COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

160/07/CA

LAW SOCIETY OF NEW BRUNSWICK

(Defendant) APPELLANT

- and -

FCT INSURANCE COMPANY, carrying on business as FIRST CANADIAN TITLE, and FIRST CANADIAN TITLE COMPANY LIMITED

(Plaintiffs) RESPONDENTS

Law Society of New Brunswick v. FCT Insurance Company, 2009 NBCA 22

CORAM:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Deschênes

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
October 19, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 347

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 19, 2008

Judgment rendered:
May 8, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Deschênes

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK

(défendeur) APPELLANT

- et -

FCT INSURANCE COMPANY, faisant affaire sous le nom de FIRST CANADIAN TITLE, et FIRST CANADIAN TITLE COMPANY LIMITED

(demanderesses) INTIMÉES

Barreau du Nouveau-Brunswick c. FCT Insurance Company, 2009 NBCA 22

CORAM :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Deschênes

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 19 octobre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 347

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 19 novembre 2008

Jugement rendu :
Le 8 mai 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Deschênes

Counsel at hearing:

For the appellant:
Richard B. Costello, Q.C. and
Richard J. Scott, Q.C.

For the respondents:
Barry R. Morrison, Q.C.,
Harry Underwood and
Awanish Sinha

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Richard B. Costello, c.r., et
Richard J. Scott, c.r.

Pour les intimées :
Barry R. Morrison, c.r.,
Harry Underwood et
Awanish Sinha

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] This is an appeal against a decision of the Court of Queen's Bench in which the trial judge granted declaratory relief, holding: (1) the respondent, FCT Insurance Company, carrying on business as First Canadian Title and First Canadian Title Company Limited, had standing to challenge a provision of the Standards for the Practice of Real Property Law promulgated by the appellant, Law Society of New Brunswick; (2) the impugned provision was *ultra vires* the Law Society on account of its conflict with the procedures provided for in the *Land Titles Act*, S.N.B. 1981, c. L-1.1 and related Regulations; and (3) the impugned provision was invalid as having been adopted for an improper purpose. The Law Society filed a counterclaim in which it claimed FCT was practicing law illegally. The trial judge dismissed the counterclaim. The decision is reported at (2007), 324 N.B.R. (2d) 315, [2007] N.B.J. No. 438 (QL), 2007 NBQB 347.

[2] The *Land Titles Act* was adopted in New Brunswick in 1981. A new Land Titles System governed by it and its applicable Regulations replaced the previous registry system. The new system was to be implemented by the government on a gradual basis and it eventually was implemented from county to county from September 2000 to March 2001. In a 1989 amendment to the *Act*, the New Brunswick Geographic Information Corporation was continued as a body corporate under the name "Service New Brunswick" and this corporation was to administer the new system.

[3] The intent of the legislation was to provide an automated paperless system for the registration of land (and instruments related thereto) in the Province and to provide statutory authority for guaranteed land title by the Government of New Brunswick. For such a guarantee to apply, real estate transactions which result in the registration of a deed trigger a statutory obligation to convert title to the affected property from the Registry System to the Land Titles System. This process is called conversion. A

land owner has to apply to change the title of his or her property from the Registry System to the new Land Titles System by way of an application for first registration, commonly referred to as an AFR, which is made by the property owner or an agent. Regulations under the *Act* set out the procedure to be followed to register instruments and conveyances under the *Act.* They prescribe forms to be used, fees to be paid and procedures to be followed to convert the property title from the old to the new system.

[4] Every Application for a First Registration of Title under the new system is preceded by a parcel identifier number (a PID) databank application. Service New Brunswick has mapped the entire province and has assigned a unique parcel identifier number to each registered parcel. In order to make the required application one must determine that the metes and bounds description of the property corresponds with its boundaries as shown on the provincial map.

[5] Every Application for a First Registration of Title is comprised of 3 Forms adopted under the *Land Titles Act*. Form 1, the application, is signed by the owner or the owner's agent and sets out any registered interest affecting the property as well as any unregistered interests of which the owner is aware. Form 2 simply confirms the information contained in Form 1. It is an affidavit of the owner which, on its face, is to be sworn before a Commissioner of Oaths. Form 3 is a lawyer’s certificate of title, addressed to Service New Brunswick.

[6] The Law Society is responsible for advancing and maintaining the standard of legal practice in the Province and for governing and regulating the legal profession. In 1996, the Province enacted the *Law Society Act*, *1996*, S.N.B. 1996, c. 89, to continue the Law Society as a body corporate for the purposes just mentioned. The objects and duties of the Law Society are set out in s. 5 of the *Act*. They include establishing standards for the education, professional responsibility and competence of its members.

[7] In November of 1999, Service New Brunswick and the Law Society concluded a Master Agreement which granted subscribing lawyers the exclusive right to submit both PID databank applications and AFRs electronically at no cost while others have to do so over the counter and pay fees. That agreement provides in part:

> WHEREAS:
>
> […]
>
> (f) subsection 11(2) of the *Land Titles Act* has been amended to require an application to be accompanied by a certificate of title in the prescribed form certified by a member of the Law Society authorized to practise law;
>
> (g) the Law Society and the Corporation wish to enter into this Agreement to facilitate the project for conversion to a province-wide land titles system and, pursuant to section 76.01 of the *Land Titles Act*, in order to govern claims against members of the Law Society insured by the Law Society;
>
> […]
>
> 1.1 In this Agreement
>
> […]
>
> (c) "Certificate of Title" means a certificate of title issued under paragraph 11(2)(b) of the *Land Titles Act*;
>
> […]
>
> (i) "Standards" means the standards, rules and practices and policies established and published by the Law Society and from time to time in force that are applicable to the practice of property law; [...]

[8] Any lawyer, wanting to participate in the conversion of property titles from the Registry System to the Land Titles System was required to enter into a Subscription Agreement which is Schedule A to the Master Agreement. The Subscription Agreement includes the following provisions:

> 2.1 The Subscriber covenants, warrants and represents to the Corporation that the Subscriber:
>
> (a) is an eligible member and that he or she will maintain his or her eligibility;
>
> (b) is familiar with and that he or she will comply with the Standards; and
>
> (c) will maintain excess professional liability insurance for claims by the Corporation against the Subscriber under clause 3.1 of the Master Agreement.
>
> […]
>
> 6.1 The parties to this Agreement recognize the historical value of the role of the Notary Public in proving execution of documents to be registered in the Registry Office, and the parties acknowledge:
>
> (a) the necessity of maintaining the integrity of the registry systems;
>
> (b) the expanding role of the Notary Public in the registration process, including, inter alia, attesting to the appropriateness of property descriptions, proving due execution of instruments in compliance with prescribed naming conventions, and certifying the legal effect of instruments to be registered and archiving registered instruments; and
>
> (c) the benefit to the public of legal advice being provided at the time of execution.

[9] When an application is made to register a title to property under the Land Titles System, a lawyer in good standing with the Law Society and who has concluded a Subscription Agreement with Service New Brunswick pursuant to the terms of the Master Agreement, must certify title in Form 3. The form certificate provides among other things that the information contained in the application (Form 1) is correct and that a title search has been conducted in accordance with the current standards for the practice of law promulgated by the Law Society.

[10] In 1999, in anticipation of the implementation of the *Land Titles Act*, the Law Society adopted the Standards for the Practice of Real Property Law. In the preface to the Standards, it states that the Standards are expected to be adhered to by all members of the Law Society in rendering certificates of title and that the failure to do so may constitute negligence. Reference is made to the Memorandum of Agreement concluded between the Law Society and Service New Brunswick and to the certificate of title to be given to Service New Brunswick on risk management principles. The Standard, comprising 19 pages, addresses some 36 different topics including the requirement of at least a 40 year title search from an acceptable root of title.

[11] In November 2001, the Law Society adopted Part III of the Standards which addressed the conversion process. These new standards are referred to as Part III: Conversion to Land Titles. This particular part comprises 30 pages and a further six topics, paragraphs 51 to 56, as well as a Form Certificate of Notary. The introduction to Part III reads:

> Pursuant to the Master Agreement and the Subscription Agreement, the Society and particularly Subscribers, have assumed a custodial role in the maintenance and integrity of the Land Titles System. In addition to the enhanced role of our members, the active participation of the public is now mandated in the form of the Applicant's Affidavit [Land Titles Act - General Regulation: Form 2] to ensure the accuracy of the titles being brought under the new system. Adherence to these Standards will help to protect and advance the reliability and integrity of the system in the process of conversion from the Registry Act System. Please note that paragraph 3.1(a) (ii) of the Master Agreement indicates that no claim shall be made by Service New Brunswick in respect of a Certificate of Title issued by a Subscriber who has certified title in accordance with these Standards and is not negligent.

[12] Section 52 of Part III of the Standards deals with Applications for First Registration. Most of the subsections and subparagraphs of this section elaborate on the provisions of the *Act* and Regulations. Section 52.1 of the Standards provides that no

AFR shall be submitted until the lawyer has, among other things, reviewed the title search, current PID databank, current property information report, digital map, completed Form 1 and completed and signed a certificate of title in Form 3.

[13] It is s. 52.1(h) of the Standards that is referred to in these reasons as the "impugned provision". It reads as follows:

> 52.1 No AFR shall be submitted until the submitting lawyer has:
>
> [...] and is in possession of the following:
>
> [...]
>
> h) Form 2 - Affidavit of Applicant ("Form 2"), for each parcel, duly sworn by the owner (if more than one owner affidavit to be sworn jointly or by one owner on behalf of all) <u>before a Notary Public</u>, with the completed and signed Form 1 annexed thereto. [Note: Prior to the swearing of Form 2 by the owner of the property, both Form 1 and Form 2 <u>must be explained to the deponent in person by a Notary Public</u> duly appointed for the jurisdiction in which the Affidavit is sworn. If sworn in New Brunswick, the Notary Public before whom the affidavit is sworn shall prepare and deliver to the submitting lawyer a certificate, in the form annexed hereto, that both documents have been personally explained to the deponent prior to Form 2 being sworn. If the Affidavit is sent out of Province for execution the lawyer shall send to the out of Province Notary Public sufficient information to enable him or her to provide the necessary explanation to the deponent and request that he or she provide the certificate.] Facsimile copies of Form 2, received by the submitting lawyer prior to the submission of the AFR are sufficient so long as the completed Form 1 is annexed. It is recommended that the original be obtained at closing. The Notary Public before whom Form 2 is sworn shall deliver the original to the submitting lawyer on or before closing.
>
> [Emphasis added.]

[14] To summarize, under s. 52.1(h) of Part III, a member of the Law Society must be in possession of a Form 2, duly sworn by the owner of land before a notary public, with the completed and signed Application for First Registration of Title annexed thereto. Prior to the swearing of a Form 2 by the owner of the property, both the AFR and Form 2 must be explained to the deponent in person by the notary public, who must so certify in writing to the lawyer submitting the AFR.

[15] The respondent, FCT Insurance Company, is a title insurer. First Canadian Title Company Limited provides support services to enable the policies to be issued. The companies together will be referred to in these reasons as FCT. FCT introduced title insurance to New Brunswick in 1996.

[16] Title insurance replaces the lawyer’s certificate of title by insuring the owner's interest in the property. It also ensures that the owner will have free and uninterrupted use of the property and it facilitates subsequent transfers of the property. It provides different protection than a guarantee of title supported by a lawyer's certificate of title. Because the cost of a policy is less than the cost of the survey plus off title searches, title insurance saves money. Claims are payable without proof of negligence on anybody's part. Where title to the property is in the Land Titles System, title insurance still remains useful. This is because the government guarantee of title has some important restrictions: it does not extend to the location of boundaries, and a survey is still required by most lenders if a title insurance policy is not purchased. In addition, the government guarantee does not extend to defects that may be disclosed by off title searches. For example, no land titles registration system assists if there is fraud in the chain of title.

[17] FCT offers two relevant programs: one entitled the “Lender Program” and another entitled “Home Closing Services Program”. The Lender Program insures to lenders engaged in refinancing transactions (home equity loans) the legal validity, priority and enforceability of the mortgage and saleability of the property. The advantages for lenders who choose to participate in this programme include the broader coverage offered by a title insurance policy, a low fixed fee, speed in closing, and

uniformity of coverage in every transaction across the country. It also offers convenience for the borrower because all transactions take place within the lender's branch and without the need for a lawyer's involvement. In the Lender Program, the borrower and lender receive no legal advice or representation in connection with the re-financing transaction. The borrower formally acknowledges that this is so, but it is open to the borrower to obtain independent legal advice if the borrower so desires. As part of the services offered, FCT undertakes to complete the lender standard form of mortgage with particulars of the borrower, the property secured, the term of the mortgage, the principal and the repayment terms. This information is provided electronically by the lender and the blanks in the mortgage document are automatically completed by a computer program. FCT also attends to the registration of the executed mortgage.

[18] In the Lender Program and in the Home Closing Services Program, FCT employs or retains lawyers to undertake the application process as the appointed agent for the property owner.

[19] In the Home Closing Services Program, in return for referrals from FCT, a lawyer in private practice agrees to provide his or her services to purchasers in residential real estate transactions for a fixed fee. The lawyer provides all the usual representations to his or her client, except for an opinion on title. The client receives a title insurance policy instead.

[20] Prior to the adoption of s. 52.1(h) of the Standard for the Practice of Real Property Law, the required Form 2 was prepared by FCT's staff and forwarded to the client as part of a package of documentation, with the intention that Form 2 would be sworn before a Commissioner of Oaths retained by FCT to provide this service. After the documents were signed, FCT would submit the application electronically to Service New Brunswick to process the application. However, under s. 52.1(h), FCT's lawyers could no longer submit the applications electronically since the Form 2 was not sworn before a notary public. As a result, FCT had to submit AFRs over the counter, incurring a cost of $100 per transaction which would not otherwise have been payable. This practice

continued until June 2002, for a period of about six months, at which time Service New Brunswick, overwhelmed with paper submissions, asked FCT to find a solution which would permit its lawyers to submit electronically.

[21] Therefore, FCT began using a power of attorney in which the land owner who wanted to convert his or her property would sign the document authorizing an agent of FCT to complete Form 2 on his or her behalf. Thus, FCT was once again able to file the AFR electronically.

[22] On July 4, 2002, FCT challenged the validity of s. 52.1(h) of Part III of the Standards for the Practice of Real Property Law. It was successful at trial and the Law Society appeals from the decision.

[23] The Law Society relies on four grounds of appeal:

> 1) The learned trial judge erred in holding that the Respondents had the necessary status to challenge Section 52.1(h) of Part III of the Standards for the Practice of Real Property Law adopted by the Appellant (the "Standards").
>
> 2) The learned trial judge erred in holding that the Standards were *ultra vires* of the Appellant as inconsistent and in conflict with the procedures for in the *Land Titles Act* and related regulations.
>
> 3) The learned trial judge erred in holding that the Standards were invalid as having been adopted for an improper purpose.
>
> 4) The learned trial judge erred in holding that the services offered and provided by the Respondents were not prohibited by the Law Society Act and that they did not constitute the illegal practice of law.

I. Standard of Review

[24] The trial judge ruled on four issues. Neither party argued at any length about the deference that this Court owes to the trial judge's findings because it would seem that the standard to be applied on each issue is self-evident. The trial judge found that FCT had standing to sue for a declaration. This is a question of law and the standard is correctness (See *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 SCC 33). The trial judge found the impugned provision is inoperative as being inconsistent with the *Land Titles Act* and Regulations. This too is a question of law and the standard of review is correctness (See *Housen v. Nikolaisen*, para. 8). The trial judge found that the impugned provision is invalid as having been adopted for an improper purpose. The Law Society argues the trial judge's decision is not supported by the relevant evidence and that the decision should be reversed. The Law Society must show palpable and overriding error to succeed with respect to this issue (See *Housen v. Nikolaisen*, para. 10). Finally, the trial judge found that FCT is not practicing law. This is either a question of law or mixed fact and law. In either case deference is owed to the trial judge's conclusions on a standard of palpable error.

II. Standing

[25] The Law Society argues FCT does not have the necessary standing to challenge s. 52.1(h) of Part III of the Standards for the Practice of Real Property Law. However, the Law Society did not plead the standing issue in its Statement of Defence nor was this pleading ever amended to raise it as an issue. The issue was not explored in the evidence at trial. It was raised by the Law Society in one line in its pre-trial brief. In final submissions, the Law Society argued briefly that FCT had no standing to complain to the Court because it was engaged in the illegal practice of law. It was raised, if you will, as an *ex turpi causa* argument. This was the extent to which the issue was developed. Based on this, the trial judge could have quite rightly responded by refusing to deal with the issue, considering the manner in which the Law Society treated the issue in its pleadings and at trial. Instead, he briefly responded to the argument made to him:

> At the outset, I do not agree or accept that the Plaintiffs have no status to complain or maintain the present Action. The Plaintiffs are carrying on legitimate business interests and operations. FCT is licensed to carry on the business of title insurance. In my view, without question, they have the right to commence legal proceedings to have the court determine the matters in issue and challenge the Standards put in place. Standards that impact on and purport to restrict their right to carry on their businesses. [para. 49]

[26] This Court has had a number of occasions to address the question of issues that are raised and not pleaded. In *Parlee v. McFarlane* (1999), 210 N.B.R. (2d) 284 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 88 (QL), Drapeau J.A. (as he then was) instructs:

> It is commonplace that trial by ambush has no place in our modern system of justice. The rules of pleading enunciated in Rule 27 of the *Rules of Court* are designed to ensure that the relevant issues are raised, and that no party is taken by surprise. The importance of pleadings cannot be underemphasized. They define the issues not only for the parties, but for the judge as well. Indeed, I cannot fathom a situation where a trial judge could properly decide the case before him or her on a basis not raised in the pleadings or at trial. [para. 33]

(see *B.B.* v. *Saint John (City) et al.* (2006), 303 N.B.R. (2d) 394, [2006] N.B.J. No. 369 (QL), 2006 NBCA 89 at para. 7; *ADI Ltd. v. 052987 N.B. Inc. et al.* (2000), 232 N.B.R. (2d) 47, [2000] N.B.J. No. 467 (QL), 2000 NBCA 55 at para. 3 per Turnbull J.A. for the majority, leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] S.C.C.A. No. 48 (QL)).

[27] Apart from the procedural objection that the issue was not pleaded, and that it was raised late in the process, there are good reasons why the issue of standing should be pleaded. It is a threshold issue that needs to be determined in order for the trial judge to establish jurisdiction over the case. It can then be disposed of under the *Rules of Court* as a preliminary matter if there is no genuine dispute over material facts. The matter can be resolved at an early stage in order to conserve judicial resources and to avoid the useless expenditure of time and money (see *Finlay v. Canada (Minister of*

Finance), [1986] 2 S.C.R. 607**,** [1986] S.C.J. No. 73 (QL) at para. 16). If the Law Society was serious about this ground it should have pleaded and pressed it before the trial judge as early as possible in the proceedings.

[28] At the appeal hearing, the Law Society argued the issue of standing on a basis which was neither raised nor argued at trial. It submits that the test for deciding whether a party has standing is based on whether a legal relationship exists between the parties. FCT submits that there is no merit to the argument made by the Law Society. FCT relies on a number of authorities for this proposition, including *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, [1979] S.C.J. No. 130 (QL), which dealt with the censorship of prisoners' mail. The Court considered whether a declaration should lie at the instance of the prisoner concerned. The Court summarized when declarations in general can be granted:

> […] where real, rather than fictitious or academic, issues are raised […]
>
> […]
>
> > … if a substantial question exists which one person has a real interest to raise, and the other to oppose, then the court has a discretion to resolve it by a declaration, which it will exercise if there is good reason for so doing.
> >
> > […]
> >
> > A person whose freedom of action is challenged can always come to the court to have his rights and position clarified, subject always, of course, to the right of the court in exercise of its judicial discretion to refuse relief […]
>
> […]
>
> […] courts will not grant declarations regarding the future. [and]
>
> […]

> The declaratory action is discretionary and the two factors which will influence the court in the exercise of its discretion are the utility of the remedy, if granted, and whether, if it is granted, it will settle the questions at issue between the parties.

[29] The test that arises from the caselaw has two branches. The first is that a subordinate decision-making body only has the powers granted to it by statute. It may exercise those powers in the public interest. If in exercising them it strikes at private rights the aggrieved party has a remedy. One looks for guidance to *Finlay v. Canada (Minister of Finance)* for an allegation of abuse of statutory authority. That case raised the question of whether the plaintiff had sufficient interest in the substantive issues to justify standing to challenge the exercise of a statutory authority. The Supreme Court of Canada held that the test is whether the plaintiff has shown that he or she is particularly affected in a special way by the provision. In *Finlay* the Court refers to *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331, [1924] S.C. J. No. 15 (QL), and to the general rule with respect to standing formulated by Duff, J.:

> […] An individual, for example, has no status to maintain an action restraining a wrongful violation of a public right unless he is exceptionally prejudiced by the wrongful act. [p. 337]

[30] In *Cowan v. Canadian Broadcasting* Corporation, [1966] 2 O.R. 309 (C.A.), [1966] O.J. No. 986 (QL), in which the standing requirement laid down in *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, was applied by the Ontario Court of Appeal to an action for declaratory and injunctive relief alleging that the Canadian Broadcasting Corporation had exceeded its statutory authority by operating a French language broadcasting station, Schroeder J.A. said at p. 311:

> A plaintiff, in attempting to restrain, control, or confine within proper limits, the act of a public or quasi-public body which affects the public generally, is an outsider unless he has sustained special damage or can show that he has some "special interest, private interest, or sufficient interest". These are terms which are found in the law of

> nuisance but they have been introduced into cases which also involve an alleged lack of authority. Therefore, in an action where it is alleged that a public or quasi-public body has exceeded or abused its authority in such a manner as to affect the public, whether a nuisance be involved or not, the right of the individual to bring the action will accrue as it accrues in cases of nuisance on proof that he is more particularly affected than other people. [para. 6]

[31] The Court in *Finlay* also refers to the dissent of Laskin C.J.C., in *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, [1981] S.C.J. No. 103 (QL), with regard to the general rule:

> […] Unless the legislation itself provides for a challenge to its meaning or application or validity by any citizen or taxpayer, the prevailing policy is that a challenger must show some special interest in the operation of the legislation beyond the general interest that is common to all members of the relevant society. […] [p. 578]

[32] Clearly the test for standing must be based on the interest that is affected not whether there is a pre-existing legal relationship between the parties. If that requirement were necessary it would insulate bodies like the Law Society who hold their powers in trust for the public interest. In *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Ontario Veterinary Association et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 667 (H.C.), [1986] O.J. No. 1314 (QL) the plaintiff was not a member of the Ontario Veterinary Association, but a member of a competing body, the Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals. No challenge was raised as to the plaintiff's standing in that case.

[33] Secondly, if the measure merely affects the interest of a member of the public that aggrieved party has standing if it can show it is affected in a special way, a way that is different from the public as a whole. In *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. v. Minority Language School Board No. 50 et al.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 198 (C.A.), [1984] N.B.J. No. 139 (QL), LaForest J.A. observed:

> Counsel for the Société and Conseillers also questioned the standing of the Association to be made a party to the action. He suggested that it has no substantial right cognizable to the law. There can, however, be little doubt that the parents concerned in this case would feel aggrieved or prejudicially affected by the decision sought to be appealed against. Such a parent can hardly be described, in Lord Denning's expression, as “a mere busybody who is interfering in things which do not concern him"; rather he is "a person who has a genuine grievance because [a decision] has been made which prejudicially affects his interests”; see *A.-G. of The Gambia v. N'jie*, [1961] 2 All E.R. 504, at p. 511; see also *Re Halifax Atlantic Investments Ltd. et al. v. City of Halifax et al.* (1979), 28 N.S.R.(2d) 193; 43 A.P.R. 193; 90 D.L.R.(3d) 633. The children of a substantial number of these parents, according to the affidavit of the president of the Association, have been forced out of an educational program in which they wished to participate, and the children of the other parents will be unable to avail themselves of this program. They clearly have a "personal stake in the outcome of the controversy" to use the words of Justice Brennan in *Baker v. Carr* (1962), 369 U.S. 186, at p. 204. [para. 15]

[34] The test in *Solosky* is clearly met in this case because the conflict is real and not theoretical and the interest of FCT is direct. I agree with the trial judge and am of the view that FCT qualifies for standing: FCT had a “special interest” sufficient to sue the Law Society to seek a declaratory order. FCT is running a legitimate business in providing title insurance and they have a right to seek redress against Standards implemented by the Law Society which they allege impact directly on their capacity to operate effectively and economically. Therefore, this ground of appeal fails.

[35] Similarly the Law Society’s argument that this litigation was rendered moot by FCT’s implementation of the Power of Attorney cannot succeed. The Law Society challenged the power of attorney process and its compliance with the impugned provision so the issue has not yet been laid to rest between the parties.

III. The Impugned Provision is Inoperative

[36] The Property Law Advisory Committee, referred to as PLAC, oversaw the activities for the Law Society with respect to the new land title system. Charles Johnstone, Q.C., a practicing lawyer and a member of the Council of the Law Society, was the chair of the Committee from its inception in October 1996. In 2001 he was also the Vice-President of the Law Society and later became its President. As chair of PLAC he selected the other 12 members who served on the Committee.

[37] PLAC was established to address two issues: the introduction of title insurance in the province and Service New Brunswick's land titles initiative. PLAC's Report to the Law Society Council in May of 1997 refers to the advent of title insurance as being "incredibly significant" because in New Brunswick, 400 of 857 insured members of the Law Society practiced real property law. The Report recommends support for the new land titles initiative. As the initiative took shape, Mr. Johnstone and other members of PLAC including Claude Poirier, represented the Law Society in negotiations with Service New Brunswick concerning the role of lawyers in the operation of the Land Titles System. This led to the adoption of the Master Agreement, the purpose of which was to limit the liability of members of the Law Society with respect to Form 3 certificates of title issued by them to Service New Brunswick. Messrs. Johnstone and Poirier negotiated with Service New Brunswick in an attempt to have the government adopt a process by which lawyers would undertake the registration of all instruments, and the exclusive right to submit AFRs. But the government made the policy decision that individuals or their agents must be permitted to submit their own AFRs. The Master Agreement did grant to lawyers, who are subscribers, the exclusive right to submit both PID databank applications and AFRs electronically and at no cost while all others had to do so over the counter and pay fees. Under the direction of Messrs. Johnstone and Poirier information sessions took place around the province to introduce lawyers, lenders, real estate agents and paralegals to the new system. Messrs. Johnstone and Poirier represented Service New Brunswick, which had retained them for this purpose. PLAC held an erroneous belief that title insurance companies would be the only losers with respect to

the implementation of this new Land Title System throughout the province since according to PLAC, under the new system the services of title insurance companies would simply be redundant because the government would be guaranteeing title. There was also a sentiment among PLAC members that with the new system FCT would shortly be out of business in New Brunswick because it would not be able to submit AFRs electronically and that it would possibly be unable to pay claims in the future. However, FCT was able to solve the problem of submitting AFRs electronically and it undertook conversions through its lawyers as part of the process of selling title insurance products.

[38] PLAC then came up with an idea that the swearing of a Form 2 affidavit should be done by a notary public. Mr. Johnstone admitted that FCT's practice of using commissioners to take the oath of the Form 2 affiants provided the motivation. Mr. Johnstone was not aware that anyone else was following a similar practice. PLAC's rationale for the use of a notary public was so that the documents could be personally explained to the deponent (property owner) by a lawyer before the Form 2 was sworn. PLAC understood that the requirement for a notarial certificate was one that would need Service New Brunswick's approval and should probably be addressed in the Subscription Agreement. Since administration of the land title system is the statutory responsibility of Service New Brunswick, the Law Society could only act in relation to such matters with the cooperation of Service New Brunswick. It is the Subscription Agreement that addresses the documents a subscriber must have when submitting an AFR. These are the affidavits and other documents required by the *Act* and Regulations. Therefore, early in 2001, Mr. Johnstone approached Service New Brunswick and asked it for an amendment to the Subscription Agreement which would require the subscriber to ensure that the sworn Form 2 was accompanied by a notarial certificate.

[39] Service New Brunswick refused the request. Its position was that it would not agree to the amendment without further study; it wanted empirical evidence as to whether unregistered interests were being missed. PLAC had no such information that unregistered interests were being missed in AFRs prepared by FCT's lawyers. Then

PLAC, under the guidance of Mr. Johnstone, prepared a draft of a new Part III to the Standards incorporating the requirement for the notarial certificate.

[40] There is no evidence in the record to establish how PLAC approved Part III of the Standards, and no evidence of what discussions took place regarding the impugned provision. There is no evidence in the record of discussions at Council of the Law Society concerning the impugned provision prior to its approval. There is nothing on the record to show that Council undertook any detailed review of Part III or any evidence that it explained to its membership the mechanics of the land title system that would permit it to implement the impugned provision. Mr. Johnstone testified that Council relied on his committee to "have done that job".

[41] It should be noted that no members of Council, who were not also members of PLAC, gave evidence at trial. The Court was not told how Council would have responded had they understood the objective of the impugned provision, the relevant legislation, Service New Brunswick's position, any other potential conflicts of interest in which members of PLAC placed themselves or any other background matters.

[42] On the one hand, the *Land Titles Act* and Regulations authorize the use of a Commissioner of Oaths whenever a From 2 affidavit is sworn. On the other hand, the impugned provision makes it mandatory that a notary public be used when a Form 2 is sworn and the lawyer is to file the AFR. This in effect prohibits the use of a Commissioner of Oaths when the Form 2 affidavit is completed. The issue then is whether the impugned provision is incompatible with the express statutory provisions and, if so, can the impugned provision be operative at law?

[43] The trial judge concluded that the impugned provision clearly conflicts with procedures authorized under the *Land Titles Act* and Regulations and as subordinate legislation it must give way. In addition, he concluded the Law Society lacks the statutory power to restrict procedures that are expressly authorized under the *Land Titles Act* and Regulations:

> It is my conclusion that the impugned provision of the Standards is invalid. It prohibits what the express provisions of the *Land Titles Act* and the Regulations allow. It is in conflict with the procedures prescribed in the pertinent legislation. The Law Society does not have the power or jurisdiction to administer the Land Titles System; that is the mandate of Service New Brunswick. The Lieutenant Governor in Council is authorized under the *Act* to make regulations prescribing the forms and contents of instruments and to prescribe procedures to carry out the intent and purposes of the *Act*. [para. 62]

[44] In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, [1992] S.C.J. No. 1 (QL), the Court describes the law with respect to contradictory enactments:

> The basic principles of law are not in doubt. Just as subordinate legislation cannot conflict with its parent legislation *(Belanger v. The King* (1916), 54 S.C.R. 265), so too it cannot conflict with other Acts of Parliament (*R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)), unless a statute so authorizes (*Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150). Ordinarily, then, an Act of Parliament must prevail over inconsistent or conflicting subordinate legislation. However, as a matter of construction a court will, where possible, prefer an interpretation that permits reconciliation of the two. "Inconsistency" in this context refers to a situation where two legislative enactments cannot stand together; see *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517. The rule in that case was stated in respect of two inconsistent statutes where one was deemed to repeal the other by virtue of the inconsistency. However, the underlying rationale is the same as where subordinate legislation is said to be inconsistent with another Act of Parliament -- there is a presumption that the legislature did not intend to make or empower the making of contradictory enactments. There is also some doctrinal similarity to the principle of paramountcy in constitutional division of powers cases where inconsistency has also been defined in terms of contradiction -- i.e., "compliance with one law involves breach of the other"; see *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 800. [para. 42]

The Law Society acknowledges that if there is an operational conflict between, on the one hand, the impugned provision and, on the other, the *Land Titles Act* and its Regulations, the impugned provision is inoperative. It acknowledges that an operational conflict occurs in a situation where compliance with one law involves breach of the other.

[45] The *Land Titles Act* and Regulations authorize the use of a Commissioner of Oaths whenever a Form 2 affidavit is sworn. Section 55(3)(a) reads as follows:

PROOF OF EXECUTION FOR REGISTRATION	ATTESTATION DE CERTAINS INSTRUMENTS
[…]	[…]
55(3) An affidavit of execution and an affidavit of corporate execution shall be in prescribed form and shall be made before	55(3) L'affidavit de passation d'acte et l'affidavit de passation d'acte par une corporation doivent être établis dans la forme prescrite,
(a) the Registrar General, a registrar, a judge, a notary public or a commissioner of oaths in and for the Province, or any other person authorized pursuant to an enactment of the Province to administer an oath or affirmation, if made within the Province; or	*a)* si l'attestation se fait à l'intérieur de la province, devant le registrateur général, un registrateur, un juge, un notaire ou un commissaire aux serments de la province pour être utilisé dans la province ou devant toute personne autorisée en vertu d'un texte législatif de la province à recevoir un serment ou une déclaration;

[46] The jurat of Form 43 under the Regulations clearly indicates that the oath can be taken by a "Commissioner of Oaths etc." The impugned provision forbids the use of a commissioner when a Form 2 is sworn and a lawyer files the AFR. This is an operating inconsistency. In this situation, compliance with the *Land Titles Act* and Regulations involves a breach of the impugned provision.

[47] The adoption of the Land Titles System involved a series of careful trade-offs which were designed in part to contain the costs of the system. Various policies that informed the new system were access to the public registry, and allowing individuals to file. Since the cost of conversion rested on individuals, an effort was made to contain the

obligations that were imposed on them for conversion: they were to be kept as simple and economical as possible. In promulgating the impugned Standard, the Law Society was interfering with the statutory scheme by layering on an additional requirement that was inconsistent with the overall approach to the legislation, namely, to implement an easy and cost-efficient way of securing a better title. The *Land Titles Act* included some compromises on the nature of the title that is guaranteed for the sake of economy, simplicity, and convenience in effecting the conversion process. In particular, the AFR process was not expected to deliver a perfect title, including the most accurate delineation of the boundaries possible and the most complete identification of unregistered interests. If the *Act* had required a perfect title then it would have imposed the obligation of a survey plan to be obtained and the AFR to be circulated for comment to adjoining property owners. In recognition of the fact that the AFR leads to a potentially imperfect title, the certificate of registered ownership (a CRO replaces a deed) does not guarantee boundaries. In addition the *Act* provides for an expansive power to rectify title including the power given to the registrar of land titles to amend the certificate of registered ownership to add a previously unrecognized unregistered interest (s. 68 of the *Act*).

[48] The decision to allow individuals to submit AFRs on their own is an example of a trade-off. It was seen as a question of public access to the public registry system. Historically, the public had always enjoyed this right of access since everyone could register an instrument at the public registry office. Adoption of a Form 2 affidavit which can be sworn before a Commissioner of Oaths is another trade-off. If an affiant must attend before a lawyer, that potentially increases the cost of the transaction to him or her. The Master Agreement assigns no responsibility to the Law Society to take any steps to secure the integrity of the registered title. To the extent the profession has the responsibility, it belongs specifically to individual members of the Law Society who are subscribers, as is set out in the Subscription Agreement to which the Law Society is not a party. Since Service New Brunswick negotiated with the Law Society and the individual lawyers by means of the Master and Subscription Agreements it was inappropriate for the Law Society to proceed unilaterally to introduce the new Standard which imposes a different standard than the one required under the *Land Titles Act* and Regulations. It

would appear that the impugned provision found itself in Part III of the Standards by default because Service New Brunswick refused to amend the Subscription Agreement where it would more properly belong. It also appears anomalous to include the impugned provision in the Standards because they refer to minimum requirements, and the "raison d'être" for the impugned provision was to give effect to a more elevated standard than do the *Land Titles Act* and the Subscription Agreement.

[49] To sum up, in these circumstances it is not within the competence of the Law Society to bar an affidavit sworn to by a Commissioner of Oaths. It cannot adopt an enhanced procedure which is not consistent with the *Land Titles Act.* The trial judge was correct in deciding that the impugned provision is inoperative and this ground of appeal fails.

IV. Standards Invalid as Having Been Adopted for an Improper Purpose

[50] The trial judge made a crucial finding with respect to the purpose for the implementation of s. 52.1(h) of the Standards. He found that the impugned provision was adopted for the predominant purpose of addressing practitioners' concerns about competition from FCT. That is not a purpose authorized by the *Law Society Act*. The trial judge states:

> I have carefully considered all of the evidence in relation to the adoption of the impugned provision of the Standards some of which I have summarized above. I am satisfied that the predominant purpose of the impugned section of the Standards was to address the concerns about competition from the Plaintiffs. This purpose is not authorized by the *Law Society Act*. It can of course be argued that the impugned provision of the Standards was adopted for the purpose of advancing and maintaining the standard of legal practice in the province and of governing and regulating the legal professions or for the objects set out in Section 5 of the *Law Society Act*. I am not convinced that this was the predominant purpose of the provision in question from my assessment of the evidence. In my opinion the requirements set out in the impugned provision

> of the Standards are not reasonably related to the object of the Society as was the conclusion of the House of Lords in the *Dickson* decision (Supra). [para. 78]

[51] This finding by the trial judge that the impugned standard was adopted for an unauthorized purpose, to thwart competition, is a finding of fact or at the very least an inference drawn from other findings of fact. As such, that conclusion can only be set aside if it results from a palpable and overriding error which can be plainly seen on a review of the record: *Housen v. Nikolaisen*, para. 10. In *R. v. Arsenault (D.J.)* (2005), 295 N.B.R. (2d) 123, [2005] N.B.J. No. 529 (QL), 2005 NBCA 110 the Court adopted the following passage of *Waxman et al. v. Waxman et al.* (2004), 186 O.A.C. 201 (C.A.), [2004] O.J. No. 1765 (QL), which provides a useful summary of what is meant by "palpable and overriding error":

> The "palpable and overriding" standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A "palpable" error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen* at 246. Examples of "palpable" factual errors include findings made in the complete absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.
>
> An "overriding" error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a "palpable" error does not automatically mean that the error is also "overriding". The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281. [paras. 296-97]

The question to be answered on this issue is whether, based on the record, the trial judge's findings constitute a palpable and overriding error.

[52] The Law Society argues the trial judge erred in finding that in adopting the Standard it did so for an improper purpose. It submits it was acting in the best interest of both its members and the general public by attempting to limit potential liability of both lawyers and owners under s. 76 of the *Land Titles Act* for negligent omission. By requiring Forms 1 and 2 to be personally explained by a notary public (a lawyer) to the applicant before they are executed, the applicant will better understand his or her obligations and have an opportunity to question the notary public as to the necessity to include any items that would constitute "encumbrances" that are not already listed. As well, based on what the applicant is told, the notary public may be able to properly characterize as an encumbrance something known to and disclosed by the applicant but not so labeled.

[53] FCT argues the impugned provision was not to set a higher standard of conduct for lawyers than laypersons under the *Land Titles Act*. It complains that no satisfactory explanation was ever given why Forms 1 and 2 had to be personally explained by a notary public (a lawyer) to the applicant before they are executed. It argues there was sufficient evidence upon which the trial judge could reach the conclusion he did that the Law Society adopted the notarial certificate requirement as a means to stifle competition by FCT.

[54] The trial judge relied on *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Ontario Veterinary Association et al.* (1986) and *Pharmaceutical Society of Great Britain v. Dickson*, (1970) A.C. 403 (HL). In both cases governing bodies of professionals adopted what purported to be professional standards but in reality were restrictions on their members' ability to conduct their business as professionals. In both cases, the real purpose was found to be an improper motivation to protect certain economic interests of members. In *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Ontario Veterinary Association et al.*, the question to be answered was whether the purpose was to deal with conflict of interest situations, or whether it was to eliminate the plaintiff as a competitor. If both purposes existed, was the latter the dominant purpose? The Society conceded that the impugned by-law could not be justified

on the ground that it was a legitimate attempt to limit competition. Similarly, in this case if the motivation of the Law Society in adopting the impugned provision was to protect lawyer's commercial interests this is not an authorized purpose. It is not permissible.

[55] There are three ways in which the intention or motivation of the Law Society can be determined: (1) actual intention; (2) presumed intention; or (3) imputed intention. In this case the trial judge based his finding on actual intention: Mr. Johnstone was put forward as the representative of the Law Society and the Law Society's intention was properly gauged on his evidence.

[56] The trial of this matter took 10 days. Five of 13 members of PLAC testified: Charles Johnstone, Hayward Aiton, Dwight Hubley, Claude Poirier and Carol Downs. Two other witnesses to whom the trial judge refers were Anita Trecartin, an account manager at a bank, and Martin Siscoe, a practicing lawyer. Mr. Johnstone, the chair of PLAC, was called as the Law Society’s main witness and he was examined for three days; yet the trial judge did not review his evidence.

[57] The evidence as to the motivation comes from five different sources:

- Documentary evidence supporting the position that the concern of PLAC and Mr. Johnstone was the commercial interests of the New Brunswick real property lawyers and antipathy towards FCT.

- The evidence of Dwight Hubley and others of statements made by Mr. Johnstone.

- Circumstances leading up to the adoption of the impugned provision as part of the Standards that include knowledge PLAC had of the effect of the impugned provision on FCT to continue the lender program.

- Evidence of whether the impugned provision served any practical purpose or interest to the land title system in the eyes of Service New Brunswick, and whether it enhanced the rights of the public.

- Evidence of the institutional arrangements that were in operation: the *Land Titles Act* and Regulations; the Master and Subscription Agreements; and the appropriateness for the Law Society to proceed unilaterally to introduce a new Standard.

[58] In arriving at his conclusion as to improper purpose, the trial judge referred to three documentary pieces of evidence. The view by PLAC members that title insurance would no longer be required after the new system came into place because the Province would guarantee title was confirmed by a letter from Mr. Johnstone to Mr. Rod MacKenzie of Service New Brunswick dated December 17, 1999, part of which reads in as follows:

> [...] I would suggest that the Title insurance companies will be the only losers with respect to the implementation of this new Land Title System throughout the province as it will create an environment where their services are simply not required. As you are aware, Title Insurance, the product of "Yankee ingenuity" is a new phenomena in Canada, having developed only over the last decade. The growth of Title Insurance in the United States over the last century has been incredible, with a number of major Title Insurance companies amassing billions of dollars in annual revenue. The reason is simple - Title Insurance perpetuates itself. It does not correct title deficiencies, but merely insures over them, requiring any subsequent purchaser to continue to utilize the service of Title Insurance companies with the required payment of premiums each time a property is visited either for conveyance or security purposes. In addition, Land Registry and Information Management systems in many of the jurisdictions in which Title Insurance operates, are essentially inoperative. Even within our boundaries, you are well aware that documentation is presented for registration often weeks after funds are advanced and Discharges of previous encumbrances are slow to be registered. I would also suggest to you that

> current Title Insurance premiums are basically "predatory pricing" which will increase over time as the system degenerates. One need only examine the premiums paid in the United States as proof positive. There is no doubt that the pockets of Title Insurance companies are deep, but I see no need in filling them with New Brunswicker's dollars.

[59] That lawyers were concerned about the operations of FCT was also evidenced by an e-mail dated April 27, 2001 from the executive director of the Law Society to the President of the Bar, Mr. Johnstone and Mr. Aiton. The Executive Director reports that he is receiving complaints from lawyers about FCT's aggressive involvement in the practice of real estate. The Executive Director suggests that a select few members of PLAC and the President of the Law Society should meet. This meeting was obviously not to discuss the issue of professional standards, but to discuss the problem of FCT and its actions.

[60] Finally the trial judge refers to an e-mail from Mr. Hubley to Mr. Johnstone and members of PLAC complaining that PLAC, the committee as a whole, was being sidestepped and pressured to accept, without input, a resolution of the issue.

[61] The trial judge accepted the evidence of Mr. Hubley, Anita Trecartin and Martin Siscoe. Mr. Hubley's evidence reveals Mr. Poirier came up with an idea that would solve the FCT problem, a document that had to be signed by a notary public rather than a Commissioner of Oaths. Mr. Hubley was not in agreement with the idea. Anita Trecartin attended an information session in early 2001. She attributed comments to Mr. Johnstone that put FCT in a negative light: FCT would not be able to keep up with the new Land Titles System; lawyers would be registering the documents; FCT would soon be out of business; and FCT would be scrambling to keep up with the rules under the new system. Mr. Siscoe also learned at an information session that once the new system was in place there would be no need for title insurance. According to the trial judge, this was confirmed by the evidence of Claude Poirier who was also under the impression there would be no need for title insurance after the implementation of the new Land Titles System.

[62] The trial judge failed to comment on the testimony of Mr. Johnstone. He did not accept Mr. Johnstone's position that the intention of the impugned provision related to professional standards. Yet, from the record it is clear what role Mr. Johnstone played in the adoption of the PART III Standard. Here is one example of what he said on cross-examination:

> Q. Right. And certainly, council did not undertake in its formal deliberations that kind of detailed review of the contents of part III?
>
> A. I would say that they were relying on our committee to have done that job.
>
> Q. And you did not tell council, I suggest, that there was any potentially controversial issue raised by part III?
>
> A. I didn't see a controversial issue. [July 6th, p. 137]

[63] Mr. Johnstone was the chair of PLAC and appointed all the other members. He set the agenda and determined the position that PLAC took with respect to (1) the adoption of the Land Titles System in New Brunswick; and (2) title insurance. He drafted PLACs reports and key correspondence. He and Mr. Poirier were the Law Society's representatives on a special committee with senior staff of Service New Brunswick who examined the lawyer's role in the AFR process and examined the question of what exposure lawyers would have if there were errors in the Form 3 certificate of title. Messrs. Johnstone and Poirier hammered out those issues through negotiation of the Master and Subscription Agreements. They assumed responsibility for the explanation of the new Land Titles System and traveled around the province to give information sessions to lawyers and other interested parties. Mr. Hubley testified that the impugned provision came about through a conversation between Mr. Johnstone and Mr. Poirier as they were driving to a PLAC meeting. They pressed the impugned provision's incorporation into the Subscription Agreement in a meeting with the Administrator of the Land Titles System at Service New Brunswick by using the special authority the Law

Society had given them. Specifically, they urged Service New Brunswick to see if the Subscription Agreement could be amended to require a notarial certificate whenever an AFR was filled in by a lawyer. They were turned down. Mr. Johnstone then prepared the first draft of the Standards, Part III and included in it the impugned provision and pressed for its immediate adoption. PLAC members complained that they were being ignored and that they were asked to rubberstamp this provision. Mr. Johnstone was absolutely central to the adoption of the impugned provision. He was not merely one member of PLAC, he was Vice President of the Law Society when Part III was submitted. He was President of the Law Society when it was passed. The evidence of motivation came from Messrs. Johnstone and Hubley and what inferences could reasonably be drawn from Mr. Aiton's evidence.

[64] I conclude that there was sufficient evidence accepted by the trial judge to allow him to reach the conclusions he did on this issue of actual intention; he made no palpable and overriding error. The trial judge made no determination about presumed or implied intention. Having concluded there was actual intention, it was unnecessary for such an analysis because either was an alternative examination only if he had found there was no actual intention. This ground of appeal fails.

V. Respondents Engaged in the Illegal Practice of Law

[65] The Law Society maintains that the services offered and provided by FCT are prohibited by the *Law Society Act* and that they constitute the illegal practice of law. The trial judge looked at three relevant New Brunswick statutory provisions regarding the allegation that FCT is practicing law and came to the conclusion from his review of the evidence and authorities that the services offered and provided by FCT are not prohibited by the *Law Society Act* nor do they constitute the illegal practice of law. His analysis on this issue appears at paras. 82 to 99 of the decision, from which the three following extracts are taken:

> In the Home Closing Services Program offered by the Plaintiffs and available, all legal services are prepared by

> lawyers in private practice in the province. FCT in such instances arranges a title search and a PID data bank application. If it is satisfied with the result, it commits to issue a title insurance policy and informs the lawyer of the title search result and decision to issue a policy. If the property title has not been converted to the Land Titles System, it also prepares the conversion documents. The lawyer then completes the transaction. He or she acts for the purchaser and agrees to accept the FCT stipulated fee. [para. 87]
>
> […]
>
> In the lender program no opinion on title is given by the FCT lawyer to the borrower or to the lender. Instead, a title insurance policy is issued to the lender. The lawyer involved represents FCT who will issue an insurance policy if it is satisfied that the property title meets the requirements for the issuance of a policy. In a conversion completed by FCT lawyers the certificate of title in form 3 is given to Service New Brunswick. The borrower may at his or her option, retain independent legal service. Any services of a legal nature in regard to the Lender Program are completed by lawyers employed or retained by the Plaintiffs. The lawyers involved are members of the Law Society**.** These lawyers review the title searches, documentation required for conversion to the Land Titles System and the mortgage documents. They supervise the completion of all required documents. [para. 90]
>
> […]
>
> The services provided by the Plaintiffs are functions that include the practice of law. They are performed under the supervision of the lawyers who are practicing members of the Law Society in good standing. These Plaintiffs do not represent or hold themselves out to be barristers or solicitors. The services provided by the Plaintiffs are not prohibited by reason of this explicit exception that permits such a function as set out in Section 32(2)(b). [para. 96]

[66] The question to be answered is whether the trial judge properly interpreted the relevant statutory provisions in applying the facts to the law. A statutory definition of the practice of law is found in the *Law Society Act* at s. 2:

"practice of law" means applying legal principles and procedures for the benefit of or at the request of another person, and includes

(a) acting as counsel or advocate,

(b) providing legal services,

(c) issuing an originating notice of action, notice of application, notice of motion, petition or similar document in any legal proceeding according to the provisions of any statute,

(d) preparing

(i) an instrument relating to real or personal estate permitted or required to be registered, recorded or filed in a public office,

(ii) a pleading, affidavit, statutory declaration or other similar written material for use in any legal proceeding,

(iii) a petition, letters patent, memorandum of agreement, affidavit, by-law or another document relating to the incorporation, formation, registration, organization, reorganization, amalgamation, dissolution or winding up of a partnership or body corporate,

(iv) a testamentary instrument,

(v) a document on which to found or oppose a grant of letters testamentary, letters probate or letters of administration, or

(vi) a petition or other document relating to matters under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, or

(e) giving legal advice,

(f) negotiating and settling claims in a legal proceeding[.]

[67] Section 33 (1) of the *Act* states:

> 33(1) Subject to subsections (2) to (5), no person except the following shall practice law:
>
> *(a)* a practicing member of the Society in good standing;
>
> *(b)* a professional corporation; and
>
> *(c)* a student-at-law, to the extent allowed by the rules.

[68] Section 33(2)(b) of the *Law Society Act* provides:

> 33(2) Nothing in this Act shall be construed to prohibit
>
> [...]
>
> *(b)* carrying out, for remuneration, functions that include the practice of law, if those functions are performed under the supervision of a practicing member in good standing and the person carrying them out does not represent to be and is not held out as a barrister or solicitor[.]

[69] In *R. v. Nicholson* (1979), 14 A.R. 450 (S.C. (App. Div.)), [1979] A.J. No. 589 (QL) the Court stated that if what the appellant did is unlawful, it can only be because it is forbidden by a provision of the governing legislation. It sets out the test as follows: "considering what the person has done can it be said that such should only be done by members of the legal profession in order that the public be adequately protected from acts of unqualified persons" (para. 35). See, as well, *R. v. Lawrie and Pointts Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 161 (C.A.), [1987] O.J. No. 225 (QL).

[70] The Law Society submits FCT provided legal services which are bundled together with other services provided by it to third parties for a fixed fee payable to FCT. This led FCT to practice law. FCT submits this assertion is unsupported by the evidence

and is wrong. I agree. The evidence on the record disclosed that lawyers employed by FCT provided limited legal services to FCT and FCT alone and not to third parties.

[71] All legal services with respect to the Home Closing Services Program are provided by lawyers engaged in private practice within the Province of New Brunswick. The Lender Program, a mortgage refinancing program, is offered by FCT to financial institutions. In this program, no opinion on title is given to the borrower or the lender. A title insurance policy is issued to the lender. The lawyer involved represents FCT and it will issue an insurance policy if it is satisfied the property title meets the requirements for the issuance of a policy.

[72] With respect to the conversion process, recall that s. 11 of the *Land Titles Act* provides for three forms: Form 1 is the application; Form 2 is the affidavit; and Form 3 is the certificate (it is in effect a certificate of title) that the lawyer provides to Service New Brunswick after he or she has reviewed the title. Anybody can act as an owner's agent for the purpose of filling out Form 1. So what legal services are provided with respect to anything FCT does? FCT only provides legal services with respect to the review and certificate of title which is involved in an AFR covered by Form 3. The rest of the AFR process does not involve the practice of law and that includes the PID databank application. In fact, FCT's lawyers do complete the PID databank applications but in so doing they are not practicing law. The only requirement of the PID databank application is that the owner's property, which is to be converted, is identified on a provincial map since the Province has assigned a unique number to each parcel of land. The record does not disclose any evidence that this operation requires any legal skills and there was no suggestion at trial that it involved the practice of law. Other than the AFR process, in the Lender Program or Home Closing Services Program, there is indeed only one form that is filled out: the lender's standard form of mortgage in the lender program. The trial judge found it is an operation that requires simply filling in blanks in a form: the name of the borrower, the amount of the loan, and the repayment schedule. It is a process that is computerized.

[73] Mr. Johnstone agreed with this position of FCT during cross-examination:

> Let me read to you from your prior cross-examination, page 17, just to cut this short. Question, "Mr. Johnstone, section 11 of the Act, first of all, subsection (1) and that reads "Any person claiming to be the owner of a parcel of land that is not registered land may by himself or his duly authorized agent apply to the registrar of the district in which the land is situated to have title to the land registered under this Act." Answer, "Yes." Question, "That clearly contemplates that the owner of the land may effect the registration. Correct?" Answer, "That's what it – yes, it does." Question, "Then subsection (2) "An application shall be in the prescribed form, describing parcels which the application relates by its approved parcel identifier, and that would be accompanied by certain documents." Now the application which is the prescribed form is form 1?" Answer, "Yes." "It is to be accompanied by the prescribed fee?" Answer, "Yes." Question, "By a certificate of title in the prescribed form certified by a member of the Law Society of New Brunswick?" Answer, "Yes." Question, "And that's form 3?" Answer, "Yes." Question, "An affidavit of the applicant in the prescribed form?" Answer, "You would be correct, Mr. Underwood. I've never done one, and I didn't realize it was there." Question, "That's form 2, isn't it, Mr. Johnstone?" Answer, "That would be form 2." Question, "So any individual property owner who submits an application for first registration himself must swear an affidavit in form 2?" Answer, "Yes." Question, "And the involvement of a solicitor is not required in that process?" Answer, "The form 2 can be sworn in front of a commissioner of oaths." Question, "So the only involvement that is actually mandated by the Act is in respect of the completion of form 3 – the only involvement of a solicitor that is mandated by the Act?" Answer, "Yes." [July 6, p. 214]

[74] The only two operations that are involved when it can be asserted that FCT is practicing law are with respect to the review of title and the completion of Form 3. FCT requires the registration of the mortgage to protect its own interest as title insurer. Where title to the property is in the registry system there has to be an application for first registration. That is a necessary precondition where the property is not yet in the Land

Titles System. The same is true where the deed is to be registered. If FCT is to protect its position as title insurer a deed or mortgage must be registered, and the AFR must be registered. FCT requires the registration of a mortgage or deed because upon the issuance of a title insurance policy the risk passes to the title insurer if title is not in the name of the person it should be or if the mortgage does not have the priority it was intended to have. Only registration of those instruments will secure the interest that the policy insures. If there are missed unregistered interests and somebody suffers a loss as a result, the owner does not assume the risk of the unregistered loss, the title insurer assumes the risk. The owner does not care if a deed has been registered or not and the lender does not care whether the mortgage is registered or not: those interests are insured by the policy. Legal services are provided to whomever assumes the risk, in this case the party who assumes the risk and wants protection from potential loss is the title insurer, FCT. The FCT lawyers act for FCT in completing the AFR. Even though the AFR is made in the name of the property owner that does not make the FCT lawyer the property owner's lawyer.

[75] This ground of appeal has no merit because the legal services provided under these circumstances, the review of title and the completion of the Form 3, are provided to FCT and not to third parties. There is absolutely no evidentiary foundation that any other legal services are provided.

[76] The trial judge came to this conclusion and stated that if he were wrong he would decide the issue on other bases. He then went on to find that if FCT were practicing law, then pursuant to s. 33(2) (b) of the *Law Society Act* they are under the supervision of lawyers. Nothing in the *Act* limits the application of this exception to services provided by legal assistants. He also made the finding that if FCT is providing legal services they are incidental to FCT's lawful business as a title insurer since they are provided in conjunction with the issuance of a title insurance policy. In light of the way that I have disposed of this ground of appeal I do not wish to comment further on these alternative arguments.

VI. Disposition

[77] For these reasons I would dismiss the appeal and order that the Law Society pay one set of costs to FCT Insurance Company, carrying on business as First Canadian Title, and First Canadian Title Company Limited in the amount of $5,000.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LA JUGE LARLEE

[1] Il s'agit d'un appel contre une décision de la Cour du Banc de la Reine dans laquelle le juge du procès a accordé un jugement déclaratoire après avoir statué : (1) que l'intimée, FCT Insurance Company, qui fait affaire sous le nom de First Canadian Title, et First Canadian Title Company Limited avaient qualité pour contester une disposition des Normes de pratique immobilière promulguées par l'appelant, le Barreau du Nouveau-Brunswick, (2) que la disposition contestée était *ultra vires* du Barreau au motif qu'elle allait à l'encontre des procédures prévues par la *Loi sur l'enregistrement foncier*, L.N.-B. 1981, ch. L-1.1, et ses règlements d'application et (3) que la disposition contestée était invalide du fait qu'elle avait été adoptée dans un but illégitime. Le Barreau avait déposé une demande reconventionnelle dans laquelle il alléguait que FCT exerçait illégalement le droit. Le juge du procès a rejeté la demande reconventionnelle. La décision est publiée à (2007), 324 R.N.-B. (2e) 315, [2007] A.N.-B. no 438 (QL), 2007 NBBR 347.

[2] La *Loi sur l'enregistrement foncier* a été adoptée au Nouveau-Brunswick en 1981. Un nouveau Système d'enregistrement foncier régi par cette loi et ses règlements d'application remplaçait l'ancien système d'enregistrement. Le gouvernement devait mettre en oeuvre le nouveau système de façon graduelle, et ce dernier a finalement été implanté de comté en comté entre les mois de septembre 2000 et de mars 2001. Par suite d'une modification apportée à la *Loi* en 1989, la Corporation d'information géographique du Nouveau-Brunswick a été prorogée comme personne morale sous le nom de « Services Nouveau-Brunswick » et cette société était chargée de l'application du nouveau système.

[3] L'intention du législateur était de mettre sur pied un système automatisé sans papier pour l'enregistrement des biens-fonds (et des instruments afférents) dans la Province et de consacrer législativement la garantie que le gouvernement du

Nouveau-Brunswick confère à un tel titre. Pour qu'une telle garantie soit effective, les transactions foncières qui aboutissent à l'enregistrement d'un titre de propriété créent une obligation d'origine législative de transférer le titre dans le bien-fonds visé du système d'enregistrement des actes au nouveau Système d'enregistrement foncier. C'est ce que l'on appelle la conversion. Le propriétaire foncier doit demander la conversion de son titre foncier du système d'enregistrement existant au nouveau Système d'enregistrement foncier au moyen d'une demande de premier enregistrement de titre communément appelée une DPE, qui est faite par le propriétaire du bien-fonds ou son représentant. Des règlements établis en vertu de la *Loi* précisent la procédure à suivre pour enregistrer des instruments et des actes de transport sous le régime de la *Loi.* Ils prescrivent les formules à utiliser, les droits à acquitter et les procédures à suivre pour opérer la conversion d'un titre foncier de l'ancien au nouveau système.

[4] Chaque demande de premier enregistrement de titre dans le nouveau système est précédée d'une demande d'inscription au Répertoire des numéros d'identification des parcelles (NID). Services Nouveau-Brunswick a cartographié tout le territoire de la province et attribué un numéro d'identification unique à chaque parcelle enregistrée. Pour pouvoir présenter la demande requise, il faut établir que la description technique du bien-fonds correspond bien aux limites indiquées sur la carte provinciale.

[5] Chaque demande de premier enregistrement de titre se compose de trois formules adoptées sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. La formule 1, la demande proprement dite, est signée par le propriétaire ou son représentant et fait état de tout droit enregistré grevant le bien-fonds ainsi que des droits non enregistrés dont le propriétaire a connaissance. La formule 2 confirme simplement les renseignements contenus dans la formule 1. Il s'agit d'un affidavit du propriétaire qui, à première vue, doit être souscrit devant un commissaire à la prestation des serments. La formule 3 est un certificat de titre de l'avocat adressé à Services Nouveau-Brunswick.

[6] Il incombe au Barreau de promouvoir et de maintenir la qualité des services juridiques dans la province ainsi que d'administrer et de réglementer la

profession. En 1996, la Province a édicté la *Loi de 1996 sur le Barreau* afin que le Barreau du Nouveau-Brunswick (le Barreau) soit prorogé comme personne morale pour les fins qui viennent d'être mentionnées. La mission du Barreau est énoncée à l'article 5 de la *Loi*. Elle comprend notamment l'établissement de normes visant la formation, la responsabilité professionnelle et la compétence de ses membres.

[7] En novembre 1999, Services Nouveau-Brunswick et le Barreau ont conclu une entente cadre qui accordait aux avocats souscripteurs le droit exclusif de présenter électroniquement et sans aucuns frais les demandes d'inscription au Répertoire NID et les DPE alors que les autres personnes doivent le faire sur support papier et payer des droits. Voici des extraits de cette entente :

> [TEXTE ORIGINAL]
> ATTENDU QUE :
>
> […]
>
> f) le paragraphe 11(2) de la *Loi sur l'enregistrement foncier* a été modifié afin d'exiger que la demande soit accompagnée d'un certificat de titre certifié de la manière prescrite par un membre du Barreau autorisé à exercer le droit; et
>
> g) le Barreau et la Corporation désirent conclure une entente en vue de contribuer au projet de mise en oeuvre d'un régime d'enregistrement foncier à l'échelle de la province et, conformément à l'article 76.01 de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, de régir les réclamations à l'encontre des membres du Barreau assurés par le Barreau;
>
> […]
>
> 1.1 Dans la présente entente,
>
> […]
>
> c) « certificat de titre » désigne un certificat de titre délivré en vertu de l'alinéa 11(2)b) de la *Loi sur l'enregistrement foncier*;
>
> […]

> i) « normes » désigne les normes, règles, coutumes et modalités adoptées, publiées et mises en vigueur de temps à autre par le Barreau afin de régir l'exercice du droit des biens par ses membres; [...]

[8] Tout avocat voulant participer à la conversion de titres de propriété du système d'enregistrement au nouveau Système d'enregistrement foncier était tenu de signer une entente d'adhésion qui constitue l'annexe A de l'entente cadre. Cette entente d'adhésion renferme les clauses suivantes :

> [TEXTE ORIGINAL]
> 2.1 Le souscripteur déclare et garantit à la Corporation
>
> a) qu'il est un membre éligible et qu'il maintiendra son éligibilité;
>
> b) qu'il est familier avec les normes et qu'il s'y conformera; et
>
> c) qu'il maintiendra une police d'assurance responsabilité professionnelle supplémentaire relativement à toute réclamation formulée à son endroit par la Corporation conformément à l'article 3.1 de l'entente cadre.
>
> […]
>
> 6.1 Les parties à la présente entente reconnaissant [*sic*] la valeur historique du rôle des notaires dans la preuve de l'exécution des documents qui doivent être enregistrés au bureau d'enregistrement, et elles admettent :
>
> a) la nécessité d'assurer l'intégrité des systèmes d'enregistrement;
>
> b) le rôle accru du notaire dans le mécanisme de l'enregistrement, notamment en ce qui concerne l'attestation de la concordance des descriptions de biens, la preuve de l'exécution en bonne et due forme des instruments conformément aux conventions d'appellation prescrites, le certificat de conséquences juridiques des instruments à

enregistrer et l'archivage des instruments enregistrés; et

c) l'avantage pour la population que des conseils juridiques soient fournis au moment de l'exécution.

[9] Lorsqu'une demande d'enregistrement d'un titre de propriété dans le Système d'enregistrement foncier est présentée, un avocat membre en règle du Barreau qui a conclu une entente d'adhésion avec Services Nouveau-Brunswick conformément à l'entente cadre doit certifier le titre au moyen de la formule 3. Cette formule qui est sous la forme d'un certificat prévoit notamment que les renseignements contenus dans la demande (formule 1) sont exacts et qu'une recherche de titre a été effectuée conformément aux normes actuelles de pratique du droit immobilier promulguées par le Barreau.

[10] En 1999, en prévision de la mise en oeuvre de la *Loi sur l'enregistrement foncier*, le Barreau a adopté les Normes de pratique immobilière. Dans la préface des Normes, il est indiqué que tous les membres du Barreau qui établissent des certificats de titre sont tenus de se conformer à ces normes, leur défaut à cet égard pouvant équivaloir à de la négligence. Il y est fait référence au protocole d'entente entre le Barreau et Services Nouveau-Brunswick et, s'agissant d'un certificat de titre destiné à Services Nouveau-Brunswick, aux principes de gestion des risques. Les 19 pages de normes portent sur quelque 36 sujets différents, dont l'obligation que l'examen des titres à partir d'un titre originaire valable couvre une période minimale de 40 ans.

[11] En novembre 2001, le Barreau a adopté la Partie III des Normes qui traitait du processus de conversion. Ces nouvelles normes constituent la Partie III intitulée « Conversion au régime des titres fonciers ». Cette dernière partie, qui compte 30 pages et traite de six sujets additionnels aux paragraphes 51 à 56, renferme également une formule intitulée « Certificat du notaire ». Voici le texte de l'introduction de la Partie III :

> Aux termes de l'entente cadre et de l'entente d'adhésion, le Barreau, et tout particulièrement les souscripteurs, ont assumé un rôle de dépositaire dans le maintien et l'intégrité du régime des titres fonciers. Outre le rôle plus important de nos membres, le public est maintenant mis à contribution au moyen de l'affidavit de requérant [*Règlement général – Loi sur 1'enregistrement foncier*, formule 2] visant à affermir l'exactitude des titres de propriété enregistrés sous le nouveau régime. Le respect des présentes normes aidera à protéger et à favoriser la fiabilité et l'intégrité du système lors de la conversion au régime des titres fonciers. Veuillez remarquer que l'alinéa 3.la)(ii) de l'entente cadre précise que Services Nouveau-Brunswick ne peut formuler de réclamation relativement à un certificat de titre délivré par un souscripteur qui a certifié le titre conformément aux présentes normes et n'a pas été négligent […]

[12] L'article 52 de la Partie III des Normes traite des demandes de premier enregistrement. La plupart des paragraphes et alinéas de cet article explicitent les dispositions de la *Loi* et de ses règlements d'application. Ainsi, le paragraphe 52.1 des Normes prévoit que la DPE ne peut être présentée que si l'avocat a, entre autres choses, passé en revue la recherche de titre, le Répertoire NID en cours de validité, le rapport en cours de validité sur les renseignements relatifs à la parcelle, la carte numérique, rempli la formule 1 et rempli et signé la formule 3 – Certificat de titre.

[13] C'est l'alinéa 52.1h) des Normes qui est visé par l'expression [TRADUCTION] « disposition contestée ». Il est ainsi libellé :

> 52.1 La DPE ne peut être présentée que si l'avocat qui la présente a :
>
> [...] et est en possession de ce qui suit :
>
> [...]
>
> h) L'affidavit de requérant (formule 2), pour chaque parcelle, dûment souscrit par le propriétaire (en cas de pluralité de propriétaires, l'affidavit doit être souscrit conjointement ou par l'un d'eux au nom de tous les propriétaires) <u>devant un notaire</u>, accompagné de la

> demande de premier enregistrement de titre remplie et signée. [Remarque : Avant que le propriétaire ne souscrive l'affidavit de requérant, un notaire dûment nommé pour le ressort où l'affidavit est souscrit doit expliquer en personne au déposant la demande de premier enregistrement de titre et l'affidavit de requérant. Si l'affidavit est souscrit au Nouveau-Brunswick, le notaire devant qui il est souscrit doit préparer et remettre à l'avocat qui présente la demande un certificat, selon la formule ci-jointe, attestant que les deux documents ont été expliqués personnellement au déposant avant que l'affidavit ne soit souscrit. Si l'affidavit est envoyé à l'extérieur de la province aux fins de passation, l'avocat doit envoyer au notaire à l'extérieur de la province suffisamment de renseignements pour lui permettre de fournir l'explication nécessaire au déposant et lui demander de remettre le certificat.] Les télécopies d'affidavits de requérant reçues par l'avocat qui présente la demande avant la présentation de la DPE sont suffisantes dès lors que la demande de premier enregistrement de titre remplie est annexée. Il est recommandé que l'original soit obtenu au moment de la clôture. Le notaire devant qui l'affidavit de requérant est souscrit doit remettre l'original à l'avocat qui présente la demande au plus tard au moment de la clôture.
>
> [Le soulignement est de moi.]

[14] En résumé, aux termes de l'alinéa 52.1h) de la Partie III, un membre du Barreau doit être en possession de la formule 2, l'affidavit dûment souscrit par le propriétaire du bien-fonds en cause devant un notaire, accompagnée de la demande de premier enregistrement de titre remplie et signée. Avant que le propriétaire du bien-fonds ne souscrive l'affidavit établi au moyen de la formule 2, le notaire doit expliquer en personne au déposant la DPE et la formule 2 et certifier par écrit à l'avocat qui présente la DPE qu'il s'est acquitté de cette obligation.

[15] L'intimée, la FCT Insurance Company, est un assureur de titres. La First Canadian Title Company Limited offre des services de soutien permettant l'établissement des polices. Dans les présents motifs, ces deux sociétés seront appelées FCT. FCT a introduit l'assurance titres au Nouveau-Brunswick en 1996.

[16] L’assurance titres remplace le certificat de titre établi par l’avocat en assurant le droit foncier du propriétaire. Elle garantit également au propriétaire un usage libre et ininterrompu du bien-fonds et en facilite les transferts ultérieurs. Elle offre une protection différente de la garantie de titre appuyée par le certificat de titre de propriété d’un avocat. Comme le coût d’une police est moins élevé que le coût combiné d’un arpentage et des recherches connexes à la recherche de titre, l’assurance titres permet d’économiser de l’argent. Les réclamations sont payables sans qu’il soit nécessaire de prouver la négligence de qui que ce soit. Lorsque le titre de propriété d’un bien-fonds se trouve dans le Système d’enregistrement foncier, l’assurance titres reste utile. En effet, la garantie de titre du gouvernement est assortie d’importantes restrictions : elle ne s’étend pas à l’emplacement des limites, et la plupart des prêteurs continuent à exiger un arpentage si une police d’assurance titres n’est pas souscrite. De plus, la garantie du gouvernement ne couvre pas les vices qui peuvent être révélés par des recherches connexes à la recherche de titre. Par exemple, aucun système d’enregistrement des titres de propriété n’est d’une utilité quelconque si la chaîne de titres est entachée d’une fraude.

[17] La FCT offre deux programmes pertinents respectivement intitulés [TRADUCTION] « Programme du prêteur » et [TRADUCTION] « Services de clôture de transaction d’achat d’une maison ». Le Programme du prêteur garantit aux prêteurs qui se livrent à des opérations de refinancement (prêt hypothécaire de transformation de l’avoir propre foncier) la validité juridique, la priorité et la réalisation des droits hypothécaires ainsi que l’attrait commercial du bien-fonds. Les prêteurs qui choisissent de participer à ce programme bénéficient entre autres de la couverture plus étendue offerte par une police d’assurance titres, de frais fixes peu élevés, d’une clôture rapide de la transaction et d’une couverture uniforme des opérations réalisées dans tout le pays. Ce programme est également commode pour l’emprunteur du fait que toutes les transactions se déroulent à la succursale du prêteur sans qu’il soit nécessaire d’avoir recours à un avocat. Dans le Programme du prêteur, l’emprunteur et le prêteur ne reçoivent aucun conseil ni représentation juridiques dans le cadre de l’opération de refinancement. L’emprunteur reconnaît formellement cet état de fait, mais il lui est loisible d’obtenir des conseils juridiques indépendants s’il le désire. Dans le cadre des services offerts, FCT

s'engage à remplir la formule type d'hypothèque du prêteur en ajoutant les renseignements voulus au sujet de l'emprunteur, du bien-fonds en cause, de la durée de l'hypothèque, du montant du prêt et des modalités de remboursement. Ces données sont communiquées électroniquement par le prêteur et un programme d'ordinateur remplit automatiquement les blancs que renferme la convention hypothécaire. FCT se charge également de l'enregistrement de la convention hypothécaire dûment passée.

[18] Dans le Programme du prêteur et dans les Services de clôture de transaction d'achat d'une maison, des avocats dont FCT retient les services ou qui sont à son emploi se chargent du processus de demande en qualité de représentants désignés des propriétaires de biens-fonds.

[19] Dans les Services de clôture de transaction d'achat d'une maison, en échange de la clientèle que leur envoie FCT, des avocats de pratique privée acceptent d'offrir leurs services à des acheteurs engagés dans des transactions portant sur des biens immeubles à usage d'habitation moyennant des frais fixes. Ces avocats assurent à leurs clients toutes les représentations habituelles, à l'exception d'une opinion sur le titre. À la place de cette opinion, le client reçoit une police d'assurance titres.

[20] Avant l'adoption de l'alinéa 52.1h) des Normes de pratique immobilière, le personnel de FCT préparait la formule 2 requise et l'envoyait au client avec une liasse de documents, l'intention étant que l'affidavit établi au moyen de la formule 2 serait attesté sous serment devant un commissaire à la prestation des serments retenu par FCT pour offrir ce service. Une fois les documents signés, FCT présentait la demande à Services Nouveau-Brunswick par voie électronique pour qu'elle soit traitée. Cependant, avec l'entrée en vigueur de l'alinéa 52.1h), les avocats de FCT ne pouvaient plus présenter électroniquement les demandes étant donné que l'affidavit établi au moyen de la formule 2 n'était pas souscrit devant un notaire. Par conséquent, FCT devait présenter les DPE sur support papier et acquitter pour chaque transaction des droits de 100 $ qu'elle n'aurait pas payés si ce n'était de l'alinéa 52.1h). Cette pratique a continué pendant une période d'environ six mois jusqu'en juin 2002, date à laquelle Services

Nouveau-Brunswick, devant une avalanche de demandes sur support papier, a demandé à FCT de trouver une solution susceptible de permettre à ses avocats d'utiliser la voie électronique.

[21] Par conséquent, FCT a commencé à avoir recours à une procuration signée par le propriétaire foncier qui voulait convertir son titre de propriété et autorisant un représentant de FCT à remplir la formule 2 en son nom. FCT a pu ainsi reprendre le dépôt électronique des DPE.

[22] Le 4 juillet 2002, FCT a contesté la validité de l'alinéa 52.1h) de la Partie III des Normes de pratique immobilière. Elle a obtenu gain de cause au procès et le Barreau interjette appel de la décision.

[23] Le Barreau invoque quatre moyens d'appel :

> [TRADUCTION]
>
> 1) L'éminent juge du procès a commis une erreur en statuant que les intimées avaient la qualité nécessaire pour contester l'alinéa 52.1h) de la Partie III des Normes de pratique immobilière adoptées par l'appelant (les « Normes »).
>
> 2) L'éminent juge du procès a commis une erreur en statuant que les Normes étaient *ultra vires* de l'appelant car elles étaient incompatibles et entraient en conflit avec les procédures que prévoient la *Loi sur l'enregistrement foncier* et les Règlements connexes.
>
> 3) L'éminent juge du procès a commis une erreur en statuant que les Normes étaient invalides en ce sens qu'elles avaient été adoptées dans un but illégitime.
>
> 4) L'éminent juge du procès a commis une erreur en statuant que les services offerts et fournis par les intimées ne sont pas interdits par la *Loi sur le Barreau* et ne constituent aucunement un exercice illégal du droit.

I. Norme de contrôle

[24] Le juge du procès a statué sur quatre questions. Aucune des parties ne s'est beaucoup étendue sur la retenue dont notre Cour doit faire preuve à l'égard des conclusions du juge du procès car il semble bien que la norme qui doit être appliquée dans chaque cas aille de soi. Le juge du procès a conclu que FCT avait qualité pour intenter une action afin d'obtenir un jugement déclaratoire. Il s'agit d'une question de droit et la norme applicable est celle de la décision correcte (voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.S.C. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33). Le juge du procès a conclu que la disposition contestée était inopérante car incompatible avec la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application. Il s'agit là encore d'une question de droit et la norme applicable est celle de la décision correcte (voir *Housen c. Nikolaisen*, au par. 8). Le juge du procès est arrivé à la conclusion que la disposition contestée était invalide au motif qu'elle avait été adoptée dans un but illégitime. Le Barreau soutient que la décision du juge du procès n'est pas étayée par la preuve pertinente et qu'elle devrait donc être infirmée. Pour obtenir gain de cause sur ce moyen, le Barreau doit démontrer l'existence d'une erreur manifeste et dominante (voir *Housen c. Nikolaisen*, au par. 10). Finalement, le juge du procès a conclu que FCT n'exerçait pas le droit. Il s'agit soit d'une question de droit, soit d'une question mixte de fait et de droit. Dans un cas comme dans l'autre, il faut faire preuve de déférence envers les conclusions du juge du procès, la norme de l'erreur manifeste étant applicable.

II. Qualité pour agir

[25] Le Barreau soutient que FCT n'a pas la qualité nécessaire pour contester l'alinéa 52.1h) de la Partie III des Normes de pratique immobilière. Toutefois, il n'a pas plaidé la question de la qualité dans son exposé de la défense et n'a ensuite modifié cette plaidoirie à aucun moment pour soulever cette question. La question n'a pas été explorée dans la preuve produite au procès. Le Barreau l'a évoquée dans une seule ligne de son mémoire préalable au procès. Dans ses conclusions finales, le Barreau a brièvement fait valoir que FCT n'avait aucune qualité pour se plaindre à la Cour parce qu'elle exerçait

illégalement le droit. La question a été évoquée, si l'on veut, comme un argument fondé sur le principe dit *ex turpi causa*, et elle n'a pas fait l'objet d'un traitement plus poussé. Voilà pourquoi le juge du procès aurait pu, à bon droit, refuser de l'examiner compte tenu de la manière dont le Barreau avait traité de la question dans ses plaidoiries et pendant le procès. Il a plutôt répondu brièvement à l'argument qui lui avait été présenté :

> [TRADUCTION]
> Je dois dire d'emblée que je ne suis pas d'accord ou que je n'accepte pas que les demanderesses n'ont pas qualité pour se plaindre ou pour intenter la présente action. Elles exercent une activité commerciale légitime. La FCT est titulaire d'une licence d'assureur de titres de propriété. Selon moi, il est incontestable que les demanderesses ont le droit d'entamer des procédures judiciaires afin d'obtenir de la Cour qu'elle tranche les questions en litige, et de contester la validité des Normes en vigueur, lesquelles portent atteinte à leur droit d'exercer leurs activités commerciales ou viseraient à limiter ce droit. [par. 49]

[26] Notre Cour a eu l'occasion de traiter des questions qui sont soulevées sans avoir été plaidées à un certain nombre de reprises. Dans l'arrêt *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2e) 284 (C.A.), [1999] A.N.-B. no 88 (QL), le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) formule la directive suivante :

> Il est établi que les pièges pendant le procès n'ont pas leur place dans notre système de justice moderne. Les règles de plaidoirie qu'énonce la règle 27 des *Règles de procédure* sont conçues de manière à assurer que seules seront soulevées les questions pertinentes et qu'aucune partie ne sera prise par surprise. On ne peut sous-estimer d'aucune manière l'importance des plaidoiries. Elles définissent les questions en litige tant pour les parties que pour le juge. En fait, je ne peux pas voir comment un juge de procès pourrait trancher à bon droit une cause dont il est saisi sur un fondement qui n'aurait été soulevé ni dans les plaidoiries ni au procès. [par. 33]

(voir *B.B. c. Saint John (City) et al.* (2006), 303 R.N.-B. (2e) 394, [2006] A.N.-B. no 369 (QL), 2006 NBCA 89, au par. 7; *ADI Ltd. c. 052987 N.B. Inc. et al.* (2000),

232 R.N.-B. (2e) 47, [2000] A.N.-B. no 467 (QL), 2000 NBCA 55, au par. 3, motifs du juge d'appel Turnbull pour la majorité, autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême du Canada refusée, [2001] C.S.C.R. no 48 (QL)).

[27] Si l'on fait abstraction de l'objection d'ordre procédural selon laquelle la question n'a pas été plaidée et qu'elle a été soulevée en fin de procès, il existe de bonnes raisons pour lesquelles la question de la qualité pour agir devait être plaidée. Il s'agit en effet d'une question préjudicielle qui doit être tranchée pour que le juge du procès puisse se déclarer compétent pour entendre la cause. Il est alors possible d'en disposer en vertu des *Règles de procédure* à titre préjudiciel s'il n'existe aucune véritable contestation au sujet de faits déterminants. L'affaire peut être tranchée à un stade préliminaire afin de conserver les ressources judiciaires et d'éviter un gaspillage de temps et d'argent (voir *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, [1986] A.C.S. no 73 (QL), au par. 16). Si le Barreau était sérieux au sujet de ce moyen, il aurait dû le plaider et le faire valoir devant le juge du procès dès que possible lors des procédures.

[28] Lors de l'audition de l'appel, le Barreau a plaidé la question de la qualité pour agir sur un fondement qui n'avait été ni soulevé, ni plaidé lors du procès. Il a fait valoir que l'existence d'un rapport juridique entre les parties constitue le critère permettant de déterminer si une partie a qualité pour agir. FCT soutient que l'argument du Barreau est sans fondement. Elle appuie sa thèse sur un certain nombre de précédents, dont l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, [1979] A.C.S. no 130 (QL), qui portait sur la censure du courrier des prisonniers. La Cour suprême s'est demandée si le prisonnier en cause était habilité à solliciter un jugement déclaratoire. La Cour a résumé les cas dans lesquels des jugements déclaratoires en général peuvent être accordés :

> […] lorsque des questions réelles, et non fictives ou théoriques, sont soulevées […]
>
> […]
>
> […] s'il existe une question de fond que quelqu'un a un intérêt réel à soulever, et quelqu'un d'autre à s'y opposer, alors le tribunal a le pouvoir

> discrétionnaire de la résoudre par voie de jugement déclaratoire, ce qu'il fera si c'est justifié.
>
> […]
>
> Une personne dont la liberté d'action est contestée peut toujours s'adresser au tribunal afin de faire éclaircir ses droits et sa situation, toujours sous réserve, bien entendu, du droit du tribunal dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, de refuser le redressement demandé dans les circonstances de l'affaire. […]
>
> […]
>
> […] les tribunaux n'accordent pas de jugements déclaratoires sur des questions concernant le futur. [et]
>
> […]
>
> Le jugement déclaratoire est de nature discrétionnaire et les deux facteurs qui vont influencer le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sont l'utilité du redressement, s'il est accordé, et la probabilité dans ce cas qu'il puisse régler les questions en litige entre les parties.

[29] Le critère qui se dégage de la jurisprudence a deux volets. Premièrement, un organisme décisionnaire subordonné ne dispose que des pouvoirs que lui confère sa loi habilitante. Il peut exercer ces pouvoirs dans l'intérêt public. S'il les exerce en portant atteinte à des droits privés, la partie lésée dispose d'un recours. L'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)* peut servir de guide dans le cas d'une allégation d'abus de l'autorité que confère la loi. Dans cette cause, il s'agissait de déterminer si le demandeur avait un intérêt suffisant dans les questions de fond pour justifier la qualité de contester l'exercice d'une autorité conférée par la loi. La Cour suprême du Canada a statué que le critère consiste à se demander si le demandeur a démontré qu'il est lésé plus particulièrement par la disposition, de façon spéciale. Dans l'arrêt *Finlay*, la Cour cite *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331, [1924] A.C.S. n° 15 (QL), ainsi que la règle générale relative à la qualité pour agir qui a été formulée par le juge Duff :

> […] Ainsi, un particulier n'a pas qualité pour intenter une action à l'encontre d'une violation d'un droit public, à moins qu'il ne subisse un préjudice exceptionnel. [p. 337]

[30] Dans l'arrêt *Cowan c. Canadian Broadcasting Corporation*, [1966] 2 O.R. 309 (C.A.), [1966] O.J. No. 986 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'exigence relative à la qualité pour agir, énoncée dans l'arrêt *Boyce c. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, à une action en jugement déclaratoire et injonction, alléguant que la Société Radio-Canada outrepassait son pouvoir légal en exploitant une station de radiodiffusion en langue française; le juge Schroeder a déclaré ce qui suit à la p. 311 :

> [TRADUCTION]
> Le demandeur qui tente de limiter, de contrôler ou de confiner dans des limites appropriées l'acte d'un organisme public ou quasi public qui touche le public en général, est irrecevable à moins qu'il n'ait subi un dommage spécial ou qu'il puisse démontrer qu'il a un « intérêt spécial, un intérêt privé ou un intérêt suffisant ». Ce sont là les termes qu'on retrouve dans le droit des nuisances, mais ils ont été introduits dans des décisions statuant sur une absence prétendue de pouvoir. Par conséquent, dans une action où l'on conclut qu'un organisme public ou quasi public commet un excès ou un abus de pouvoir qui porte atteinte au public, qu'une nuisance soit en cause ou non, le droit de l'individu d'intenter une action sera reconnu, comme il l'est dans les affaires de nuisance, sur preuve qu'il est lésé plus particulièrement que d'autres. [par. 6]

[31] Dans *Finlay*, la Cour fait mention de l'opinion dissidente du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Ministre de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, [1981] A.C.S. n° 103 (QL), relativement à la règle générale :

> […] À moins que la loi elle-même ne permette à un citoyen ou un contribuable de contester sa portée, son application ou sa validité, la politique dominante veut que celui qui conteste la loi établisse quant à l'application de la loi, qu'il a un intérêt particulier plus grand que l'intérêt général de chaque individu dans un groupe donné. […] [p. 578]

[32] Manifestement, le critère régissant la qualité pour agir doit être fondé sur l'intérêt qui est lésé, et non sur le fait qu'il existe une relation juridique préexistante entre les parties. Si une telle exigence était nécessaire, elle aurait pour effet de protéger des organismes comme le Barreau dont les pouvoirs sont détenus en fiducie au profit de l'intérêt public. Dans l'affaire *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Ontario Veterinary Association et al.* (1986), 57 O.R. (2d) 667 (H.C.), [1986] O.J. No. 1314 (QL), la demanderesse n'était pas membre de l'Ontario Veterinary Association, mais adhérait à un organisme concurrent, la Société de protection des animaux de l'Ontario. La qualité pour agir de la demanderesse dans cette cause n'a donné lieu à aucune contestation.

[33] Deuxièmement, si la mesure porte simplement atteinte à l'intérêt d'un membre du public, cette partie lésée a qualité pour ester en justice si elle peut démontrer qu'elle est touchée de façon particulière, différente de la manière dont le public en général est touché. Dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et al. c. Minority Language School Board No. 50 et al.* (1984), 54 R.N.-B. (2e) 198 (C.A.), [1984] A.N.-B. no 139 (QL), le juge d'appel LaForest a fait l'observation suivante :

> L'avocat de la Société et des Conseillers a aussi mis en doute la qualité de l'Association qui la rendrait apte à devenir une partie à l'action. Il a suggéré qu'elle n'avait pas un intérêt d'importance reconnue en droit. Cependant, il y a peu de doute que les parents intéressés dans cette affaire se considèrent lésés ou considèrent qu'ils ont subi un préjudice par suite de la décision dont ils désirent interjeter appel. Un parent dans cette situation peut difficilement être décrit, selon l'expression utilisée par Lord Denning, comme « rien qu'un importun qui se mêle d'affaires qui ne le regardent pas »; il est plutôt « une personne qui a un véritable grief du fait [d'une décision] qui porte atteinte à ses intérêts ». Voir *A.-G. of The Gambia v. N'jie*, [1961] 2 All E.R. 504 à la page 511 et *Re Halifax Atlantic Investment Ltd. et al. and City of Halifax et al.* (1979), 28 N.S.R. (2d) 193; 43 A.P.R. 193; 90 D.L.R. (3d) 633. Selon l'affidavit du président de l'Association, les enfants d'un nombre important de parents du groupe se sont vus obligés d'abandonner un programme d'éducation

> auquel ils voulaient participer, et les enfants des autres parents faisant partie de l'Association ne pourront jamais bénéficier de ce programme. Il est clair que ces parents ont « un intérêt personnel dans le résultat de cette affaire », selon les paroles du juge Brennan dans l'affaire *Baker v. Carr* (1962), 369 U.S. 186, à la page 204. [par. 15]

[34] En l'espèce, il est clairement satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Solosky* car le conflit est bel et bien réel et non théorique, et l'intérêt de FCT est direct. Comme le juge du procès, je suis d'avis que FCT a qualité pour agir : elle possède un « intérêt spécial » suffisant pour poursuivre le Barreau afin d'obtenir une ordonnance déclaratoire. FCT exploite une entreprise légitime en offrant de l'assurance titres et elle est en droit de demander réparation contre les Normes mises en oeuvre par le Barreau qui, allègue-t-elle, portent directement atteinte à sa capacité de faire affaires de façon efficace et économique. Par conséquent, ce moyen d'appel est rejeté.

[35] De la même façon, l'argument du Barreau selon lequel la présente instance a perdu sa raison d'être depuis que FCT a décidé d'utiliser une procuration ne peut être accueilli. En effet, le Barreau a contesté le recours à une procuration et la conformité de cette dernière à la disposition contestée, de sorte que la question qui oppose les parties n'est pas encore close.

III. La disposition contestée est inopérante

[36] Le Comité consultatif sur le droit des biens a supervisé les activités du Barreau relativement au nouveau système d'enregistrement des titres. Me Charles Johnstone, c.r., avocat praticien et membre du Conseil du Barreau, occupait le poste de président du comité depuis sa création en octobre 1996. En 2001, il était également vice-président du Barreau avant d'en devenir le président. En sa qualité de président du Comité consultatif sur le droit des biens, il a choisi les 12 autres membres qui ont siégé au comité.

[37] Le Comité consultatif sur le droit des biens a été créé afin d'étudier deux questions : l'introduction de l'assurance titres dans la province et l'initiative en matière de titres de propriété de Services Nouveau-Brunswick. Dans le rapport qu'il a présenté au Conseil du Barreau en mai 1997, le Comité consultatif sur le droit des biens qualifiait l'arrivée au Nouveau-Brunswick de l'assurance titres comme ayant une incidence importante étant donné que 400 des 857 membres assurés du Barreau pratiquaient le droit immobilier. Le rapport recommandait de soutenir la nouvelle initiative en matière de titres de propriété. À mesure que cette initiative prenait forme, Me Johnstone et d'autres membres du Comité consultatif sur le droit des biens, dont Me Claude Poirier, ont représenté le Barreau dans les négociations qu'il menait avec Services Nouveau-Brunswick au sujet du rôle que les avocats seraient appelés à jouer dans le nouveau Système d'enregistrement foncier. Elles ont abouti à l'adoption de l'entente cadre dont le but était de limiter la responsabilité des membres du Barreau relativement aux certificats de titre établis au moyen de la formule 3 qu'ils devaient délivrer à Services Nouveau-Brunswick. Me Johnstone et Me Poirier négociaient avec Services Nouveau-Brunswick pour essayer d'obtenir du gouvernement qu'il adopte un processus en vertu duquel les avocats se chargeraient de l'enregistrement de tous les instruments et seraient les seuls habilités à présenter les DPE. Toutefois, le gouvernement a pris la décision de principe que les particuliers ou leurs représentants seraient autorisés à présenter leur propre DPE. L'entente cadre accordait cependant aux avocats qui sont des souscripteurs le droit exclusif de présenter électroniquement et sans aucuns frais les demandes d'inscription au Répertoire NID et les DPE, toutes les autres personnes devant le faire sur support papier en payant des droits. Sous la direction de Me Johnstone et de Me Poirier, des séances d'information ont eu lieu dans toutes les régions de la province dans le but de présenter le nouveau système aux avocats, aux prêteurs, aux agents immobiliers et aux techniciens juridiques. Me Johnstone et Me Poirier représentaient Services Nouveau-Brunswick qui avait retenu leurs services dans ce but. Le Comité consultatif sur le droit des biens croyait à tort que les compagnies d'assurance titres seraient les seules perdantes par suite de la mise en oeuvre du nouveau Système d'enregistrement foncier dans toute la province car selon le comité, le nouveau système rendrait les services de ces compagnies tout simplement inutiles parce que le

gouvernement garantirait les titres de propriété. Certains membres du Comité consultatif sur le droit des biens avaient également le sentiment que l'entrée en vigueur du nouveau système amènerait rapidement FCT à cesser ses activités au Nouveau-Brunswick étant donné qu'il lui serait interdit de présenter les DPE par voie électronique et qu'elle pourrait se trouver dans l'impossibilité de payer les réclamations. Cependant, FCT est parvenue à trouver une solution au problème de la présentation des DPE par voie électronique en effectuant les conversions par l'entremise de ses avocats dans le cadre de la vente de produits d'assurance titres.

[38] Le Comité consultatif sur le droit des biens a alors eu l'idée d'exiger que les affidavits établis au moyen de la formule 2 soient souscrits uniquement devant un notaire. Me Johnstone a admis que cette idée leur était venue à cause de la pratique de FCT qui consistait à avoir recours à des commissaires aux serments pour faire souscrire les affidavits établis au moyen de la formule 2. À sa connaissance, personne d'autre n'adoptait une pratique analogue. Pour justifier l'obligation de recourir aux services d'un notaire, le Comité consultatif sur le droit des biens a invoqué le fait qu'un avocat pourrait alors expliquer personnellement la teneur du document au souscripteur (le propriétaire foncier) avant que l'affidavit établi au moyen de la formule 2 ne soit souscrit. Le Comité consultatif sur le droit des biens savait que l'exigence d'un certificat notarié nécessiterait l'approbation de Services Nouveau-Brunswick et devrait probablement figurer dans l'entente d'adhésion. Étant donné que l'administration du système d'enregistrement des titres est une responsabilité que la loi impose à Services Nouveau-Brunswick, le Barreau devait absolument obtenir sa collaboration pour modifier les règles du jeu. C'est l'entente d'adhésion qui précise quels sont les documents qu'un souscripteur doit avoir lorsqu'il présente une DPE. Il s'agit des affidavits et des autres documents prescrits par la *Loi* et ses règlements d'application. Par conséquent, au début du mois de mai 2001, Me Johnstone est entré en contact avec Services Nouveau-Brunswick et a demandé à cet organisme de modifier l'entente d'adhésion pour qu'elle exige du souscripteur qu'il s'assure que l'affidavit souscrit au moyen de la formule 2 soit accompagné d'un certificat notarié.

[39] Services Nouveau-Brunswick a refusé d'acquiescer à cette demande, faisant valoir qu'il ne pouvait consentir à une telle modification sans étudier davantage la question; il voulait disposer de preuves empiriques sur la question de savoir si l'on omettait de découvrir des droits non enregistrés. Le Comité consultatif sur le droit des biens ne disposait d'aucune information à cet effet concernant les DPE préparées par les avocats de FCT. Sous la direction de Me Johnstone, le Comité consultatif sur le droit des biens a alors préparé l'ébauche d'une nouvelle Partie III des Normes incorporant l'exigence du certificat notarié.

[40] Il n'existe au dossier aucun élément de preuve sur la manière dont le Comité consultatif sur le droit des biens a procédé pour approuver la Partie III des Normes, ni sur les discussions dont la disposition contestée a fait l'objet. Le dossier ne renferme aucune preuve que des débats se soient déroulés au sein du Conseil du Barreau avant l'adoption de la disposition contestée. Rien dans le dossier n'indique que le Conseil ait effectué une étude détaillée de la Partie III ou qu'il ait expliqué à ses membres le mécanisme du nouveau système d'enregistrement des titres qui leur permettrait de mettre en oeuvre la disposition contestée. Me Johnstone a témoigné que le Conseil comptait sur son comité pour [TRADUCTION] « faire ce travail ».

[41] Il convient de noter qu'aucun membre du Conseil, en dehors de ceux qui siégeaient aussi au Comité consultatif sur le droit des biens, n'a témoigné au procès. Personne n'est venu dire à la Cour comment le Conseil aurait réagi s'il avait compris l'objectif de la disposition contestée, la mesure législative pertinente, la position de Services Nouveau-Brunswick, les éventuelles situations de conflit d'intérêts dans lesquelles les membres du Comité consultatif sur le droit des biens s'étaient placés et les autres faits servant de toile de fond.

[42] D'un côté, la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application autorisent le recours à un commissaire aux serments lorsqu'un affidavit établi au moyen de la formule 2 est souscrit. D'un autre côté, la disposition contestée impose l'utilisation des services d'un notaire lorsqu'un affidavit établi au moyen de la

formule 2 est souscrit et que l'avocat doit déposer la DPE, ce qui a effectivement pour conséquence d'interdire le recours à un commissaire aux serments lorsqu'un affidavit établi au moyen de la formule 2 est souscrit. Il s'agit donc de déterminer si la disposition contestée est incompatible avec les dispositions législatives expresses et, si tel est le cas, si la disposition contestée est opérante en droit.

[43] Le juge du procès est arrivé à la conclusion que la disposition contestée allait clairement à l'encontre des procédures prévues par la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application et qu'à titre de mesure législative subordonnée, elle devait céder le pas. De plus, il a conclu que le Barreau n'était pas légalement habilité à restreindre des procédures expressément autorisées par la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application :

> [TRADUCTION]
> J'arrive donc à la conclusion que la disposition contestée des Normes est invalide. Elle interdit ce que permettent expressément les dispositions de la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses Règlements d'application. Elle est incompatible avec les procédures prescrites par la législation pertinente. Le Barreau n'a ni le pouvoir ni la compétence d'administrer le Système d'enregistrement foncier; cela relève de Services Nouveau-Brunswick. La *Loi* habilite le lieutenant-gouverneur en conseil à établir des Règlements établissant la forme et le contenu des instruments et les procédures pour atteindre l'objet de la *Loi*. [par. 62]

[44] Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, [1992] A.C.S. n° 1 (QL), la Cour a décrit le droit régissant les textes contradictoires :

> On ne met pas en doute les principes fondamentaux du droit. Il ne peut y avoir incompatibilité entre le texte réglementaire et la loi en vertu duquel il est adopté (*Belanger c. The King* (1916), 54 R.C.S. 265), pas plus qu'il ne peut y en avoir avec les autres lois fédérales (*R. & W. Paul, Ltd. c. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139

> (H.L.), sauf si la loi l'autorise (*Re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150). Normalement, la loi fédérale doit l'emporter sur le texte réglementaire incompatible. Toutefois, en matière d'interprétation, un tribunal préférera, dans la mesure du possible, une interprétation qui permet de concilier les deux textes. Dans ce contexte, l'« incompatibilité » renvoie à une situation où le texte législatif et le texte réglementaire ne peuvent être conciliés; voir l'arrêt *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517. Dans cette affaire, la règle a été énoncée à l'égard de deux lois incompatibles dont l'une était réputée abroger l'autre en raison de l'incompatibilité. Toutefois, la justification fondamentale est la même que dans le cas où le texte réglementaire serait incompatible avec une autre loi fédérale – il existe une présomption que le législateur n'a pas eu l'intention d'adopter des textes contradictoires ou d'habiliter quiconque à le faire. Il existe également une ressemblance doctrinale avec le principe de la prépondérance dans les affaires de partage constitutionnel des compétences dans lesquelles l'incompatibilité a aussi été définie dans le sens de contradiction – c'est-à-dire lorsque le fait de [TRADUCTION] « se conformer à une loi signifie que l'on enfreint l'autre »; voir l'arrêt *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, à la p. 800. [par. 42]

Le Barreau admet que s'il existe une incompatibilité d'application entre la disposition contestée, d'une part, et la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application, d'autre part, la disposition contestée est inopérante. Il reconnaît qu'il y a une incompatibilité d'application dans une situation où se conformer à une loi signifie que l'on enfreint l'autre.

[45] La *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application autorisent le recours à un commissaire aux serments chaque fois qu'un affidavit établi selon la formule 2 est souscrit. Voici le texte de l'alinéa 55(3)*a*) :

PROOF OF EXECUTION FOR REGISTRATION	ATTESTATION DE CERTAINS INSTRUMENTS
[…]	[…]
55(3) An affidavit of execution and an affidavit of corporate execution shall be in prescribed form and shall be made before	55(3) L'affidavit de passation d'acte et l'affidavit de passation d'acte par une corporation doivent être établis dans la forme prescrite,
(a) the Registrar General, a registrar, a judge, a notary public or a commissioner of oaths in and for the Province, or any other person authorized pursuant to an enactment of the Province to administer an oath or affirmation, if made within the Province; or	*a)* si l'attestation se fait à l'intérieur de la province, devant le registrateur général, un registrateur, un juge, un notaire ou un commissaire aux serments de la province pour être utilisé dans la province ou devant toute personne autorisée en vertu d'un texte législatif de la province à recevoir un serment ou une déclaration[.]

[46] Le constat d'assermentation de la formule 43 établie en vertu des règlements indique clairement que l'affidavit peut être souscrit devant un « commissaire à la passation des serments etc. ». La disposition contestée interdit le recours à un commissaire aux serments lorsqu'un affidavit établi au moyen de la formule 2 est souscrit et qu'un avocat dépose la DPE. Il s'agit là d'une incompatibilité d'application. Dans une telle situation, se conformer à la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application signifie que l'on enfreint la disposition contestée.

[47] L'adoption du Système d'enregistrement foncier a nécessité toute une série de compromis soigneusement étudiés qui visaient notamment à contenir les coûts du système. L'accès au système d'enregistrement public et le fait d'autoriser les particuliers à procéder eux-mêmes au dépôt étaient au nombre des politiques qui étaient à la base du nouveau système. Étant donné que le coût de la conversion était supporté par les particuliers, des efforts ont été faits pour limiter les obligations qui leur étaient imposées pour effectuer la conversion : le processus devait rester aussi simple et économique que possible. En promulguant la norme contestée, le Barreau portait atteinte au régime législatif en ajoutant une exigence supplémentaire qui était incompatible avec la

conception d'ensemble du texte de loi, à savoir la mise en oeuvre d'une façon simple et peu coûteuse de garantir un meilleur titre de propriété. La *Loi sur l'enregistrement foncier* renfermait certains compromis sur la nature du titre qui est garanti pour que le processus de conversion soit économique, simple et facile à mettre en oeuvre. En particulier, le processus de la DPE ne devait pas permettre d'obtenir un titre de propriété parfait, assorti de la meilleure délimitation possible et de l'indication la plus complète des droits non enregistrés. Si la *Loi* avait exigé un titre parfait, elle aurait alors imposé l'obligation d'obtenir un plan d'arpentage et de communiquer la DPE aux propriétaires des biens-fonds adjacents pour obtenir leurs observations. Reconnaissant le fait que la DPE aboutit à un titre de propriété qui pourrait se révéler imparfait, le certificat de propriété enregistrée (le CRO remplace l'acte formaliste) ne garantit pas les limites du bien-fonds. De plus, la *Loi* prévoit de larges pouvoirs de rectification du registre des titres, dont celui qui habilite le registrateur des titres de biens-fonds à modifier le certificat de propriété enregistrée pour ajouter un droit non enregistré qui n'avait pas été reconnu (article 68 de la *Loi*).

[48] La décision de permettre aux particuliers de présenter eux-mêmes une DPE est un exemple de compromis. Le législateur y voyait une question d'accès du public au système d'enregistrement public. Historiquement, le public avait toujours joui de ce droit d'accès puisque n'importe qui pouvait enregistrer un instrument auprès du bureau d'enregistrement public. L'adoption d'un affidavit établi au moyen de la formule 2, qui peut être souscrit devant un commissaire aux serments, est un autre compromis. En effet, si le souscripteur doit se présenter devant un avocat, cela pourrait augmenter le coût de la transaction qu'il devra supporter. L'entente cadre n'attribue pas au Barreau la responsabilité de prendre quelques mesures que ce soit pour garantir l'intégrité du titre enregistré. Dans la mesure où la profession a cette responsabilité, elle repose plus particulièrement sur les épaules de ses différents membres qui sont souscripteurs, comme l'énonce l'entente d'adhésion à laquelle le Barreau n'est pas partie. Étant donné que Services Nouveau-Brunswick a négocié avec le Barreau et les différents avocats au moyen de l'entente cadre et de l'entente d'adhésion, il était déplacé que le Barreau décide unilatéralement d'introduire une nouvelle norme différente de celle que prescrit la *Loi sur*

l'enregistrement foncier et ses règlements d'application. Il semblerait que c'est par défaut que la disposition contestée s'est retrouvée intégrée à la Partie III des Normes étant donné que Services Nouveau-Brunswick a refusé de modifier l'entente d'adhésion dans laquelle elle aurait préférablement dû se trouver. Il semble également anormal d'incorporer la disposition contestée dans les Normes car celles-ci visent des exigences minimales, et la « raison d'être » de la disposition contestée était d'instaurer une norme plus contraignante que celle que prévoient la *Loi sur l'enregistrement foncier* et l'entente d'adhésion.

[49] En résumé, dans les présentes circonstances, le Barreau n'est pas compétent pour interdire qu'un affidavit soit souscrit devant un commissaire aux serments. Il ne peut adopter une procédure plus contraignante incompatible avec la *Loi sur l'enregistrement foncier*. Le juge du procès a eu raison de statuer que la disposition contestée est inopérante et ce moyen d'appel est donc rejeté.

IV. Les Normes sont invalides en ce sens qu'elles ont été adoptées dans un but illégitime

[50] Le juge du procès a tiré une conclusion cruciale relativement au but dans lequel l'alinéa 52.1h) des Normes avait été mis en application. Il a statué que la disposition contestée avait été adoptée avant tout dans le but de répondre aux préoccupations des praticiens au sujet de la concurrence que leur livrait la FCT. Or, il ne s'agit pas d'un objet autorisé par la *Loi sur le Barreau*. Le juge du procès a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> J'ai soigneusement examiné l'ensemble de la preuve relative à l'adoption de la disposition contestée des Normes et résumé certains de ces éléments de preuve. J'ai la conviction que le but premier de la disposition contestée des Normes était de répondre aux préoccupations au sujet de la concurrence en provenance des demanderesses. Cet objet n'est pas autorisé par la *Loi sur le Barreau*. On peut évidemment plaider que la disposition contestée des Normes a été adoptée en vue de promouvoir et de maintenir la qualité des services juridiques dans la province ainsi que d'administrer et de réglementer la profession juridique ou

> pour les objets énoncés à l'article 5 de la *Loi sur le Barreau*. D'après mon évaluation de la preuve, je ne suis aucunement convaincu que tel était le but premier de la disposition en question. Selon moi, les exigences énoncées dans la disposition contestée des Normes ne sont pas raisonnablement liées à l'objet du Barreau – tout comme l'avait conclu la Chambre des lords dans l'arrêt *Dickson* (précité). [par. 78]

[51] Cette conclusion du juge du procès selon laquelle la norme contestée a été adoptée dans un but illégitime, soit celui de faire échec à la concurrence, est une conclusion de fait ou, à tout le moins, une inférence tirée d'autres conclusions de fait. Par conséquent, cette conclusion ne peut être infirmée que si elle découle d'une erreur manifeste et dominante qui est évidente à l'examen du dossier : *Housen c. Nikolaisen*, par. 10. Dans l'arrêt *R. c. Arsenault (D.J.)* (2005), 295 R.N.-B. (2e) 123, [2005] A.N.-B. no 529 (QL), 2005 NBCA 110, la Cour a adopté le passage suivant de l'arrêt *Waxman et al. c. Waxman et al.* (2004), 186 O.A.C. 201 (C.A.), [2004] O.J. No. 1765 (QL), qui résume fort utilement ce que l'on entend par l'expression « erreur manifeste et dominante » :

> [TRADUCTION]
> La norme de l'« erreur manifeste et dominante » concerne à la fois la nature de l'erreur factuelle et son incidence sur l'issue de l'affaire. Une erreur « manifeste » est une erreur qui est tout à fait évidente : voir *Housen*, à la page 246. Les erreurs factuelles « manifestes » consistent notamment en des conclusions tirées en l'absence totale de preuves, des conclusions incompatibles avec la preuve établie, des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve et des conclusions de faits tirées à partir de faits primaires qui résultent d'une conjecture plutôt que d'une inférence.
>
> Une erreur « dominante » est une erreur qui est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée. Lorsque la conclusion de fait contestée est fondée sur une multitude de conclusions, la conclusion voulant qu'une ou plusieurs de ces conclusions soient fondées sur une erreur « manifeste » ne signifie pas nécessairement que l'erreur est également « dominante ».

> L'appelant doit établir que l'erreur compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait ne saurait être confirmé étant donné cette erreur : voir l'arrêt *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281. [par. 296-297]

La question à trancher sur ce point est donc celle de savoir si, sur la base du dossier, les conclusions du juge du procès constituent une erreur manifeste et dominante.

[52] Le Barreau soutient que le juge du procès a commis une erreur en concluant que c'est dans un but illégitime qu'il a adopté la norme en cause. Il fait valoir qu'il a agi au mieux des intérêts tant de ses membres que du grand public en essayant de limiter la responsabilité que l'article 76 de la *Loi sur l'enregistrement foncier* pourrait imposer aux avocats et aux propriétaires par suite d'une omission par négligence. En effet, s'il est exigé que les formules 1 et 2 soient expliquées personnellement au requérant par un notaire (un avocat) avant d'être signées, le requérant comprendra mieux ses obligations et aura la possibilité d'interroger le notaire sur la nécessité d'inclure des éléments constituant des « charges » qui ne sont pas déjà énumérées. De plus, par suite des explications données au requérant, le notaire pourrait alors dûment qualifier de charge quelque chose que le requérant connaît et a divulgué mais qui n'a pas reçu cette qualification.

[53] FCT soutient pour sa part que la disposition contestée n'avait pas pour objet d'imposer aux avocats une norme de conduite plus élevée que celle qui s'applique aux profanes sous le régime de la *Loi sur l'enregistrement foncier*. Elle se plaint que personne n'a jamais expliqué de manière satisfaisante pourquoi les formules 1 et 2 devaient être expliquées personnellement au requérant par un notaire (un avocat) avant d'être signées. Elle plaide que le juge du procès disposait d'une preuve suffisante pour conclure, comme il l'a fait, que le Barreau a adopté l'exigence du certificat notarié dans le but d'écarter la concurrence de FCT.

[54] Le juge du procès s'est fondé sur *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Ontario Veterinary Association et al.* (1986) et *Pharmaceutical Society of Great Britain c. Dickson,* (1970) A.C. 403 (Ch. des lords). Dans ces deux causes, des organes directeurs d'une profession avaient adopté ce qui était censé être des normes professionnelles mais qui était en réalité des mesures visant à limiter la capacité de leurs membres d'exercer leurs activités à titre de membres d'une profession libérale. Dans les deux cas, il a été conclu que le but véritable constituait une motivation illégitime visant à protéger certains intérêts économiques des membres. Dans *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Ontario Veterinary Association et al.*, il s'agissait de déterminer si l'objet de la mesure adoptée était de traiter des situations de conflits d'intérêts, ou plutôt d'éliminer la concurrence que livrait la partie demanderesse. Si l'existence des deux objets était établie, le second était-il le principal motif? La société avait admis que le règlement contesté ne pouvait être justifié en faisant valoir qu'il s'agissait d'une tentative légitime pour limiter la concurrence. De la même manière, en l'espèce, si la motivation qui a amené le Barreau à adopter la disposition contestée était de protéger les intérêts commerciaux des avocats, il ne s'agit pas d'un but légitime et cela n'est pas autorisé.

[55] Il existe trois façons d'établir l'intention ou la motivation du Barreau : (1) l'intention réelle, (2) l'intention présumée ou (3) l'intention imputée. Dans la présente instance, le juge du procès a fondé sa conclusion sur l'intention réelle : Me Johnstone a été appelé à la barre à titre de représentant du Barreau et l'intention du Barreau a été convenablement évaluée sur la base de son témoignage.

[56] L'instruction de la présente affaire a duré 10 jours. Cinq des treize membres du Comité consultatif sur le droit des biens ont témoigné : Charles Johnstone, Hayward Aiton, Dwight Hubley, Claude Poirier et Carol Downs. Le juge du procès a fait mention de deux autres témoins, Anita Trecartin, gestionnaire de comptes dans une banque, et Me Martin Siscoe, avocat de pratique privée. Me Johnstone, le président du Comité consultatif sur le droit des biens, a été le principal témoin du Barreau et il a été

interrogé pendant trois jours; pourtant, le juge du procès n'a pas passé en revue son témoignage.

[57] La preuve relative à la motivation provient de cinq sources différentes :

- La preuve documentaire appuyant la thèse selon laquelle la source de préoccupation du Comité consultatif sur le droit des biens et de Me Johnstone était les intérêts commerciaux des avocats spécialistes du droit immobilier du Nouveau-Brunswick et l'antipathie envers FCT.

- Le témoignage de Me Dwight Hubley et d'autres personnes au sujet de déclarations faites par Me Johnstone.

- Les circonstances qui avaient mené à l'incorporation de la disposition contestée dans les Normes, notamment le fait que le Comité consultatif sur le droit des biens savait quel serait l'impact de la disposition contestée sur la capacité de FCT de maintenir son programme du prêteur.

- La preuve sur la question de savoir si, aux yeux de Services Nouveau-Brunswick, la disposition contestée avait une utilité ou un intérêt pratique quelconque pour le système d'enregistrement foncier et si elle renforçait les droits du public.

- La preuve relative aux arrangements institutionnels qui étaient en vigueur : la *Loi sur l'enregistrement foncier* et ses règlements d'application, l'entente cadre et l'entente d'adhésion et la pertinence de la décision unilatérale du Barreau d'introduire une nouvelle norme.

[58] Pour arriver à sa conclusion au sujet du but illégitime, le juge du procès s'est référé à trois documents déposés en preuve. L'opinion des membres du Comité consultatif sur le droit des biens selon laquelle l'assurance titres ne serait plus nécessaire une fois que le nouveau système serait mis en oeuvre étant donné que la Province garantirait le titre de propriété était confirmée par une lettre de Me Johnstone à Me Rod MacKenzie, de Services Nouveau-Brunswick, datée du 17 décembre 1999, dont voici un extrait :

> [TRADUCTION]
> [...] À mon avis, les sociétés d'assurance titres seront les seules perdantes à la suite de l'entrée en vigueur de ce nouveau Système d'enregistrement foncier dans l'ensemble de la province, car leurs services ne seront tout simplement plus nécessaires dans le nouvel environnement qui en découlera. Comme vous le savez, l'assurance des titres de propriété, produit de « l'ingéniosité yankee », est un phénomène nouveau au Canada puisqu'elle ne date que d'une dizaine d'années. Par contre, le développement du secteur de l'assurance titres aux États-Unis au cours du siècle dernier a été stupéfiant, le chiffre d'affaires annuel de plusieurs grosses sociétés d'assurance titres atteignant des milliards de dollars. La raison est simple – l'assurance titres se perpétue à l'infini. Elle ne corrige pas les vices de titre, mais se contente de les assurer, ce qui oblige l'acheteur suivant à continuer à recourir au service des sociétés d'assurance titres et donc à payer les primes chaque fois qu'un bien-fonds fait l'objet d'un transfert ou est affecté en garantie. De plus, dans un grand nombre de ressorts où l'assurance titres a pignon sur rue, les systèmes d'enregistrement foncier et de gestion des données foncières sont largement inopérants. Même à l'intérieur de nos frontières, vous savez très bien qu'il arrive souvent que des actes soient présentés à des fins d'enregistrement plusieurs semaines après que les fonds ont été avancés et que l'enregistrement des mainlevées des charges est lent. J'ajouterais par ailleurs que, dans l'ensemble, les primes d'assurance titres actuelles sont fixées à un prix « artificiellement bas » qui augmentera au fil des ans, à mesure que le système dégénérera. Il suffit d'examiner les primes versées aux États-Unis pour s'en convaincre. Il ne fait aucun doute que les sociétés d'assurance titres disposent de ressources financières considérables, mais je ne vois aucune raison de leur remplir les poches avec l'argent des Néo-Brunswickois.

[59] Le courriel daté du 27 avril 2001 que le directeur général du Barreau a envoyé au président du Barreau, à Me Johnstone et à Me Aiton constitue une autre preuve que les avocats étaient préoccupés par les activités de FCT. Le directeur général y indiquait qu'il recevait des plaintes d'avocats au sujet de l'intrusion agressive de FCT dans le domaine de la pratique du droit immobilier. Le directeur général suggérait une rencontre entre un cercle restreint de membres du Comité consultatif sur le droit des biens et le président du Barreau. Manifestement, cette rencontre n'avait pas pour but de discuter des normes professionnelles, mais plutôt de parler du problème que posaient FCT et ses activités.

[60] Finalement, le juge du procès fait mention d'un courriel que Me Hubley a envoyé à Me Johnstone et aux membres du Comité consultatif sur le droit des biens, courriel dans lequel il se plaignait que le Comité consultatif sur le droit des biens, le comité plénier, était court-circuité et pressé d'accepter une solution sans avoir eu l'occasion de se prononcer sur la question.

[61] Le juge du procès a accepté les témoignages de Me Hubley, d'Anita Trecartin et de Me Martin Siscoe. Le témoignage de Me Hubley révèle que c'est Me Poirier qui a eu une idée qui permettrait de régler le problème que posait FCT; il suffirait d'exiger qu'un document soit souscrit devant un notaire plutôt que devant un commissaire aux serments. Me Hubley s'est élevé contre cette idée. Anita Trecartin a assisté à une séance d'information au début de l'année 2001. Elle a attribué à Me Johnstone des commentaires qui dénigraient FCT : FCT serait incapable de s'adapter au nouveau Système d'enregistrement foncier; les avocats enregistreraient les documents; FCT cesserait rapidement ses activités; et FCT ferait des pieds et des mains pour se conformer aux règles imposées par le nouveau système. Me Siscoe a également appris, lors d'une séance d'information, qu'une fois que le nouveau système serait mis en oeuvre, l'assurance titres ne serait plus nécessaire. Selon le juge du procès, cela a été confirmé par le témoignage de Me Claude Poirier qui avait lui aussi l'impression que l'assurance titres deviendrait superflue une fois que le nouveau Système d'enregistrement foncier serait mis en oeuvre.

[62] Le juge du procès ne s'est pas prononcé sur le témoignage de Me Johnstone. Il n'a pas accepté la thèse de Me Johnstone selon laquelle les normes professionnelles avaient motivé l'adoption de la disposition contestée. Pourtant, le dossier indique clairement quel est le rôle que Me Johnstone a joué dans l'adoption de la Partie III des Normes. Voici un exemple de ce qu'il a déclaré lors de son contre-interrogatoire :

> [TRADUCTION]
>
> Q. Bien. Et assurément, les membres du conseil, lors de leurs délibérations officielles, n'ont pas procédé à un tel examen approfondi de la teneur de la Partie III?
>
> R. Je dirais qu'ils s'en remettaient à notre comité pour faire ce travail.
>
> Q. Et vous n'avez pas informé les membres du conseil, à mon sens, qu'il se pouvait que la Partie III soulève une question controversée?
>
> R. Je ne voyais pas de question controversée. [6 juillet, p. 137]

[63] Me Johnstone était président du Comité consultatif sur le droit des biens et il a nommé tous les autres membres. C'est lui qui décidait de l'ordre du jour et qui a arrêté la position que le Comité consultatif sur le droit des biens a adoptée relativement (1) à l'adoption du Système d'enregistrement foncier au Nouveau-Brunswick et (2) à l'assurance titres. Il a rédigé les rapports du comité ainsi que la correspondance clef. Me Johnstone et Me Poirier représentaient le Barreau à un comité spécial, composé également de cadres supérieurs de Services Nouveau-Brunswick, qui s'est penché sur le rôle des avocats dans le processus de DPE et sur les risques auxquels ces derniers seraient exposés en cas d'erreur dans le certificat de titre établi au moyen de la formule 3. Me Johnstone et Me Poirier sont parvenus à trouver une solution à ces questions en négociant l'entente cadre et l'entente d'adhésion. Ils se sont chargés d'expliquer le nouveau système d'enregistrement foncier et ont parcouru toute la province pour donner des séances d'information aux avocats et autres parties intéressées. Me Hubley a

témoigné que la disposition contestée était le résultat d'une conversation que Me Johnstone et Me Poirier avait eue alors qu'ils se rendaient en auto à une réunion du Comité consultatif sur le droit des biens. Ils avaient ensuite insisté pour incorporer la disposition contestée dans l'entente d'adhésion lors d'une rencontre avec l'administrateur du Système d'enregistrement foncier aux bureaux de Services Nouveau-Brunswick en s'appuyant sur le mandat spécial que le Barreau leur avait confié. Plus précisément, ils ont pressé Services Nouveau-Brunswick d'examiner si l'entente d'adhésion pouvait être modifiée de façon à exiger la présentation d'un certificat notarié chaque fois qu'un avocat remplissait une DPE. Ils ont essuyé un refus. Me Johnstone a alors préparé la première ébauche de la Partie III des Normes, incorporé la disposition contestée dans cette norme et exercé des pressions pour que celle-ci soit immédiatement adoptée. Des membres du Comité consultatif sur le droit des biens se sont plaints que l'on ne tenait pas compte de leur avis et qu'on leur demandait d'approuver cette disposition sans discuter. Le rôle de Me Johnstone dans l'adoption de la disposition contestée a été absolument déterminant. En effet, il n'était pas simplement un membre du comité parmi d'autres, il occupait le poste de vice-président du Barreau lorsque la Partie III a été présentée et présidait le Barreau lorsqu'elle a été adoptée. La preuve de la motivation est venue de Me Johnstone et de Me Hubley et c'est le témoignage de Me Aiton qui a permis d'en tirer des inférences raisonnables.

[64] Je conclus que la preuve que le juge du procès a acceptée était suffisante pour lui permettre d'arriver aux conclusions qu'il a tirées sur la question de l'intention réelle; il n'a commis aucune erreur manifeste et dominante. Le juge du procès n'a pas statué sur l'intention présumée ou l'intention imputée. Ayant conclu qu'il y avait une intention réelle, il était superflu de se livrer à une telle analyse qui n'aurait été de mise que s'il avait conclu à l'absence d'intention réelle. Ce moyen d'appel est donc rejeté.

V. Les intimées se livraient à l'exercice illégal du droit

[65] Le Barreau affirme que les services que FCT offre et fournit sont interdits par la *Loi sur le Barreau* et constituent un exercice illégal du droit. Le juge du procès a

examiné trois dispositions législatives pertinentes du Nouveau-Brunswick concernant l'allégation selon laquelle FCT exerçait le droit et, après avoir passé en revue la preuve et la jurisprudence, il est arrivé à la conclusion que les services offerts et fournis par FCT n'étaient pas interdits par la *Loi sur le Barreau* et ne constituaient pas un exercice illégal du droit. Son analyse de cette question se trouve aux par. 82 à 99 de la décision dont voici des extraits :

> [TRADUCTION]
> Dans le cadre des Services de clôture de transaction d'achat d'une maison offerts par les demanderesses, ce sont des avocats de pratique privée de la province qui assurent tous les services juridiques. Dans ces cas, la FCT s'occupe de la recherche de titre et de la demande d'inscription au Répertoire NID. Si elle est satisfaite du résultat, elle s'engage à délivrer une police d'assurance du titre et informe l'avocat du résultat de la recherche de titre et de sa décision de délivrer une police. Si le titre de propriété n'a pas été converti au Système d'enregistrement foncier, la FCT prépare alors les documents de conversion. L'avocat conclut ensuite la transaction. Il agit pour le compte de l'acheteur et convient d'accepter les honoraires fixés par la FCT. [par. 87]
>
> […]
>
> Dans le cadre du Programme du prêteur, l'avocat de la FCT ne donne aucun avis sur le titre à l'emprunteur ou au prêteur. Une police d'assurance du titre est plutôt délivrée au prêteur. L'avocat représente la FCT qui ne délivre une police d'assurance que si elle est convaincue que le titre de propriété réunit toutes les conditions voulues pour sa délivrance. Dans une conversion effectuée par les avocats de la FCT, le certificat de titre (formule 3) est remis à Services Nouveau-Brunswick. L'emprunteur a toujours la faculté d'obtenir des conseils juridiques indépendants. Les services de nature juridique offerts dans le cadre du Programme du prêteur sont toujours assurés par des avocats qui sont à l'emploi des demanderesses ou dont elles ont retenu les services. Ces avocats sont tous membres du Barreau. Ils passent en revue les recherches de titre, la documentation nécessaire à la conversion au Système d'enregistrement foncier et les documents hypothécaires.

> Ils supervisent le parachèvement de tous les documents exigés. [par. 90]
>
> […]
>
> Les services fournis par les demanderesses sont des fonctions qui touchent à l'exercice du droit. Leur exécution se fait sous la surveillance d'avocats qui sont des membres praticiens en règle du Barreau. Les demanderesses ne se font pas passer pour des avocats ou des procureurs ou ne se présentent pas comme tels. Les services qu'elles dispensent ne sont pas prohibés en raison de l'exception figurant à l'alinéa 32(2)*b*) qui permet expressément de telles fonctions. [par. 96]

[66] Il s'agit de déterminer si le juge du procès a convenablement interprété les dispositions législatives pertinentes en appliquant les faits au droit. L'article 2 de la *Loi sur le Barreau* renferme la définition suivante de l'expression « exercer le droit » :

> « exercer le droit » signifie appliquer des principes et des procédures juridiques au profit ou à la demande d'une autre personne, y compris :
>
> *a)* agir comme conseil juridique ou défenseur,
>
> *b)* fournir des services juridiques,
>
> *c)* délivrer des actes introductifs de procédure, tels que des avis de poursuite, de requête ou de motion et des pétitions, dans toute procédure judiciaire de source légale,
>
> *d)* rédiger
>
> (i) des instruments relatifs à des biens réels ou personnels dont l'enregistrement ou le dépôt publics est permis ou requis,
>
> (ii) des plaidoiries, affidavits, déclarations solennelles ou autres écrits de même nature à usage judiciaire,
>
> (iii) des demandes de constitution, lettres patentes, conventions, affidavits, règlements

administratifs ou autres documents relatifs à la constitution, à la formation, à l'immatriculation, à l'organisation, à la réorganisation, à la fusion, à la dissolution ou à la liquidation d'une société de personnes ou d'une personne morale,

(iv) des actes testamentaires,

(v) des pièces servant à fonder ou à contester l'octroi de lettres testamentaires, d'homologation ou d'administration,

(vi) des pétitions ou autres documents afférents à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*,

e) donner des avis juridiques,

f) négocier et conclure des règlements amiables dans des instances judiciaires[.]

[67] Le paragraphe 33 (1) de la *Loi* est ainsi libellé :

33(1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), seuls peuvent exercer le droit :

a) les membres praticiens qui sont en règle;

b) les corporations professionnelles;

c) les stagiaires, dans la mesure permise par les règles.

[68] Voici le texte de l'alinéa 33(2)*b*) de la *Loi sur le Barreau* :

33(2) Rien dans la présente loi n'empêche

[...]

b) l'exécution contre rémunération de fonctions qui touchent à l'exercice du droit, si elle se fait sous la surveillance d'un membre praticien en règle et que l'exécutant ne se fait pas passer pour un avocat ou un procureur, ou n'est pas présenté comme tel[.]

[69] Dans *R. c. Nicholson* (1979), 14 A.R. 450 (C.S. Alb., (Div. d'app.)), [1979] A.J. No. 589 (QL), la Cour a déclaré que si ce que l'appelant avait fait était illégal, cela ne pouvait que venir du fait qu'une disposition de la loi habilitante l'interdisait. Elle a énoncé le critère en ces termes [TRADUCTION] : « [C]ompte tenu de ce que la personne en cause a fait, peut-on dire que cela ne devrait être fait que par des membres de la profession d'avocat afin de protéger convenablement le public contre les actes de personnes non qualifiées? » (par. 35). Voir également l'arrêt *R. c. Lawrie and Pointts Ltd.* (1987), 59 O.R. (2d) 161 (C.A.), [1987] O.J. No. 225 (QL).

[70] Le Barreau fait valoir que FCT dispensait des services juridiques qui étaient regroupés avec d'autres services que lui fournissaient des tierces parties moyennant des frais fixes payables à FCT, ce qui a amené cette dernière à exercer le droit. Pour sa part, FCT soutient qu'une telle assertion n'est pas étayée par la preuve et qu'elle est fausse. Je suis d'accord. La preuve figurant au dossier a révélé que les avocats employés par FCT fournissaient des services juridiques limités à FCT et uniquement à cette dernière, et non à des tiers.

[71] La totalité des services juridiques fournis dans le cadre des Services de clôture de transaction d'achat d'une maison le sont par des avocats praticiens exerçant dans la Province du Nouveau-Brunswick. Le Programme du prêteur, un programme de refinancement hypothécaire, est offert aux établissements financiers par FCT. Dans ce programme, aucune opinion sur le titre n'est donnée à l'emprunteur ou au prêteur. Une police d'assurance du titre est plutôt délivrée au prêteur. L'avocat représente FCT qui ne délivre une police d'assurance que si elle est convaincue que le titre de propriété réunit toutes les conditions voulues pour sa délivrance.

[72] Pour ce qui est du processus de conversion, il faut rappeler que l'article 11 de la *Loi sur l'enregistrement foncier* prévoit trois formules : La formule 1 est la demande, la formule 2 est l'affidavit et la formule 3 est le certificat (il s'agit en fait d'un certificat de titre) que l'avocat remet à Services Nouveau-Brunswick après avoir examiné le titre. N'importe qui peut agir à titre de représentant du propriétaire pour remplir la

formule 1. Par conséquent, quels services juridiques FCT fournit-elle dans ce qu'elle fait? Les services juridiques que fournit FCT se limitent à la révision de la recherche de titre faisant l'objet du certificat de titre établi selon la formule 3 qui accompagne une DPE. Le reste du processus de DPE ne comporte aucun exercice du droit, et cela comprend la demande d'inscription au Répertoire NID. En fait, les avocats de FCT remplissent effectivement les demandes d'inscription au Répertoire NID mais n'exercent pas le droit de ce fait. En effet, la seule exigence d'une demande d'inscription au Répertoire NID est que le bien-fonds du propriétaire, qui doit faire l'objet d'une conversion, soit identifié sur une carte provinciale étant donné que la Province a attribué un numéro unique à chaque parcelle de terrain. Rien dans le dossier n'indique que cette opération nécessite quelque habileté juridique que ce soit et il n'a pas été suggéré au procès que cela touchait à l'exercice du droit. En dehors du processus de DPE, dans le Programme du prêteur ou les Services de clôture de transaction d'achat d'une maison, une seule formule est effectivement remplie : la formule type d'hypothèque du prêteur dans le Programme du prêteur. Le juge du procès a conclu que l'opération consistait simplement à remplir les blancs sur une formule : les nom et prénom de l'emprunteur, le montant du prêt et le calendrier de remboursement. Il s'agit d'un processus informatisé.

[73] Lors de son contre-interrogatoire, Me Johnstone s'est dit d'accord avec cette position de FCT :

> [TRADUCTION]
> Permettez-moi de vous lire un extrait antérieur de votre contre-interrogatoire, page 17, simplement pour être bref.
>
> > [TRADUCTION]
> > Question, « Me Johnstone, l'article 11 de la *Loi*, d'abord le paragraphe (1) dont voici le texte : « Toute personne qui prétend être le propriétaire d'une parcelle de bien-fonds non enregistrée peut, d'elle-même ou par un représentant dûment autorisé, demander au registrateur de la circonscription où le bien-fonds est situé, d'enregistrer son titre dans le bien-fonds en vertu de la présente loi ». » Réponse, « Oui ». Question, « Cela indique clairement que le propriétaire du bien-fonds peut lui-même procéder à

> l'enregistrement, exact? » Réponse, « C'est ce qu'il – oui, c'est exact. » Question, « Ensuite, le paragraphe (2) : « La demande doit être faite suivant la forme prescrite, décrire la parcelle qui fait l'objet de la demande par son numéro d'identification approuvé et être accompagnée de certains documents. » La forme prescrite pour la demande est la formule 1? » Réponse, « Oui. » « Elle doit être accompagnée du droit prescrit? » Réponse, « Oui. » Question, « D'un certificat de titre, selon la forme prescrite, certifié par un membre du Barreau du Nouveau-Brunswick? » Réponse, « Oui. » Question, « Et il s'agit de la formule 3? » Réponse, « Oui. » Question, « D'un affidavit du requérant suivant la forme prescrite? » Réponse, « Vous avez raison, Me Underwood. Je n'en ai jamais fait et j'ignorais l'existence de cette disposition ». Question, « C'est la formule 2, n'est-ce pas Me Johnstone? » Réponse, « C'est bien la formule 2. » Question, « Par conséquent, tout propriétaire foncier qui présente lui-même une demande de premier enregistrement doit souscrire un affidavit établi au moyen de la formule 2? » Réponse, « Oui. » Question, « Et l'intervention d'un avocat n'est pas requise dans cette démarche? » Réponse, « L'affidavit établi au moyen de la formule 2 peut être souscrit devant un commissaire à la prestation des serments. » Question, « Donc, la seule intervention effectivement prescrite par la *Loi* vise l'établissement de la formule 3 – la seule intervention d'un avocat exigée par la *Loi*? » Réponse, « Oui. » [6 juillet, p. 214]

[74] Les deux seules opérations en cause qui permettent d'affirmer que FCT exerce le droit sont la révision de la recherche de titre et l'établissement de la formule 3. FCT exige l'enregistrement de l'hypothèque afin de protéger ses propres intérêts d'assureur de titres. Lorsque le titre de propriété est inscrit dans le système d'enregistrement des actes, il faut présenter une demande de premier enregistrement. Il s'agit d'une condition préalable lorsque le bien-fonds n'est pas encore dans le Système d'enregistrement foncier. Il en va de même lorsque l'acte formaliste doit être enregistré. Si FCT veut protéger ses intérêts d'assureur de titres, les actes formalistes ou les hypothèques doivent être enregistrés et la DPE doit l'être également. FCT exige

l'enregistrement des hypothèques ou des actes formalistes parce qu'une fois qu'une police d'assurance titres est délivrée, le risque est transféré à l'assureur de titres advenant que le titre de propriété ne soit pas établi au nom du véritable propriétaire ou que l'hypothèque n'ait pas la priorité qu'elle devait avoir. Seul l'enregistrement de ces instruments peut garantir l'intérêt assuré par la police. Si des droits non enregistrés ne sont pas découverts et que quelqu'un subit une perte de ce fait, c'est l'assureur de titres, et non le propriétaire, qui supporte le risque de perte associé à ces droits non enregistrés. Il importe peu au propriétaire que l'acte formaliste ait été enregistré ou non, tout comme il importe peu au prêteur que l'hypothèque soit ou non enregistrée : ces droits sont assurés par la police. Les services juridiques sont fournis à l'entité qui supporte le risque, quelle qu'elle soit; en l'espèce, la partie qui accepte le risque et désire une protection contre les pertes éventuelles est l'assureur de titres, FCT. Les avocats de FCT remplissent la DPE pour le compte de FCT. Même si la DPE est présentée au nom du propriétaire du bien-fonds, l'avocat de FCT ne devient pas pour autant l'avocat du propriétaire foncier en cause.

[75] Ce moyen d'appel est dénué de fondement parce que les services juridiques en cause dans les présentes circonstances, soit la révision du titre et l'établissement de la formule 3, sont fournis à FCT et non à des tiers. Il n'existe absolument aucun fondement dans la preuve que d'autres services juridiques sont fournis.

[76] Le juge du procès est parvenu à cette conclusion et a déclaré que s'il avait tort, il trancherait la question en invoquant d'autres fondements. Il a ensuite conclu que si FCT exerçait le droit, c'était alors sous la surveillance d'avocats comme le prévoit l'alinéa 33(2)*b*) de la *Loi sur le barreau*. Rien dans la *Loi* ne limite l'application de cette exception aux services dispensés par des assistants juridiques. Il est également arrivé à la conclusion que si FCT fournissait des services juridiques, ils étaient connexes à l'assurance titres, l'activité légale de FCT, puisqu'ils sont dispensés dans le cadre de la délivrance de polices d'assurance titres. Compte tenu de la façon dont j'ai statué sur ce moyen d'appel, je ne souhaite pas me prononcer sur ces arguments subsidiaires.

VI. Dispositif

[77] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel et j'ordonnerais au Barreau de verser à FCT Insurance Company, faisant affaire sous le nom de First Canadian Title, et à First Canadian Title Company Limited, en une seule masse, les dépens qui sont fixés à 5 000 $.