
Le système Torrens et la publicité foncière québécoise

François Brochu*

La réforme actuelle du système de publicité foncière québécois est essentiellement axée sur l'organisation de modes de consultation et d'inscription par voie électronique. Le rôle de la publicité des droits demeure inchangé depuis un siècle et demi, le système servant uniquement à départager les droits contradictoires d'ayants cause d'un même auteur en fonction de leur date de publication. Une approche différente a été choisie par plusieurs autres pays qui ont adopté le système Torrens et qui reconnaissent une force probante aux droits inscrits. Il s'agit d'une preuve irréfutable des droits immobiliers aussi bien à l'égard des tiers qu'entre les parties à l'acte constitutif.

Afin d'apporter des éléments de réflexion en cette période de réforme de la publicité foncière québécoise, l'auteur expose le contexte dans lequel est né le système Torrens et les principales règles qui régissent son fonctionnement. L'idée de départ de ce système était de supprimer tout recours aux titres rétrospectifs en matière de transmission de la propriété, de manière à ce que l'inscription au registre foncier possède un effet constitutif de droits. La simplicité des procédures de transfert est, avec les garanties qui se rattachent aux inscriptions du registre foncier, l'un des principaux avantages du système Torrens. Ce système s'articule autour de trois principes de base dont l'auteur étudie les fondements.

Les différents systèmes juridiques auxquels le système a été intégré ne l'appliquent pas de manière uniforme. L'auteur explique certaines différences ainsi que les contrôles liés à l'implantation du système Torrens. Le texte aborde également une analyse comparative de la protection offerte aux propriétaires et aux créanciers hypothécaires par le système Torrens et de celle offerte par la prescription acquisitive, qui joue un rôle fondamental au Québec, et l'assurance-titre, très populaire aux États-Unis et pouvant également s'imposer au Québec faute de changements majeurs. L'auteur présente des conclusions qui peuvent s'avérer très utiles pour le programme québécois de réforme de la publicité foncière.

The current reform of the Quebec system of publication of rights in land is centred essentially on the organization of electronic modes of consultation and registration. The role of the publication of rights has remained unchanged for a century and a half, with the system serving uniquely to decide between contradictory rights of successors to the same registrant according to their date of publication. A different approach was chosen by several other countries that adopted the Torrens system and that recognize a probative force for registered rights. This becomes irrefutable evidence of rights in immovables both towards third parties as well as towards the parties of the constitutive act.

In order to contribute some elements of reflection during this period of reform in the publication of land rights in Quebec, the author sets out the context in which the Torrens system was born and the principal rules that govern its functioning. The point of departure for this system was to suppress all recourse to retrospective titles in the transmission of ownership, so that registration in the land register would have an effect constitutive of rights. The simplicity of transfer procedures is, along with the guaranties connected to registration in the land register, one of the principal advantages of the Torrens system. The system is organized around three basic principles, whose foundations the author studies.

The different legal systems into which the system has been integrated do not apply it in a uniform manner. The author explains certain differences as well as the controls linked to the implantation of the Torrens system. The article also takes up a comparative analysis of the protection offered to owners and to hypothecary creditors by the Torrens system and that offered by acquisitive prescription, which plays a fundamental role in Quebec, and by title insurance, which is very popular in the United States and which could equally be implemented in Quebec without major changes. The author presents conclusions which could prove very useful for the Quebec program of reform of publication of rights in land.

* LL.D., notaire, professeur agrégé à la Faculté de droit et au Département des sciences géomatiques de l'Université Laval. Une partie de la recherche a été réalisée grâce à une subvention du Fonds FCAR.

Introduction

I. Les origines du système Torrens

II. Les fondements du système Torrens

A. *La trilogie des principes fondateurs*

B. *L'application des principes régissant le système Torrens*

1. Le caractère relatif ou absolu de la force probante
2. La portée du principe d'assurance

C. *Les contrôles sur lesquels repose le bon fonctionnement du système Torrens*

1. Les contrôles conduisant à l'implantation du système Torrens
2. Les contrôles résultant de l'implantation du système Torrens

III. La protection offerte par le système Torrens

A. *Le système Torrens et la prescription*

1. L'approche australienne
2. L'approche canadienne

B. *Le système Torrens et l'assurance-titre*

Conclusion

Introduction

Il est urgent... d'attendre ! C'est ainsi que l'on pourrait résumer l'attitude du législateur au regard des nouveaux pouvoirs que le *Code civil du Québec* prévoyait confier, encore récemment, à la publicité foncière québécoise¹. Depuis l'abrogation des articles 2944, al. 2 et 2962 C.c.Q. le 9 octobre 2001², il est devenu évident que l'attente sera longue avant que le registre foncier ne parvienne à prouver l'existence de droits réels immobiliers. La réforme actuelle du système de publicité foncière est, en effet, essentiellement axée sur l'organisation de modes de consultation et d'inscription d'actes par voie électronique³. Elle s'inscrit dans une tendance canadienne⁴ et internationale⁵ à l'informatisation des registres fonciers. Quant au rôle de la publicité des droits, il demeure le même qu'il y a un siècle et demi : à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil*, la formalité publicitaire continue, au Québec, de se limiter à départager les droits contradictoires d'ayants cause d'un même auteur en fonction de leur date de publication⁶. Plusieurs pays privilégient, en revanche, une conception différente de la publicité foncière et de ses effets, allant jusqu'à reconnaître une force probante aux droits inscrits. C'est notamment le cas des

¹ Voir F. Brochu, «Les nouveaux effets de la publicité foncière : du rêve à la réalité ?» (1999) 40 C. de D. 267 [ci-après Brochu, «Effets de la publicité»].

² *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives relativement à la publicité foncière*, L.Q. 2000, c. 42, art. 15, 19 et 252 [ci-après *Loi modifiant le Code civil*]. L'effet des articles 2944, al. 2 et 2962 C.c.Q. avait été suspendu par l'article 155(1) de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* (L.Q. 1992, c. 57) à compter de leur adoption jusqu'au moment de leur abrogation.

³ Voir F. Brochu, «L'informatisation de la publicité foncière» (2001) 2 C.P. du N. 113 [ci-après Brochu, «Informatisation»] ; «La réglementation relative à la publicité foncière» (2001) 103 R. du N. 335 ; G. Harvey, «La réforme de la publicité foncière» (2000) 1 C.P. du N. 3 ; M. Gagnon, «Registre foncier informatisé : pour faciliter le travail de tous les clients» *Géomatique* 26:5 (février 2000) 6 ; J.-Y. Crête, «Nouvelle étape dans la réforme de la publicité foncière» *Entracte* 9:2 (15 février 2000) 3.

⁴ Voir P. Kulig, «The Virtual Landscape. Electronic Search & Registration» *National* 8:3 (mai 1999) 21 ; «Coming Soon to a PC Near You : Electronic Document Registration of Land Titles» *Canadian Banker* 106:6 (novembre/décembre 1999) 8 ; G. Blackwell, «Electronic Registration» *Can. Law.* 22:2 (février 1998) 29 ; J.P.M. McAvity, «Land Title Amendment Act, 1999 : An Introduction to Electronic Filing» *The Advocate* n° 58 (mars 2000) 379 ; P. Mendes, «Accessing Registry Information from the Comfort of Your Computer» *The Scrivener* 8:3 (septembre 1999) ; A. Levinsohn, «Saskatchewan Implements New Land Title System» *GeoWorld* 12:8 (août 1999) 28 ; G. Blackwell, «Teraview : Ontario's New Searchable Electronic Land Registry» *Can. Law.* 21:1 (janvier 1997) 32.

⁵ Plusieurs pays étrangers ont procédé à l'informatisation de leur système de publicité foncière ou sont en voie de le faire. C'est notamment le cas de la Colombie, de Porto Rico et de la Suède. Aux États-Unis, certaines compagnies d'assurance-titre informatisent les registres qu'elles ont établis pour obvier aux lacunes de ceux qui sont tenus par les autorités locales. Voir H. Spencer, «Title Companies Convert Their Records to Electronic Format» *Title News* 79:2 (mars/avril 2000), en ligne : [Title News](http://www.alta.org/store/ttlenews) <<http://www.alta.org/store/ttlenews>> (date d'accès : 12 février 2002).

⁶ Voir art. 2946 C.c.Q. ; Brochu, «Informatisation», *supra* note 3 aux pp. 126-28.

États, y compris plusieurs provinces canadiennes⁷, ayant implanté un système inspiré de la législation australienne, c'est-à-dire un «système Torrens»⁸. Les références à ce régime de publicité des droits ont été relativement fréquentes, quoique succinctes, dans la doctrine québécoise, principalement lorsqu'il s'agissait de mettre en évidence les limites des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* touchant la publicité foncière⁹. Alphonse Desjardins, fondateur des caisses populaires, s'en était même fait le promoteur¹⁰. En France, un auteur écrivait en 1891 que «[le système] Torrens est, de tous les systèmes contemporains, celui qui satisfait le mieux aux exigences théoriques et pratiques d'un bon régime de publicité»¹¹. Il est donc étonnant que, au-delà de

⁷ Ces provinces sont la Colombie-Britannique (1870) ; le Manitoba (1885) ; une partie de l'Ontario (1885) ; l'Alberta (1886, 1906) ; la Saskatchewan (1886, 1906) ; et plus récemment, le Nouveau-Brunswick (voir *infra* note 197). Les autres provinces, soit le Québec, l'Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve et la Nouvelle-Écosse, n'exploitent qu'un système d'enregistrement du titre. La Nouvelle-Écosse a toutefois adopté, en 1978, une loi introduisant le système Torrens qui n'a, en revanche, jamais été mis en vigueur. Cette province avait, par ailleurs, déjà adopté le système Torrens en 1904 sans que la loi ne soit mise en application.

⁸ Le système Torrens est parfois qualifié de système d'«inscription de droits» («*title registration system*») par opposition aux systèmes dits «d'enregistrement» ou «de référence» («*recording system*» ou «*deeds registration system*») ; voir *infra* note 15. Le système Torrens n'est, par ailleurs, que l'un des cinq systèmes accordant une force probante aux droits inscrits d'après la classification établie par Dowson et Sheppard, les quatre autres étant les systèmes anglais, germanique, suisse et ottoman. Ces auteurs ajoutent toutefois que «[i]n the large majority of jurisdictions the systems are derived, more or less directly, from Sir Robert Torrens' South Australian Act of 1857 but in many other influences are to be found» : E. Dowson et V.L.O. Sheppard, *Land Registration*, 2^e éd., Londres, H.M. Stationery Office, 1956 à la p. 98.

⁹ Voir H. Gervais, «Introduction historique et comparaison des divers systèmes hypothécaires» (1895) 1 *Revue légale* 309 à la p. 325 ; Anonyme, «L'acte Torrens» (1899-1900) 2 R. du N. 119 ; N. Laliberté, «Système d'enregistrement» (1934-35) 13 R. du D. 316 ; L. Lesage, «De la reconnaissance judiciaire du droit de propriété acquis par prescription» (1935-36) 38 R. du N. 363 à la p. 371 ; «Lois d'enregistrement» (1936-37) 39 R. du N. 523 ; G.-M. Giroux, «La publicité foncière» (1936-37) 39 R. du N. 259 à la p. 265 ; R. Chalifour, «Quarante minutes chez le registraire» (1937-38) 40 R. du N. 289 aux pp. 303-04 ; R. Comtois, «Prescription trentenaire acquisitive — requête — enregistrement», (1958-59) 61 R. du N. 505 à la p. 507 ; D. Lord, *De l'enregistrement des droits réels immobiliers*, Comité de l'enregistrement de l'O.R.C.C., Montréal, 1974, Québec, Archives nationales du Québec (fonds E17, art. 25, document G/C/78-1) aux pp. 205-09 ; A. Beaumont *et al.*, *Atelier sur l'enregistrement*, Québec Comité conjoint M.T.F. — M.A.M. — M.J. (juin 1973), Québec, Archives nationales du Québec (fonds E17, art. 37, document L/C/111) à la p. 64 et s. ; A. Bélanger, «Le registraire québécois» (1981-82) 84 R. du N. 105 à la p. 113 et (1982-83) 85 R. du N. 531 à la p. 537 ; «Loi sur les titres de propriété dans certains districts électoraux. Analyse et critique» (1985-86) 88 R. du N. 391 à la p. 409 et s.

¹⁰ Voir Anonyme, «Les lois d'enregistrement et le système Torrens» (1902-03) 5 R. du N. 120.

¹¹ E. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire : étude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, Delamotte, 1891 à la p. 352.

l'appellation, les principes régissant ce système de publicité foncière soient, aujourd'hui, assez peu connus au Québec.

Les effets du système développé en Australie au milieu du XIX^e siècle sont très étendus si on les compare à ceux que désire maintenir le législateur québécois. La publicité constitue, d'après les règles d'origine australienne, non seulement une étape essentielle sans laquelle on ne peut opérer le transfert d'un droit¹², mais elle va également jusqu'à *prouver* l'existence des droits de manière irréfragable aussi bien à l'égard des tiers qu'entre les parties à l'acte constitutif. Le *Code civil du Québec* proposait-il, sous le couvert des anciens articles 2944, al. 2 et 2962, l'introduction d'un système de publicité foncière d'inspiration Torrens au Québec ? Le système québécois peut-il espérer atteindre une force comparable à celle qui existe dans les pays ayant introduit les principes imaginés par Robert R. Torrens ? Un groupe de travail, formé en 1996 par le ministre de la Justice du Québec pour formuler des recommandations sur les aspects juridiques de la réforme de la publicité foncière, ne semblait pas exclure cette possibilité. Dans leur rapport, les membres de ce groupe de travail estimaient que :

Des améliorations devraient être apportées au système actuel. Ces améliorations devraient notamment viser [...] à augmenter la force probante du registre foncier en s'inspirant du modèle dit d'inscription de droit [dont fait partie le système Torrens]. [...] Le système d'inscription de droit est susceptible d'offrir à l'ensemble de la clientèle des bureaux de la publicité des avantages supérieurs à ceux découlant d'un système de référence. Il importe cependant que les études requises venant en établir la faisabilité, l'efficacité et l'opportunité soient réalisées dans les meilleurs délais afin que l'on puisse apporter rapidement au système actuel les améliorations nécessaires. Faute de ce faire, le système de référence actuel va perdurer sans que les citoyens puissent bénéficier des avantages que procurerait un système amélioré¹³.

Dans le but d'apporter des éléments de réflexion en cette période de réforme de la publicité foncière québécoise, nous exposerons le contexte dans lequel est né le système Torrens ainsi que les principales règles régissant son fonctionnement. Nous examinerons ensuite la protection offerte aux propriétaires et aux créanciers hypothécaires par ce système de publicité foncière en la comparant, notamment, à celle que procurent la prescription acquisitive — qui joue un rôle fondamental au Québec — et l'assurance-titre.

¹² Voir D.J. Whalan, *The Torrens System in Australia*, Sydney, Law Book Company, 1982 à la p. 154 [ci-après Whalan, *Torrens System*] ; A.J. Bradbrook, S.V. MacCallum et A.P. Moore, *Australian Real Property Law*, 2^e éd., Sydney, Law Book Company, 1997 au para. 5.09 et s.

¹³ Québec, Ministre de la Justice, *Rapport du groupe de travail sur la publicité foncière*, Québec, 1996 (Président : M^e J. Auger) aux pp. 31-32 [ci-après *Rapport Auger*].

I. Les origines du système Torrens

La petite histoire veut que Robert R. Torrens, l'un des principaux instigateurs¹⁴ du système de publicité foncière australien qui porte, aujourd'hui encore, son nom¹⁵, ait pris la résolution, alors qu'il était agent de douanes à Londres vers la fin des années 1830, de simplifier et de rendre sécuritaire le système anglais de transfert de propriété. La mésaventure de l'un de ses amis, ruiné par la découverte tardive d'un vice de titre qui lui avait fait perdre une propriété dans laquelle il avait investi toutes ses économies, l'avait révolté¹⁶. En 1840, Torrens, qui n'avait aucune formation juridique, s'est établi à Adélaïde, ville australienne dont la colonisation avait débuté une dizaine d'années plus tôt, pour poursuivre ses activités dans le domaine des douanes. Torrens trouvait paradoxal que les transactions immobilières soient plus complexes, plus coûteuses et offrent moins de sécurité aux acquéreurs que les mutations de navires. Signe que la question de la transmission des immeubles continuait de l'intéresser, Torrens a obtenu, treize ans après son arrivée en Australie, un poste de registrateur (*registrar general*) dans un bureau d'enregistrement. Il a pu, ainsi, à la fois acquérir les connaissances nécessaires à l'élaboration d'un nouveau système de publicité foncière et soumettre ses idées novatrices à l'opinion des praticiens¹⁷. En 1857, il a été élu député au Parlement d'Australie-Méridionale après avoir fait campagne sur le thème de la nécessité de réformer le droit de la propriété foncière¹⁸.

¹⁴ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.04.

¹⁵ Un auteur a proposé le remplacement de l'expression «*Torrens system*» par «*land transfer system*», en raison de la participation plus que modeste, mais non désintéressée, du personnage à la création du système australien de publicité foncière ; voir B.B. Anzis, «*Escaping the Grip of the Commissioners : Some Truths about Torrens*» *Survey Quarterly* n° 3 (septembre 1995) 28. À propos de la contribution limitée de Torrens, voir M.J. Raff, *German Real Property Law and the Conclusive Land Title Register*, thèse, Université de Melbourne, 1999 aux pp. 14-50. L'expression «*title registration system*» est souvent utilisée par les auteurs de langue anglaise pour désigner les systèmes de publicité foncière qui garantissent la validité des droits inscrits, par opposition aux systèmes appelés «*registration of deeds system*» ou «*recording system*» qui se limitent, comme c'est le cas au Québec et en France, à rendre publics des contrats sans garantir l'exactitude de leur contenu. La doctrine française parle plutôt de systèmes «*constitutifs de droit*» (par exemple en Australie, en Allemagne et en Suisse) et de systèmes «*déclaratifs de droit*» (par exemple en France et en Belgique). Voir notamment H. Lemaire, «*Formalité foncière (publicité ou inscription) : étude des systèmes déclaratifs et constitutifs dans la CEE, quant à leurs effets*», J.C.P. 1991.I.447 et *Juris-classeur civil annexes*, «*Publicité foncière : Europe occidentale*», fasc. 20, par C. Mouly.

¹⁶ Robert R. Torrens cité par Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 16, note 10 ; P. M. Fox, «*The Story Behind the Torrens System*» (1950) 23 A.L.J. 489 à la p. 490.

¹⁷ Fox, *ibid.* aux pp. 490-91.

¹⁸ C. Gide, «*Étude sur l'Act Torrens*» (1886) 15 Bulletin de la Société de législation comparée 288 à la p. 290.

En Australie-Méridionale, comme ailleurs en Australie, les premiers colons britanniques avaient introduit le système de transmission de la propriété par *deeds*, c'est-à-dire par contrats passés de manière solennelle entre les vendeurs et les acquéreurs¹⁹. Tous les *deeds* relatifs à un immeuble devaient être consultés lors d'une acquisition puisqu'ils formaient, mis ensemble, le titre de propriété de l'immeuble²⁰. Cependant, le peu de soin apporté à la désignation des immeubles, combiné à l'absence de publicité des actes de vente et d'hypothèque, rendait les recherches difficiles et ne pouvait garantir aux acquéreurs ou aux prêteurs que leur titre était inattaquable²¹. La situation était, à bien des égards, semblable à celle qui prévalait au Québec à la même époque²². En s'inspirant du projet de réforme avorté du droit foncier anglais de 1830²³, plusieurs immigrants ont réclamé l'implantation en Australie de bureaux d'enregistrement dans lesquels les actes pourraient être déposés et conservés de manière à éviter les problèmes résultant de l'occultisme des transactions immobilières²⁴. À l'instar de ce que prescrivaient les lois de quelques comtés de la métropole anglaise²⁵, et un an après la création de bureaux d'enregistrement dans l'ensemble du Bas-Canada²⁶, des bureaux d'enregistrement ont enfin été créés, en 1842, dans les colonies australiennes pour favoriser l'opposabilité des *deeds* aux tiers²⁷. Cependant, le dépôt des actes dans un bu-

¹⁹ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 5.10 : «originally a deed was a document which was sealed and delivered» ; H. Desclieux, *Le registre foncier*, t. II, vol. v, Fribourg, Éditions universitaires Fribourg Suisse, 1983 à la p. 15.

²⁰ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.01 ; A. Sentenac, *Du système dit de l'«Act Torrens» et de ses applications à la colonie anglaise de Fidji et aux colonies françaises du Congo et de l'Afrique Occidentale*, thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse, 1911 à la p. 16.

²¹ Voir D. Pike, «Introduction of the Real Property Act in South Australia» (1961) 1 Adel. L.R. 169 à la p. 174 : «Such slipshod methods allowed people, fraudulently or through inadvertence, to mortgage or convey the same land more than once».

²² La première loi créant des bureaux d'enregistrement a été adoptée en 1830 : *Acte pour établir des Bureaux d'Enregistrement dans les Comtés de Drummond, Sherbrooke, Stanstead, Shefford et Missisquoi*, S.B.-C. 1830, c. 8 ; voir F. Brochu, «Le mécanisme de fonctionnement de la publicité des droits en vertu du nouveau *Code civil du Québec* et le rôle des principaux intervenants» (1993) 34 C. de D. 949 aux pp. 951-53.

²³ Voir W.S. Holdsworth, «The Reform of the Land Law : an Historical Retrospect» (1926) 42 L. Q. Rev. 158 aux pp. 166-68 ; A. Offer, *Property and Politics, 1870-1914 : Landownership, Law, Ideology and Urban Development in England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981 à la p. 27 et s. ; W.S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. 15, Londres, Methuen & Co, 1966 aux pp. 173-76, 182-84 [ci-après Holdsworth, *English Law*] ; Dowson et Sheppard, *supra* note 8 aux pp. 8-9, 36.

²⁴ Voir Pike, *supra* note 21 aux pp. 174-76.

²⁵ Voir *supra* note 23.

²⁶ Voir *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Ténements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux ; et pour le changement et l'amélioration, sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'Hypothèque des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux*, O.B.-C. 1841, c. 30.

reau d'enregistrement n'avait ni pour effet de les débarrasser des vices dont ils pouvaient être entachés, ni de les bonifier : «registration was no more than a record that did not supersede deeds, make titles legal or define doubtful boundaries and locations»²⁸. En conséquence, les *deeds* formant la chaîne des titres relatifs à un immeuble devaient, malgré leur enregistrement, être consultés et analysés lors de chaque transaction²⁹ puisque rien ne garantissait leur validité. Seuls les acquéreurs qui se faisaient concéder un titre directement par l'État pouvaient avoir l'assurance qu'il était valable. Les limites du système de publicité des actes ne rendaient pas les bureaux d'enregistrement inutiles, mais elles empêchaient les acquéreurs et les titulaires d'hypothèque d'obtenir la moindre garantie quant à la validité du titre de leur auteur. La sécurité que procuraient les bureaux d'enregistrement était, somme toute, aussi illusoire en Australie qu'au Québec durant la première moitié du XIX^e siècle³⁰. En revanche, alors que nous sommes toujours dans l'expectative d'une réforme touchant aux effets de la publicité des droits, la situation a rapidement évolué en Australie.

L'objectif poursuivi par Torrens consistait à simplifier la procédure qui entourait l'aliénation des immeubles et la publicité foncière³¹ en transposant en matière immobilière le régime anglais de mutation des navires. Cherchant à faciliter les transferts de propriété et à dispenser les acquéreurs de faire effectuer, par des juristes spécialistes du droit immobilier, des recherches préalables, longues et coûteuses, Torrens partit de l'idée qu'il faudrait supprimer tout recours aux titres rétrospectifs lorsqu'il conçut son système de transmission des droits réels et de publicité foncière³². Le gouvernement, dont Torrens faisait partie depuis l'élection de 1857³³, ne considérait cependant pas cette réforme prioritaire, c'est donc à titre privé que Torrens résolut de présenter, le 4

²⁷ Voir Pike, *supra* note 21 à la p. 176 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 3.57, 3.58 et 4.01.

²⁸ Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 3.59 ; voir aussi Pike, *ibid.*

²⁹ Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 14-16 : «*The dependent nature of titles*» constituait, d'après Torrens, le principal défaut du système d'enregistrement des titres (*deeds registration system*).

³⁰ Voir Pike, *supra* note 21 aux pp. 176-77 ; Whalan, *ibid.* à la p. 13 ; Besson, *supra* note 11 à la p. 339. On peut appliquer au système australien de 1842 ce que le professeur G.W. Hinde écrivait à propos du système d'enregistrement néo-zélandais créé en 1841 : «The only guarantee of title which a person dealing with land under the old system of registration of deeds could have was the knowledge and skill of his solicitor» : G.W. Hinde, «Indefeasibility of Title Since *Frazer v. Walker*» dans G.W. Hinde, dir., *The New Zealand Torrens System Centennial Essays*, Wellington, Butterworths, 1971, 33 à la p. 34.

³¹ Torrens souhaitait notamment supprimer les examens de titres et faire en sorte que, par une fiction, les titres ne soient pas transférés par le précédent titulaire mais concédés par l'État lors de chacune des transactions. Voir W.N. Harrison, «The Transformation of Torrens's System into the Torrens System» (1961-64) 4 U.Q.L.J. 125 à la p. 126 ; *infra* notes 81 et 93.

³² Voir Hinde, *supra* note 30 à la p. 35.

³³ Voir *supra* note 18.

juin 1857, un projet de loi sur le transfert d'immeubles inspiré des deux premières moutures d'octobre 1856 et d'avril 1857 qui avaient été rendues publiques, dans un quotidien sympathique à sa cause, durant la campagne électorale. La communauté juridique était hostile au projet de réforme de Torrens. Cependant, la communication en novembre 1857, la veille de la présentation du projet de loi en deuxième lecture, d'un rapport déposé à la Chambre des communes d'Angleterre et qui prônait pour la métropole une réforme semblable à celle proposée par Torrens en Australie-Méridionale, facilita les choses³⁴. La troisième et dernière lecture eut lieu en décembre 1857 et la loi, adoptée par 19 des 26 députés mais toujours désapprouvée par la communauté juridique, fut sanctionnée par le Gouverneur le 27 janvier 1858 pour entrer en vigueur le 2 juillet de la même année sous le nom de *Real Property Act*³⁵. Son but atteint, Torrens abandonna son mandat de député pour veiller à la bonne marche du nouveau système de publicité foncière à titre de registraire général du bureau de la publicité des droits qui venait d'être créé en vertu de la nouvelle loi³⁶. Quelques mois plus tard, ainsi qu'en 1860 et en 1861, d'importants amendements ont été apportés à la loi pour combler des lacunes décelées par Torrens lui-même³⁷. Les modifications avaient pour but d'éviter, entre autres, que les tribunaux adoptent, dans le futur, l'interprétation préconisée par la Cour suprême dans deux décisions rendues en 1860 et dont les conclusions allaient, sinon à l'encontre de la lettre de la loi Torrens, à l'encontre de son esprit³⁸. C'est donc après les amendements de 1861 que la loi Torrens a finalement pris la forme qui l'a fait connaître dans le monde entier.

³⁴ Voir D.J. Whalan, «The Origins of the Torrens System and its Introduction into New Zealand» dans Hinde, *supra* note 30, 1 aux pp. 7-9 [ci-après Whalan, «Origins of the Torrens System»]. D'après cet auteur, Torrens, exemples à l'appui, se serait inspiré largement du rapport anglais de 1857 pour préparer la version de son projet présentée en troisième lecture, même si le principal intéressé a prétendu le contraire. Voir également Dowson et Sheppard, *supra* note 8 à la p. 37.

³⁵ Voir Fox, *supra* note 16 à la p. 491 ; Pike, *supra* note 21 aux pp. 181-82.

³⁶ Voir Fox, *ibid.* à la p. 492.

³⁷ Voir Harrison, *supra* note 31 ; Pike, *supra* note 21 aux pp. 183-87 ; Fox, *ibid.* aux pp. 492-93. La principale lacune de la mouture originale du système Torrens concernait la possibilité de remettre en cause la validité du titre d'un acquéreur de bonne foi, après que son droit eût été inscrit au livre foncier, lorsque le titre du vendeur était vicié. Aucune disposition ne permettait donc à un acquéreur d'avoir confiance en la validité d'un droit inscrit au livre foncier.

³⁸ Voir Whalan, «Origins of the Torrens System», *supra* note 34 aux pp. 9-10, où il cite l'affaire *Hutchinson c. Leeworthy* (1860), Austl., (C.S. S.A.) non publié, dans laquelle les juges admettaient que l'on puisse contester la validité d'un certificat émis par un registraire et contredire l'existence d'un droit inscrit au livre foncier, et l'affaire *Payne c. Dench*, imprimé dans *South Australian Parliamentary Papers*, 1863, No. 100, dans laquelle les juges statuent au contraire qu'un certificat de titre était inopposable au titulaire d'un droit non publié au livre foncier. Voir D.J. Whalan, «Immediate Success of Registration of Title to Land in Australasia and Early Failures in England» (1966-67) N.Z.U.L.R. 416 aux pp. 416 et 422 [ci-après Whalan, «Success of Registration»] ; Pike, *ibid.* aux pp. 185-86.

À ceux qui affichaient un certain scepticisme quant à la possibilité de pouvoir mettre en pratique ses théories sur le transfert du droit de propriété et sur la publicité foncière, Torrens rétorquait que les villes de la Hanse³⁹ utilisaient un système analogue au sien depuis six cents ans⁴⁰. Quelques auteurs se sont également appliqués à établir une comparaison entre le régime Torrens et le mécanisme des «appropriations par bannies» utilisé en Bretagne au Moyen-Âge⁴¹, question de rappeler que le mode de transmission de la propriété immobilière australien n'avait rien de révolutionnaire⁴². Même si Torrens n'a jamais fait référence aux pratiques bretonnes de la purge des vices de titres⁴³, il est vrai que les appropriations par bannies évoquent, au même titre

³⁹ La Hanse était, à l'origine, un groupement de villes d'Allemagne du Nord qui s'étaient réunies au XII^e siècle pour participer à des échanges commerciaux. Composée de plus d'une centaine de villes à son apogée, vers la fin du XIV^e siècle, la Hanse perdit ensuite de son importance jusqu'à la rupture, en 1862, de la dernière alliance conclue entre les villes de Lübeck, Hambourg et Brême (l'alliance restreinte conclue entre ces trois villes, en 1630, s'était substituée, en fait, à la Hanse proprement dite qui prit fin en 1669). C'est parce qu'elles maintinrent pendant plusieurs siècles d'anciennes traditions germaniques prescrivant l'inscription des droits sur des registres fonciers que les villes de la Hanse ont été citées en exemple par Torrens, voir Besson, *supra* note 11 à la p. 252 ; J. Challamel, «Étude sur le régime hypothécaire de la ville de Brême» (1878) 7 B.S.L.C. 482 à la p. 505. Voir É. Worms, *Histoire commerciale de la Ligue hanséatique*, Paris, Guillaumin Cie, 1864 à la p. 522 ; P. Dollinger, *La Hanse (XII^e – XVII^e siècles)*, Paris, Aubier, 1988 à la p. 9. Le système Torrens s'apparente au système hanséatique et en aurait été largement inspiré grâce à l'importante contribution d'un juriste allemand, Ulrich Hübbe, aux travaux de Torrens. Voir Raff, *supra* note 15 ; voir *contra* Whalan, «Origins of the Torrens System», *supra* note 34 aux pp. 6-7.

⁴⁰ Voir Gide, *supra* note 18 à la p. 310 ; R. Viollette, *L'Act Torrens, son application en Australie et en Tunisie*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris, 1900 à la p. 65 ; H. Auer et H. Hofmeister, *Le livre foncier moderne : étude de droit comparé s'appuyant en particulier sur l'exemple autrichien*, Vienne, Association de coopération internationale du notariat autrichien, 1992 à la p. 11.

⁴¹ En Bretagne, l'*appropriance*, c'est-à-dire la purge qui permettait de «donner à une acquisition immobilière une force inébranlable, en la protégeant à jamais contre les nombreuses causes d'éviction, de résolution ou de retrait dont elle était menacée» découlait d'une suite de *bannies*, proclamations faites en public, à la porte de l'église, le dimanche, voir M. Planiol, «Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne» (1890) 14 Nouvelle revue historique de droit français et étranger 433 ; U. Couchouren, *Des appropriations ou appropriations dans le droit coutumier breton*, thèse de doctorat en droit, Université de Rennes, 1888 à la p. 1. Le but poursuivi lors de l'accomplissement des bannies était identique, au XIII^e siècle, à celui recherché à l'occasion de l'inscription des droits dans les registres dans les villes de la Hanse : obliger, grâce à l'ampleur des moyens utilisés pour assurer la publicité des transactions projetées, toutes les personnes détenant un droit sur l'immeuble à le dénoncer avant que l'acquisition ne devienne définitive, de telle sorte qu'aucune prétention d'un tiers ne subsiste au terme du processus de transfert.

⁴² Voir Gide, *supra* note 18 à la p. 309 ; Besson, *supra* note 11 aux pp. 63, 66, 338-39 ; J.-G. Ferron, *Étude historique et critique sur la publicité des droits réels immobiliers*, Bordeaux, Y. Cadoret, 1897 à la p. 87.

⁴³ Le système des appropriations par bannies est resté en usage en Bretagne, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 9 messidor an III (27 juin 1795, publiée dans *Bulletin des lois de la République*, an

que les lois des villes de la Hanse, la procédure et les effets du transfert de la propriété en droit australien.

À la suite de voyages effectués par Torrens en Australasie pour faire connaître les principes de la loi sud-australienne de 1861 sur la propriété⁴⁴, les autres colonies d'Australie s'en sont inspirées, de même que la Nouvelle-Zélande, Singapour, six provinces canadiennes et plusieurs états américains⁴⁵. Aujourd'hui, on peut dire qu'il n'existe pas une mais plusieurs «lois Torrens». En effet, les pays ayant adopté ce système l'ont tous adapté à leurs besoins, de telle sorte que si les principes de base demeurent partout les mêmes, des différences existent d'un endroit à l'autre, y compris à l'intérieur même de l'Australie⁴⁶.

III, 2^e série, cahier 164, n° 963), c'est-à-dire une soixantaine d'années avant l'adoption de la loi Torrens en Australie. Ce délaissement du système des appropriations en 1795 constitue probablement, avec le fait que cette procédure ne dépendait d'aucune inscription de droits sur des registres, l'une des raisons pour laquelle Torrens n'a pas fait allusion aux appropriations bretonnes et n'a cité que le système hanséatique pour démontrer la faisabilité de son projet de réforme des règles concernant les transferts immobiliers et la publicité foncière.

⁴⁴ «La loi Torrens» (1885) 17 Bull. Stat. L.C. 681 (trad. par Y. Guyot).

⁴⁵ Queensland (1861); Nouvelle-Galles du Sud (1862); Victoria (1862); Tasmanie (1862); Australie-Occidentale (1874); Northern Territory (1886); Australian Capital Territory (1925). Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 8-12. La Nouvelle-Zélande adopta le système en juillet 1870 et Singapour en 1886. Pour les provinces canadiennes, voir *supra* note 7; J.V. Di Castri, *Registration of Title to Land*, vol. 1, Toronto, Carswell, 1987 aux para. 12, 14 et 16; D.H.L. Lamont, *Lamont on Real Estate Conveyancing*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1991 aux pp. 1-11; B.H. Ziff, *Principles of Property Law*, 2^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 1996 à la p. 412 et s.; S. Petersson, «Something for Nothing: The Law of Adverse Possession in Alberta» (1992) 30 Alta. L. Rev. 1291 à la p. 1300; I.L. Head, «The Torrens System in Alberta: A Dream in Operation» (1957) 35 R. du B. can. 1 à la p. 6; R. Stein, «Some Aspects of Title by Registration in the Maritime Provinces of Canada» (1976) 2 Dal. L.J. 633; M. Bastarache et A. Boudreau Ouellet, *Précis du droit des biens réels*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 250. Pour plus de détails sur les états américains, voir B. Burke, *Real Estate Transactions: Examples and Explanations*, 2^e éd., New York, Aspen Law and Business, 1999 à la p. 204; T.G. Feeney, «Registration and Land Titles in the Common Law» (1964) 2 Colloque international de droit comparé 18 à la p. 21; B.C. Shick et I.H. Plotkin, *Torrens in the United States: A Legal and Economic History and Analysis of American Land-Registration Systems*, Lexington (Mass.), Lexington Books, 1978 aux pp. 2, 18-19; Deschenaux, *supra* note 19 à la p. 17; Bélanger, *supra* note 9 à la p. 113. Au sujet de la place qu'occupe le système Torrens aux États-Unis aujourd'hui, voir ci-dessous section III.B.

⁴⁶ Le pouvoir de légiférer en matière civile relève non pas du parlement fédéral australien mais de la compétence de chacune des six assemblées législatives étatiques que comporte ce pays. Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 1.16 et 4.06. Plusieurs auteurs, comme Whalan, ont déploré le manque d'uniformité des lois Torrens à l'intérieur de l'Australie et même de l'Australasie. Voir D.J. Whalan, «The Torrens System in New Zealand — Present Problems and Future Possibilities» dans Hinde, *supra* note 30, 258 à la p. 265 [ci-après Whalan, «New Zealand»]. Voir également S. Birrell *et al.*, «Is the Torrens System Suitable for the 21st Century?» dans *Proceedings of 1995 New-Zealand — Australia Cadastral Conference*, Wellington, New Zealand, 1995, en ligne :

II. Les fondements du système Torrens

Afin de comprendre les fondements du système Torrens et de les comparer à ceux proposés à l'occasion de la réforme québécoise de la publicité foncière, nous énumérerons les trois principes qui le supportent et en étudierons la portée. Par la suite, les mesures de contrôle nécessaires pour mettre ces principes en œuvre seront analysées.

A. La trilogie des principes fondateurs

Qualifié par un auteur de «principe du rideau»⁴⁷, le précepte qui rend inutile toute investigation relative à l'histoire juridique d'un titre de propriété constitue l'un des piliers du système Torrens. Le Conseil privé a eu l'occasion de le rappeler, à la fin du siècle dernier, dans la célèbre affaire *Gibbs c. Messer*⁴⁸ :

The main object of the [Land Transfer] Act [...] is to save persons dealing with registered proprietors from the trouble and expense of going behind the register, in order to investigate the history of their author's title, and to satisfy themselves of its validity.⁴⁹

La suppression de la nécessité de recourir aux titres antérieurs ou, pour reprendre l'expression suggérée par Ruoff, de regarder derrière le «rideau» dressé entre le titre du vendeur et les titres de ses auteurs, n'a été rendue possible que grâce à l'instauration d'un second principe fondamental qualifié, toujours par Ruoff, de «principe du miroir»⁵⁰. Profitable à l'acquéreur, ce deuxième principe, plus souvent appelé principe d'«incontestabilité du titre»⁵¹, permet à toute personne de bonne foi de

Administering our Land <http://www.sli.unimelb.edu.au/research/cad_anthology> (date d'accès : 12 février 2002).

⁴⁷ Voir T.B.F. Ruoff, *An Englishman Looks at the Torrens System (Being Some Provocative Essays on the Operation of the System After One Hundred Years)*, Sydney, Law Book Co. of Australasia, 1957 à la p. 11 : «The curtain principle is one which provides that the register is the sole source of information for proposing purchasers, who need not and, indeed, must not concern themselves with trusts and equities which lie behind the curtain».

⁴⁸ [1891] A.C. 248 [ci-après *Gibbs*].

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 254, rapporté notamment par Hinde, *supra* note 30 à la p. 35 et R.A. Woodman, «The Torrens System in New South Wales : One Hundred Years of Indefeasibility of Title» (1970) 44 A.L.J. 96 à la p. 99.

⁵⁰ Voir Ruoff, *supra* note 47 à la p. 8 : «The mirror principle involves the proposition that the register of title is a mirror which reflects accurately and completely and beyond all argument the current facts that are material to a man's title».

⁵¹ En anglais, «*indefeasibility of title*». Pour une définition, voir Woodman, *supra* note 49 à la p. 96 ; Ruoff, *ibid.* à la p. 17 : «By virtue of the mirror principle it is intended that the owner's paper title should be absolute and indefeasible [...] or conclusive and unimpeachable evidence of the existence and character of his entitlement».

se fier à l'image de l'état juridique d'un immeuble reflétée par le «livre foncier»⁵². Cette confiance dans le livre foncier découle du fait qu'un acte de transfert ou d'hypothèque devient généralement irrévocable une fois inscrit⁵³. Le législateur québécois avait prévu, à la suite des recommandations de l'Office de révision du Code civil, l'adoption de principes semblables à ceux mis de l'avant par Torrens⁵⁴. Ils seraient devenus applicables au terme d'une procédure transitoire de report de droits⁵⁵ sans pour autant faire échec au principe du consensualisme hérité du droit français⁵⁶. Ces dispositions ont cependant été retranchées du code civil le 9 octobre 2001⁵⁷ en raison de l'anticipation de difficultés relatives à leur mise en application⁵⁸.

En dépit de la place importante qu'il occupe dans le système Torrens, le principe d'irrévocabilité ou d'incontestabilité n'est pas évoqué clairement dans les lois des provinces australiennes relatives au transfert de propriété. L'existence de ce principe se déduit, en fait, d'une série de dispositions plus ou moins répétitives que la doctrine a divisées en quatre catégories⁵⁹ : les *paramountcy provisions*, qui disposent qu'à

⁵² En Australie, il s'agit de «*Register Book*» ou «*Register*». Nous emploierons indifféremment les expressions «livre foncier» et «registre foncier».

⁵³ Nous verrons qu'il existe des exceptions, notamment en cas de fraude dont nous traiterons plus loin ainsi que de la question relative à l'admission ou non de la prescription acquisitive par le droit australien et par les provinces canadiennes ayant adopté le système Torrens.

⁵⁴ Voir art. 2944, al. 2 et 2962 C.c.Q. ; Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 aux pp. 279 à 309.

⁵⁵ Voir art. 3046 à 3053 C.c.Q. ; Brochu, *ibid.* aux pp. 316-18.

⁵⁶ La force probante rattachée aux systèmes constitutifs de droit, dont fait partie le système Torrens, ne tient pas, en théorie, au mode de transfert des droits réels, c'est-à-dire au rôle joué par l'inscription dans le processus de création des droits. Elle est plutôt tributaire de la purge des vices de titres résultant de contrôles qui peuvent être effectués dans le cadre de systèmes monistes, attachés au principe du consensualisme. L'opposition entre les systèmes constitutifs et les systèmes monistes est donc moins forte qu'il peut paraître. Voir Lemaire, *supra* note 15 aux para. 5, 75 et 90 ; J.-B. Grisoni, *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière et leurs effets*, thèse, Université de Lausanne, 1990 [non publiée] aux pp. 50, 71 et 257 ; É. Sander, «La modernisation de la publicité foncière par l'harmonisation européenne et l'informatisation à partir de l'exemple alsacien-mosellan», Strasbourg, Institut du droit local alsacien-mosellan, 1992 aux pp. 18 et 29 ; C. Atias-Letremy, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, t. 1, thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 1974 [non publiée] aux n^{os} 124 et 142 : «[L]e processus d'acquisition ne commande pas étroitement la force probante des mesures de publication».

⁵⁷ Voir *supra* note 2.

⁵⁸ Voir *infra* note 113.

⁵⁹ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.20 ; *Boyd c. Mayor of Wellington*, [1924] N.Z.L.R. 1174 à la p. 1211 [ci-après *Boyd*], rapporté par Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 293 : «The Torrens statutes are so badly drafted in this respect [indefeasibility] that it is difficult [...] to extract from them the principle intended by the legislation». Pour le Canada, voir Di Castri, *supra* note 45 au para. 756.

moins qu'il n'ait commis une fraude⁶⁰, le propriétaire dont le titre apparaît au registre foncier ne peut se voir opposer que les droits préalablement inscrits à ce registre ; les *ejectment provisions*, qui ajoutent qu'aucune action en revendication ne peut être exercée contre le propriétaire inscrit ; les *notice provisions*, en vertu desquelles un acquéreur de bonne foi peut faire fi de la connaissance qu'il aurait eue d'une transaction non inscrite au registre foncier au moment de son acquisition⁶¹ ; et enfin, les *protection provisions* qui ont pour effet de protéger le titulaire d'un droit inscrit, lorsqu'il est de bonne foi, contre les conséquences qui pourraient résulter du fait que le titre de son auteur a été inscrit au registre foncier par erreur ou à la suite de manœuvres frauduleuses. Le principe d'incontestabilité, pierre angulaire du système Torrens, découle donc de plusieurs dispositions qui ont toutes pour effet de tendre à protéger les titulaires d'un droit qui se sont fiés, de bonne foi, aux inscriptions apparaissant au registre foncier avant de contracter pour acquérir ce droit. L'importance et la portée de ce principe ont été mises en relief, au début du siècle, dans une décision néo-zélandaise dont l'extrait suivant vaut également pour l'Australie :

The cardinal principle of the statute is that the register is everything, and that, except in cases of actual fraud on the part of the person dealing with the registered proprietor, such person, upon registration of the title under which he takes from the registered proprietor, has an indefeasible title against all the world⁶².

En raison de l'exception prévue au principe d'incontestabilité lorsqu'un tiers fait inscrire un droit de manière frauduleuse, la force probante du système Torrens est moins «absolue»⁶³ que celle reconnue autrefois au système de publicité des villes hanséatiques⁶⁴ ou à celui de la Bretagne⁶⁵. Cet assouplissement par rapport aux effets excessifs

⁶⁰ Pour une définition et des exemples de fraude, voir Whalan, *Torrens System*, *ibid.* aux pp. 309-17 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* aux para. 4.40 à 4.49 ; Di Castri, *ibid.* aux para. 870 à 872.

⁶¹ Voir Whalan, *ibid.* à la p. 317 : «[I]n Australia, the exonerative effect of the "notice" provision is very great and [...] a course of conduct needs to be very clearly dishonest before the courts will hold that there has been fraud» ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* aux para. 4.42 et 4.43 ; Di Castri, *ibid.* au para. 879.

⁶² *Fels c. Knowles* (1907), 26 N.Z.L.R. 604 à la p. 620, cité par E.P. Wills, «Just how indefeasible is your Land Transfer Title», [1963] N.Z.L.J. 269 à la p. 269 et Hinde, *supra* note 30 à la p. 36 ; *Frazer c. Walker*, [1967] 1 A.C. 569 aux pp. 574 et 580, 1 All E.R. 649 [ci-après *Frazer* avec renvois au A.C.].

⁶³ Voir *infra* notes 83 et 96.

⁶⁴ Voir *supra* note 39. Dans le système hanséatique, l'accomplissement du transfert des droits reposait sur leur inscription au registre foncier plutôt que sur l'échange des consentements. En plus de cet effet constitutif, l'inscription consolidait les droits : ceux-ci devenaient incontestables, même entre les parties, à compter du moment de leur inscription. L'avantage d'un tel système résidait dans le fait qu'il n'y avait aucune différence entre la propriété apparente et la propriété réelle puisque, d'une part, les inscriptions ne pouvaient être contredites et que, d'autre part, les droits immobiliers ne pouvaient exister sans elles. Voir M. Patroget, *De l'inscription au livre foncier : ses effets entre les parties et à*

que l'on aurait pu décider d'accorder aux inscriptions dans le système Torrens n'empêche cependant nullement les inscriptions d'avoir une portée considérable, comme nous le verrons plus loin⁶⁵.

Le «principe d'assurance» constitue, après les principes du «rideau» et d'«incontestabilité» exposés précédemment, le troisième et dernier pilier sur lequel repose le système Torrens. Il permet de limiter le préjudice subi par une personne dont le droit de propriété se trouve définitivement éteint à la suite de l'inscription, au registre foncier, du titre d'un acquéreur de bonne foi qui porte sur le même immeuble. Ce principe était absent de la défunte réforme du système de publicité foncière prévue au *Code civil du Québec*. Il pourrait cependant être introduit au Québec, indépendamment de toute mesure destinée à conférer une force probante aux droits inscrits, si les conclusions d'un comité de travail formé durant l'automne 2001 par le ministre de la Justice y sont favorables⁶⁷. Cela ferait en sorte de corriger certains irritants du processus de garantie des titres immobiliers sans toutefois apporter de solution globale aux lacunes intrinsèques du système québécois de publicité foncière, semblables à celles qui minaient le système australien durant la première moitié du XIX^e siècle.

Contrairement aux règles québécoises sur la publicité foncière, le système Torrens privilégie les acquéreurs au détriment des propriétaires inscrits⁶⁸ et accorde ainsi une nette préférence à la sécurité «dynamique» plutôt qu'à la sécurité «statique»⁶⁹. En ef-

l'égard des tiers, Dijon, Imprimerie Régionale, 1907 à la p. 84 ; Ferron, *supra* note 42 aux pp. 270-71 ; E. Lehr, *Traité élémentaire de droit civil germanique*, t. 1, Paris, Plon, 1892 au n° 313 ; E. Besson, *supra* note 11 aux pp. 256, 285 et s. ; F. Cart, *L'inscription de la propriété immobilière dans le groupe des lois germaniques*, Lausanne, Auguste Jaunin, 1904 aux pp. 76-77.

⁶⁵ Voir *supra* notes 41 et 43. Les bannies se déroulaient pendant trois dimanches consécutifs dans la paroisse où se situait l'immeuble à acquérir. En l'absence d'opposition à la vente à l'intérieur des délais prescrits (huit jours calculés à partir de la troisième bannie ou dix ans lorsqu'il n'y avait eu qu'une seule bannie), l'acheteur devenait définitivement propriétaire de l'immeuble. Il importait peu que son auteur, qui devait obligatoirement avoir possédé l'immeuble pendant plus d'un an antérieurement à la vente, ait lui-même été réellement propriétaire. Il n'était nullement tenu compte de la bonne ou de la mauvaise foi de l'acquéreur. Le droit de l'acquéreur était protégé dès qu'un juge avait pris acte de l'accomplissement des bannies. Voir Couchouren, *supra* note 41 aux pp. 30-36, 60-68.

⁶⁶ Voir le texte correspondant aux notes 85-88.

⁶⁷ Voir P. Bégin, «Le ministre de la Justice et notaire général du Québec prend des engagements importants concernant la profession» *Entracte* 10:12 (15 décembre 2001) 3 à la p. 4 ; A. Duhamel, «Les notaires sur le pied de guerre» *Les Affaires* (29 décembre 2001) 17.

⁶⁸ Voir Whalan, «New Zealand», *supra* note 46 à la p. 276.

⁶⁹ Voir R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*, Paris, Arthur Rousseau, 1911 à la p. 72 et s. : «[L]a sécurité subjective donnée par l'application de l'idée de sécurité dynamique est une incitation à l'action, [...] la sécurité objective donnée par l'idée de sécurité statique protège les possédants. C'est alors au législateur à choisir entre ces deux données dont la valeur relative est indémontrable. [...] Les législateurs occidentaux, hommes d'action, pencheront en général pour la première qui favorise les affaires. Au contraire ceux qui veulent surtout défendre les droits ac-

fet, le principe du rideau dispense les acquéreurs d'examiner la chaîne des titres du titulaire d'un droit inscrit⁷⁰. Par ailleurs, l'acquéreur de bonne foi, et pour valeur⁷¹, n'a pas à se soucier d'un éventuel vice dans le titre de son vendeur, à partir du moment où les inscriptions au registre foncier démontrent que ce vendeur est bel et bien propriétaire de l'immeuble convoité⁷². Le titulaire d'un droit inscrit est, pour sa part, à l'abri de toute poursuite qu'un tiers pourrait tenter de fonder sur un droit n'apparaissant pas au registre, car la simple connaissance qu'il aurait pu avoir de l'existence d'une convention ne suffit pas à la lui rendre opposable si elle n'a pas été inscrite.

B. L'application des principes régissant le système Torrens

Les trois principes sur lesquels repose le système Torrens⁷³ ne sont pas appliqués de manière uniforme dans les pays qui les ont adoptés. La force probante que procure ce système de publicité foncière, de même que les modalités d'indemnisation des personnes qui en subissent des préjudices, peuvent donc varier d'un État à l'autre. Ces principes s'éloignent considérablement des règles de droit applicables au Québec.

1. Le caractère relatif ou absolu de la force probante

La portée du principe du rideau et de celui d'incontestabilité est assez facile à comprendre dans le contexte de relations entre, d'une part, une personne dont les droits sont inscrits au registre foncier et, d'autre part, un acquéreur potentiel ou encore un tiers qui prétend détenir des droits contraires sur le même immeuble. La question de la conséquence du principe d'incontestabilité sur l'inscription d'un droit dérivant d'un acte nul s'est toutefois posée en Australie d'abord, et en Nouvelle-Zélande en-

quis, les partisans des conceptions aristocratiques ou contemplatives de la vie, pencheront évidemment plus pour la seconde». ; voir aussi Whalan, «New Zealand», *ibid.* à la p. 259.

⁷⁰ Avant l'instauration du système Torrens, cet examen rétrospectif était essentiel (notamment en raison de l'application de la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, selon laquelle nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même) afin de permettre de découvrir et de corriger les faiblesses dont le titre du vendeur pouvait être affecté ; voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.01. La protection conférée par l'application du «principe du rideau» ne s'étend toutefois pas aux limites des immeubles ; voir Birrell *et al.*, *supra* note 46 aux sections 1.2 et 2.

⁷¹ Voir Di Castri, *supra* note 45 au para. 875. Cette condition est différente de celle qui était prévue à l'article 2962 C.c.Q. : voir Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 à la p. 285.

⁷² Voir Gibbs, *supra* note 48 à la p. 254 : «[...] every one who purchases, in bonâ fide and for value, from a registered proprietor, and enters his deed of transfer or mortgage on the register, shall thereby acquire an indefeasible right, notwithstanding the infirmity of his author's title».

⁷³ Le principe «du rideau», le principe d'«incontestabilité» (du «miroir» ou d'«irrévocabilité») et le principe d'«assurance».

suite⁷⁴. Si, à l'égard d'un acquéreur ou des tiers qui consultent le registre foncier, l'inscription a pour effet de corriger, d'une certaine manière, les vices du titre d'un propriétaire vendeur⁷⁵, est-il en revanche permis de conclure, lorsque le titre du vendeur est valable, que l'effet correcteur de l'inscription jouera entre les parties à un acte nul ? En d'autres termes, l'inscription peut-elle, dans le système Torrens, venir au secours d'un acheteur qui, en toute bonne foi, a conclu un acte nul ?

Deux théories, proposant chacune une solution différente au problème de la portée *inter partes* de l'inscription d'un droit résultant d'un acte nul, se sont longtemps opposées⁷⁶. La première, appelée «théorie de l'incontestabilité différée»⁷⁷, prône l'application de l'effet correcteur de l'inscription aux seules transactions conclues après celle qui est affectée de nullité. En d'autres mots, un titre inscrit sur la base d'une transaction nulle peut, en vertu de cette théorie, être attaqué par le propriétaire lésé indépendamment du fait de son inscription⁷⁸. Conformément au principe du rideau, le titre susceptible d'annulation ne devient incontestable qu'à partir du moment où un tiers, s'étant fié de bonne foi à l'inscription de ce titre au registre foncier, acquiert l'immeuble pour valeur et fait inscrire son propre droit au registre. La seconde théorie, connue sous le nom de «théorie de l'incontestabilité immédiate»⁷⁹, penche, au contraire, pour une protection directe du droit de l'acquéreur pour valeur inscrit de bonne foi au registre foncier — à savoir une protection qui s'applique sans que la présence d'un intermédiaire ne soit nécessaire — même si le contrat grâce auquel l'inscription a pu être obtenue est nul ou susceptible d'annulation.

⁷⁴ Voir *Gibbs*, *supra* note 48 ; *Assets Co c. Mere Roihi*, [1905] A.C. 176, 92 L.T. 397 ; *Boyd*, *supra* note 59 à la p. 1201.

⁷⁵ Cette correction est une conséquence du principe d'incontestabilité. Pour opérer une purge des vices de titre, l'inscription doit cependant porter sur un droit acquis sans fraude. De plus, les ayants cause d'un propriétaire dont le droit a été acquis de manière frauduleuse doivent eux-mêmes être de bonne foi s'ils veulent bénéficier de l'effet correcteur du principe d'incontestabilité du droit de leur auteur.

⁷⁶ Voir *Bradbrook*, *MacCallum et Moore*, *supra* note 12 aux para. 4.27-4.32 ; *Hinde*, *supra* note 30 aux pp. 40-50 ; *Whalan*, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 297-308 ; *R. Sackville*, «The Torrens System — Some Thoughts on Indefeasibility and Priorities» (1973) 47 A.L.J. 526 aux pp. 528-32 ; *Woodman*, *supra* note 49 aux pp. 96-105.

⁷⁷ En anglais, il s'agit de «*deferred indefeasibility theory*».

⁷⁸ Par exemple, lorsqu'une vente est consentie *a non domino*, c'est-à-dire par une personne qui n'était titulaire d'aucun droit sur l'immeuble vendu, le «véritable propriétaire» peut faire annuler l'inscription du titre accordé à l'acquéreur même si ce dernier était de bonne foi. Toutefois, le titre que cet acquéreur cède par la suite à un tiers de bonne foi devient incontestable dès son inscription. L'inscription d'un droit transmis au moyen d'un acte nul n'acquiert donc un caractère incontestable, en vertu de la théorie de l'incontestabilité différée, que lorsque cette inscription sert de fondement à une inscription subséquente.

⁷⁹ En anglais, on parle de «*immediate indefeasibility theory*».

Le conflit entre les deux théories portant sur la valeur d'un droit inscrit sur la base d'un titre nul a été tranché, en Australie et en Nouvelle-Zélande, en faveur de la doctrine de l'incontestabilité immédiate⁸⁰. À moins que le titulaire d'un droit inscrit ait lui-même employé des moyens frauduleux pour parvenir à ses fins, l'inscription permet, en principe, de rendre son droit irrévocable, y compris à l'égard de la personne qui le lui a cédé ou du vrai propriétaire dont on a contrefait la signature. Ces derniers sont, de la sorte, dépouillés de la faculté d'obtenir, d'une part, l'annulation de l'acte en vertu duquel a été transmis le droit du titulaire inscrit et de requérir, d'autre part, la radiation de l'inscription qui consacre l'anéantissement de leur titre. Cela est conforme avec le fait que l'inscription possède un effet constitutif de droit dans le système Torrens⁸¹.

C'est, a-t-on dit, principalement pour des raisons pratiques et de sécurité que la théorie de l'incontestabilité immédiate a été admise en Nouvelle-Zélande et en Australie :

[...] the case for immediate indefeasibility is not based on irrefutable logic, but must depend on value judgments concerning the weight of conflicting policies. [...] Security of title is undoubtedly a basic aim of the Torrens system and a registered proprietor is insecure to the extent that his signature can be forged to a registrable instrument and his certificate of title can be obtained by the forger. Yet deferred indefeasibility potentially threatens the security of *all* titles, since an innocent purchaser always runs the risk of having his title impeached on the ground that registration of his title was based on a void instrument. Ultimately the most convincing rationale for immediate indefeasibility lies in the proposition that no purchaser of Torrens system land should be required to investigate the history of his vendor's title or to make inquiries that are burdensome or difficult. Any other view increases the cost and complexity of all conveyancing transactions, as well as detracting from the goal of security of title. If a purchaser taking a registrable transfer is required to ascertain at his peril the true identity of the person signing the transfer, an unduly onerous burden is placed on him⁸².

L'inscription confère donc aux droits portés au registre foncier une force probante absolue, car ces droits sont réputés faire partie du patrimoine de l'acquéreur, dans les cas

⁸⁰ Voir *Breskvar c. Wall* (1971), 126 C.L.R. 376 à la p. 386 [ci-après *Breskvar*] : «[...] a registration which results from a void instrument is effective according to the terms of the registration. It matters not what the cause or reason for which the instrument is void»; l'arrêt *Breskvar*, qui concernait l'Australie, allait dans le même sens que la décision du Conseil privé rendue quatre ans plus tôt, en 1967, dans l'affaire néo-zélandaise *Frazer, supra* note 62 à la p. 584.

⁸¹ Voir *Breskvar, ibid.* à la p. 386 : «The title [which the certificate of title] certifies is not historical or derivative. It is the title which registration itself has vested in the proprietor»; *Frazer, ibid.* à la p. 580 : «It is in fact the registration and not its antecedents which vests and divests title»; voir également *Commonwealth c. State of New South Wales* (1918), 25 C.L.R. 325 à la p. 342.

⁸² Sackville, *supra* note 76 à la p. 531. Voir aussi Hinde, *supra* note 30 aux pp. 70-75.

où il était de bonne foi, peu importe qu'un vice soit apparu au cours de l'une des étapes du transfert⁸³. Dans les provinces canadiennes ayant adopté le système Torrens, les tribunaux ont, en revanche, préféré la théorie de l'incontestabilité différée⁸⁴. Le système Torrens, dans sa «version canadienne», n'est donc pas, à proprement parler, un système constitutif doté d'une force probante «absolue». Il se rapproche plutôt des systèmes de publicité foncière allemand et suisse⁸⁵.

Peu importe que l'on retienne la solution de la théorie de l'incontestabilité immédiate ou celle apportée par la théorie de l'incontestabilité différée, quelqu'un subit nécessairement, en définitive, un préjudice. Dans la première hypothèse, il s'agit du propriétaire victime d'un fraudeur qui imite sa signature et dont la propriété est vendue à un tiers de bonne foi⁸⁶; dans la seconde hypothèse, il s'agit plutôt du tiers de bonne foi qui apporte des améliorations à l'immeuble qu'il croit avoir acquis du véritable propriétaire⁸⁷. C'est pourquoi on ne peut affirmer que l'une de ces théories soit plus équitable que l'autre. La pire décision aurait probablement été de n'en prendre aucune, de refuser de trancher, en faveur du propriétaire trompé ou du tiers acquéreur, le nœud gordien relatif à la valeur de la force probante des inscriptions au registre foncier.

⁸³ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.25. La force probante des inscriptions en Australie et en Nouvelle-Zélande est qualifiée d'absolue par rapport à celle plus mitigée que l'on trouve dans les autres grands systèmes de publicité foncière actuels. D'anciennes législations ont toutefois déjà accordé à la publicité foncière une force probante supérieure à celle du système Torrens, c'est-à-dire une force probante vraiment «absolue», voir *supra* notes 69 et 70; *infra* note 102; voir aussi Deschenaux, *supra* note 19 à la p. 17; L. Bordeaux, *Les nouvelles législations immobilières et hypothécaires*, Paris, Dalloz, 1917 au n° 463.

⁸⁴ Voir Di Castri, *supra* note 45 aux para. 758-60; M. Neave, «Indefeasibility of Title in the Canadian Context» (1976) 26 U.T.L.J. 173 aux pp. 178-182; R.B. White, «The Elements of a Torrens Title» (1973) 11 Alta L. Rev. 392 à la p. 408.

⁸⁵ Alors que l'Australie et la Nouvelle-Zélande admettent qu'une inscription au registre foncier puisse être incontestable à l'égard des parties à l'acte inscrit, la Suisse et l'Allemagne ont préféré rejeter cette théorie de l'incontestabilité immédiate, proche de l'ancien système lanséatique, comme en fait foi la présomption simple d'existence des droits inscrits exposée aux articles 891 et 894 du Code civil allemand ainsi qu'aux articles 937 et 975 du Code civil suisse. La Suisse et l'Allemagne ont adopté la théorie de l'incontestabilité différée, ou principe de la foi publique (Code civil allemand, art. 892; Code civil suisse, art. 973), laquelle est destinée à protéger les tiers qui se fient de bonne foi aux inscriptions contenues aux registres fonciers, même lorsque ces inscriptions ne sont pas exactes. Pour une reproduction de la plupart de ces dispositions, voir Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 aux pp. 276, 280.

⁸⁶ Voir White, *supra* note 84 à la p. 404.

⁸⁷ Pour un plaidoyer en faveur de cette théorie, voir White, *ibid.* aux pp. 397-98, 409.

Lors de l'adoption du *Code civil du Québec*, le législateur québécois avait prévu la mise en vigueur d'un article, maintenant abrogé⁸⁸, qui aurait consacré la théorie de l'incontestabilité immédiate au Québec. L'article 2944, al. 2 C.c.Q. était, en effet, destiné à consolider un droit en le rendant irrévocable non seulement à l'égard des tiers mais aussi à l'encontre de la personne même qui en aurait disposé⁸⁹. Plutôt que de s'appliquer instantanément, la purge des vices de titres opérée par cet article aurait été conditionnelle à l'absence de contestation du droit inscrit pendant une période de dix ans⁹⁰, ce qui correspond à ce que prévoit la Suisse alors que l'Allemagne impose l'écoulement d'un délai de trente ans. De plus, le principe québécois se serait appliqué indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du titulaire mentionné au registre foncier, contrairement à ce que prévoient les règles australiennes et néo-zélandaises sur l'incontestabilité immédiate.

L'application du principe du rideau et de la théorie de l'incontestabilité immédiate, lorsque cette dernière est admise, obligent à nuancer la portée du principe fondamental de l'incontestabilité du titre qui caractérise le système Torrens. S'il est vrai que le principe d'incontestabilité signifie qu'un titre ne peut être annulé, cela ne veut pas dire que le titre ne sera jamais écarté consécutivement à l'inscription d'un autre titre incontestable :

a title which is indefeasible at one point of time may very well be defeated subsequently. Indeed, total indefeasibility is unattainable under the system (and is perhaps an unattainable ideal in any event) ; for every successive "indefeasible title" that is conferred by registration has the potentiality to destroy the protection that registration conferred on the previous "indefeasible title". "Indefeasibility" is a shield which will ward off most attacks on a title, but which will be pierced, with fatal results to the title which it guards, by the sword of a later "indefeasible title"⁹¹.

Il en aurait été de même en droit québécois si le principe de l'acquisition tabulaire, prévu à l'article 2944, al. 2 C.c.Q., avait été mis en vigueur au lieu d'être abrogé⁹².

⁸⁸ Voir *Loi modifiant le Code civil*, *supra* note 2, art. 15 ; au moment de la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, les effets de cet article avaient été suspendus par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *supra* note 2, art. 155(1).

⁸⁹ Cet article introduisait au C.c.Q. un principe que nous avons qualifié d'«acquisition tabulaire». Voir Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 aux pp. 308-09.

⁹⁰ Rappelons que le nom de la théorie de l'«incontestabilité immédiate» ne fait pas référence au moment où elle s'applique mais à la personne à qui elle s'applique.

⁹¹ Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 296-97. Voir aussi Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.23.

⁹² Voir Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 à la p. 299 ; *Loi modifiant le Code civil*, *supra* note 2, art. 15, 252.

En résumé, le système Torrens est, dans son pays d'origine, un système de publicité constitutive, puisque ce ne sont pas les conventions conclues entre les cocontractants mais les inscriptions au registre foncier qui opèrent le transfert des droits⁹³. Il s'agit d'une première différence, que l'on peut qualifier de mineure⁹⁴, par rapport au droit civil québécois qui a toujours privilégié la force créatrice de la volonté. Le système de publicité instauré par Torrens confère aux inscriptions une force probante que l'on pourrait qualifier d'absolue en Australie et en Nouvelle-Zélande⁹⁵. En effet, hormis l'emploi de moyens frauduleux pour les obtenir⁹⁶, les inscriptions font preuve de l'existence d'un droit non seulement à l'égard des tiers, comme le veut le principe d'incontestabilité du titre, mais aussi entre les parties contractantes puisque ces pays ont retenu la doctrine de l'incontestabilité immédiate. En revanche, le système Torrens n'accorde aucune force probante absolue aux inscriptions dans les provinces canadiennes qui l'ont adopté puisque, contrairement à la Nouvelle-Zélande et aux états australiens, les tribunaux canadiens semblent préférer la théorie de l'incontestabilité différée à celle de l'incontestabilité immédiate.

2. La portée du principe d'assurance

Seul l'État, par la procédure de l'inscription, a le pouvoir d'octroyer des titres à l'intérieur du système Torrens tel qu'il est appliqué dans son pays d'origine⁹⁷. L'unique volonté des parties à une convention est donc insuffisante pour opérer un transfert. Dans ce contexte, il est alors normal que l'État soit amené à offrir un dédommagement aux individus qui, n'eût été de la force probante absolue des inscriptions au registre foncier, n'auraient pas subi l'extinction de leur droit au profit d'un

⁹³ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 4.25, 5.10-5.11 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 154, 281, 294.

⁹⁴ Voir *supra* note 56.

⁹⁵ Il convient toutefois de relativiser le sens du mot «absolu». Voir *supra* note 83 et *infra* note 96.

⁹⁶ Voir à la p. 22, ci-dessus. Compte tenu des exceptions — dont la fraude constitue un exemple — apportées au principe d'incontestabilité du titre, il convient de nuancer la portée de l'expression «force probante absolue» et de ne pas être aussi catégorique que certains auteurs français à propos des effets de l'inscription des droits dans le système Torrens. Voir G. Thion de la Chaume, *De la publicité des droits réels en France et à l'étranger*, Paris, A. Pedone, 1901 à la p. 160 ; E. Thave, *Du registre foncier dans le nouveau Code civil suisse*, Paris, A. Pedone, 1910 à la p. 96 ; A. Bitouzé, *Le double aspect de la publicité foncière. Institution civile et institution de police*, thèse, Université de Reunes, 1960 aux pp. 110-11 ; Grisoni, *supra* note 56 à la p. 50 ; P.-J. Chenu, *De la transcription à la publicité foncière*, Bordeaux, Impr. Delmas, 1960 à la p. 52. Comme le soulignait Harrison, *supra* note 31 à la p. 131 : «General statements as to the effect of registration [...] are often incorrect because they confuse the protection given to a bona fide purchaser on the faith of the register with the more limited protection conferred by a certificate as such».

⁹⁷ Voir *supra* note 81 ; Viollette, *supra* note 40 à la p. 29 : «Torrens suppose qu'à chaque mutation la terre est censée revenir à l'État qui la concéderait directement».

tiers acquéreur de bonne foi⁹⁸. Le principe d'assurance vient contrebalancer les effets du principe d'incontestabilité des inscriptions⁹⁹. À défaut pour la personne dépouillée d'un droit réel de pouvoir exercer une action en revendication contre le titulaire du droit inscrit à la place du sien¹⁰⁰, il ne reste donc à cette victime de l'application de la règle de l'incontestabilité que la possibilité d'intenter une action en dommages contre l'État sur la base du principe d'assurance. Au Québec, l'indemnisation repose traditionnellement sur les épaules des notaires et, depuis peu, sur des compagnies d'assurance-titre¹⁰¹.

Dans la majorité des états australiens, une disposition de la loi Torrens oblige les victimes à essayer d'obtenir, par elles-mêmes, une compensation en poursuivant l'auteur de leur dommage¹⁰². Tout recours contre l'État, représenté par le registraire, n'est possible que si le responsable de la perte subie est décédé, a fait faillite, est introuvable ou a transféré, de bonne foi, son droit réel à un tiers¹⁰³. Une certaine complexité entoure donc la mise en œuvre du principe d'assurance, ce qui retarde le moment de la réparation du préjudice. L'indemnité versée par l'État, à même le fonds prévu à cet effet¹⁰⁴, correspond à la valeur du dommage subi par le demandeur. On

⁹⁸ Voir R.R. Torrens, cité par Di Castri, *supra* note 45 à la p. 22-1 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 297, 345 et s. ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.121 et s.

⁹⁹ Ruoff, *supra* note 47 aux pp. 17, 32 :

the insurance principle [...] warrants that if the mirror of title gives a specious or an incomplete reflection by reason of which someone incurs a loss that cannot otherwise be made good, the State will recompense him. When this happens there is a conversion of a legal right into cash, for the person deprived is to be put in the same situation, so far as money can do it, as if the wrongful act complained of had not been done.

¹⁰⁰ Il demeure possible d'exercer une action en revendication si le nouvel acquéreur a employé des moyens frauduleux pour faire inscrire son titre et qu'il n'a pas, par la suite, transmis l'immeuble à un tiers de bonne foi. La fraude étant une exception à l'application du principe d'incontestabilité du titre, le propriétaire dont le droit a été éteint ne pourra poursuivre l'État que si son action en revendication exercée contre le fraudeur, inscrite au registre foncier, s'est avérée infructueuse.

¹⁰¹ Voir Duhamel, *supra* note 67.

¹⁰² Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 352-53.

¹⁰³ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.129 ; Whalan, *ibid.* aux pp. 353-54.

¹⁰⁴ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.122 ; P.W. Young, «Current Issues» (1996) 70 A.L.J. 785 à la p. 786. Depuis 1975, l'État d'Australie-Méridionale a versé trois millions de dollars australiens pour indemniser des victimes de fraude. De plus, un demi million de dollars ont été déboursés à titre de compensation pour des erreurs commises par le personnel responsable du livre foncier et 82 000\$ pour d'autres erreurs relatives, principalement, au cadastre. En juin 1996, des dossiers de demande d'indemnisation totalisant 3 500 000\$ n'avaient pas encore été traités.

tend à évaluer ce montant non pas à la date où s'est produit le préjudice, mais à celle où l'action en dommages a été intentée¹⁰⁵.

Si les principes de base du système Torrens sont relativement simples à comprendre, il reste à voir quelle procédure fut adoptée pour rendre leur application possible dans les pays et les provinces où il est en vigueur.

C. Les contrôles sur lesquels repose le bon fonctionnement du système Torrens

En pratique, de nombreux contrôles précèdent l'inscription du transfert d'un droit au registre foncier, de telle sorte que la fraude demeure exceptionnelle dans un système de type Torrens. Les contrôles les plus importants ont lieu lorsque le propriétaire d'un immeuble concédé avant l'instauration du système Torrens décide d'abandonner le système traditionnel d'enregistrement — *deed registration system* — pour soumettre son immeuble au système Torrens¹⁰⁶. La conversion d'un immeuble au système Torrens passe alors nécessairement par une opération dite d'«immatriculation»¹⁰⁷ qui consiste à rechercher et à inscrire, sur le feuillet d'un registre foncier, l'ensemble des droits qui grèvent cet immeuble. Cette opération s'apparente à la procédure du «report des droits» prévue au *Code civil du Québec*¹⁰⁸. Des contrôles de moindre envergure ont lieu, par la suite, lors de chaque aliénation. Nous traiterons brièvement, à tour de rôle, des mesures de contrôle qui précèdent et qui suivent la mise en application du système Torrens pour un immeuble donné.

1. Les contrôles conduisant à l'implantation du système Torrens

En Australie, la procédure d'immatriculation qui permet aux propriétaires d'assujettir leur immeuble au système Torrens est généralement facultative lorsque les immeubles ont été concédés par la Couronne avant l'adoption de la loi Torrens. Elle est, en revanche, obligatoire pour les concessions postérieures, l'immatriculation

¹⁰⁵ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.134 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 357-59.

¹⁰⁶ Voir le texte correspondant au note 19 et s. Le *deed registration system*, premier système de publicité foncière en vigueur en Australie, était d'inspiration anglaise et ressemblait, quant à ses effets, au système actuellement en vigueur au Québec. En effet, les futurs acquéreurs devaient, avant de conclure une transaction, examiner le titre du propriétaire vendeur ainsi que celui de chacun de ses auteurs successifs.

¹⁰⁷ Voir Gide, *supra* note 18 à la p. 293.

¹⁰⁸ Voir les art. 3046 à 3053 C.c.Q., abrogés par l'article 73 de la *Loi modifiant le Code civil*, *supra* note 2; Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 aux pp. 316-18.

ayant alors lieu d'office¹⁰⁹. Face aux protestations des juristes hostiles à une modification des règles australiennes d'inspiration anglaise portant sur la publicité foncière, Torrens avait compris l'inutilité d'imposer aux propriétaires, par des textes de loi rigides, l'adoption d'un nouveau système dont les mérites ne pouvaient aisément être révélés que par un usage volontaire. De fait, sa stratégie de laisser aux titulaires de droits réels le libre choix d'opter pour l'un ou l'autre des systèmes de publicité porta fruit, puisqu'un nombre de plus en plus important de propriétaires décidèrent, librement, de placer leur immeuble sous le régime du système Torrens au vu des avantages qu'ils pouvaient en retirer¹¹⁰. Parmi ces avantages, on peut citer la facilité d'obtenir du crédit et de trouver des acquéreurs grâce aux garanties rattachées à l'inscription des droits¹¹¹. Aujourd'hui, la presque totalité des immeubles situés en Nouvelle-Zélande, en Australie-Méridionale, en Australie-Occidentale et dans l'État du Queensland sont assujettis au système Torrens, tandis que l'on continue de procéder à des immatriculations d'immeubles en Nouvelle-Galles du Sud, en Tasmanie, dans l'État de Victoria et, au Canada, dans les provinces de l'Ontario, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick¹¹². Au Québec, les difficultés liées à la conception d'un mode fonctionnel et équitable de «report des droits» sont à la base de l'abandon, par le législateur, du système de publicité foncière dont les effets, imaginés à l'occasion de la réforme du Code civil, se seraient rapprochés de ceux que l'on retrouve dans un système Torrens¹¹³.

Le propriétaire d'un immeuble qui désire en obtenir l'immatriculation doit, en Australie, adresser à l'autorité compétente un formulaire de demande. Outre certaines mentions relatives à son droit de propriété, le requérant est tenu de faire état des droits dont des tiers sont titulaires sur son immeuble et de fournir le nom et l'adresse des occupants et des propriétaires des héritages contigus. À l'appui de sa demande, le propriétaire est également tenu de déposer une copie de tous les actes en sa possession qui constituent ou qui modifient son titre sur l'immeuble et de fournir un plan certifié

¹⁰⁹ Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 47, 50 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.135.

¹¹⁰ Les conversions volontaires au système Torrens n'ont pas remporté le même succès aux États-Unis. Voir M. Lobel, «A Proposal for a Title Registration System for Realty» (1977) 11 U. Richmond L. Rev. 501 aux pp. 519-20.

¹¹¹ Voir Whalan, «Success of Registration», *supra* note 38, aux pp. 418-19, 421.

¹¹² Voir Whalan, «New Zealand», *supra* note 46 à la p. 258 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 50 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 1.04, 4.135, 4.08 ; Lamont, *supra* note 45 aux pp. 1-10, 1-11. En Alberta, où existait un *deeds registration system* avant l'implantation du système Torrens, tous les immeubles ont maintenant été convertis au système Torrens ; voir Petersson, *supra* note 45 aux pp. 1300-01.

¹¹³ Voir *Rapport Auger*, *supra* note 13 aux pp. 26-30 ; Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 aux pp. 316-18. Le même problème se pose aux États-Unis, voir *infra* note 189.

par un arpenteur-géomètre¹¹⁴. Étant donné l'importance des effets résultant de l'immatriculation, c'est-à-dire la force que confère la loi Torrens aux droits inscrits au registre foncier, les actes fournis par le propriétaire sont soigneusement examinés par le registrateur¹¹⁵ qui s'assure que l'immeuble appartient véritablement au requérant¹¹⁶. Cet examen de titres, comme le soulignait un auteur en 1861,

will not differ from that of an ordinary conveyancer ; only, that under the new system such examination will take place once for all, whereas... [under the deeds system] the process is repeated upon every fresh transaction¹¹⁷.

Les droits valablement constitués mais non portés au registre foncier perdent tous leurs effets lorsque le régime Torrens devient opérationnel. L'article 3046, al. 3 C.c.Q., maintenant abrogé¹¹⁸, prévoyait l'instauration d'une règle semblable. Pour éviter la radiation de droits non éteints, le registrateur fait publier les demandes d'immatriculation dans la *Gazette officielle* et dans un journal local. Il fixe également une période, dont la durée peut varier suivant la complexité du dossier, pendant laquelle toute personne prétendant avoir un droit sur un immeuble peut, d'une part, prendre connaissance de l'intention du propriétaire d'assujettir l'immeuble au système Torrens et, d'autre part, faire opposition à la procédure d'immatriculation¹¹⁹. Le registrateur est également libre d'ordonner la notification de toute demande d'immatriculation à l'une ou l'autre des personnes — par exemple un ayant droit ou un voisin — mentionnées par le demandeur dans le formulaire destiné à l'assujettissement de l'immeuble au système Torrens afin de s'assurer de leur consentement¹²⁰. Cette procédure a sans doute constitué une source d'inspiration pour le législateur québécois au moment de la conception de l'article 3051 C.c.Q. qui est maintenant abrogé¹²¹. La réception, par le registrateur, d'un formulaire d'opposition entraîne la suspension de l'immatriculation jusqu'à ce que le conflit entre le proprié-

¹¹⁴ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 4.136, 4.141 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 19, 51, 56, 60, 61.

¹¹⁵ Dans l'État australien de Victoria, l'examen des titres préalable à la conversion d'un immeuble au régime de la loi Torrens peut, lorsque cette conversion est demandée à l'occasion d'une vente ou d'une hypothèque, être confié au *solicitor*, déjà chargé de se prononcer sur la qualité du titre du vendeur ou du constituant, plutôt qu'au registrateur. Cette mesure a été adoptée en 1986 pour réduire les coûts liés aux conversions. Le fonds d'assurance couvre les erreurs commises par le *solicitor*, sauf s'il a agi par fraude. Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* aux para. 4.128, 4.131, 4.139.

¹¹⁶ Voir *ibid.* au para. 4.138 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 57.

¹¹⁷ H. Sewell, cité par Whalan, *ibid.*

¹¹⁸ Voir *supra* note 108.

¹¹⁹ Ces mesures de publicité ne sont pas sans rappeler celles utilisées autrefois en Bretagne ; voir *supra* note 41.

¹²⁰ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 4.136-4.137 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 57-58.

¹²¹ Voir *supra* note 108.

taire et l'opposant soit tranché par les tribunaux. La suspension est toutefois levée lorsque l'opposant n'a entrepris aucune démarche pour faire confirmer son droit à l'intérieur d'une période de temps déterminée¹²².

Ce n'est qu'une fois ces contrôles effectués et ces précautions prises que le registraire peut faire droit à une demande d'immatriculation en délivrant un certificat de titre au demandeur. Compte tenu de la sévérité des contrôles et du désir des gouvernements étatiques d'accélérer la conversion des immeubles au système Torrens, des dispositions particulières permettent désormais aux requérants d'obtenir l'immatriculation de leur immeuble en dépit de l'imperfection de leur chaîne de titres. Dans l'État de Victoria, il est alors nécessaire pour le requérant de verser une contribution au fonds d'assurance constitué pour indemniser les victimes de l'application des principes de base des lois Torrens¹²³. En Nouvelle-Galles du Sud, ce sont plutôt des certificats de titre comportant des restrictions qui sont émis pour prévenir les futurs acquéreurs de la possibilité que des charges non identifiées grèvent l'immeuble désigné. Ces droits, non mentionnés au certificat de titre mais maintenus exceptionnellement en vigueur par une clause restrictive inscrite sur le certificat, ne s'éteignent qu'après l'expiration d'un délai que le législateur de Nouvelle-Galles du Sud a fixé à six ou douze ans suivant les circonstances¹²⁴. Ce même législateur autorise également l'émission de certificats de titre portant une réserve en ce qui concerne les limites d'un immeuble, lorsque la détermination de ces limites est impossible à obtenir avec précision¹²⁵. Toujours dans l'espoir d'activer la conversion au système Torrens, les lois australiennes, plutôt que de s'en remettre à la seule volonté des propriétaires d'abandonner le *deed registration system*, contiennent, depuis moins d'une cinquantaine d'années, des dispositions rendant l'immatriculation obligatoire dans certaines circonstances¹²⁶. Le registraire est ainsi autorisé, par exemple, à exiger que les subdi-

¹²² Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.137 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 58.

¹²³ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.138. Cette manière de procéder se rapproche de l'assurance-titre, voir section III.B, ci-dessous.

¹²⁴ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.140. Cette procédure ressemble à celle qu'un auteur a proposée pour faciliter l'implantation du système Torrens aux États-Unis. Voir B. Goldner, «The Torrens System of Title Registration : A New Proposal for Effective Implementation» (1982) 29 U.C.L.A. L. Rev. 661 à la p. 690 et s.

¹²⁵ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* Des titres «*limited as to parcels*» et «*limited as to title*», c'est-à-dire dont les bornes ou la qualité du titre elle-même ne sont pas garantis, peuvent également être émis en Nouvelle-Zélande. Voir J.A.B. O'Keefe et W.L. Farrands, *Introduction to New Zealand Law*, 2^e éd., Wellington, Butterworths, 1973 à la p. 335 ; Ruoff, *supra* note 47 à la p. 54 ; M.H. Warburton Mnzis, «The Doctrine of Possession in New Zealand's Land Transfer System» *New Zealand Surveyor* n° 285 (mars 1995) 32.

¹²⁶ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* aux para. 4.142-4.145 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 64-71.

visions d'immeuble ou encore les lots tridimensionnels de copropriété soient immatriculés au moment de leur création. Dans l'État du Queensland, une disposition prévoit même qu'en cas de défaut pour un propriétaire de se conformer aux avis répétés du registrateur imposant l'immatriculation des immeubles situés dans un secteur donné, son immeuble deviendra automatiquement la propriété de l'État après l'écoulement d'une période de douze ans¹²⁷.

Le certificat de titre, délivré par le registrateur au terme de la procédure d'immatriculation, est le duplicata du feuillet du registre foncier propre à un immeuble¹²⁸. Le registre foncier constitue, en effet, un recueil, souvent informatisé, de feuillets immobiliers identifiés par un numéro de référence et sur lesquels sont inscrits tous les droits, encore en vigueur, consentis sur un immeuble ainsi que le nom de leur titulaire. À moins qu'une indication¹²⁹ ne vienne restreindre la portée des mentions inscrites au registre foncier, les feuillets de ce registre et les certificats de titre qui en sont la copie font preuve des droits qui y sont inscrits. Les irrégularités qui seraient survenues lors de la procédure d'immatriculation ne peuvent être invoquées pour contredire les inscriptions du registre foncier¹³⁰. Une fois délivré au propriétaire, le certificat de titre a pour effet de prouver que la personne qui y est dénommée est réellement investie des droits spécifiés¹³¹.

2. Les contrôles résultant de l'implantation du système Torrens

L'immatriculation marque le point de départ de l'application des trois principes fondamentaux qui font l'originalité du système Torrens. Les contrôles exigés préalablement à l'immatriculation sont imposants mais, une fois accomplis et la délivrance du certificat de titre obtenue, les transactions subséquentes s'en trouvent simplifiées. Il n'est plus nécessaire, en effet, de procéder à un examen de titres lors de chaque mutation de propriété, contrairement à ce que devront continuer de faire les acquéreurs québécois en conséquence de l'abandon de la deuxième phase de la réforme de la publicité foncière¹³². Sous le régime du système Torrens, il suffit à l'acquéreur de remettre au registrateur une copie de l'acte de transfert, conclu avec le vendeur sur la base des seules inscriptions apparaissant au registre foncier¹³³, et d'y joindre le certifi-

¹²⁷ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.144 ; Whalan, *ibid.* à la p. 67.

¹²⁸ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 4.09 ; Whalan, *ibid.* à la p. 79.

¹²⁹ Par exemple, une mention à l'effet que les contrôles exercés par le registrateur ne permettent pas de certifier que tous les droits affectant l'immeuble ont été immatriculés au registre foncier.

¹³⁰ Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 90.

¹³¹ Voir Whalan, *ibid.* à la p. 85.

¹³² Voir *Loi modifiant le Code civil*, *supra* note 2 ; Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1 à la p. 321.

¹³³ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.16. Normalement, une concordance parfaite existe entre les droits inscrits sur un feuillet du registre foncier et ceux dont il est fait

cat de titre qui était resté entre les mains du vendeur¹³⁴. Certaines lois Torrens exigent, en plus, la production d'une «attestation d'exactitude»¹³⁵, signée par le vendeur, à l'effet que le contrat «is correct for the purposes of the statute»¹³⁶. Après que le registraire ait vérifié que l'acte de vente a été signé par les parties en présence de témoins et qu'il respecte le formalisme exigé par la législation en vigueur¹³⁷, le transfert s'opère par l'inscription du droit de l'acquéreur au registre foncier¹³⁸. Il est ensuite complété par la remise d'un nouveau certificat de titre ou de l'ancien certificat amendé¹³⁹. La simplicité des procédures de transfert est, avec les garanties qui se rattachent aux inscriptions du registre foncier, l'un des principaux avantages du système Torrens. À l'inverse, une trop grande simplicité peut être une prime offerte à la fraude, puisqu'il suffira d'imiter la signature d'un propriétaire pour qu'il soit dépouillé de son bien. L'intervention d'un officier public lors des transactions immobilières, comme le suggérait Challamel il y a fort longtemps¹⁴⁰, serait sans doute de nature à augmenter la sécurité des titulaires de droits réels sans nuire pour autant aux acquéreurs.

III. La protection offerte par le système Torrens

La prescription acquisitive et l'assurance-titre sont souvent considérées comme les principaux moyens permettant de combler les lacunes de systèmes de publicité foncière dont la force probante est restreinte. Un auteur a d'ailleurs soutenu que

mention au certificat de titre. Par mesure de prudence, il est toutefois préférable pour les acquéreurs de se fier surtout aux inscriptions qu'ils découvriront en consultant le registre foncier. Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 91-92.

¹³⁴ Même si rien n'empêche les cocontractants de compléter eux-mêmes les formulaires d'acte de vente, ils ont le plus souvent recours aux services d'intermédiaires (avocats et agents immobiliers). Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* aux para. 5.09, 5.11.

¹³⁵ Traduction française de «*certificate of correctness*».

¹³⁶ Ruoff, *supra* note 47 à la p. 30. En Australie, seules la Tasmanie, Victoria et l'Australie-Occidentale sont muets quant à la nécessité de produire un tel certificat. Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 145.

¹³⁷ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 4.14 : «[...] the Registrar has general powers including the power to call for documents and to require persons to appear before her or him. Many powers of the Registrar are discretionary but the Registrar cannot refuse to register an instrument produced in proper form» ; Whalan, *Torrens System*, *ibid.* aux pp. 140, 147-48. «The Registrar is not mechanically to register all instruments presented to him : he has a duty to examine every instrument and to refuse to register any instrument, unless it deals with land in a manner and form provided in the Act or any other Act allowing registration under the Torrens Act» (Whalan, *ibid.* à la p. 148).

¹³⁸ Voir *supra* notes 81, 93 et le texte correspondant.

¹³⁹ Voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 156-57. Le certificat de titre a été comparé, non sans raison, à un «titre de bourse nominatif». Voir Bitouzé, *supra* note 96 à la p. 108 ; Besson, *supra* note 11 à la p. 338.

¹⁴⁰ Voir J. Challamel, (1886) 15 Bull. Soc. lég. comp. 330 à la p. 332.

l'importance de la prescription acquisitive serait inversement proportionnelle à la qualité des mécanismes conçus pour assurer la publicité des droits¹⁴¹. Cette théorie, selon laquelle un système de publicité foncière parfait rendrait la prescription inutile, servira de point de départ pour tenter de mesurer la qualité de la protection des droits réels immobiliers offerte par le système Torrens. L'assurance-titre constituera un second indicateur de performance dont nous évaluerons la pertinence. Nous chercherons notamment à savoir si le succès de ces polices d'assurance, destinées à indemniser les titulaires de droits incertains en cas de poursuite, est attribuable à l'existence de systèmes de publicité foncière offrant peu de garanties aux propriétaires inscrits¹⁴². En principe, le degré de pénétration de la prescription acquisitive et de l'assurance-titre en Australie, aux États-Unis et dans l'Ouest canadien devrait permettre de connaître le niveau de protection des titulaires de droits réels immobiliers qu'offre le système Torrens et de le comparer aux performances du système québécois de publicité foncière.

A. Le système Torrens et la prescription

C'est un lieu commun de lire, dans les rares ouvrages de langue française contenant des développements approfondis sur le système Torrens, que la prescription acquisitive n'a aucune raison d'être en Australie et qu'elle aurait été supprimée lors de l'implantation, à partir de 1858, de nouvelles règles sur le transfert de propriété et la publicité foncière¹⁴³. Il est vrai que les principes fondamentaux du système Torrens, notamment celui d'«incontestabilité» du titre porté au registre foncier, peuvent sembler incompatibles avec un mode de preuve et d'acquisition de la propriété fondé sur la possession prolongée d'un immeuble¹⁴⁴. Il serait, d'une part, logique que la prescription acquisitive soit devenue inutile en tant que moyen de preuve et que, grâce à la

¹⁴¹ Voir G. Cornil, *Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, Bruxelles, Bruylant, 1890 à la p. 70 : «Aucune législation, jusqu'à ce jour, n'a consacré un système parfait de publicité de la propriété. L'usucapion subsiste donc partout, comblant, dans une certaine mesure, les lacunes des différents systèmes de publicité de la propriété ; mais plus la publicité augmente, plus le rôle de l'usucapion s'efface».

¹⁴² Voir Goldner, *supra* note 124 aux pp. 668-69 ; J.L. McCormack, «Torrens and Recording : Land Title Assurance in the Computer Age» (1992) 18 William Mitchell L. Rev. 61 à la p. 78 ; S.J. Quiner, «Title Insurance and the Title Insurance Industry» (1973) 22 Drake L. Rev. 711 à la p. 720. Voir *contra* Shick et Plotkin, *supra* note 45 à la p. 70.

¹⁴³ Voir Gide, *supra* note 18 à la p. 326 ; Besson, *supra* note 11 à la p. 355 ; É. Worms, *De la propriété consolidée*, Paris, E. Dentu, 1888 aux pp. 419-20, 423 ; Viollette, *supra* note 40 aux pp. 53, 57 ; Chenu, *supra* note 96 à la p. 53 ; R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950 à la p. 67 ; *contra* Bordeaux, *supra* note 83 à la p. 136 ; M. Dagot, «Livres fonciers et publicité foncière» J.C.P. 1972.I.2448 au para. 6 ; Deschenaux, *supra* note 19 à la p. 17, n. 26.

¹⁴⁴ Voir Petersson, *supra* note 45 à la p. 1316 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 16.82.

force probante des droits inscrits au registre foncier, la *probatio diabolica*¹⁴⁵ n'existe plus sous le régime du système Torrens¹⁴⁶. D'autre part, il paraîtrait injuste qu'un possesseur, nécessairement au courant de l'existence des droits d'un titulaire inscrits au registre foncier, puisse, sur la seule base de sa possession, obtenir un titre au mépris des inscriptions contenues au registre et qu'il dépouille ainsi le titulaire de son bien. Pourtant, en 1920, Hogg constatait que seuls sept états, sur les vingt-deux ayant adopté le système Torrens dans le monde, interdisaient le recours à la prescription acquisitive qui contredit les inscriptions du registre foncier¹⁴⁷.

La prescription acquisitive n'est pas la seule forme de prescription susceptible de poser problème avec les principes du système Torrens. La majorité des pays de *common law* possèdent un *Limitation of Actions Act*, c'est-à-dire une loi sur la prescription extinctive. Les effets de cette loi sont tels qu'ils se rapprochent, à l'égard des inscriptions au registre foncier supposées «incontestables», de ceux de la prescription acquisitive. Après l'écoulement d'une certaine période de temps qui s'échelonne entre dix et trente ans, voire soixante ans selon les circonstances et les pays, le propriétaire d'un immeuble immatriculé perd la possibilité d'intenter une action en revendication¹⁴⁸ contre la personne ayant exercé une possession paisible et continue sur son bien. Il perd également son titre¹⁴⁹. Le droit de propriété lui-même peut donc s'éteindre

¹⁴⁵ Signifie «preuve diabolique», en ce sens qu'elle oblige un propriétaire à remonter la chaîne de titres de ses auteurs jusqu'à la nuit des temps pour vérifier la force de chacun des maillons. Voir H. Roland et L. Boyer, *Expressions latines du droit français*, 2^e éd., Lyon, Hermès, 1985 à la p. 366.

¹⁴⁶ Voir Decottignies, *supra* note 143 à la p. 67.

¹⁴⁷ Voir J.E. Hogg, *Registration of Title to Land throughout the Empire : A Treatise on the Law Relating to Warrant*, Toronto, Carswell, 1920 aux pp. 84-85.

¹⁴⁸ Au sujet des raisons historiques qui faisaient en sorte que les actions en revendication sont réputées imprescriptibles en France, voir N. Kanayama, «La Révolution et la prescription : la naissance du principe de l'imprescriptibilité de l'action en revendication en droit français» dans *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ? Actes du Colloque d'Orléans, 11-13 septembre 1986*, t. 2, Orléans, Presses universitaires de France, 1988, 733. Pour une remise en cause de la doctrine majoritaire, qui reprend indirectement certains arguments ayant contribué à l'adoption du *Limitations Act* anglais de 1833, voir M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Paris, Économica, 1986 aux para. 127-30.

¹⁴⁹ Ces principes ont d'abord été adoptés en Angleterre dans le *Real Property Limitation Act*, 1833 (R.U.), 3 & 4 Will. IV, c. 27, avant d'être mis en pratique, entre autres, en Australie et dans les provinces canadiennes anglaises. Voir notamment Holdsworth, *English Law*, *supra* note 23 à la p. 176 ; Petersson, *supra* note 45 aux pp. 1296-98 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 16.03, 16.70. En France, au contraire, la prescription extinctive ne s'applique pas au droit de propriété. Voir Bandrac, *ibid.* aux pp. 124-26 ; C. Atias, *Droit civil. Les biens*, 4^e éd., Paris, Litec, 1999 au para. 76 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Théry, *Droit civil. Les biens, la publicité foncière*, 4^e éd., Paris, Cujas, 1998 aux para. 458-59. L'imprescriptibilité du droit de propriété était également admise au Québec sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*. Voir P. Martineau, *La prescription*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1977 au para. 239.

par non-usage, créant ainsi une contradiction entre les inscriptions du registre foncier et la condition d'un immeuble sans propriétaire quoique possédé par un tiers¹⁵⁰. La prescription acquisitive, qui permet à un possesseur d'acquérir un titre, est le corollaire de la prescription extinctive qui provoque la perte du titre d'un propriétaire.

1. L'approche australienne

Dans un système de publicité foncière garantissant la validité des titres inscrits, la prescription acquisitive peut être perçue comme une brèche permettant à un possesseur de contredire le registre foncier et, par conséquent, être rejetée. Plusieurs états australiens, à commencer par Victoria et l'Australie-Occidentale, n'ont cependant pas tardé à reconnaître que la prescription pouvait, au contraire, avoir le mérite d'assurer la crédibilité du registre foncier dans certaines situations de « blocage » où les inscriptions, pour des raisons diverses, étaient devenues inexactes. À titre d'exemple, lorsque le propriétaire d'un immeuble décède et qu'aucun héritier ne revendique la propriété du bien, le registre foncier cesse de refléter la réalité s'il continue d'indiquer que le défunt, plusieurs années après sa mort, est toujours titulaire du droit de propriété. La même chose se produit lorsqu'un propriétaire abandonne son bien, disparaît, et qu'un tiers prend possession de l'immeuble délaissé. Dans de telles circonstances, la prescription acquisitive a le mérite de permettre la reconnaissance d'un état de fait ; elle corrige les incertitudes que le registre foncier entretient au sujet de la titularité des droits réels qui touchent un immeuble que personne, sauf un possesseur, ne met en valeur et ne réclame¹⁵¹.

Aujourd'hui, la majorité des états australiens¹⁵² acceptent, à des degrés divers, qu'un possesseur puisse acquérir un immeuble au détriment du titulaire du droit de propriété inscrit au registre foncier. Les législations de Victoria, d'Australie-Occidentale et de Tasmanie sont les plus favorables aux possesseurs. En effet, lorsqu'un possesseur a exercé une possession continue, paisible, publique et à titre de propriétaire pendant une durée au moins égale au nombre d'années au terme desquelles le droit du propriétaire inactif se trouve éteint par l'application des *Limitation*

¹⁵⁰ Voir J.S. Williams, « Title by Limitation in a Registered Conveyancing System » (1968) 6 Alta L. Rev. 67 à la p. 68 ; Di Castri, *supra* note 45 au para. 842 (vol. 2) ; Petersson, *supra* note 45 à la p. 1305 ; *Handley c. Archibald* (1899), 30 R.C.S. 130 à la p. 137 : « the statute [of Limitation] does not run against a party out of possession unless there is a person in possession ». L'extinction du droit de propriété par non-usage ne peut donc pas profiter à l'État, puisque la prescription extinctive ne se réalise qu'en présence d'un tiers possesseur.

¹⁵¹ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 16.02, 16.82 ; G.A. Jessup, « The House that Torrens Built » (1945) 18 A.L.J. 302 à la p. 302.

¹⁵² Sauf le Territoire de la capitale australienne et le Territoire du Nord : voir Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 325 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 16.82, note 285.

*Acts*¹⁵³, ce possesseur peut présenter une demande d'inscription au registrateur¹⁵⁴. Il est fait droit à la demande du possesseur et le titre du propriétaire inscrit est radié si ce dernier, après avoir reçu un avis du registrateur, ne s'oppose pas à la requête du possesseur à l'intérieur du délai fixé ou ne parvient pas à démontrer, à l'intérieur d'une action en revendication, la supériorité de son titre¹⁵⁵. La marge de manœuvre du propriétaire est donc restreinte : son seul espoir de pouvoir conserver son titre réside dans un défaut du possesseur de respecter toutes les exigences requises par la loi pour acquérir par prescription.

La Nouvelle-Galles du Sud est le dernier État d'Australasie à avoir amendé, en 1979, sa loi Torrens pour reconnaître aux possesseurs la possibilité d'acquérir par prescription un immeuble en dépit de l'inscription du droit d'un propriétaire au registre foncier. L'acquisition ne peut porter que sur un lot entier. Des dispositions ont été prises pour empêcher que la prescription ne s'applique, par exemple, à une étendue de terrain située entre la ligne de division de deux lots et une limite d'occupation apparente, comme une clôture ou un ruisseau, qui aurait empêché le propriétaire de l'un des lots de jouir de la totalité de son immeuble¹⁵⁶. Si un possesseur ne peut acquérir par prescription une parcelle située au-delà de la ligne de division du lot qu'il occupe, il peut, en revanche, acquérir un lot entier alors même que sa possession, en raison de la présence d'une limite d'occupation apparente, se serait exercée en deçà de la fron-

¹⁵³ En raison de la suspension possible des délais de prescription, qui survient par exemple lorsque le propriétaire inscrit est mineur au moment de la dépossession, le possesseur devra généralement attendre une trentaine d'années — au lieu des dix, douze ou quinze années normalement nécessaires pour prescrire — avant de pouvoir acquérir l'immeuble. Dans les rares états qui autorisent l'acquisition, par un possesseur, des terres de la Couronne, la durée de la possession requise pour prescrire est généralement plus longue et se situe autour de soixante ans. Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* aux para. 16.04-16.69.

¹⁵⁴ Voir *Woodward c. Wesley Hazell*, n° B8/1994 aux para. 24.27 (Cour Supr. Tasmanie), en ligne : QL (ATAS) :

One cannot escape some feeling of sympathy for the plaintiff in the position in which he found himself. Ignorant of the law of adverse possession, he believed that the land was his in accordance with the certificate of title and available for him to sell when the time was ripe. [...] I find that the plaintiff has been dispossessed of the disputed land by the defendant and its predecessors in title for a period in excess of twelve years prior to the commencement of these proceedings. Accordingly, the Limitation Act operates to prevent the plaintiff bringing any action to recover the disputed land and the declarations and other reliefs sought in the application will not be made or granted.

¹⁵⁵ Voir Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 aux para. 16.83-16.84 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 325 ; E.K. Phillips, «The 1963 Amendments to the Land Transfer and Property Law Acts» [1964] N.Z.L.J. 110 à la p. 111.

¹⁵⁶ R.A. Woodman et P. Butt, «Possessory Title and the Torrens System in New South Wales» (1980) 54 A.L.J. 79 à la p. 85 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *ibid.* au para. 16.86.

tière véritable¹⁵⁷. Pour le reste, les conditions d'application de la prescription acquisitive sont sensiblement les mêmes en Nouvelle-Galles du Sud qu'en Australie-Occidentale, en Tasmanie et dans l'État de Victoria : le propriétaire inscrit au registre foncier dispose d'un délai d'au moins un mois pour s'opposer à la radiation de son titre. Le délai commence à partir de la notification qui lui est faite, par le registrateur, de la demande d'inscription du possesseur. Toute opposition a pour effet de suspendre pour trois mois la demande du possesseur, le temps pour le propriétaire d'essayer de démontrer que son droit n'a pas été éteint, c'est-à-dire d'établir que les conditions requises pour que la prescription puisse se produire n'ont pas été réunies¹⁵⁸. Le délai de prescription n'est pas interrompu à l'égard d'un nouveau propriétaire. Le possesseur doit alors démontrer que le nom de l'acquéreur a été inscrit au registre foncier dans l'intention de l'empêcher de réclamer la propriété d'un immeuble pour lequel l'intérêt du précédent propriétaire ne s'était manifesté que tardivement¹⁵⁹.

L'Australie-Méridionale, l'État du Queensland et la Nouvelle-Zélande ont adopté une approche de la prescription acquisitive différente de celle admise en Australie-Occidentale, en Tasmanie, dans l'État de Victoria et en Nouvelle-Galles du Sud. Si les règles de base sur la qualité et la durée de la possession sont les mêmes que celles que nous venons de voir¹⁶⁰, des mesures ont toutefois été prises pour circonscrire l'acquisition par prescription aux immeubles sans maître. En effet, il suffit pour le propriétaire dont le titre est inscrit au registre foncier, ou à ses héritiers s'il est décédé, de s'opposer à la demande d'inscription du possesseur pour faire échec à l'acquisition par prescription¹⁶¹. Même si, en vertu de la stricte application des règles sur la prescription extinctive, le droit du propriétaire doit être radié pour cause de non-usage de l'immeuble, les lois Torrens lui accordent une dernière chance de s'opposer à cette radiation. En l'absence d'opposition, le législateur présume que l'immeuble est un bien sans maître ou que le propriétaire, à qui une copie de la requête du possesseur a

¹⁵⁷ En Nouvelle-Zélande, à l'instar de la Nouvelle-Galles du Sud, le possesseur d'un immeuble qui occupe également la fraction d'un immeuble voisin ne peut acquérir, au moyen de la prescription acquisitive, que l'immeuble défini dans le titre de la personne ayant abandonné son bien, à l'exclusion de la parcelle voisine. En revanche, lorsque le possesseur d'un immeuble ne l'occupe pas en totalité, il ne peut, contrairement à ce que prévoit la Nouvelle-Galles du Sud, acquérir ledit immeuble en entier et doit se contenter de la portion qu'il a effectivement occupée. Voir Phillips, *supra* note 155 à la p. 129.

¹⁵⁸ Voir Woodman et Butt, *supra* note 156 aux pp. 86-87.

¹⁵⁹ *Ibid.* à la p. 86 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 16.86.

¹⁶⁰ En Nouvelle-Zélande, la possession doit cependant être exercée pendant une durée minimale de vingt ans, alors qu'un minimum de dix, douze ou quinze ans, selon les États, est suffisant en Australie. Voir Phillips, *supra* note 155 à la p. 112 ; F.M. Brookfield, « Prescription and Adverse Possession » dans Hinde, *supra* note 30, 162 aux pp. 195, 206.

¹⁶¹ Voir Whalan, « Title by Adverse Possession and the Land Transfer Act » [1963] N.Z.L.J. 524 aux pp. 527-29 [ci-après Whalan, « Adverse Possession »] ; Phillips, *ibid.* à la p. 110 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 aux pp. 326-28 ; Ruoff, *supra* note 47 à la p. 22.

été envoyée¹⁶², ne désire pas que son titre de propriété soit incontestable¹⁶³. On a donc réussi, en Australie-Méridionale, dans l'État du Queensland et en Nouvelle-Zélande, à concilier l'application des règles sur la publicité foncière avec celles sur la prescription acquisitive et sur la prescription extinctive. Un propriétaire dont le titre est inscrit au registre foncier est ainsi assuré de la pérennité de son droit de propriété, même si un possesseur vient s'établir sur son immeuble, à moins qu'il ne renonce à l'incontestabilité de son titre en approuvant, par son silence, la demande d'inscription formulée par le possesseur¹⁶⁴. La prescription acquisitive ne porte donc aucun préjudice aux titulaires de droits inscrits au registre foncier, grâce aux procédures de notification et à la possibilité de suspendre l'application des *Limitation Acts* en cas d'opposition de leur part.

2. L'approche canadienne

Alors que la majorité des États d'Australasie admettent que la prescription acquisitive puisse être un moyen acceptable de modifier le contenu du registre foncier, l'Alberta est la seule des six provinces canadiennes ayant adopté le système Torrens¹⁶⁵ qui autorise l'acquisition de droits réels par la prescription. Dans les autres provinces de l'Ouest et en Ontario, la prescription acquisitive est considérée incompatible avec la confiance qui doit se rattacher, dans un système Torrens, aux inscriptions du registre foncier. Les lois Torrens de ces provinces, en plus d'interdire expressément l'acquisition d'immeubles par l'effet d'une possession prolongée, disposent que les

¹⁶² La connaissance, par le propriétaire, de la demande d'inscription formulée par le possesseur est fondamentale. C'est pourquoi des procédures de notification par envoi d'un courrier au dernier domicile connu du propriétaire ou par publication d'avis dans les journaux ont été prévues. Voir Phillips, *ibid.* à la p. 113 ; Bradbrook, MacCallum et Moore, *supra* note 12 au para. 16.85 ; Whalan, *Torrens System*, *ibid.* à la p. 328.

¹⁶³ Voir Whalan, «Adverse Possession», *supra* note 161 à la p. 528 :

These provisions do provide a scheme whereby the Statutes of Limitation can be applied to Torrens system land. It is submitted that they give adequate protection to a registered proprietor by ensuring that, even if the actual limitation period has passed, the registered proprietor can only lose his title where he takes no action to protect it. These provisions certainly appear to solve the problems involved when a registered proprietor cannot be found, and, it is submitted, do not derogate unduly from the general principle that Statutes of Limitation have no place in a system of law which purports to protect title to land.

¹⁶⁴ Voir Jessup, *supra* note 151 à la p. 364 ; Whalan, *Torrens System*, *supra* note 12 à la p. 328 : «Under these provisions even if a person sleeps on the rights and permits someone else to exercise them, absolute security is still retained by the person re-asserting those rights when called upon to do so by the usurper. But, if there is a failure to re-assert the rights, then the provisions confer on the usurper a fee simple estate in the land and the rights and obligations that go with it».

¹⁶⁵ Voir *supra* note 45.

Limitations Acts, adoptés par chacune des législatures, sont inapplicables lorsque la prescription extinctive aurait pour effet d'éteindre un droit réputé «inattaquable» à la suite de son inscription au registre foncier¹⁶⁶. C'est donc en limitant la portée des règles sur la prescription extinctive et en interdisant la prescription acquisitive que la Colombie-Britannique, la Saskatchewan, le Manitoba et l'Ontario prétendent pouvoir conférer aux inscriptions du registre foncier toute la force qui les caractérise dans le système Torrens. En Alberta, le *Limitation of Actions Act* joue pleinement, en revanche, contre les propriétaires dont le titre est inscrit au registre foncier lorsque l'immeuble délaissé est occupé par des tiers qui exercent une possession paisible et continue pendant au moins dix ans¹⁶⁷. À l'instar de ce qui se produit en Australie-Occidentale, en Tasmanie, dans l'État de Victoria et en Nouvelle-Galles du Sud, le possesseur doit faire constater en justice l'accomplissement de la prescription acquisitive. Le propriétaire dépossédé ne peut, en pratique, s'objecter à la perte de son droit qu'en soulevant le non-respect, par le possesseur, de l'une des conditions requises pour prescrire¹⁶⁸. La prescription acquisitive, en Alberta, ne concerne donc pas que des biens sans maître, contrairement à la solution qu'ont retenue la Nouvelle-Zélande, l'Australie-Méridionale et l'État du Queensland pour limiter au minimum les accrocs de la prescription aux principes du système Torrens. Si les droits des propriétaires albertains négligents peuvent, à l'occasion, être sacrifiés au profit d'un possesseur, les droits des tiers qui se fient aux inscriptions du registre foncier au moment de transiger — et que le système Torrens a pour vocation première de protéger — ne sont à l'inverse nullement mis en péril par la prescription acquisitive¹⁶⁹.

Ainsi que le résumait Sandra Petersson, «[t]here are two approaches to adverse possession in a Torrens system. It is either allowed, or essentially abolished»¹⁷⁰. La prescription acquisitive est considérée par plusieurs comme étant absolument nécessaire au sein d'un système de publicité foncière de type Torrens¹⁷¹, alors que d'autres

¹⁶⁶ Voir Petersson, *supra* note 45 aux pp. 1294-95 ; Lamont, *supra* note 45 à la p. 12-14 ; Di Castri, *supra* note 45 aux para. 845-48 (vol. 2) ; Gatz c. Kiziw, [1959] R.C.S. 10 à la p. 14, 16 D.L.R. (2^e) 215. L'exclusion des *Limitation Acts* était également pratiquée dans les états australiens lorsque la prescription acquisitive était interdite. À titre d'exemple, l'article 45 du *Real Property Act, 1900* (N.-G. Sud), n° 25, disposait, avant l'amendement de 1979 qui rendait possible l'acquisition par prescription : «No title to land adverse to or in derogation of the title of the registered proprietor shall be acquired by any length of possession by virtue of any statute of limitations relating to real estate, nor shall the title of any such registered proprietor be extinguished by the operation of any such statute».

¹⁶⁷ Voir Petersson, *supra* note 45 aux pp. 1303-10 ; Williams, *supra* note 150 aux pp. 70-74.

¹⁶⁸ Voir Williams, *ibid.* à la p. 74.

¹⁶⁹ Petersson, *supra* note 45 à la p. 1317.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Bien avant que la prescription acquisitive n'ait été admise en Nouvelle-Galles du Sud, G.A. Jessup (*supra* note 151 à la p. 302) rapporte qu'un juge avait déclaré, dans l'affaire *Turner c. Myerson* (1917), 18 S.R. (N.S.W.) 133 à la p. 136 : «It is to my mind one of the great flaws in the system of the

pensent, au contraire, qu'elle constitue un anachronisme dans un système où a été éliminée l'insécurité inhérente aux *deed registration systems*¹⁷². L'un et l'autre de ces points de vue sont bien ancrés dans les différents pays qui ont adopté les règles fondamentales du système Torrens. Là où elle est autorisée, la prescription constitue, comme la fraude, une exception au principe d'incontestabilité du titre cher au système Torrens. Cette exception est, toutefois, plus ou moins importante selon que l'on permet, ou non, que l'opposition d'un propriétaire dépossédé puisse faire obstacle à la radiation de son droit et à la réalisation de la prescription acquisitive au profit d'un tiers possesseur qui requiert l'inscription d'un droit de propriété au registre foncier. De plus, puisque l'acquisition par le possesseur ne porte en aucun temps préjudice aux tiers qui transigent avec le propriétaire dont le nom est inscrit au registre foncier¹⁷³, il n'est pas faux de dire que le système Torrens — dont le but principal est de faire en sorte que toute personne qui consulte le registre foncier puisse se fier au contenu des inscriptions — conserve toute sa «pureté» malgré sa liaison avec la prescription acquisitive.

À l'inverse de ce qui se produit au Québec ou en France, la prescription acquisitive n'est plus un moyen de preuve de l'existence des droits réels immobiliers dans une bonne partie des pays qui ont adopté le système Torrens¹⁷⁴ : elle ne constitue, lorsqu'elle est autorisée, qu'un mode d'acquisition consenti aux possesseurs qui ont, par leur travail, mis en valeur un immeuble délaissé par un propriétaire et par ses ayants droit. La preuve de l'existence et de la titularité des droits, y compris ceux acquis par prescription, repose essentiellement sur la publicité qui en est faite au registre foncier. L'inscription d'un droit au registre foncier a pour effet de le rendre opérant et de créer, à l'égard des tiers ou même des parties lorsque la théorie de l'incontestabilité immédiate est admise, une présomption d'existence et de validité de ce droit. C'est la raison pour laquelle le système Torrens peut être qualifié, en Australie et en Nouvelle-Zélande, de système de publicité foncière ayant une force probante «absolue»¹⁷⁵. Il n'est donc pas possible d'établir de lien entre, d'une part, l'absence ou l'existence de règles sur la prescription acquisitive et, d'autre part, le degré de protection des droits offert par un système de publicité foncière. La reconnaissance, ou non, de la prescription acquisitive dans un pays donné ne constitue pas un critère pertinent pour

Real Property Act that there is no provision analogous to the Statute of Limitations by which long-continued possession crystallises a title».

¹⁷² Voir Williams, *supra* note 150 à la p. 75.

¹⁷³ Tant que le possesseur remplissant toutes les conditions nécessaires pour acquérir un immeuble au moyen de la prescription ne fait pas inscrire son droit de propriété au registre foncier, il demeure dans la précarité. Le tiers acquéreur qui transige avec un propriétaire négligent est donc à l'abri des revendications d'un possesseur s'il fait inscrire son droit avant lui.

¹⁷⁴ Sauf lorsque le «possesseur», bien qu'ayant acquis l'immeuble du propriétaire inscrit au registre foncier, a négligé de faire inscrire son droit de propriété au registre foncier.

¹⁷⁵ Voir *supra* note 83 et le texte correspondant.

l'évaluation du niveau d'excellence atteint par un système de publicité des droits. L'assurance-titre serait-elle un meilleur instrument de mesure de la protection que le système Torrens apporte aux titulaires de droits réels immobiliers ?

B. Le système Torrens et l'assurance-titre

Exception faite de deux textes publiés en 1957 et 1974¹⁷⁶, ce n'est que récemment que l'assurance-titre a commencé à faire parler d'elle au Québec¹⁷⁷. Création américaine, cette forme d'assurance a pris naissance en 1876, à Philadelphie, afin de protéger les acquéreurs contre les pertes ou les dommages pouvant résulter de vices de titres¹⁷⁸. Elle est aujourd'hui présente dans tous les états américains sauf l'Iowa¹⁷⁹, ainsi que dans un nombre croissant de pays, dont le Canada et l'Australie¹⁸⁰. Contrairement aux autres types d'assurance qui protègent habituellement les preneurs contre les risques découlant d'événements futurs, l'assurance-titre indemmise l'assuré des pertes financières qui résultent de la présence de vices de titres existant déjà au moment de la souscription de la police¹⁸¹. En d'autres mots, l'assureur s'engage à corriger les vices de titres actuels du preneur et à régler les problèmes de conformité, comme ceux tirant leur origine d'un empiètement, dans la mesure où ces irrégularités sont dénoncées par

¹⁷⁶ Voir J. Martineau, «L'assurance-titres» (1957) 59 R. du N. 480 ; P. Wickham, «Title Insurance and the Financing of Real Estate Transactions» (1974) 77 R. du N. 176.

¹⁷⁷ Voir notamment *L'assurance-titre : un remède inutile pour une maladie inexistante*, Montréal, Chambre des notaires du Québec et Secor, 1989 ; G. Lemay, «Assurance-titre : la Chambre opte pour le statu quo» *Entracte* 4:4 (1^{er} mars 1995) 3 ; S. Labrèche, «L'assurance titres commence à prendre de l'ampleur» *Les Affaires* (13 septembre 1997) 77 ; L. Baribeau, «Le Québec dans la mire des assureurs-titres» *National* 8:3 (mai 1999) 18.

¹⁷⁸ Voir G.L. Garrity, dir., *The Title Industry White Papers*, Washington, American Land Title Association, s.d. à la p. 1 ; B.A. McKenna *et al.*, *Title Insurance : A Guide to Regulation, Coverage and Claims Process in Ontario*, North York, CCH Canadian, 1999 à la p. 3.

¹⁷⁹ Même si l'Iowa n'a pas adopté le système Torrens, il dispose néanmoins d'un système de publicité foncière considéré plus efficace que ceux en vigueur ailleurs aux États-Unis. Cela explique en bonne partie la prohibition de l'assurance-titre dans cet État. Voir D.J. Cook, «Iowa's Prohibition of Title Insurance — Leadership or Folly ?» (1983-84) 33 Drake L. Rev. 683 aux pp. 702, 709 ; D.K. Wall, «Chicago Title Insurance Co. v. Iowa» (1990) 50 Surveying and Land Information Systems 37.

¹⁸⁰ Voir J. Melnitzer, «The "Unholy War" Over Title Insurance» *Can. Law.* 22:7 (juillet 1998) 14 ; J. Melnitzer, «The Fallout From Title Insurance» *Can. Law.* 22:8 (août 1998) 27 ; S. Gordon, «Metamorphosis : The Transformation of Canadian Real Estate Conveyancing» *National* 8:3 (mai 1999) 10 ; K. Marron, «Title Insurance and Financial Services» *Can. Law.* 25:2 (février 2001) 17 ; F. Backhouse, «Round 2» *National* 10:7 (novembre 2001) 27 ; B. McKenna, «Title Insurance Around the World: An Update» *Title News* 78:4 (juillet/août 1999), en ligne : *Title News* <<http://www.alta.org/store/tlenews>> (date d'accès : 12 février 2002).

¹⁸¹ Voir Cook, *supra* note 179 à la p. 690 ; Burke, *supra* note 45 à la p. 183 ; «How Title Insurance Differs From Other Lines of Insurance» *Title News* 79:4 (juillet/août 2000), en ligne : *Title News* <<http://www.alta.org/store/tlenews>> (date d'accès : 12 février 2002).

un tiers pendant la durée de la police. L'assureur prend en charge les honoraires et les déboursés nécessaires pour défendre le titre de l'assuré sans égard à la faute. L'assurance-titre se distingue donc de l'assurance de dommage «classique» du fait que l'assuré ne verse qu'une seule prime pour être protégé contre les conséquences d'événements passés qui pourraient toucher son immeuble pendant qu'il en demeure propriétaire. Au Canada, l'assurance-titre est offerte par quelques sociétés dont le siège se trouve aux États-Unis¹⁸², ainsi que par le Barreau ontarien¹⁸³.

L'assurance-titre doit-elle sa popularité à la faiblesse du système Torrens ? La question est d'autant plus pertinente qu'un véritable bras de fer a opposé, outre-frontière, ces deux modes de sécurisation des titres immobiliers. La percée de l'assurance-titre a été facilitée, aux États-Unis, par la complexité du système de publicité foncière qui, dans la plupart des états américains, oblige les acquéreurs à procéder à des examens de titres à l'aide de registres tenus en fonction du nom des cocontractants¹⁸⁴. En plus de ne disposer bien souvent d'aucun index des immeubles¹⁸⁵, les examinateurs de titres doivent, dans le meilleur des cas, couvrir une période de recherche de trente ans¹⁸⁶. Après avoir été présent dans les comtés de plus d'une vingtaine d'états américains à partir de 1895¹⁸⁷, le système Torrens est aujourd'hui presque éliminé en raison d'une conjonction d'événements dont les principaux sont l'opposition sévère de l'industrie de l'assurance-titre à l'égard de règles sur la publicité foncière lui portant ombrage, la difficulté de mettre en œuvre le principe d'assurance en période de crise économique et les débats doctrinaux sur les mérites comparatifs de cette forme de publicité foncière et de l'assurance-titre¹⁸⁸. La procédure de conversion et les coûts

¹⁸² Les principales sociétés sont *First Canadian Title* (www.firstcanadiantitle.com), *Chicago Title* (www.ctic.ca) et *Stewart Title* (www.stewart.ca).

¹⁸³ *TitlePLUS* est administré par la *Lawyer's Professional Indemnity Company* de l'Ontario (www.lpic.ca). Voir C.R. Carter, «Title Insurance in 1998» et B. Aaron, «The Changing Real Estate Practice of the Nineties : Why Change is Upon Us» dans K. Greenwood, dir., *The Future of Real Estate Practice : From Title Insurance to Technology — What You Need to Know*, Halifax, Continuing Legal Education Society of Nova Scotia, 1998.

¹⁸⁴ Voir Burke, *supra* note 45 aux pp. 5-7, 169 et s.

¹⁸⁵ Les compagnies d'assurance-titre ont créé, pour leurs besoins personnels, des registres qui peuvent ressembler à nos index des immeubles. Voir T.J. Fiflis, «Land Transfer Improvement : The Basic Facts and Two Hypotheses for Reform» (1966) 38 U. Col. L. Rev. 431 à la p. 435 ; Q. Johnstone, «Title Insurance» (1957) 66 Yale L.J. 492 à la p. 507 ; McCormack, *supra* note 142 aux pp. 68-69.

¹⁸⁶ Voir Burke, *supra* note 45 à la p. 189 et s.

¹⁸⁷ Voir Fiflis, *supra* note 185 aux pp. 436-37 ; voir aussi *supra* note 45.

¹⁸⁸ Voir Burke, *supra* note 45 à la p. 205 ; Goldner, *supra* note 124 à la p. 670 ; Fiflis, *ibid.* à la p. 444 ; Johnstone, *supra* note 185 aux pp. 513-14 ; C.D. Bostick, «Land Title Registration : An English Solution to an American Problem» (1987) 63 Indiana L.J. 55 aux pp. 55-56, note 1-2 ; McKenna, *supra* note 180 à la p. 4.

relatifs à l'implantation du système Torrens ont, par ailleurs, freiné son expansion au moment où la concurrence avec l'assurance-titre commençait à poindre¹⁸⁹.

Le peu de succès remporté par le système Torrens aux États-Unis combiné à l'exportation par les Américains de l'assurance-titre aussi bien en Australie que dans les provinces de l'Ouest canadien ne doivent pas être interprétés comme un signe de faiblesse ou d'inutilité. L'un et l'autre de ces modes de protection répondent à des besoins différents qui peuvent, à certains égards, être complémentaires. Alors que la force probante associée au système Torrens ne couvre généralement pas les cas de fraude¹⁹⁰, l'assurance-titre protège, au contraire, les acquéreurs au-delà des exceptions prévues à l'application du principe d'incontestabilité. En revanche, l'assurance-titre n'offre aucune garantie quant à la qualité du titre d'un acquéreur dont elle s'engage à défendre les intérêts. Elle favorise, au contraire, la perpétuation des irrégularités et des vices de titres¹⁹¹ alors que le système Torrens dispose d'un effet créateur de droit.

En définitive, ni l'assurance-titre ni la prescription acquisitive ne permettent de mesurer adéquatement la qualité de la protection offerte par le système Torrens. Ces deux instruments protecteurs ne viennent que compléter l'action du système Torrens dans les pays où il a été implanté. Ils jouent alors un rôle beaucoup plus ténu que s'ils étaient les modes principaux de sécurisation des droits réels immobiliers comme c'est le cas pour la prescription au Québec ou l'assurance-titre aux États-Unis. La garantie qui se rattache à l'inscription des droits dans le système Torrens ou dans les systèmes qui y sont apparentés¹⁹² demeure, y compris pour plusieurs auteurs américains, parmi les plus complètes qu'il soit possible d'imaginer en droit contemporain¹⁹³.

Conclusion

L'adoption de dispositions législatives qui permettraient de doter le système de publicité foncière québécois de pouvoirs se rapprochant de ceux dont bénéficie le système Torrens semble malheureusement lointaine. Les articles 2944, al. 2 et 2962 C.c.Q. étaient destinés à conférer à la publicité le pouvoir de prouver l'existence de droits inscrits au registre foncier. Ils permettaient même au prétendu titulaire d'un droit inscrit à tort de le faire entrer dans son propre patrimoine. Un acte nul aurait ain-

¹⁸⁹ Voir Goldner, *supra* note 124 à la p. 688 ; Fifiis, *ibid.* aux pp. 470-74 ; McCormack, *supra* note 142 aux pp. 103-14.

¹⁹⁰ Voir *supra* note 96.

¹⁹¹ Voir S.H. Troister et K.A. Waters, *Real Estate Conveyancing in Ontario : A Nineties Perspective*, Lawyer's Professional Indemnity Company (septembre 1996) aux pp. 7, 96 ; Fifiis, *supra* note 185 aux pp. 454-57.

¹⁹² Voir *supra* note 8.

¹⁹³ Voir *supra* note 83 ; Goldner, *supra* note 124 aux pp. 684-85 ; Bostick, *supra* note 188 aux pp. 64, 73-74.

si pu donner naissance à un droit valable grâce à la purge qu'aurait opérée l'inscription de ce droit au registre foncier. La formalité de l'inscription aurait alors renforcé la protection des acquéreurs en leur permettant d'être maintenus dans leur acquisition¹⁹⁴ ou en emportant une présomption irréfragable de l'existence de leur droit à l'expiration d'un délai d'au moins dix ans¹⁹⁵. Sans être totalement identiques à ceux qui résultent de l'application du système Torrens, les effets des articles 2944 et 2962 C.c.Q. auraient reconnu aux inscriptions une force probante à la fois proche de celle que procure ce système d'origine australienne et de celle des législations suisse et allemande¹⁹⁶.

À défaut de trouver, comme l'a fait le Nouveau-Brunswick¹⁹⁷, une façon d'adapter et d'implanter des principes comparables à ceux du système Torrens, la prescription acquisitive continuera de jouer un rôle déterminant en matière de preuve du droit de propriété au Québec. Quant à l'assurance-titre, elle aura probablement le temps de s'imposer — pour le meilleur et pour le pire — comme un moyen rapide de protéger les propriétaires fonciers¹⁹⁸, à l'exemple de ce qui s'est produit aux États-Unis. Le marché québécois sera d'autant plus tentant pour les multinationales œuvrant dans le domaine de l'assurance-titre que la réorganisation partielle du système de publicité foncière leur simplifiera le travail sans pour autant permettre aux examinateurs de titres de garantir l'exactitude des actes publiés.

Souhaitons que le programme québécois de réforme de la publicité foncière ne se limite pas à mettre en place des moyens technologiques de pointe pour faire fonctionner un système de publicité dont les effets demeureront, tout compte fait, les mêmes

¹⁹⁴ Voir art. 2962 C.c.Q.

¹⁹⁵ Voir art. 2944, al. 2 C.c.Q. Lamontagne propose la reconnaissance d'une présomption irréfragable de l'existence des droits énoncés dans des documents revêtus de la forme authentique. D.-C. Lamontagne, *La publicité des droits*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 124.

¹⁹⁶ Brochu, «Effets de la publicité», *supra* note 1.

¹⁹⁷ Le 19 mars 2001, le Nouveau-Brunswick a terminé la mise en place d'un système de publicité foncière qui permet à l'État de garantir les titres et de délivrer un «certificat de propriété enregistrée» au terme d'une procédure de conversion se rapprochant de celle qui était prévue aux articles 3048 et 3049 C.c.Q. Auparavant, le système de publicité foncière de cette province ressemblait à celui que nous connaissons au Québec, sauf pour ce qui est du comté d'Albert où le Nouveau-Brunswick avait introduit, en 1984, le système Torrens dans le contexte d'un projet pilote.

¹⁹⁸ Voir Gordon, *supra* note 180 à la p. 13 : «New Brunswick recently enacted legislation — and Nova Scotia appears set to do so — that will simplify the process of guaranteeing title. You can make a number of significant improvements to the system that will negate the need for title insurance»; Baribeau, *supra* note 177; Labrèche, *supra* note 177; M. Hick, «Going Global : The U.S. Title Industry's Next Big Frontier» *Title News* 77:6 (novembre/décembre 1998), en ligne : *Title News* <<http://www.alta.org/store/ttlenews>> (date d'accès : 12 février 2002).

que ceux imaginés par le législateur au milieu du XIX^e siècle. Il est urgent de donner suite aux recommandations contenues dans le *Rapport Auger* avant qu'elles ne sombrent dans l'oubli et de s'interroger sérieusement, sans plus attendre, sur le rôle que nous voulons confier à notre système de publicité foncière¹⁹⁹.

¹⁹⁹ L'initiative conjointe de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada («FOPJC») et de l'Association du Barreau canadien («ABC») est, en ce sens, fort louable. Ces organismes ont mis en place, en février 1999, un «Projet national sur le droit immobilier» qui «vise à offrir aux membres de la profession juridique et aux barreaux une ressource permettant de contrôler et de maîtriser les changements rapides en droit immobilier et en pratique de l'immobilier», voir en ligne : <http://abc.cba.org/Droit_Immobilier/>. Ce projet, cofinancé par l'ABC et la FOPJC, tire son origine du Comité national d'assurance-titres qu'avait créé la FOPJC en 1997 afin de mesurer les effets de l'assurance-titre sur la pratique de l'immobilier au Canada. Le ministre de la Justice du Québec a formé, au cours de l'automne 2001, un comité de travail chargé de proposer des solutions au problème de la publicité foncière, voir *supra* note 67.