation de documents immobiliers électroniques, mais porte plus sur les signatures électroniques, la sécurité des bases de données, les questions de respect de la vie privée, etc. que sur la fraude dans le transport de titres.

Peter J. Van Alstyne, fondateur et président du Notary Law Institute de Salt Lake City (Utah).

« **ARTICLE: The Notary's Duty of Care for Identifying Document Signers.** » *32 J. Marshall L. Rev. 1003*, été 1999.

Traite du rôle passé et présent du *notary* dans la prévention de la fraude par l'établissement de l'identité véritable des signataires des documents. Cet article porte plus précisément sur les éléments de la falsification des signatures, sur les moyens de vérifier l'identité et sur les questions de preuve associées au contrôle de l'identité.

Dale A. Whitman, professeur de droit, Université Brigham Young.
« SYMPOSIUM: The Robert Kratovil Memorial Seminar in Real Estate Law: Digital Recording of Real Estate Conveyances. » *32 J. Marshall L. Rev.* 227, hiver 1999.

Décrit les caractéristiques, les avantages et les inconvénients du type de signature numérique connu sous le nom d'infrastructure à clef publique, et affirme que ce système est moins susceptible de fraude ou de falsification qu'une signature à l'encre sur du papier. L'article porte également sur l'*Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), dont l'objet général serait d'assurer la reconnaissance et l'opposabilité des documents électroniques dans la même mesure que le sont les documents sur papier. Cette *Loi* couvrirait les actes, les hypothèques, les quittances et tous les autres documents immobiliers courants. La *Loi sur les fraudes* s'appliquerait aux documents électroniques (imprimés ou non) en vertu de l'UETA. L'auteur soutient que l'UETA semble trop générale pour s'appliquer efficacement à l'enregistrement de documents immobiliers. Il avance plusieurs points qui devraient être réglés avant la mise en place d'un système d'enregistrement numérique.

Dale A. Whitman, professeur titulaire de la chaire James E. Campbell Missouri, Université du Missouri-Columbia.

« Symposium: Choosing the Digital Future: The Use and Recording of Electronic Real Estate Instruments: Are We There Yet? The Case for a Uniform Electronic Recording Act. » *24 W. New Eng. L. Rev.* 245, 2002.

Traite de l'exigence d'un écrit pour tous les transferts de droits immeubles prévue par la *Loi sur les fraudes* de la plupart des ressorts américains. C'est le seul point qui porte sur la fraude; le document porte également sur les considérations juridiques de l'application d'une *Loi* uniforme sur l'enregistrement électronique.