



ASSOCIATION PROFESSIONNELLE
DES NOTAIRES DU QUÉBEC

Tél. : 1 819 346.4343
Télec. : 1 819 346.4300

1 866 775.APNQ (2767)

Terrebonne, le 2 janvier 2018

Direction des travaux parlementaires
Édifice Pamphile Le May
1035, rue des Parlementaires, 3^e étage
Québec (Québec) G1A 1A3

Objet : *Projet de loi no 141 - Loi visant principalement à améliorer l'encadrement du secteur financier, la protection des dépôts d'argent et le régime de fonctionnement des institutions financières*

Madame, Monsieur,

L'Association professionnelle des notaires du Québec (APNQ) est une corporation à but non lucratif dont les missions principales sont la défense des intérêts socio-économiques des notaires et la promotion des services professionnels notariaux. L'APNQ est une association provinciale qui regroupe actuellement, sur une base volontaire, plus des deux tiers des notaires en pratique privée œuvrant dans toutes les régions du Québec.

Trois des sujets abordés dans le Projet de loi no 141 suscitent notre intérêt et nous souhaitons vous soumettre quelques commentaires.

Loi sur le courtage immobilier
(Projet de loi no 141 : p. 368 à 389, art. 361 à 468)

a) Clarification du champ d'application de la loi

Nous saluons la décision du législateur de clarifier le champ d'application de cette loi. Les nouvelles définitions du « contrat de courtage » et de l'« opération de courtage » permettent de mieux circonscrire l'objet du

monopole des détenteurs de permis délivrés par l'OACIQ et d'envisager enfin une diminution des conflits entre intervenants dans les transactions immobilières.

En exprimant clairement que ce qui est réservé aux seuls détenteurs de permis est le rôle d'intermédiaire dans un contexte de vente ou d'achat d'immeuble (article 361 du Projet de loi no 141 édictant notamment les nouveaux articles 1, 1.1 et 2 de la *Loi sur le courtage immobilier*), le législateur, notamment, confirme et protège le droit d'un propriétaire de vendre sa propriété par lui-même et les droits des individus ou des entreprises d'offrir des produits et services accessoires pour le soutenir dans ses démarches : affiches, photographies et vidéos, annonces classées dans les quotidiens ou sur Internet, sites immobiliers, outils de comparables pour établir le prix de vente, conseils de négociation, etc. Assujettir ces produits et services accessoires au monopole des détenteurs de permis aurait à toute fin pratique eu pour effet d'empêcher un propriétaire de vendre sa propriété par lui-même en le privant d'outils indispensables et de tout soutien.

Toutefois, nous nous questionnons sur l'interprétation qui pourrait éventuellement être donnée au nouvel article 1 de la *Loi sur le courtage immobilier* édicté par l'article 361 du Projet de loi no 141:

361. Les articles 1 à 3 de la Loi sur le courtage immobilier (chapitre C-73.2) sont remplacés par les suivants :

1. Pour l'application de la présente loi, est un contrat de courtage immobilier :

1° le contrat par lequel une partie, le client, en vue de conclure une entente visant la vente ou la location d'un immeuble, charge l'autre partie **d'être son intermédiaire pour agir auprès des personnes qui pourraient s'y intéresser et, éventuellement, faire s'accorder les volontés du client et celles d'un acheteur, d'un promettant-acheteur ou d'un promettant-locataire;**

2° le contrat par lequel une partie, le client, en vue de conclure une entente visant l'achat ou la location d'un immeuble, charge l'autre partie **d'être son intermédiaire pour agir auprès des personnes qui offrent un immeuble en vente ou en location et, éventuellement, faire s'accorder les volontés du client et celles d'un vendeur, d'un promettant-vendeur ou d'un promettant-locateur.**

[...]

(Nos caractères gras).

En effet, les notaires sont appelés à faciliter les ententes entre un vendeur et un acheteur éventuel, surtout lorsqu'aucune des parties n'a retenu les services d'un courtier immobilier. Par exemple, un vendeur et un acheteur intéressés par la propriété peuvent se questionner sur les solutions qui s'offrent à eux lorsque le vendeur convient de financer en partie l'acheteur, lorsque l'acheteur souhaite occuper les lieux avant la signature de l'acte de vente ou, à l'inverse, lorsque le vendeur continuera à y résider pendant un certain temps après le transfert du droit de propriété, etc. Le notaire est consulté par les parties qui veulent être conseillées et bien informées sur les choix qui s'offrent à elles et sur leurs conséquences légales. Il ne faut surtout pas que, dans de telles circonstances, on prétende que le notaire contrevient à la loi et agit comme intermédiaire lorsqu'il fait *s'accorder les volontés* des parties. Nous y reviendrons sous le titre b) ci-dessous.

La définition proposée de l'« opération de courtage » comme étant les « faits et gestes posés dans l'exécution des obligations qui incombent au titulaire d'un permis [...] partie à un contrat de courtage immobilier en tant qu'intermédiaire » atténuera sensiblement les importantes zones grises, sources de conflits entre intervenants dans le domaine immobilier qui existent présentement, et mettra un terme, nous l'espérons, à la confusion qui règne sur le sujet.

Nous approuvons également la décision du législateur de ne pas réserver le « conseil immobilier » ou le « service-conseil » lié à la vente ou à l'achat d'un immeuble à des groupes déterminés de personnes, notamment aux courtiers immobiliers. En effet, ces expressions ne réfèrent à aucune notion particulière ni à aucun contenu précis et son utilisation aurait eu comme conséquence de créer inutilement de nouveaux conflits entre l'OACIQ et ses membres d'une part et d'autres intervenants du marché immobilier d'autre part. En effet, de quels *conseils immobiliers* s'agiraient-ils? Certainement pas du conseil juridique qui est réservé aux juristes (notaires et avocats) par des lois d'ordre public de protection des consommateurs. Alors des conseils relatifs à l'évaluation immobilière, au *home staging*, à la publicité, à la mise en marché ou au marketing, à la négociation? Nous ne voyons pas l'utilité de réserver un monopole aux courtiers au niveau de quelques conseils que ce soit et, à notre avis, il aurait été inopportun d'exclure des prestataires de services de ces champs d'activités, d'autant plus qu'à notre connaissance aucun problème requérant l'intervention du législateur pour assurer la protection du public n'a été identifié dans ces domaines. Lorsqu'un propriétaire décide de se priver des

services d'un courtier immobilier, c'est d'abord et avant tout pour réaliser des économies. Or, réduire l'offre, donc la concurrence, et assujettir des services à un encadrement coûteux feraient inévitablement augmenter les coûts.

b) Article 3 proposé par l'article 361 du Projet de loi no 141

Par contre, nous sommes en désaccord avec le libellé de l'article 3 (1°) de la *Loi sur le courtage immobilier*, tel que proposé par l'article 361 du Projet de loi no 141. Cette disposition prévoit :

3. Une personne visée à l'un des paragraphes ci-dessous n'est pas tenue d'être titulaire d'un permis, lorsqu'elle est partie en tant qu'intermédiaire à un contrat de courtage immobilier visé à ce paragraphe, à moins qu'elle ne prenne un titre dont la présente loi réserve l'utilisation :

1° un avocat, un notaire, un liquidateur, un séquestre, un syndic ou un fiduciaire, pourvu que le contrat soit conclu dans l'exercice de ses fonctions;
[...]

Le texte proposé, comme le texte actuel, met sur un même pied un avocat, un notaire, un liquidateur, un séquestre, un syndic et un fiduciaire. Tous sont autorisés à être partie à un contrat de courtage immobilier en tant qu'intermédiaire sans être titulaire d'un permis « pourvu que le contrat soit conclu dans l'exercice de ses fonctions ». L'OACIQ peut difficilement soutenir qu'un liquidateur, un séquestre, un syndic ou un fiduciaire n'est pas « dans l'exercice de ses fonctions » lorsque l'immeuble concerné est un bien inclus dans le patrimoine administré. Aussi, c'est avec prudence et retenue que l'Organisme analysera la situation et prendra la décision d'initier, ou non, des procédures.

La situation est bien différente pour le notaire : quand est-il « dans l'exercice de ses fonctions »? Quand le vendeur est déjà son client? Quand il a, dans le passé, effectué une ou des transactions sur l'immeuble concerné? Quand le vendeur lui demande de faire certaines vérifications des titres préalablement à la vente de son immeuble ou de vérifier la suffisance du certificat de localisation qu'il a en sa possession? Quand l'immeuble fait partie d'un actif successoral, du patrimoine familial ou d'une communauté de biens et que le notaire rend des services pour la liquidation de la succession ou des droits

matrimoniaux ? Quand, à la demande de l'une ou l'autre des parties (vendeur ou acheteur intéressé), il accepte de les rencontrer pour les conseiller sur un ou plusieurs aspects d'une éventuelle entente? Il n'y a pas de réponse claire ni aucun critère qui permette une analyse préalable de la situation par le notaire qui souhaite éviter de contrevenir à la loi.

À titre d'exemple, l'APNQ a assumé les frais et honoraires du procureur qui a représenté une notaire poursuivie par l'OACIQ pour des gestes posés en novembre 2010. Ce n'est qu'en janvier 2015 qu'une décision finale donnant gain de cause à la notaire a été rendue. Pendant toutes ces années, le débat a porté sur la portée de l'expression « dans l'exercice de ses fonctions ». Les conclusions de la Cour du Québec dans cette affaire étaient à ce point restrictives que l'exception en faveur du notaire devenait à toute fin pratique inapplicable. Heureusement, en appel, la Cour supérieure a rejeté certains critères avancés par l'OACIQ, comme le montant de la rémunération et le caractère essentiel de l'activité de courtage pour la réalisation d'un autre contrat de services professionnels, mais elle a établi que :

[47] Pour déterminer si la notaire est dans l'exercice de ses fonctions de notaire en posant un acte de courtage accessoire à sa pratique notariale, il faut une approche contextuelle prenant en considération différents facteurs tels l'ensemble de la pratique notariale, la relation professionnelle globale qu'elle entretient avec son client, l'existence d'un lien quelconque, et non pas essentiel, entre l'acte de courtage et la relation professionnelle. Ces facteurs ne sont pas limitatifs et toute analyse devra prendre en compte l'ensemble de la situation.

(Girard c. Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec, 2015 QCCS 110 (CanLII))

En d'autres termes, chaque cas est un cas d'espèce. Le notaire, comme tout citoyen, veut éviter de se retrouver pendant des années au cœur d'un débat judiciaire. Et, sachant que faire la démonstration qu'il a agi « dans l'exercice de ses fonctions » lui coûtera plusieurs fois les honoraires qu'il a ou aurait pu retirer de l'opération de courtage (en effet, il importe peu que l'immeuble ait, ou non, été vendu), il hésitera à agir même s'il est convaincu de bénéficier de l'exemption édictée en sa faveur.

Aux incertitudes en lien avec l'interprétation de l'expression « dans l'exercice de ses fonctions » risque de s'ajouter celle exposée au paragraphe a) : le notaire qui intervient pour conseiller et informer un vendeur et un acheteur

éventuel, à leur demande, pour les aider à trouver la meilleure solution à une situation particulière se fera-t-il reprocher d'avoir agi comme intermédiaire entre elles pour *faire s'accorder leurs volontés* ?

Le droit immobilier constitue l'un des plus importants champs de pratique des notaires. Leur expertise et leurs compétences dans le domaine sont reconnues et incontestées, leur pratique est bien encadrée par des lois et règlements professionnels et lorsqu'ils se livrent à une opération de courtage les parties ne s'en trouvent pas mal protégées, bien au contraire. Les vendeurs et les acheteurs qui bénéficient des conseils d'un notaire pendant tout le processus de mise en marché ou de recherche de propriété, pendant les négociations et au moment de la rédaction de la promesse d'achat sont les mieux servis. D'ailleurs les notaires sont de plus en plus souvent sollicités par les vendeurs qui désirent vendre leur propriété sans courtier, pour des conseils juridiques et pour la rédaction de la promesse d'achat, tout comme ils le sont aussi de plus en plus souvent et pour les mêmes fins par des acheteurs intéressés par une propriété mise en marché par le propriétaire lui-même. Ainsi, il est bien dommage qu'on leur interdise de rendre certains services additionnels pour lesquels ils sont aussi sollicités par leurs clients, par exemple être présents lors d'une journée « visite libre » pour mieux répondre aux questions des éventuels acheteurs sur le contenu d'une déclaration de copropriété, d'un acte de servitude, du certificat de localisation, etc. Il serait aussi intéressant que le notaire puisse agir entre deux de ses clients, l'un souhaitant vendre sa propriété et l'autre étant un acheteur potentiel.

En résumé, les notaires sont au cœur du domaine immobilier à un point tel qu'il est à notre avis impossible de dissocier *l'exercice de leurs fonctions* d'une étape quelconque d'une transaction immobilière. C'est pourquoi il leur est très difficile d'évaluer une situation de manière à être certain de n'encourir aucun risque d'être poursuivi par l'OACIQ pour une prétendue contravention à la loi.

Rappelons que l'OACIQ n'a pas à vérifier si le notaire bénéficie ou non de l'exemption prévue par la Loi avant d'initier les procédures. En effet, l'article 64 du Code de procédure pénale prévoit que :

« Le poursuivant n'est pas tenu d'alléguer dans le constat d'infraction que le défendeur ne bénéficie à l'égard d'une infraction d'aucune exception, exemption, excuse ou justification prévue par la loi. Il incombe au défendeur d'établir qu'il bénéficie d'une exception, d'une exemption, d'une excuse ou d'une justification prévue par la loi. »

Dans ce contexte on comprend aisément l'hésitation des notaires, même si leurs services sont retenus pour d'autres aspects du dossier, même si la demande est faite par un client de longue date, même s'ils connaissent la situation juridique de l'immeuble pour avoir effectué d'autres transactions le concernant, etc.

Les notaires devraient être exemptés de l'application de la *Loi sur le courtage immobilier* dans toutes situations. La protection du public ne serait aucunement menacée si on permettait à ces professionnels de répondre à l'ensemble des besoins des vendeurs et acheteurs d'immeubles sans leur imposer, à chaque occasion, le fardeau de faire la démonstration qu'ils étaient, pour les gestes qui relèvent du rôle d'intermédiaire, « dans l'exercice de leurs fonctions ».

Nous proposons que l'article 3 de la *Loi sur le courtage immobilier*, tel que proposé par l'article 361 du Projet de loi no 141, soit modifié par l'ajout d'un premier alinéa qui se lirait comme suit :

3. Un notaire n'est pas tenu d'être titulaire d'un permis lorsqu'il est partie en tant qu'intermédiaire à un contrat de courtage immobilier.

Dans le paragraphe 1°, le texte suivant devrait être retiré « un notaire, ».

Loi sur la distribution de produits et services financiers (LDPSF)
(Projet de loi no 141 p. 390 à 406, art. 469 à 566)

Le courtage hypothécaire

Nous sommes d'accord avec la proposition qui consiste à soumettre le courtage hypothécaire au contrôle de l'autorité des marchés financiers. La multiplication des produits hypothécaires au cours des deux dernières décennies et l'étendue des obligations garanties aux termes de certaines formules mises au point par les prêteurs institutionnels rendent le choix d'un produit difficile pour le consommateur. Bien au-delà du seul taux d'intérêt, le produit doit répondre aux besoins de chaque emprunteur, par exemple au niveau des possibilités de remboursement accéléré, des pénalités pour remboursement par anticipation, ou de l'étendue des obligations garanties. Un produit donné peut constituer un outil de crédit intéressant pour un emprunteur, mais un piège et un risque important de surendettement pour un autre. Il nous apparaît donc essentiel de

soumettre le courtage hypothécaire au même encadrement que d'autres produits financiers pour une meilleure protection des consommateurs.

Par contre, nous sommes en désaccord avec le libellé de l'article 11.2 de la LDPSF tel que proposé par l'article 477 du Projet de loi no 141. Le texte édicte :

11.2. Les personnes suivantes ne sont pas des courtiers hypothécaires, lorsque, dans l'exercice de leurs fonctions, elles se livrent à une opération de courtage hypothécaire :

1° les avocats et les notaires;

[...]

À notre avis, le notaire ne devrait jamais être considéré comme un courtier hypothécaire et, en conséquence, ne devrait jamais être soumis à l'application de la LDPSF, et ce, pour deux principaux motifs, déjà exposés sous le titre « *Loi sur le courtage immobilier* » ci-dessus.

Tout d'abord le notaire est un expert du droit immobilier. En ce qui a trait plus particulièrement au financement hypothécaire, rappelons que le législateur lui réserve la constitution de l'hypothèque immobilière qui doit obligatoirement être reçue par acte notarié en minute (article 2693 C.c.Q.) :

2693. L'hypothèque immobilière doit, à peine de nullité absolue, être constituée par acte notarié en minute.

En conséquence, le notaire est incontestablement le professionnel le plus au fait des divers formulaires hypothécaires offerts par les institutions financières et le premier à découvrir les nouveautés dans le domaine. Et pour ce qui est des conditions et conventions de crédit, il les connaît bien, la plupart des institutions financières leur déléguant le soin d'obtenir la signature de l'emprunteur au contrat de crédit.

Actuellement, le notaire est souvent confronté au mécontentement des emprunteurs qui comprennent trop tard, lorsqu'une entente est déjà conclue avec une institution financière, le contenu de l'acte hypothécaire qu'ils sont appelés à signer. Alors que l'emprunteur croyait devoir constituer une hypothèque qui ne garantirait que le crédit contracté concomitamment, l'institution financière donne instructions au notaire de constituer une hypothèque pour un montant plus élevé que l'emprunt contracté, couvrant un

taux d'intérêt de 20% et garantissant le remboursement de toutes les dettes actuelles et futures de l'emprunteur à son endroit. Personne, alors que l'emprunteur négociait son emprunt hypothécaire, n'a pris la peine de lui expliquer l'étendue des obligations et engagements qu'il serait appelé à contracter aux termes du produit hypothécaire que l'institution financière lui imposerait. On s'est généralement contenté de faire miroiter un taux d'intérêt avantageux et la possibilité d'obtenir de nouvelles avances.

Si le notaire pouvait, sans restriction, expliquer à un client les divers produits et formulaires disponibles, ce dernier serait en mesure de faire un choix éclairé et de négocier l'ensemble des conditions de son crédit et non uniquement un taux d'intérêt. Le notaire pourrait le diriger vers les institutions qui offrent un produit qui réponde adéquatement à ses besoins. Pourquoi priver un emprunteur des conseils du professionnel le mieux outillé pour l'informer et le conseiller sur les produits hypothécaires disponibles ? Pourquoi interdire au notaire qui fournit toutes les explications utiles à un client de le conseiller en le dirigeant vers les institutions qui offrent le produit qu'il souhaite obtenir ? Il semble qu'on oublie trop souvent que l'emprunt hypothécaire emporte l'adhésion de l'emprunteur à deux conventions distinctes : la convention de crédit qui établit les caractéristiques et conditions de l'emprunt et la convention hypothécaire qui établit les conditions et l'étendue de la garantie du créancier.

Ensuite, et comme nous avons eu l'occasion de le mentionner sous le titre « *Loi sur le courtage immobilier* », l'expérience démontre que l'expression « dans l'exercice de ses fonctions » est source d'incertitudes pour les notaires à tel point qu'ils préfèrent généralement s'abstenir d'agir même s'ils sont convaincus d'être dans « l'exercice de leurs fonctions » et même si leur intervention serait d'une grande utilité pour leur client.

Nous proposons que l'article 11.2 de la LDPSF se lise comme suit :

11.2. Le notaire n'est pas un courtier hypothécaire lorsqu'il se livre à une opération de courtage hypothécaire.

Les personnes suivantes ne sont pas des courtiers hypothécaires, lorsque, dans l'exercice de leurs fonctions, elles se livrent à une opération de courtage hypothécaire :

1° les avocats;
[...]

Loi sur les assureurs

(Projet de loi no 141, p.14 à 136, art. 3)

L'AMF travaille depuis plusieurs mois sur un projet intitulé « Réflexion sur la gestion des risques de conflits d'intérêts liés aux incitatifs ». C'est pourquoi nous sommes étonnés de constater que la *Loi sur les assureurs* n'édicte pas d'incompatibilité et est peu loquace sur les activités permises ou interdites aux assureurs.

Nous craignons que la nouvelle loi ne vienne bonifier des stratégies d'affaires de certaines sociétés d'assurance titres qui, à notre avis, vont à l'encontre de la protection des consommateurs. Nous exposons la situation qui prévaut actuellement en espérant qu'elle interpellera le législateur qui veillera à imposer le cadre requis pour rectifier la situation.

Deux assureurs titres parmi ceux faisant affaires au Québec ont créé des entreprises qui offrent aux institutions financières des services de préparation et de suivi de leurs dossiers de refinancement hypothécaire. Ces entreprises sont en quelque sorte des centres de traitement des dossiers (CTD) qui reçoivent les instructions du prêteur, procèdent aux vérifications utiles pour la souscription d'un produit d'assurance titres, préparent les documents, les acheminent à un notaire avec lequel ils ont conclu une entente de collaboration et assurent le suivi du dossier jusqu'à la fin. À titre d'exemple, l'assureur « A » et le CTD « A+ » proposent aux institutions financières un forfait qui comprend ces services de traitement et de suivi des dossiers et une police d'assurance titres « Prêteur » souscrite par l'assureur « A ». Pour l'institution financière, le forfait est intéressant pour deux motifs principaux *i)* un seul point de chute et un seul interlocuteur, le CTD « A+ », pour l'ensemble de ses dossiers de refinancement et *ii)* une assurance titres « Prêteur » souscrite par l'assureur « A », aux frais de l'emprunteur, dans chacun des dossiers. L'assurance titres augmente la valeur du portefeuille hypothécaire de l'institution financière pour d'éventuelles opérations de titrisation. Le CTD « A+ » facture des honoraires minimaux pour la prestation des services et l'Assureur « A » perçoit une prime dans chaque dossier. Le problème est le suivant : l'institution financière propose à ses emprunteurs d'acheminer son

dossier au CTD « A+ » en lui faisant miroiter la rapidité d'exécution et le coût avantageux pour les services. Comme il s'agit d'un refinancement et non de l'acquisition d'une propriété, l'emprunteur voit peu d'intérêt à préférer les services de son propre notaire et refuse rarement. Ainsi, le dossier est traité par le CTD « A+ » qui veille aux intérêts de l'assureur « A » en ne procédant qu'aux vérifications utiles pour l'évaluation du risque pour ce dernier. Si une irrégularité jugée mineure pour l'assureur « A » est découverte et que ce dernier accepte de couvrir le risque, l'emprunteur n'en sera pas avisé. À la fin du processus, l'emprunteur reçoit une facture qui comprend : –

- les honoraires pour les services rendus par le CTD « A+ » à l'assureur « A » (vérifications utiles à l'évaluation du risque) ;
- les honoraires pour les services rendus par le CTD « A+ » (préparation des documents et suivi du dossier) ; et
- la prime due à l'assureur « A » pour la souscription d'une police d'assurance titres qui ne protège que l'institution financière.

Les services et la souscription d'un produit d'assurance titres sont indissociables. Ainsi, un emprunteur ne peut bénéficier des services à rabais si aucune police d'assurance n'est souscrite. Il ne peut, non plus, choisir un autre assureur titres. Il est captif du *programme* mis en place par l'assureur et son CTD dont l'unique objectif est la souscription d'un produit d'assurance titres. Il faut bien comprendre qu'au total l'emprunteur ne réalise aucune économie réelle puisqu'il paie la prime d'assurance. La facture du notaire dans le cadre du processus « traditionnel » et celle des assureurs pour leur *programme* sont sensiblement à la même hauteur.

La stratégie fonctionne très bien et les deux assureurs titres qui l'utilisent contrôlent, selon notre évaluation, près de 50 % du marché des refinancements hypothécaires. Cela signifie que dans près de 50% des dossiers de refinancements hypothécaires les emprunteurs paient la prime d'un produit d'assurance qui ne protège que son créancier et qu'il n'a pas le choix de l'assureur.

Il s'agit, pour ces assureurs titres d'un marché très lucratif, mais le processus prive l'emprunteur des conseils et informations dont il bénéficie lorsque le notaire est au cœur de la transaction et effectue ses vérifications non pas dans l'intérêt d'un tiers, assureur titres, mais dans l'intérêt des parties, prêteur et

emprunteur. Certes, les assureurs prétendent qu'ils ne briment en aucune façon le droit au conseil de l'emprunteur et que le notaire qui reçoit l'acte doit accomplir son devoir à cet égard, mais comment le notaire peut-il bien conseiller s'il est dispensé de procéder aux vérifications usuelles et, en conséquence, ne détient pas les informations utiles ?

L'actuelle *Loi sur les assurances* (RLRQ c A-32) définit les objets et pouvoirs des sociétés d'assurance :

33.1. Outre les activités d'assurance, une compagnie d'assurance a pour objet de fournir des produits et services financiers conformément à la loi.

[...]

33.2.2. Le gouvernement peut autoriser une compagnie d'assurance à exercer une activité qui ne lui est pas interdite par la loi et qu'il considère utile pour l'intérêt du public, lorsque cette activité ne se rapporte pas à la réalisation de ses objets.

Il peut interdire à une compagnie d'assurance d'exercer une activité qui se rapporte à la réalisation de ses objets mais qui n'est pas expressément autorisée par la loi.

Un avis juridique que nous avons obtenu sur le sujet de Me Michel Jolin du cabinet Langlois Kronström Desjardins est à l'effet que :

« En somme, le cadre législatif de la L.A. impose donc qu'une compagnie d'assurance limite ses activités à celles d'assurance ainsi qu'à celles qui ont pour objet de fournir « des produits et services financiers », conformément à la loi.

[...]

La L.A. ne définit pas le concept de « fournir des produits et services financiers conformément à la loi ». Il en est de même dans la *Loi sur l'autorité des marchés financiers*.

Pour cerner cette notion, il est nécessaire de référer à l'encadrement de l'industrie financière au Québec. L'Autorité encadre toute l'industrie des secteurs financiers, ce qui concerne notamment le domaine des assurances, des valeurs mobilières, des institutions de dépôt – sauf les Banques – et de la distribution de produits et services financiers.

Le fonctionnement de ce dernier domaine d'activité relève de la LDPSF.

La LDPSF réfère à l'encadrement du représentant d'assurance, du représentant en valeurs mobilières, l'expert en sinistre et le planificateur financier. Elle englobe également le travail des « cabinets » [...].

La LDPSF ne donne pas de définition de « produits et services financiers ». À notre avis, elle s'incarne par une compréhension des champs d'activités qui relèvent de cette loi.

Ainsi, la notion de « produits et services financiers » s'incarne notamment par l'énumération des disciplines professionnelles qui relèvent de cette loi. [...] »

Suite à son analyse, Me Jolin conclut que les actes posés par les assureurs titres et leurs CTD dans le cadre de leur programme de refinancements hypothécaires « ne relèvent pas de l'activité d'assurance ou de la distribution de produits et services financiers. À ce titre, en l'absence d'une autorisation législative du gouvernement, ces activités seraient prohibées par la L.A. » Malheureusement, l'AMF ne partageait pas l'opinion de Me Jolin, associant les actes concernés à du financement hypothécaire, activité permise aux assureurs. Nous estimons qu'il s'agit là d'une erreur, les assureurs et leurs CTD ne consentent pas des prêts hypothécaires, ils offrent aux institutions financières des services de préparation et de suivi de leurs propres dossiers.

La nouvelle loi ne semble pas proposer de solution à cette situation. Les CTD, qui dont la mission est de rendre les services convenus pour permettre l'émission d'une police d'assurance par sa société d'assurance liée, n'est assujetti à aucun encadrement, à aucune norme, à aucun contrôle quelconque.

Aux États-Unis, les assureurs titres ne sont pas soumis qu'aux lois sur les assureurs. Il existe de nombreuses législations visant à encadrer la distribution de leurs produits et leurs stratégies d'affaires, à interdire le paiement de ristournes et d'incitatifs divers, à contrôler le montant des primes, à lutter contre la concurrence inversée (« reverse competition »), etc. La présence de ces sociétés d'assurance titres est encore très récente au Québec, et le législateur ne semble accordé aucune attention particulière à leurs activités qui mériteraient pourtant qu'on s'y attarde pour la protection des emprunteurs.

À notre avis, il devrait être interdit aux assureurs titres d'exploiter des CTD et d'offrir aux institutions financières, directement ou indirectement, des services de préparation et de suivi de leurs dossiers de refinancement hypothécaire en

contrepartie de la souscription d'un de leur produit d'assurance titres, aux frais de l'emprunteur qui n'en retire aucun bénéfice.

Comme l'activité d'une société d'assurance titres est intimement liée au marché immobilier, comme la société d'assurance titres a intérêt à adopter des stratégies qui la positionne avantageusement dans les transactions immobilières et comme de telles stratégies peuvent avoir des effets négatifs pour la partie « captive », le législateur doit veiller à interdire expressément certaines pratiques à ces assureurs.

Loi sur la distribution de produits et services financiers (LDPSF)

(Projet de loi no 141, p. 390 à 406, art. 469 à 566)

Et

Loi sur les assureurs

(Projet de loi no 141, p.14 à 136, art. 3)

Distribution sans l'entremise d'une personne physique

Plusieurs dispositions du Projet de loi no 141 édictant la nouvelle *Loi sur les assureurs* ou modifiant la LDPSF ont pour objet de permettre la distribution de produits d'assurance sans l'entremise d'une personne physique, notamment par Internet. Quelques-unes de ces dispositions sont reproduites à l'Annexe « B » pour référence.

L'article 71.1 de la LDPSF prévoit la distribution de produits d'assurance sans l'entremise d'une personne physique. Il en est de même de l'article 59 de la *Loi sur les assureurs* qui permet à un assureur de traiter avec un preneur sans l'intermédiaire d'une personne physique. Ce dernier article précise aussi que si l'assureur traite avec le preneur par l'intermédiaire d'une personne physique, celle-ci doit être un représentant en assurance titulaire d'un certificat délivré par l'AMF.

La nouvelle loi ne règle pas les difficultés qui résultent du mode de distribution mis en place par des assureurs titres et qui amène les notaires à contrevenir à la LDPSF et ses règlements. Au contraire, elle provoquera une augmentation des risques pour ces derniers.

L'article 2 du *Règlement sur l'exercice des activités des représentants* (RLRQ c D-9.2, r 10) édicte que l'exercice de la profession d'avocat ou de notaire est incompatible avec l'exercice des activités de représentant :

2. Sont incompatibles avec l'exercice des activités de représentant:

[...]

5° l'exercice de la profession d'avocat ou de notaire;

[...]

Même si, à l'occasion, des assureurs de différentes disciplines tentent d'amener les notaires à proposer leurs produits à leurs clients, on peut affirmer que cette disposition est généralement respectée. Une exception cependant, les assureurs titres qui, dès leur arrivée en sol québécois dans les années 90, distribuent leurs produits par l'entremise des notaires et des avocats. Ils imposent un mode de distribution où les juristes jouent un rôle clé, malgré l'interdiction claire destinée à protéger le public par l'élimination de sources de conflits d'intérêts. L'argument des assureurs titres est qu'un juriste est le professionnel tout désigné pour déceler les irrégularités dans les titres, mais à notre avis cela ne signifie pas qu'il doive intervenir dans l'obtention du produit. Pas plus que le médecin qui procède à un examen médical à la demande d'un assureur pour la souscription d'un produit d'assurance invalidité n'a à intervenir dans l'obtention du produit. L'évaluation du risque est une chose, le choix d'un produit qui réponde aux besoins de l'assuré en est une autre.

Mais, au fil des ans les juristes ont continué à agir comme intermédiaire pour l'obtention d'un produit auprès de plusieurs assureurs titres. En 2006, l'AMF a constaté les contraventions à la loi et des discussions se sont engagées. Finalement, en octobre 2008 et après plus de deux ans de tergiversations, l'AMF a émis un avis final permettant aux notaires et aux avocats d'interagir avec un représentant certifié de l'assureur pour l'obtention d'un produit d'assurance titres pour un de leurs clients. Cet avis, publié dans le Bulletin de l'AMF du 3 octobre 2008 (vol. 5, no 39) est reproduit à l'Annexe « A ».

Dans le domaine de l'immobilier commercial ou industriel, il semble que les directives de l'AMF soient respectées et que les notaires et les avocats, au nom de leurs clients, interagissent avec un représentant certifié pour la souscription d'un produit d'assurance titres.

Par contre, en ce qui concerne l'assurance titres dans le domaine résidentiel, les assureurs titres n'ont que quelques représentants certifiés de sorte que les notaires (professionnels le plus souvent impliqués dans les transactions touchant des immeubles résidentiels) ne sont pas en mesure de respecter le cadre établi dans l'avis de l'AMF. Des interventions répétées auprès de l'AMF pour qu'elle exige des assureurs le respect la LDPSF en disposant d'un nombre suffisant de représentants n'ont donné aucun résultat. Les assureurs profitent de la situation et *récompensent* les notaires en renonçant à exercer tout recours contre eux si une erreur est commise, sauf en cas de fraude, de faute lourde ou de négligence grossière. Des notaires ont bien tenté de mettre

directement en contact les éventuels assurés et un représentant certifié, mais, chez l'assureur, on redirigeait rapidement le client chez le notaire. Le notaire est donc le seul intermédiaire pour l'obtention d'un produit d'assurance titres résidentielle malgré les prescriptions légales et réglementaires applicables.

Évidemment, ce mode de distribution est très économique pour l'assureur qui ne rémunère pas le notaire et épargne les coûts liés à l'obtention et au maintien de la certification de représentants en nombre suffisant pour répondre à la demande. Avantageux pour le preneur ? Non, plutôt que de payer une prime qui tient compte des coûts liés à la certification de représentants, il paie les honoraires professionnels du notaire. De plus, les notaires ne sont pas nécessairement des experts en assurances titres et ne sont pas ponctuellement informés des modifications apportées par l'assureur à ses polices d'assurance. Ils ne sont donc pas en mesure de proposer le produit qui répond le mieux aux besoins du client. Il faut aussi comprendre que très souvent la décision d'avoir recours à un produit d'assurance titres est prise pour pallier au risque résultant d'une irrégularité dans les titres ou l'occupation d'un immeuble qui ne peut être corrigé en temps opportun pour les parties. On convient donc de conclure la transaction malgré l'irrégularité et le produit doit être rapidement obtenu. Ni le notaire ni les parties ne peuvent attendre plusieurs jours qu'un représentant daigne retourner leur appel, et les assureurs titres en sont bien conscients.

Les nouvelles dispositions de la LDPSF et de la *Loi sur les assureurs* donnent le feu vert aux assureurs titres qui pourront maintenir leur mode de distribution actuel en matière d'assurance titres résidentielle, sans l'intervention d'un représentant certifié, mais avec la collaboration essentielle d'un notaire. La vente par internet, déjà en place, deviendra le mode principal de distribution de ces produits et les formulaires seront remplis par des notaires, sans frais pour les assureurs. Il ne faut pas croire que l'article 59, qui prévoit que si l'assureur traite par l'intermédiaire d'une personne physique celle-ci doit être un représentant en assurance titulaire d'un certificat de l'AMF, fera obstacle à cette façon de faire, puisque cette condition existe déjà et n'est pas respectée.

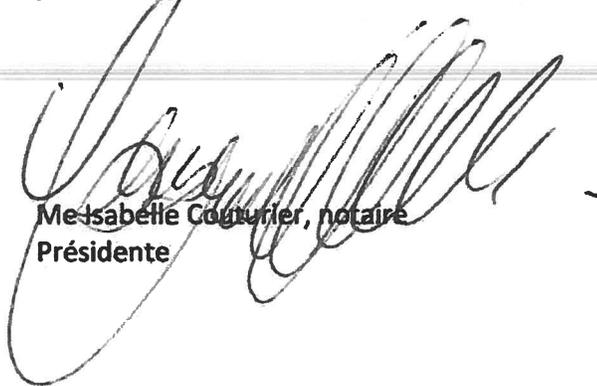
La vente par Internet, sans l'intervention d'un représentant certifié, ouvre toute grande la porte à de nouveaux intermédiaires non autorisés. Divers intervenants, notaires, avocats, courtiers immobiliers, etc. pourraient être appelés à conseiller les éventuels assurés, à procéder à la cueillette des données, à remplir les formulaires en ligne et à les transmettre à l'assureur. Pourra-t-on les blâmer si, pour sa part, l'assureur ne s'assure pas de la disponibilité de représentants pour répondre aux besoins des clients ?

Ce que nous souhaitons, c'est que les notaires ne soient plus pris entre l'arbre et l'écorce lorsqu'un produit d'assurance titres résidentielle doit être obtenu: une loi lui interdisant d'agir sans certificat, un règlement lui interdisant d'en

obtenir un et des assureurs qui n'ont pas de représentants certifiés de disponibles pour répondre aux besoins des éventuels assurés.

Si la loi conforte les assureurs titres qui vendent déjà des produits sans l'intervention d'un représentant certifié, elle doit de la même façon permettre expressément aux notaires d'aider leurs clients à obtenir un produit sans risquer d'être poursuivis et sanctionnés pour contravention à la loi. Et dans ce contexte, le notaire devrait être rémunéré par l'assureur puisque c'est ce dernier qui requiert et rend incontournable son intervention pour la souscription du produit.

Nous vous remercions pour l'attention que vous porterez à ces commentaires et vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments les plus distingués.



Me Isabelle Cougurier, notaire
Présidente

Annexe « A »

(Bulletin, 3 octobre 2008, vol. 5 no 39):

« Avis de l'Autorité relatif aux pratiques de distribution se rapportant aux produits d'assurance de titres

Loi sur la distribution de produits et services financiers, L.R.Q., c. D-9.2

Le 21 juillet 2006, l'Autorité des marchés financiers (l'« Autorité ») a publié à son Bulletin (vol. 3, n° 29) un avis (l'« Avis ») indiquant, notamment, qu'à la suite de certaines vérifications elle avait constaté que les assureurs de titres offraient généralement leurs produits aux acheteurs de propriétés immobilières par l'entremise d'avocats ou de notaires, alors que ceux-ci n'étaient pas autorisés à agir comme représentants en assurance au sens de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (la « Loi sur la distribution »). Dans cet Avis, l'Autorité a demandé aux intervenants concernés de se conformer à la Loi sur la distribution d'ici le 1er juillet 2007. Ce délai a été prolongé au 31 mars 2008 pour ensuite être reporté au 3 octobre 2008.

À la suite de la publication de cet Avis, différents intervenants, dont le Barreau du Québec (le « Barreau ») et la Chambre des notaires du Québec (la « Chambre des notaires »), ont fait des représentations auprès de l'Autorité pour que soit prise en compte la particularité des actes accomplis par les avocats et les notaires dans l'exercice de leur profession respective. Ainsi, le Barreau et la Chambre des notaires ont fait valoir que l'avocat et le notaire ont le devoir professionnel d'informer, de conseiller et de représenter adéquatement leurs clients relativement aux opérations, actes ou risques liés à des transactions immobilières auxquelles ces derniers sont parties (notamment une recherche de titres à l'occasion du transfert d'un bien immobilier ou d'un prêt garanti par hypothèque immobilière). De ce fait, selon le Barreau et la Chambre des notaires, les avocats et les notaires peuvent, de façon accessoire à leurs services professionnels offerts dans le cadre de la transaction, conseiller leurs clients quant à la souscription d'une police d'assurance relativement au titre de la propriété transférée ou hypothéquée.

Compte tenu de ces représentations, l'Autorité est d'avis que pour les fins de l'application de la Loi sur la distribution, l'avocat ou le notaire peut, dans l'exercice de sa profession et des services professionnels exécutés pour son client :

- informer son client sur l'existence et l'utilité de l'assurance de titres comme moyen de gérer les risques juridiques pouvant affecter la validité ou la qualité du titre ou de la créance garantie par hypothèque immobilière de ce client;
- informer son client sur les caractéristiques du produit d'assurance de titres que celui-ci pourrait décider d'acquérir; et
- interagir, si son client lui en confie le mandat, avec les représentants en assurance dûment certifiés de l'assureur de titres pour représenter ce client aux fins de la souscription d'une assurance de titres. À cet effet, l'avocat ou le notaire pourra, notamment, aviser ces représentants des constats juridiques qui leur permettront d'identifier, d'évaluer, de souscrire et de couvrir les risques concernés par l'émission d'une police d'assurance de titres appropriée.

L'Autorité est d'avis que les actes décrits ci-dessus, lorsque posés par l'avocat ou le notaire dans les circonstances précitées, ne constituent pas une « offre » de produits d'assurance de titres au sens de la Loi sur la distribution ni des actes réservés aux représentants en assurance titulaires de certificats délivrés par l'Autorité, pourvu que toutes les conditions suivantes soient respectées :

1. Ces actes seront posés par l'avocat ou le notaire dans l'exercice des services professionnels exécutés dans le cadre d'une transaction.
2. Les avocats et les notaires ne seront pas rémunérés, directement ou indirectement, par l'assureur de titres sous quelque forme que ce soit.
3. Les avocats devront poser ces actes dans le respect des règles de déontologie adoptées par le Barreau. Pour ce qui est des notaires, ils devront poser ces actes dans le respect des règles de déontologie et des règlements adoptés par la Chambre des notaires, et ce, afin d'établir que ces actes s'inscrivent en tout temps dans l'exercice de leur profession. À cet égard, le Bureau de la Chambre des notaires a adopté le projet de Règlement sur les normes de pratique du notaire en matière d'assurance de titres.¹
4. L'assureur impliqué devra soit être inscrit à titre de cabinet auprès de l'Autorité, soit avoir signé un contrat avec un cabinet habilité à agir pour son compte au Québec.

¹ Comme le projet de règlement n'est jamais entré en vigueur, les notaires sont dans l'impossibilité de respecter le cadre établi par l'AMF.

Concernant les obligations d'un assureur de titres mentionnées précédemment, et notamment au point 4, elles devront être rencontrées au plus tard un an après la publication de cet avis, et ce, afin de permettre aux assureurs de titres de répondre à toutes les exigences de la Loi sur la distribution, notamment en matière de certification et d'inscription. »

Annexe « A »

Loi sur la distribution de produits et services financiers

Nouvel article 71.1 LDPSF, édicté par l'article 487 du Projet de loi no 141:

71.1. Un cabinet peut, **sans l'entremise d'une personne physique**, offrir des produits et services dans une discipline dès lors qu'il a à son emploi un représentant qui peut pratiquer dans cette discipline.

Nouvel article 202.2 de la LDPSF, édicté par l'article 515 du Projet de loi no 141:

202.2. L'Autorité peut, pour chaque discipline, déterminer par règlement les renseignements et les documents qu'un cabinet qui agit sans l'entremise d'une personne physique doit fournir à un client ainsi que leur forme.

Loi sur les assureurs, édictée par l'article 3 du Projet de loi no 141:

59. En vue de souscrire un contrat d'assurance, un assureur autorisé doit traiter avec le preneur concerné **soit par l'intermédiaire d'une personne physique, qu'elle soit ou non à son emploi, soit sans l'intermédiaire d'une telle personne**. Lorsqu'il traite par l'intermédiaire d'une personne physique, celle-ci doit être un représentant en assurance titulaire d'un certificat délivré par l'Autorité conformément à la Loi sur la distribution de produits et services financiers et être autorisée à agir à l'égard de ce contrat.

[...]

62. Un assureur autorisé doit veiller à ce que le preneur ou, selon le cas, l'adhérent **soit informé en temps utile des renseignements qui lui sont nécessaires à une prise de décision éclairée et à l'exécution du contrat**, dans chacun des cas suivants :

1° lorsque, dans les cas prévus à l'article 59, il traite avec le preneur autrement que par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un cabinet en assurance;

[...]

Ces renseignements comprennent notamment :

1° l'étendue de la garantie considérée et quelles en sont les exclusions;

2° les délais, conformes au Code civil, à l'intérieur desquels un sinistre doit être déclaré ainsi que ceux à l'intérieur desquels l'assureur est tenu de payer les sommes assurées ou l'indemnité prévue;

3° l'information nécessaire à la communication à l'assureur d'une plainte devant être consignée au registre des plaintes prévu au paragraphe 3° du deuxième alinéa de l'article 50, y incluant le délai à l'intérieur duquel cette communication doit être faite.

64. Le preneur d'un contrat d'assurance souscrit par un assureur alors qu'il a traité autrement que par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un cabinet en assurance peut le résoudre dans les 10 jours suivant la réception de la police, à moins qu'à ce moment il n'ait déjà pris fin.
[...]

Lorsque la formation du contrat d'assurance ou l'adhésion à celui-ci ont eu lieu à l'occasion de la conclusion d'un autre contrat, cet autre contrat conserve tous ses effets, malgré la résolution, selon le cas, du contrat d'assurance ou de l'adhésion.

67. Lorsqu'un moyen est mis à la disposition d'un preneur lui permettant de formuler et de soumettre une proposition sans l'intermédiaire d'une personne physique ou d'un cabinet et autrement que par une proposition écrite visée à l'article 2400 du Code civil, l'assureur doit remettre au preneur, avec la police, un document faisant état de toute proposition soumise par ce moyen. Dans ces circonstances, l'assureur doit aussi veiller à ce que le preneur, s'il le souhaite, puisse communiquer avec une personne physique.

Le document remis par l'assureur équivaut à une proposition écrite visée à l'article 2400 du Code civil.

68. Un assureur autorisé ne contrevient pas à la Loi sur la distribution de produits et services financiers du seul fait que, conformément à la présente loi, aucune personne physique ne traite avec les preneurs ou, selon le cas, les adhérents.