

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA**

**LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA  
LIBÉRATION**

**Sidney H. Troister  
Torkin Manes Cohen & Arbus LLP**

*Veuillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses participants.*

**Edmonton, Alberta  
août 2006**



# LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION

## INTRODUCTION

[1] La fraude hypothécaire est récemment devenue un sujet brûlant dans les milieux du prêt et de l'immobilier. Elle prend diverses formes telles que la rétrocession « d'Oklahoma » aux valeurs majorées, la fraude liée à l'usurpation d'identité et le vol de biens immobiliers. Il en coûte des centaines de millions de dollars, dont une grande partie est assumée par la SCHL, les assureurs de titres et les établissements de crédit, qui serait le prix à payer pour faire des affaires.

[2] Une fraude qui a obtenu une notoriété considérable, surtout dans l'Ouest canadien, est celle de Martin Keith Wirick, un avocat de la Colombie-Britannique. Le présent article portera sur la fraude de ce dernier, ou le genre de fraude dans laquelle il a été impliqué, ainsi que sur des suggestions de changement pour éviter qu'une telle fraude ne se reproduise.

[3] En 2002, le barreau de la Colombie-Britannique (Law Society of British Columbia) s'est penché sur la fraude de Martin Keith Wirick, en raison du rôle de ce dernier dans l'omission de libérer des hypothèques tel qu'il est requis lors des opérations immobilières. Selon le *Benchers' Bulletin* du barreau de la Colombie-Britannique (juillet-août 2003), le barreau avait reçu 521 réclamations pour un total de 73,4 millions de dollars en date du 1<sup>er</sup> août 2003. Soixante et onze de ces réclamations avaient été traitées, ce qui a entraîné des paiements dont le total s'élevait à 12,3 millions de dollars. La décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Wirick* (en cour de faillite)<sup>1</sup> révèle que M. Wirick a manqué à ses engagements jusqu'à 300 fois. Le syndic de faillite a estimé à plus de 50 millions de dollars les débours incorrects de M. Wirick.

[4] C'est le défaut continu de M. Wirick de libérer les hypothèques tel que le requièrent les conventions d'achat-vente et conformément à ses engagements à le faire, qui a attiré une telle attention, probablement en raison de la gravité de la violation et de la valeur des pertes inhérentes à cette omission. La nature de sa fraude, toutefois, n'est en aucune façon nouvelle.

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

### LES FAITS IMPORTANTS

[5] Les situations de fait pour chacune des opérations sont très simples. Ce sont tout simplement les montants en cause et le nombre d'opérations dans le cadre desquelles l'omission s'est produite qui rendent les violations de Wirick si importantes.

[6] Les fraudes se sont produites dans le cadre d'opérations qui ont été effectuées selon le scénario suivant ou selon une variation de celui-ci.

[7] Le client de M. Wirick, Tarsem Singh Gill, voulait acheter une propriété, soit pour lui-même ou par l'entremise d'une société ou d'un mandataire. M. Gill allait soit prendre une nouvelle hypothèque pour financer l'achat ou la construction ou encore assumer une hypothèque déjà enregistrée sur le titre. M. Gill a ensuite vendu la propriété lors de ce qui était normalement une opération entièrement au comptant pour le nouvel acheteur. Dans tous les cas, l'opération a été conclue lorsque les fonds de clôture ont été payés en fiducie à l'avocat de M. Gill, M. Wirick. Ce dernier prenait un engagement auprès du nouvel acheteur ou de l'avocat de celui-ci d'obtenir et d'enregistrer une libération de l'hypothèque, qui ne devait pas être assumée par l'acheteur, et il était prévu que M. Wirick utilise les fonds de son compte en fiducie pour ce faire.

[8] En fait, les fonds de clôture devaient être payés en fiducie à M. Wirick et celui-ci devait utiliser ces sommes pour payer l'hypothèque que M. Gill détenait toujours sur le titre et qui était impayée. Une fois l'hypothèque payée, le créancier hypothécaire remettrait une libération d'hypothèque que M. Wirick devrait alors enregistrer, respectant ainsi son engagement.

[9] Au lieu de cela, M. Wirick, à la suite des directives de M. Gill, a remis les fonds à ce dernier et s'attendait, à notre avis, à ce que M. Gill remette les sommes supplémentaires plus tard afin de s'occuper des coûts pour obtenir la libération nécessaire. M. Gill n'a jamais remis ces sommes supplémentaires et l'hypothèque est demeurée impayée et est devenue une charge sur la propriété de l'acheteur.

## **LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION**

[10] Dans un autre scénario suivant un plan similaire, M. Gill a refinancé des propriétés qu'il possédait déjà et M. Wirick, de nouveau, n'a pas utilisé une partie du produit de l'hypothèque pour libérer les hypothèques antérieures existantes mais a plutôt remis les fonds à M. Gill et s'est attendu à ce que des sommes soient remises par la suite afin de libérer ces hypothèques existantes.

[11] Dans tous les cas, M. Wirick a pris un engagement auprès de l'avocat qui représentait l'acheteur ou le nouveau créancier hypothécaire en vue d'obtenir et d'enregistrer une libération de l'hypothèque existante.

[12] Il semble que M. Gill ait empêché que son plan soit découvert en utilisant une partie des sommes qu'il a reçues de M. Wirick pour s'occuper des hypothèques qui auraient dû être libérées ou pour rembourser et libérer des hypothèques d'opérations précédentes. Par conséquent, l'hypothèque qui aurait dû être libérée était encore productive et en règle et dans le même ordre d'idées, la nouvelle hypothèque était aussi productive et en règle puisque M. Gill ou, lors de la vente de la propriété, l'acheteur innocent, s'assurait qu'elle demeure en vigueur. Ce n'est qu'après plusieurs centaines d'opérations et de réclamations de ce genre totalisant la somme incroyable de 73 400 000 \$ que la fraude et le non-respect des engagements des avocats ont été dévoilés.

[13] À la suite de l'affaire Wirick, il semble avoir été suggéré que ce problème ne serait jamais survenu si les prêteurs avaient été obligés de fournir des libérations d'hypothèque de façon opportune. Cela, bien sûr, laisse entendre que les prêteurs ont effectivement reçu les sommes de libération et que leur délai est la cause du problème. Je suis d'avis que le fait que les prêteurs n'ont pas remis les libérations de façon opportune n'était pas la cause profonde du problème qui est survenu dans l'affaire Wirick. C'est plutôt la pratique de l'immobilier telle qu'elle est appliquée en Colombie-Britannique qui a été, de façon considérable, la cause du problème.

### **LES OBLIGATIONS D'UN AVOCAT**

[14] Du moins en Ontario, que je connais mieux, et selon moi, dans toutes les provinces du Canada, y compris la Colombie-Britannique, lorsqu'un avocat est choisi

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

pour s'occuper de l'achat d'une propriété ou du refinancement de l'hypothèque d'une propriété, il ou elle a l'obligation, entre autres, de certifier à l'acheteur ou au prêteur l'état et la qualité du titre de propriété et l'existence de toute charge impayée, ou de donner son opinion à ce sujet. Il est primordial pour un avocat de s'assurer que l'acheteur ou le prêteur obtienne ce qu'il a négocié, généralement en garantissant le respect des dispositions d'une convention d'achat-vente ou d'une promesse de prêt hypothécaire.

[15] Bien sûr, de telles conventions d'achat-vente ou promesses de prêts hypothécaires stipulent que le titre doit être libre d'autres charges ou qu'une hypothèque sera une première charge sur le titre.

[16] Par exemple, en Ontario, les conventions d'achat-vente habituelles prévoient que le vendeur doit fournir, lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci, un titre franc et libre de toutes charges sauf celles qui sont destinées à être assumées ou auxquelles le titre sera assujéti d'après la convention d'achat-vente spécifique. Dans un même ordre d'idées, le formulaire de la Colombie-Britannique exige un titre libre de toutes charges sauf s'il en est autrement indiqué dans le contrat. Souvent, les agents immobiliers ajoutent à la convention d'achat-vente une disposition particulière exigeant que le vendeur libère toutes les autres hypothèques ou charges lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci à ses propres dépens. Lorsqu'il représente un prêteur, un avocat donnera son opinion au sujet du titre et confirmera la priorité de l'hypothèque, comme par exemple s'il s'agit d'une première ou d'une deuxième hypothèque sur le titre.

[17] Bien que les obligations mentionnées plus haut semblent plutôt simples, d'un point de vue pratique, elles posent plusieurs problèmes. Souvent, le titre du vendeur ou de l'emprunteur n'est pas libre de toutes charges et il y a des hypothèques existantes qui doivent être libérées en vertu de la convention d'achat-vente lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci. Toutefois, cette exigence ne peut pas être satisfaite de façon régulière. Par exemple, si on considère une opération entièrement au comptant de 100 000 \$ alors que la propriété du vendeur est assujéti à une hypothèque de 60 000 \$, le vendeur a des fonds 40 000 \$ sur la propriété et ne dispose probablement pas de 60 000 \$ en liquidités pour libérer cette hypothèque de 60 000 \$ lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci. Visiblement, le vendeur a l'intention d'utiliser 60 000 \$ sur le 100 000 \$ de la vente qu'il reçoit lors de la clôture de la vente afin de libérer l'hypothèque de 60 000 \$. Ainsi, le vendeur est incapable, dans la plupart des cas, d'obtenir une libération qui peut être enregistrée lors de la clôture de la vente tel que l'exigent les dispositions de la convention

## **LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION**

d'achat-vente. Les institutions de prêt plus particulièrement n'accorderont pas une libération d'hypothèque, même sous condition, avant d'avoir reçu toutes les sommes dues et d'être convaincues que l'hypothèque doit être libérée.

[18] En réalité, dans les conventions d'achat-vente et les opérations hypothécaires habituelles, une des principales dispositions de la convention d'achat-vente ou de la promesse de prêt hypothécaire, c'est-à-dire de fournir un titre valable franc et libre de toutes charges, lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci, ne peut être respectée.

[19] Partout au pays, est apparue une pratique qui n'est manifestement pas compatible avec les dispositions d'une convention d'achat-vente ou d'une promesse de prêt hypothécaire. Même sans de telles dispositions, un avocat recevrait les sommes provenant de la clôture de la vente, prendrait l'engagement personnel d'obtenir et d'enregistrer une libération d'hypothèque dans un délai raisonnable à la suite de la clôture de la vente et, conformément à une mainlevée d'hypothèque fournie par le prêteur, utiliserait les fonds de clôture pour payer au prêteur le montant nécessaire pour obtenir la libération. La libération serait remise quelques semaines ou quelques mois après le paiement et serait enregistrée sur le titre. L'acheteur ou le prêteur obtiendrait en bout de ligne ce qu'il avait négocié sans que le titre ne soit libre d'une hypothèque lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci.

### **LE PROBLÈME LIÉ AUX ENGAGEMENTS DE LIBÉRATION**

[20] Trois problèmes découlent de cette pratique. Le premier est la constatation que la conclusion d'opérations immobilières conformément à de tels engagements est contraire aux dispositions de la convention d'achat-vente de base. Même si, parmi les avocats, la pratique est de conclure les transactions sans avoir obtenu les libérations lors de la clôture de la vente et de prendre un engagement d'obtenir les libérations plus tard, la convention d'achat-vente habituelle exige que le titre soit franc et libre de toutes charges lors de la clôture de la vente et par conséquent, une libération d'hypothèque doit être disponible lors de la clôture de la vente. Il y a un conflit entre les dispositions contractuelles et la façon dont le contrat est exécuté.

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[21] Dans l'affaire *Fong c. Weinper*,<sup>2</sup> un acheteur a essayé de se soustraire à ses obligations de conclure une transaction, car un avocat qui représentait le vendeur était présent lors de la clôture et plutôt que d'avoir une libération d'hypothèque, il a pris un engagement de libérer l'hypothèque après la clôture de la vente. La cour a jugé que sans une entente entre les parties qui serait différente des dispositions de la convention d'achat-vente, l'acheteur avait droit, en vertu du contrat, à un titre franc et libre lors de la clôture de la vente. Si une libération n'était pas disponible, le vendeur contrevenait à la convention d'achat-vente et l'acheteur n'avait aucune obligation de clore la vente. La norme de pratique n'a pas altéré le droit de l'acheteur au strict respect des dispositions de la convention d'achat-vente.

[22] Un deuxième problème s'est manifesté en Ontario vers 1981. À cette époque, un promoteur terminait la vente d'unités condominiales pour lesquelles, en vertu de la convention d'achat-vente, les acheteurs devaient payer la totalité du prix d'achat au vendeur, qui prendrait lui-même l'engagement (et non son avocat) d'enregistrer une libération partielle de l'hypothèque générale de construction du vendeur après la clôture de la vente de l'unité condominiale à l'acheteur. Le vendeur rembourserait alors normalement l'hypothèque générale pour obtenir la remise ou la libération de l'hypothèque générale liée à l'achat de l'unité condominiale à partir de son compte bancaire général. Le vendeur, plutôt que son avocat, prenait un engagement d'obtenir et d'enregistrer une libération.

[23] Entre la date de la clôture de la vente à laquelle le constructeur a reçu le produit net de la vente et le moment où le constructeur avait l'intention de payer à son prêteur hypothécaire les sommes requises pour la libération partielle de l'hypothèque générale, ce dernier a été mis sous séquestre. Les fonds du compte bancaire ont été mis à la disposition de tous les créanciers et ne comportaient aucuns fonds en fiducie pour l'acheteur ou le prêteur hypothécaire. Ce dernier, à qui l'on devait encore des sommes sur son hypothèque générale et l'hypothèque désormais impayée, a tenté de faire payer son hypothèque par les acheteurs d'unités condominiales ayant acquis un titre mais n'ayant pas de libération partielle d'hypothèque pour l'hypothèque générale.

[24] Dans les réclamations qui ont suivi, on a fait valoir le devoir des avocats des acheteurs de prévenir ceux-ci du risque associé au paiement des fonds de clôture au vendeur sans aucune assurance de la part de l'emprunteur qu'une libération serait offerte. Malgré le bien-fondé de l'argument selon lequel les acheteurs s'étaient entendus sur la



## **LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION**

manière dont les fonds de clôture devaient être payés, le risque associé à la conclusion d'une opération et à l'incertitude par rapport à la réception des sommes nécessaires par un emprunteur pour la libération de son hypothèque est devenu évident.

[25] Un troisième problème semblable à l'affaire Wirick est survenu, où c'est l'avocat qui a commis le vol. L'Ontario, et peut-être d'autres provinces, a connu des situations où, comme dans l'affaire Wirick, l'avocat d'un vendeur a pris un engagement de libérer une hypothèque mais plutôt que d'envoyer les fonds au prêteur, il a détourné le produit de la clôture de la vente. L'avocat du vendeur n'a pas retourné les fonds au prêteur et la libération de l'hypothèque n'a jamais eu lieu. Dans ces causes, c'est l'avocat représentant le vendeur qui a détourné les fonds destinés au prêteur. Son client, le vendeur, a reçu son produit net de la vente. L'hypothèque non payée du vendeur n'a eu d'incidence que sur le titre de l'acheteur.

[26] Les répercussions d'une telle fraude ou d'un tel détournement de fonds sont habituellement les suivantes. Le titre de l'acheteur ou du nouveau prêteur est toujours assujéti à une hypothèque qui aurait dû avoir été libérée. L'acheteur ou le nouveau prêteur a confié son argent à son avocat afin qu'il s'assure que son client obtienne ce qu'il est en droit d'obtenir. Cependant, l'avocat ne s'est pas assuré du respect de la convention d'achat-vente ou de la promesse conformément à ses dispositions, c'est-à-dire que le titre n'est pas libre de toutes hypothèques antérieures et que l'argent a disparu. Il est permis de croire que l'avocat de l'acheteur ou du prêteur est négligent dans la prestation de services à son client.

[27] L'avocat de l'acheteur ou du prêteur devra obtenir un engagement personnel de la part du vendeur ou de l'avocat de ce dernier de rembourser l'hypothèque et de remettre et d'enregistrer une libération. Toutefois, le vendeur est insolvable et son avocat ne détient aucuns fonds; par conséquent, l'avocat du client ne peut s'assurer du respect de l'engagement. L'acheteur qui comptait sur son avocat pour l'obtention d'un titre valable (et pour ne pas perdre son argent) fait une réclamation contre son avocat. L'avocat de l'acheteur fait part de la réclamation à son assureur pour verser une indemnité conformément à la réclamation pour négligence. L'assureur de l'avocat de l'acheteur paie l'hypothèque pour indemniser l'avocat pour sa négligence.

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[28] Le fait que M. Wirick ait été dupé par son client et qu'il n'ait pas tiré profit de la fraude n'est pas pertinent à l'affaire. Dans tous ces exemples de perte, y compris ceux concernant M. Wirick, l'acheteur ou le prêteur est celui qui a subi la perte et la question est de savoir qui avait le devoir de s'occuper de ce client.

[29] Le barreau de la Colombie-Britannique a payé de nombreuses réclamations dans le cadre de l'affaire Wirick au moyen de son fonds d'indemnisation spéciale (Special Compensation Fund). Je soupçonne que le barreau n'a pas payé les réclamations de l'affaire Wirick en tant qu'assureur pour ce dernier, mais plutôt en raison de ses fraudes. Il est curieux, mais pas nécessairement pertinent, que les avocats ayant accepté l'engagement de M. Wirick n'aient pas été considérés comme négligents en ne faisant pas respecter les droits contractuels de leur client. Il est possible que le barreau et que l'assureur des avocats des acheteurs aient pris une décision stratégique compte tenu du nombre de réclamations semblables pour que la pratique de l'immobilier en Colombie-Britannique qui consiste à prendre des engagements et à recevoir ceux des avocats soit considérée comme acceptable et qu'elle fasse l'objet de normes de conduite raisonnables. Il est possible que dans d'autres juridictions, les avocats des différents acheteurs aient été poursuivis pour négligence pour avoir accepté l'engagement et ne pas l'avoir fait respecter. En d'autres mots, chaque acheteur a confié son argent à son avocat. Le devoir de ce dernier était de s'assurer que personne ne volait ou ne détournait cet argent. Comme la Cour de l'Ontario l'avait conclu dans l'affaire *Fong v. Weinper*, la norme de pratique ne devrait pas entrer en conflit avec les droits contractuels, sauf en obtenant l'autorisation écrite du client.

## LE SYSTÈME À DOUBLE CHÈQUE

[30] L'Ontario a réagi plutôt rapidement à la suite des événements de 1981 susmentionnés et elle a établi un système à double chèque en matière de libération d'hypothèque, qui est toujours en vigueur à l'heure actuelle. Ce système, en plus des modifications apportées à la forme normalisée de convention d'achat-vente utilisée en Ontario, est très utile pour prévenir les autres problèmes causés par la libération d'hypothèque. Comme nous l'indiquons plus loin, certaines autres provinces ont fait la même démarche pour éviter ce problème. Malheureusement, la Colombie-Britannique n'avait pas mis en œuvre cette pratique et c'est peut-être en partie ce qui a permis à M. Wirick d'utiliser des fonds de son compte en fiducie de manière inappropriée et de façon contraire à son propre engagement.

## LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION

[31] Le système à double chèque fonctionne de la manière suivante. En prenant le même exemple susmentionné, dans une opération de 100 000 \$ comportant une hypothèque de 60 000 \$ qui doit être libérée, par exemple par la banque ABC, l'avocat du vendeur obtient la mainlevée de l'hypothèque de la banque ABC indiquant la somme requise pour payer la dette hypothécaire. Plutôt que de remettre un seul chèque à l'avocat du vendeur, l'avocat de l'acheteur remet deux chèques, l'un payable directement à la banque ABC, dans notre exemple de 60 000 \$, et les 40 000 \$ restants sont payables directement au vendeur ou selon les exigences de celui-ci. L'avocat de l'acheteur obtient tout de même l'engagement de l'avocat du vendeur d'obtenir et d'enregistrer la libération sauf que dans ce cas, les fonds sont payables directement à la banque ABC. Plutôt que de faire son propre chèque à la banque, l'avocat du vendeur envoie le chèque de l'acheteur à la banque. Cette procédure empêche les fonds requis pour libérer l'hypothèque d'être déposés dans le compte en fiducie de l'avocat et d'être mal utilisés ou payés directement au vendeur pour son usage personnel. Ce n'est pas l'avocat du vendeur qui décide à qui les fonds seront remis, mais plutôt l'avocat de l'acheteur.

[32] L'Ontario est allée encore plus loin et, à la suite de l'affaire *Fong v. Weinper*, a revu sa forme normalisée de convention d'achat-vente. Les engagements de l'avocat d'obtenir et d'enregistrer des libérations d'hypothèque sont permis lorsque le prêteur est une institution de prêt comme une banque, une société de fiducie, une société d'assurances, ou autre institution de ce genre. Ainsi, la convention d'achat-vente est maintenant conforme à la réalité. Il n'est pas nécessaire de fournir une libération lors de la clôture de la vente.<sup>3</sup>

[33] Dans les cas d'hypothèques privées ou non institutionnelles où, par exemple, le prêteur est une personne ou une société de prêt privée et non une institution de prêt, la libération doit être disponible lors de la clôture de la vente. En Ontario, les prêteurs doivent maintenant remettre la libération d'hypothèque privée sous condition à l'avocat du vendeur, ou d'autres dispositions sont prises de façon à ce que la libération d'hypothèque privée soit effectivement disponible après la clôture de la vente. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de s'inquiéter de l'incapacité d'obtenir une libération privée, notamment, après la clôture de la vente, le décès d'un créancier hypothécaire entre la clôture de la vente et le moment auquel la libération aurait normalement été effectuée, des modifications comptables entraînant un manque à gagner ou une demande de fonds supplémentaires.

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[34] La forme de convention d'achat-vente de la British Columbia Real Estate Association (Chambre immobilière de la Colombie-Britannique) a aussi traité le problème de l'affaire *Fong v. Weinper* en exigeant que l'acheteur accepte que le paiement des fonds de clôture soit effectué par l'avocat du vendeur en vertu des *CBA Standard Undertakings* (engagements standards de l'ABC) de la Colombie-Britannique et qu'il ne soit pas nécessaire d'effectuer une libération lors de la clôture de la vente. Les *CBA Standard Undertakings* ne font aucune distinction entre les institutions de prêt et les prêteurs privés.<sup>4</sup>

### LA PRATIQUE AU CANADA

[35] Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, certaines provinces ont maintenant revu leurs formes de conventions d'achat-vente afin que ceux-ci tiennent compte du droit de prendre des engagements plutôt que d'effectuer des libérations lors de la clôture de la vente ou avant celle-ci. Cela règle au moins le problème soulevé dans l'affaire *Fong v. Weinper*.

[36] Selon nos recherches, le système à double chèque qui aurait pu empêcher le type de fraude commise par M. Wirick n'est pas très répandu au Canada. Cela pourrait très bien s'expliquer par le fait que les autres provinces n'ont pas connu ce type de fraude et, par conséquent, elles ne ressentent pas le besoin de régler un problème qu'elles n'ont pas à surmonter.

[37] Au Nouveau-Brunswick, il existe un système à double chèque semblable à celui de l'Ontario. Il n'y a pas de limite précise pour l'enregistrement de la libération de l'hypothèque.

[38] L'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba et la Nouvelle-Écosse n'utilisent pas de système à double chèque. Ces provinces semblent fonctionner à l'aide d'un seul chèque payé à l'avocat du vendeur, en fiducie, et en comptant sur l'engagement de l'avocat du vendeur de libérer l'hypothèque.

[39] L'Alberta fonctionne aussi à l'aide d'un seul chèque et en comptant sur l'engagement de l'avocat. Selon le rapport sur la pratique de l'immobilier préparé par la South Alberta Real Property Subsection (sous-section des biens immobiliers du Sud de l'Alberta) de l'Association du Barreau canadien :

## LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION

[Traduction] « Alors qu'il est reconnu que l'engagement de libérer les charges existantes comporte un risque, il est recommandé que les avocats du vendeur continuent de le faire, puisque que toute autre solution proposée (comme de demander à l'avocat de l'acheteur de prendre un engagement envers le nouveau créancier hypothécaire ou de tenter d'obtenir le consentement éclairé de toutes les parties d'une situation où une hypothèque existante pourrait ne pas être libérée) est, d'après le comité, irréalisable. »

[40] L'article 75 de la *Law of Property Act* (Alberta) exige qu'un créancier hypothécaire fournisse une libération de l'hypothèque au débiteur hypothécaire pendant les trente jours suivant le moment où il a été payé en entier. Le défaut de ce faire rend le débiteur hypothécaire passible d'être inculpé d'une infraction et de payer une amende ne dépassant pas 500 \$. Soit dit en passant, je ne suis pas au courant des frais qui auraient été imposés ni du degré avec lequel on veille au respect de la loi, particulièrement de la part des institutions financières.

[41] Je n'ai pas examiné les formes normalisées des conventions d'achat-vente des autres juridictions pour déterminer si cette pratique qui consiste à accepter les engagements respecte les dispositions de ce type de contrats. Dans la plupart des provinces, cette pratique ainsi que le fait que les avocats comptent sur leur bonne foi mutuelle pour respecter leurs engagements semblent tout de même bien en place. Soit dit en passant, la pratique locale de certaines collectivités de l'Ontario ne semble pas se conformer au système à double chèque, malgré les dispositions des conventions d'achat-vente régulièrement utilisés en Ontario ou les bulletins publiés par le Barreau du Haut-Canada. Les avocats comptent sur la confiance mutuelle et sur la bonne foi, malgré les droits contractuels du client ainsi que les directives obligatoires.

[42] Au Manitoba, des lettres fiduciaires sont échangées entre l'avocat du vendeur et l'avocat de l'acheteur. Le produit de l'hypothèque est envoyé à l'avocat du vendeur dix jours après la clôture de la vente, lorsque tous les autres documents ont été enregistrés.

[43] À la suite de l'affaire Wirick, le Conveyancing practices Task Force (groupe d'étude sur les pratiques de l'immobilier) du barreau de la Colombie-Britannique a tenté d'instaurer un système à double chèque. Toutefois, le barreau ne semblait pas entièrement

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

d'accord avec ce système, dont la mise en application n'a pas été poursuivie. On continue plutôt de se fier à l'engagement de l'avocat du vendeur de libérer l'hypothèque et à la procédure mise en place par le groupe d'étude, qui porte le nom de *CBA Standard Undertakings*. Dans un délai de deux jours de la réception des chèques en fiducie, les avocats du vendeur doivent fournir la preuve que l'hypothèque a été payée en remettant à l'avocat de l'acheteur une copie de l'attestation de remboursement, une copie du recto du chèque payable à l'institution prêteuse, une preuve de remise des fonds à l'institution prêteuse ainsi qu'une copie de la lettre adressée à l'institution, qui accompagne le chèque. L'avocat est tenu d'enregistrer la libération dans un délai de soixante jours, à défaut de quoi, l'avocat de l'acheteur est tenu d'informer le barreau du défaut de l'institution de fournir la libération.

[44] Le système de la Colombie-Britannique, comme les systèmes des autres provinces, sauf l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, n'est pas conçu pour empêcher le détournement de fonds. L'argent de l'acheteur est toujours remis en fiducie à l'avocat du vendeur sans aucune assurance que les fonds seront bel et bien remis au prêteur. Les avocats, peut-être à l'insu de leur client, payent d'autres avocats avec l'argent de leur client et tiennent pour acquis que les avocats sont honnêtes lorsqu'ils font des affaires entre eux et qu'ils respectent leurs engagements. L'exigence d'enregistrer la libération dans les trente ou soixante jours ne permet que de limiter le nombre de fraudes plutôt que de les éliminer complètement. En termes simplifiés, la Colombie-Britannique aurait agi plus rapidement dans l'affaire Wirick si celui-ci avait été obligé de s'assurer que la libération était enregistrée dans un délai précis. Toutefois, il faut se poser la question suivante, à savoir pourquoi les avocats de l'acheteur ne se sont pas assurés que les engagements pris par M. Wirick avaient été respectés de manière opportune. Il est évident qu'un grand nombre d'avocats n'ont pas vérifié auprès de M. Wirick pour confirmer l'exécution de ses engagements dans les délais ainsi que pour s'assurer de la protection des fonds qui leur ont été confiés pour veiller à ce qu'ils soient payés au prêteur. Que faisaient les avocats des acheteurs lorsqu'ils devaient s'assurer de réaliser les attentes de leur client de recevoir un titre valable dans un délai raisonnable après la clôture de la vente?

[45] La Colombie-Britannique a adopté une approche différente de celle de l'Ontario en exigeant que l'avocat du vendeur fournisse une preuve que le paiement a été effectué dans un délai de cinq jours afin d'empêcher toute fraude majeure ou répétitive. En Colombie-Britannique, la méthode qui consiste à prendre et à accepter des engagements n'a toujours pas changé.

## **LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION**

### **FAUT-IL DES MESURES LÉGISLATIVES?**

[46] Le problème nécessite-t-il l'instauration de mesures législatives uniformes? À mon avis, il n'est pas nécessaire d'instaurer des mesures législatives. L'affaire Wirick était un cas plutôt isolé qui a coûté très cher au barreau de la Colombie-Britannique en raison de la capacité de M. Gill de payer ses prêteurs tout en détournant des millions de dollars. Bien sûr, la pratique de verser des sommes de libération aux comptes en fiducie des avocats et le fait de se fier à leurs engagements reposent sur la bonne foi et l'honnêteté parmi les avocats, ce qui ouvre la porte aux abus. D'autres réclamations de ce genre pourraient se produire. Il est toutefois intéressant de noter que la plupart des ordres ou des associations d'avocats ne reconnaissent pas que les droits contractuels des clients ainsi que la protection de leur argent doivent passer avant leurs besoins personnels. Les besoins des avocats semblent avoir pris le dessus sur les pratiques exemplaires en matière de protection des droits et de l'argent des clients.

[47] L'une des solutions recommandées pour le problème consiste à exiger que les banques remettent les libérations dans un délai déterminé et opportun à la suite du paiement. À mon avis, cela semble détourner la responsabilité pour ce qui s'est produit dans l'affaire Wirick. Avant que les banques puissent être tenues responsables de la remise des libérations, elles doivent recevoir les sommes de libération. C'est une responsabilité qui incombe aux avocats et, comme je l'ai indiqué au début, c'est là que le système a échoué dans l'affaire Wirick. Les mesures législatives uniformes imposées aux banques afin qu'elles remettent rapidement les libérations n'auraient jamais empêché les fraudes invoquées dans l'affaire Wirick ou toute autre fraude dont il a été question dans ce rapport.<sup>5</sup>

[48] La plupart des provinces ne semblent pas avoir connu de fraudes de nature ou d'ampleur semblable concernant le manquement d'avocats à leur engagement, ce qui les aurait amenées à instaurer d'autres mesures pour les protéger ainsi que pour protéger leurs assureurs. Les avocats semblent fonctionner selon leurs engagements et leurs obligations de payer des sommes de libération aux établissements de crédit sans incident majeur. L'Ontario et le Nouveau-Brunswick ont pris les moyens nécessaires pour garantir de manière plus efficace que le produit de l'hypothèque arrivera à destination, par l'instauration du système à double chèque.

## LA CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[49] Le système, qu'il s'agisse du système à double chèque ou du système d'engagement, du moins au moment présent, semble fonctionner, même si la possibilité qu'une fraude du type de l'affaire Wirick se répète dans de nombreuses juridictions, mais peut-être pas dans les mêmes proportions. Toutefois, ce risque peut être considéré comme peu probable ou assez isolé pour ne pas nécessiter de changement de la pratique de l'immobilier.

[50] À mon avis, les pratiques de l'immobilier au Canada sont de nature locale et les barreaux de l'immobilier comptent beaucoup sur la réciprocité d'obligation parmi les avocats, ce qui, sauf dans en de rares cas (mais coûteux), semble bien fonctionner.

[51] Dans quelque province que ce soit, il ne semble pas que les fonds destinés à libérer les hypothèques soient payés directement aux vendeurs. Les fonds sont toujours remis à l'avocat, ce qui augmente le risque de fraude si celui-ci est malhonnête et qu'il détourne les fonds en fiducie au lieu de les utiliser à des fins de libération.

22326.0001/1206915\_1

---

<sup>1</sup> [2004] B.C.J. No. 1773

<sup>2</sup> [1973] 2 O.R. 760 35 D.L.R. (3d) 244; voir aussi *Bunn v. Lock* (1987), 61 O.R. (2d) 772 (C.A.); *Garfreed Construction Co. Ltd. v. Blue Orchid Holdings Ltd.* (1976), 15 O.R. (2d) 22.

<sup>3</sup> Selon la disposition de la forme normalisée pour la libération d'hypothèques de la Ontario Real Estate Association :

[Traduction] « L'acheteur ne doit en aucun cas demander la production d'acte-titre, de résumé de titre, d'étude de titre ou d'autre preuve de titre de propriété, sauf si le vendeur en a la possession ou le contrôle. À la demande de l'acheteur, le vendeur doit lui remettre, dès que possible et avant la date de la demande, tout croquis ou toute étude de la propriété qui est en son contrôle. Si la libération de toute charge ou hypothèque détenue par une société incorporée en vertu de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* (Canada), une banque à charte, une fiducie, une coopérative de crédit, une caisse populaire ou une société d'assurance et qui n'est pas assumée par l'acheteur lorsqu'elle est effectuée, n'est pas disponible sous forme prescrite aux fins d'enregistrement lorsqu'elle est effectuée, l'acheteur accepte l'engagement personnel de l'avocat du vendeur d'obtenir, à partir des fonds de clôture, une libération sous forme prescrite aux fins d'enregistrement et de l'enregistrer sur le titre dans un délai raisonnable après qu'elle



## LA FRAUDE HYPOTHÉCAIRE ET LES PROBLÈMES LIÉS À LA LIBÉRATION

---

a été effectuée, à la condition que le vendeur fournisse à l'acheteur, lorsque la libération est effectuée ou avant, un état du compte de prêt hypothécaire préparé par le créancier hypothécaire ayant déterminé le solde nécessaire pour obtenir la libération, ainsi qu'une directive signée par le vendeur, qui donne instruction de payer au créancier hypothécaire le montant requis pour obtenir la libération à partir du solde à payer lorsque celle-ci est effectuée.

<sup>4</sup>Selon la disposition de la forme normalisée pour la libération d'hypothèques de la British Columbia Real Estate Association :

[Traduction] « Si le vendeur a des charges financières existantes dont le titre doit être libéré, le vendeur, bien qu'il doive toujours se libérer de telles charges, peut attendre pour payer et libérer les charges financières existantes immédiatement après la réception du prix d'achat. Toutefois, dans ce cas, le vendeur accepte que le paiement du prix d'achat soit effectué par l'avocat ou le notaire de l'acheteur auprès de l'avocat ou du notaire du vendeur, en vertu des CBA Standard Undertakings, en vue de rembourser et de libérer les charges financières ainsi que de remettre le solde, s'il y a lieu, au vendeur. »

<sup>5</sup> D'autres questions relatives aux institutions financières accordant des libérations d'hypothèque peuvent se révéler problématiques. Visiblement, certaines institutions prennent plus de temps que d'autres à s'occuper des libérations et à les remettre. Les systèmes d'enregistrement électronique ont créé de nouvelles procédures d'enregistrement et le problème est que l'on se demande si les avocats des vendeurs peuvent enregistrer les libérations pour les prêteurs par voie électronique ou si les prêteurs doivent s'en occuper eux-mêmes. Certains problèmes de comptabilité surviennent à l'occasion. Une mainlevée d'hypothèque peut indiquer un solde à payer, mais on peut s'apercevoir qu'un paiement d'hypothèque est sans provision, ce qui fait que le prêteur, par la suite, exige des fonds supplémentaires pour payer le compte. Les sommes dues sur les hypothèques servant à payer les marges de crédit peuvent varier quotidiennement et les prêteurs peuvent avancer des fonds par inadvertance sur une marge de crédit après avoir effectué une mainlevée sur laquelle, par ailleurs, les avocats s'appuient. Les prêteurs refusent habituellement d'effectuer une libération sans que le solde ait été payé, souvent après la clôture de la vente, lorsque l'acheteur est en possession et que le vendeur a reçu les sommes de la clôture de la vente pour ensuite disparaître. Habituellement, les banques comptent sur la mention « sauf erreurs ou omissions » pour se protéger contre les erreurs de gestion ou du système, qui pourraient entraîner l'exigence de fonds supplémentaires auprès des acheteurs et des avocats. »

Ces types de problèmes sont trop vastes pour faire l'objet du présent article.