

# L'ASSURANCE DE TITRES ET SON IMPLICATION LORS D'UNE TRANSACTION IMMOBILIÈRE RÉSIDENTIELLE

Francine Pager\* et Erik P. Masse\*\*

Synthèse . . . . .	279
INTRODUCTION . . . . .	281
PREMIÈRE PARTIE : NATURE DE L'ASSURANCE TITRE ET ANALYSE GÉNÉRALE DES COUVERTURES DES DIFFÉRENTES POLICES . . . . .	283
1.1 Nature de l'assurance de titres . . . . .	283
1.2 Étendue des couvertures . . . . .	284
1.2.1 Police à « risques spécifiés » <i>versus</i> polices « tous risques » . . . . .	284
1.2.2 Distinctions entre la « police propriétaire » et la « police créancier hypothécaire » . . . . .	286
1.2.3 Généralités sur les couvertures des polices propriétaires . . . . .	287
1.2.4 Généralités sur les couvertures des polices créanciers hypothécaires . . . . .	289
1.2.5 Généralités sur les exclusions aux risques couverts . . . . .	291
• Exclusions générales à la police du propriétaire . . . . .	291

\* Notaire, chez Bélanger Sauvé, avocats s.e.n.c.r.l.

\*\* Avocat, chez Bélanger Sauvé, avocats s.e.n.c.r.l., avec la participation à la seconde partie de M<sup>e</sup> Yves Bélanger, avocat chez Cain Lamarre Casgrain Wells, avocats, s.e.n.c.r.l.

• Exclusions générales à la police du créancier hypothécaire . . . . .	294
1.3 Établissement du montant de l'indemnité, options de l'assureur et limitations de responsabilité . . . . .	294
• Pour les polices propriétaires. . . . .	295
• Pour les polices créanciers hypothécaires . . . . .	298
1.4 La subrogation de l'assureur . . . . .	299
1.4.1 Distinction de la notion d'assuré à la lumière de la dualité des polices propriétaires <i>versus</i> créanciers hypothécaires . . . . .	300
1.4.2 Exclusion des recours de l'assureur contre la personne faisant partie de la « maison de l'assuré » . . .	301
1.5 Conclusions préliminaires . . . . .	302
DEUXIÈME PARTIE : INCIDENCES SUR LA PRATIQUE NOTARIALE . . . . .	304
2.1 L'assurance titre en bref . . . . .	304
2.2 Position de l'Autorité des marchés financiers . . . . .	304
2.3 L'assurance titre et l'examen des titres . . . . .	305
2.4 L'assurance titre et le certificat de localisation . . . . .	307
2.5 L'assurance titre et le problème de titre découvert lors de l'examen des titres . . . . .	308
2.6 L'assurance titre et les hypothèques légales de la construction . . . . .	309
CONCLUSION . . . . .	310

## Synthèse

Les auteurs livreront le résultat de leur analyse des polices d'assurance de titres des principales compagnies œuvrant au Québec sans faire de comparaison explicite (nominative) toutefois entre les différents produits offerts, les polices étant sujettes à changement. Ils décriront d'abord les conséquences de la nature de l'assurance de titres qui constitue une assurance de dommages (biens) en distinguant ce type d'assurance de l'assurance responsabilité. Ils analyseront le montant des couvertures en général, et comment ce montant est établi, selon le type de contrat.

Ils analyseront les clauses d'exclusions générales qui, selon les polices, excluent les défauts et autres risques « créés, tolérés, acceptés, subis, convenus ou assumés » par l'assuré et la nécessité d'obtenir un avenant afin de modifier l'exclusion prévue à la police lorsque celle-ci est contractée spécifiquement afin de couvrir un problème de titre connu. Ils soulèveront également le phénomène et problème potentiel de dissociation des polices propriétaire et créancier et les problèmes potentiels de subrogation conventionnelle ou légale liés au fait que le propriétaire et le créancier ne soient pas couverts par la même police d'assurance. Ils analyseront également le processus de réclamation et les options de l'assureur face au règlement de toute réclamation.

Enfin, les auteurs tenteront de dégager les bonnes pratiques qui découlent des observations faites.



## INTRODUCTION

Le risque est essentiel à l'assurance. Là où il n'y a pas de risque, l'assurance est inutile.

Le marché québécois est, depuis longtemps, familiarisé avec les divers produits d'assurance. Qu'il s'agisse d'assurance de dommages ou d'assurance de personnes, la grande majorité des Québécois sont assurés pour leur propriété et pour leur responsabilité civile, en cas d'invalidité ou en cas de décès.

Toutefois, à ce marché traditionnel de l'assurance, au cours des dernières années, au Québec, s'est ajouté un marché de l'assurance titre, offrant une protection aux acheteurs immobiliers et/ou à leurs créanciers hypothécaires<sup>1</sup>.

La plupart des auteurs semblent s'entendre pour dire que l'assurance titre est un produit créé et principalement vendu sur le marché américain, afin de protéger les intérêts financiers d'un assuré contre des vices de titres résultant souvent de déficiences importantes des lois américaines relatives au cadastre et des problèmes soulevés lors de recherches de titres parmi des registres comportant parfois une documentation incomplète.

Au Canada, mais à plus forte raison au Québec, ces inquiétudes ne se soulevaient généralement pas. L'établissement et le maintien du registre foncier (index aux immeubles), la rénovation cadastrale et l'intervention, dans la très grande majorité des cas d'un notaire, non seulement aux fins de la convention d'hypothèque mais aussi au niveau de l'acte de vente, visent à assurer la transmission d'un titre clair et constitutif, aux yeux du public, une protection généralement adéquate.

Au cours des dernières années, par contre, l'assurance titre s'est peu à peu taillée une part de marché au Québec. Cette part semble s'accroître au fil du temps sans doute à cause de l'apparente facilité d'utilisation de ce produit.

En première partie, nous livrerons le résultat de notre analyse des polices d'assurance titre des principales compagnies œuvrant au Québec, sans toute-

---

1. Pour les fins du présent texte, nous ne traiterons que des garanties offertes au propriétaire et au créancier hypothécaire par l'assurance de titres, mais tout type de droit réel ou de droit réel accessoire pourrait, en théorie, faire l'objet d'une telle assurance.

fois comparer les produits entre eux. Nous décrirons d'abord les conséquences de la nature de l'assurance titre qui constitue une assurance de dommages (biens) en distinguant ce type d'assurance de l'assurance responsabilité. Nous analyserons les couvertures générales, au niveau des polices d'assurance destinées au propriétaire, mais aussi celles prévues aux contrats destinés aux créanciers. Nous aborderons ensuite, de la même façon, les exclusions généralement prévues à chacun des contrats, en portant une attention particulière à l'exclusion générale des risques « créés, tolérés, acceptés, subis, convenus ou assumés » par l'assuré.

Nous traiterons aussi du calcul de l'indemnité potentielle, selon les différents contrats, et des notions de subrogation légale, mais aussi conventionnelle, spécifique à l'assurance titre.

Puisqu'il s'agit d'un produit d'assurance relativement nouveau, du moins au Québec, la jurisprudence et la doctrine en droit civil sont rares sur le sujet. La première partie du texte qui suit ne se veut donc pas une analyse exhaustive de l'état du droit, sur la question, ou d'une revue jurisprudentielle faisant état de l'opinion des tribunaux à cet égard. Plutôt, nos intentions sont de brosser un tableau général de ce qu'est l'assurance titre, de ses protections et limitations, en droit civil, tout en mettant l'accent sur certains éléments plus pointus que nous avons identifiés à même notre survol des divers contrats émis au Québec, par divers assureurs.

En seconde partie, nous tirerons de l'analyse faite en première partie les lignes de conduite qui devraient régir la pratique notariale dans les différentes situations où une police d'assurance titre est émise. Nous identifierons d'abord les raisons pour lesquelles il est impossible de remplacer l'examen des titres ou le certificat de localisation par une assurance titre. Nous verrons comment encadrer la mise en place de l'assurance titre lorsqu'un problème de titre est connu ou décelé lors d'une transaction immobilière. Nous évaluerons ensuite les couvertures offertes en matière d'hypothèques légales de la construction. Finalement, nous concluons en tentant de résumer ce que devraient être les bonnes pratiques des notaires en matière d'assurance titre.

## PREMIÈRE PARTIE

### NATURE DE L'ASSURANCE TITRE ET ANALYSE GÉNÉRALE DES COUVERTURES DES DIFFÉRENTES POLICES

#### 1.1 Nature de l'assurance titre

Selon le *Code civil du Québec*, l'assurance est maritime ou terrestre<sup>2</sup>. L'assurance terrestre, quant à elle, comprend l'assurance de personnes et l'assurance de dommages<sup>3</sup>. Selon l'article 2395 du *Code civil du Québec* :

L'assurance de dommages garantit l'assuré contre les conséquences d'un événement pouvant porter atteinte à son patrimoine.

tout en gardant à l'esprit que le contrat d'assurance vise essentiellement à protéger l'assuré contre les conséquences d'un risque couvert par l'assurance.

Pour sa part, l'assurance de dommages se divise en deux catégories, d'une part en *assurance de biens* et, d'autre part, en *assurance responsabilité*.

L'assurance de biens, elle, a pour objet d'indemniser l'assuré des pertes matérielles qu'il a subies<sup>4</sup>. L'assurance responsabilité, de son côté, a pour objet de garantir l'assuré contre les conséquences pécuniaires de l'obligation qui peut lui incomber, en raison d'un fait dommageable, de réparer le préjudice causé à autrui<sup>5</sup>.

L'assurance titre est essentiellement une assurance de biens. Elle protège un assuré, qu'il soit propriétaire ou titulaire d'un droit quelconque, contre les vices pouvant affecter son titre ou ses droits.

Le Code civil limite à l'assurance responsabilité l'obligation de l'assureur de prendre fait et cause pour toute personne ayant droit au bénéfice de l'assurance et l'obligation d'assumer cette défense dans toute action dirigée contre l'assuré<sup>6</sup>. Le même article prévoit que :

Les frais et dépens qui résultent des actions contre l'assuré, y compris ceux de la défense, ainsi que les intérêts sur le montant de l'assurance, sont à la charge de l'assureur, en plus du montant d'assurance.

---

2. Art. 2389 C.c.Q.

3. Art. 2391 C.c.Q.

4. Art. 2396 C.c.Q.

5. *Ibid.*

6. Art. 2503 C.c.Q.

Il est, selon nous, tout à fait normal que le législateur l'ait prévu ainsi. La responsabilité éventuelle d'un assuré donne souvent lieu à des litiges et doit parfois être déterminée par la Cour, d'où la nécessité de prévoir cette obligation de défendre de l'assureur, au bénéfice de l'assuré, tout en laissant la gestion et le contrôle de cette défense entre les mains de l'assureur puisqu'ultimement, advenant responsabilité, c'est lui qui devra assumer l'indemnité à être versée au tiers lésé, jusqu'à concurrence des limites de la police et sous réserve des conditions de celle-ci.

En assurance de biens, le législateur n'avait manifestement pas les mêmes préoccupations. En général, les dommages matériels à la propriété résultent d'un sinistre couvert, c'est-à-dire résultent d'un événement soudain et imprévu qui déclenche l'application du contrat. Contrairement à l'assurance responsabilité civile, où l'indemnisation est dépendante de la responsabilité de l'assuré (une notion factuelle *et* juridique), la détermination de l'admissibilité ou non d'une réclamation en assurance de biens s'évalue selon les termes du contrat. Il n'est donc pas nécessaire en assurance de biens de prévoir l'obligation de défendre de l'assureur, ou l'obligation de fournir les services d'un procureur, à son assuré.

L'assurance titre est par contre particulière en ce sens que tout en constituant une assurance de biens, elle offre généralement à l'assuré les services d'un procureur ou autre professionnel du droit afin de défendre l'intégrité du titre ou de faire valoir celle-ci s'il existe une atteinte au titre couvert en vertu du contrat.

Cela tient évidemment du fait que l'assurance titre vise à couvrir autre chose que des dommages matériels causés à la propriété du fait d'un sinistre. Plutôt, l'assurance titre vise à protéger les intérêts juridiques de l'assuré, qu'il soit propriétaire ou créancier hypothécaire, intérêts sous-jacents à la détention de l'immeuble physique lui-même et des constructions s'y trouvant. Comme nous le verrons, les diverses atteintes au titre, et faisant souvent l'objet d'une protection en vertu des polices d'assurance titre consultées, ont souvent trait à des atteintes faites par des tiers, qu'il s'agisse d'individus ou de propriétés voisines et pour lesquelles la détermination de qui dit vrai et qui a raison à l'égard de l'objet de l'assurance relève généralement des tribunaux.

## 1.2 Étendue des couvertures

### 1.2.1 *Police à « risques spécifiés » versus polices « tous risques »*

Une autre particularité des polices d'assurance titre, version propriétaire ou créancier hypothécaire, réside dans la formulation de l'étendue de la couverture.



L'assurance de biens, dans le marché dit traditionnel, a grandement évolué au cours des dernières décennies, que ce soit dans le but de simplifier l'application des contrats d'assurance ou même dans le but avoué d'offrir certains avantages aux assurés, afin de permettre à l'assureur d'accroître sa part de marché.

Ainsi, au fil des ans, plusieurs polices d'assurance de biens ont évolué d'une couverture dite à « risques spécifiés » à des formules dites « tous risques ».

La différence est notable. En vertu d'un contrat d'assurance dit à « risques spécifiés », seuls sont couverts les risques spécifiquement énumérés au contrat. Ainsi, avant même d'aborder la question à savoir si un risque ou un dommage spécifique est exclu en vertu du contrat, il doit être établi qu'il existe à la base une couverture pour ce risque ou dommage en particulier. Il est de jurisprudence constante qu'en matière de police d'assurance dite à « risques spécifiés », le fardeau premier de démontrer que l'événement déclencheur est couvert en vertu d'un des risques énumérés au contrat, revient à l'assuré.

La situation est inversée en vertu d'une police d'assurance dite « tous risques ».

En vertu d'un tel contrat, le fardeau est renversé, et la survenance d'un sinistre et d'un dommage font présumer l'application du contrat et le droit à une indemnité. L'assuré n'a pas le lourd fardeau de démontrer que les dommages qu'il a subis entrent dans l'une ou l'autre des catégories énumérées par l'assureur, et il revient à celui-ci de démontrer qu'une exclusion spécifiquement et limitativement<sup>7</sup> prévue au contrat doit recevoir application.

En général, les polices d'assurance titre sont du type à « risques spécifiés ».

En général, les contrats prévoient que l'assuré est protégé contre la perte ou le dommage subi ou encouru par l'assuré s'il advenait l'une ou l'autre des situations légales ou de fait énumérées au contrat.

Ainsi, par définition, en matière d'assurance titre, le fardeau premier de démontrer qu'une perte ou un dommage est couvert par le contrat reviendra à l'assuré. Ce ne sera que lorsque l'assuré réussira à faire cette démonstration que l'assureur analysera, en deuxième lieu, les différentes exclusions prévues au contrat afin de confirmer s'il y a bel et bien couverture en ce qui a trait à la réclamation présentée.

---

7. Art. 2464 C.c.Q.

### **1.2.2 Distinctions entre la « police propriétaire » et la « police créancier hypothécaire »**

Nous analyserons les couvertures générales, offertes en assurance titre, tout d'abord sous le volet des polices d'assurance destinées au propriétaire et, par la suite, à l'égard des polices d'assurance destinées au créancier hypothécaire.

D'entrée de jeu, toutefois, cette distinction mérite d'être décrite.

De façon générale, l'assurance titre est offerte au propriétaire et/ou au créancier hypothécaire, indistinctement et indépendamment de l'un ou l'autre. Un créancier hypothécaire pourrait être détenteur d'une police d'assurance titre, protégeant ses intérêts alors que le propriétaire/débiteur, quant à lui, ne l'est pas. L'inverse peut aussi être vrai.

D'ailleurs, la majorité, sinon la totalité des assureurs titre offrent des produits d'assurance différents, selon que la police est destinée à un propriétaire ou à un créancier hypothécaire.

Les couvertures pour l'un et pour l'autre sont différentes. Cela tient au fait que les intérêts de l'un et l'autre sont, à la base, différents, mais les distinctions entre les deux types de contrat vont aussi plus loin, même au niveau du montant de l'assurance, du calcul de l'indemnité potentielle et de l'étendue de la responsabilité de l'assureur. Ce dernier sujet sera traité plus loin.

Il faut donc rappeler que les polices d'assurance titre, propriétaire et créancier hypothécaire, sont distinctes l'une de l'autre et l'existence d'une protection d'assurance au bénéfice du créancier hypothécaire ne doit pas créer, chez le propriétaire, un faux sentiment de sécurité. Encore une fois, l'inverse est aussi vrai.

La police d'assurance titre destinée au créancier hypothécaire protège les intérêts spécifiques de celui-ci. Dans ces contrats, certaines options sont offertes à l'assureur et la responsabilité de celui-ci est souvent limitée, comme nous le verrons plus loin, à un montant pouvant être équivalent au capital de la créance, en date de la survenance de l'événement. Dans un tel cas, le propriétaire n'est pas protégé.

Il est probable qu'un vice de titre affectant la propriété (et non simplement l'existence d'un droit prioritaire en rang), qui serait de nature à affecter les droits du créancier hypothécaire, serait aussi de nature à porter atteinte aux droits du propriétaire.

L'indemnisation du créancier hypothécaire, par l'assureur, d'un montant équivalent à la créance en capital ne réglera par contre en rien le vice de titre, lequel affectera toujours les droits du propriétaire. En fait, le seul changement pour le propriétaire sera son créancier puisque par le jeu de la subrogation, le capital dû devra dorénavant être versé à l'assureur titre ayant désintéressé le créancier hypothécaire par le jeu de la subrogation contractuelle prévue à la police.

### **1.2.3 Généralités sur les couvertures des polices propriétaires**

Pour les propriétaires, l'assurance titre couvre généralement une série de risques, dont les premiers sont les suivants :

- a) Quelqu'un d'autre détient un droit sur le titre ;
- b) Quelqu'un d'autre détient des droits qui affectent le titre provenant de baux, de contrats ou d'options ;
- c) Quelqu'un d'autre prétend détenir des droits qui affectent le titre et provenant même de la contrefaçon ou de l'usurpation d'identité ;
- d) Quelqu'un d'autre bénéficie d'une servitude sur la propriété ;
- e) Quelqu'un a le droit de restreindre l'usage de la propriété ;
- f) Le titre est vicié.

Souvent, pour les propriétaires, la police d'assurance de titres couvrira les risques précités, non seulement s'ils sont survenus *avant la date de police* mais aussi les risques pouvant se matérialiser *après l'émission du contrat*, même plusieurs années après l'acquisition.

Ainsi, le propriétaire assuré bénéficiera d'une protection non seulement pour les événements passés, antérieurs à son acquisition, mais bénéficiera aussi d'une garantie le protégeant pour l'avenir à l'encontre de vices de titres pouvant survenir plusieurs années plus tard, par exemple suite à des transactions affectant les propriétés voisines.

Souvent, la police d'assurance destinée au propriétaire le couvre aussi contre l'éventualité que la propriété soit enclavée. Bien entendu, les articles 997 et suivants du *Code civil du Québec* prévoient clairement les droits et obligations du propriétaire enclavé, mais en vertu du contrat d'assurance titre, ce sera à l'assureur de prendre en charge les démarches pour faire valoir les droits du pro-

propriétaire enclavé et exécuter ses obligations, dont le versement de l'indemnité prévue à 997 alinéa 2 C.c.Q., sous réserve du montant d'assurance et des limitations prévues au contrat dont nous traiterons plus loin.

La police d'assurance destinée au propriétaire couvre aussi généralement le risque que la construction existante soit endommagée à la suite de l'exercice d'un droit d'entretien ou d'usage de toute servitude affectant la propriété.

Les libellés ne sont pas tous limpides à savoir si ce que l'assureur cherche à couvrir sont les dommages antérieurs à la date de police ou tout dommage pouvant survenir après celle-ci.

Si, toutefois, ce qui est envisagé est une couverture antérieure et postérieure à la date de police, valide tant et aussi longtemps que l'assuré est propriétaire de l'immeuble, cela pourra, selon nous, donner lieu à certaines difficultés d'application, puisqu'en général, les polices d'assurances habitation, dites traditionnelles, couvriront aussi ce genre de dommages.

Dans un tel cas, l'article 2496 du *Code civil du Québec* pourrait s'appliquer. En vertu de l'article 2496 C.c.Q. :

L'assuré qui, sans fraude, est assuré auprès de plusieurs assureurs, par plusieurs polices, pour un même intérêt et contre un même risque peut se faire indemniser par le ou les assureurs de son choix.

Toujours dans un tel scénario, il est à prévoir que l'assuré choisira d'abord d'être indemnisé en vertu de sa police d'assurance habitation, couvrant les dommages plus souvent sur une base dite de « valeur à neuf », plutôt que d'opter pour l'indemnité plus limitative offerte en vertu de la police d'assurance titre.

Conformément à l'article 2496 alinéa 3 C.c.Q. et toujours dans un tel scénario, il reviendra aux assureurs, habitation et titre, de régler par la suite entre eux l'étendue des obligations de chacun.

Finalement, dans plusieurs cas, l'énumération des risques couverts se termine en stipulant que sont aussi couverts :

Tous autres vices, défauts, hypothèques, ou charges grevant votre titre.

Certains prétendront que par l'inclusion d'une telle protection générale, l'assureur a voulu faire en sorte que la police d'assurance soit du type « tous risques ». Nous maintenons toutefois notre opinion précédente. Malgré l'inclusion de cette couverture large et vaste, il n'en demeure pas moins selon nous qu'il

s'agit de contrats à « risques spécifiés » offrant une couverture, même en vertu de cette dernière disposition, à l'encontre, seulement :

*Des vices, défauts, hypothèques ou charges grevant le titre.*

aucun de ces termes n'étant par ailleurs défini au contrat, et qui feront probablement l'objet d'une doctrine future et seront soumis à l'appréciation des tribunaux.

#### **1.2.4 Généralités sur les couvertures des polices créanciers hypothécaires**

Les couvertures offertes en vertu du libellé destiné au créancier hypothécaire sont semblables aux couvertures offertes en vertu du libellé destiné au propriétaire.

En plus de garantir la validité du titre de propriété, la police d'assurance destinée au créancier hypothécaire protège ceux-ci s'il advenait que l'hypothèque assurée n'ait pas priorité à l'égard :

D'une hypothèque légale en faveur de personnes qui ont participé à la construction et à la rénovation de la propriété ;

ou

D'une hypothèque légale découlant de la construction ou de la rénovation de la propriété qui a été convenue et qui a débuté après la date de police et dont le financement partiel ou intégral ne provient pas du prêt garanti par l'hypothèque assurée.

Ainsi, une fois de plus, un propriétaire non assuré ne doit pas voir dans la police d'assurance destinée au créancier hypothécaire une mesure de protection qui lui est destinée. L'assureur indemniserait advenant le cas où l'hypothèque légale était enregistrée à l'encontre de la propriété. Selon les termes du contrat, l'assureur pourra régler cette question, à sa guise, pouvant même aller jusqu'à verser les montants dus à l'entrepreneur. Dans un tel cas, le propriétaire n'aura que changé de créancier, devant dorénavant payer à l'assureur de son créancier hypothécaire les montants qu'il pouvait autrement devoir à l'entrepreneur.

Il faut souligner par contre que l'assureur ainsi subrogé n'aura pas plus de droits que le subrogeant et le propriétaire débiteur pourra opposer à l'assureur tous les moyens qu'il aurait pu opposer au créancier originaire.

Parmi les divers risques couverts, tant selon le libellé destiné au créancier hypothécaire que selon celui destiné au propriétaire, l'assureur entend souvent couvrir :

Toute circonstance adverse qui aurait été révélée par un examen de titre, préalablement à la vente.

À notre avis, il ne faut pas lire, dans cette couverture, l'équivalent d'une absolution pour toute erreur ou faute dans l'examen de titres, par le notaire instrumentant. L'assurance titre n'est en rien une assurance responsabilité professionnelle du notaire, ou de quiconque.

L'assurance titre crée plutôt une relation directe entre l'assuré et l'assureur, permettant de forcer l'exécution contractuelle d'indemniser selon certaines circonstances préétablies sous le chapitre des couvertures.

Dans la mesure où l'assuré est capable de démontrer à l'assureur que les circonstances adverses auraient été révélées par un examen de titres, l'assuré a droit à l'indemnité, limitée toutefois par le montant d'assurance et les autres conditions de la police.

Il s'agit là d'un avantage pour l'assuré qui n'aura pas à faire la preuve de la faute professionnelle du notaire instrumentant, c'est-à-dire que le notaire n'a pas effectué l'examen de titres conformément à la norme du notaire normalement prudent et diligent.

Après avoir indemnisé l'assuré, par contre, l'assureur sera non seulement légalement<sup>8</sup> subrogé dans ses droits, mais le sera aussi conventionnellement, selon les termes du contrat, non seulement à l'encontre de l'auteur du préjudice mais aussi à l'encontre de :

Quelque personne ou quelque bien relativement à la réclamation, comme si la police n'avait pas été émise.

Ainsi, peu importe la gravité de la faute et peu importe le montant de l'indemnité versée, cette subrogation s'opérera légalement et en vertu des termes du contrat, l'assureur pourra, dès lors, récupérer cette indemnité versée auprès du notaire instrumentant, s'il réussit à établir que la circonstance adverse aurait dû être révélée par un examen de titres effectué de façon prudente et diligente.

---

8. Art. 2474 C.c.Q.

### **1.2.5 Généralités sur les exclusions aux risques couverts**

Tout comme au niveau des couvertures générales, il ne s'agit pas, pour les fins du présent texte, de procéder à une énumération exhaustive de chacune des exclusions pouvant apparaître aux diverses polices d'assurance émises par divers assureurs.

Pour nos fins, nous croyons plutôt opportun de brosser un tableau des types de risques que les assureurs de titre n'entendent pas couvrir, dans certains cas lorsque l'assuré est propriétaire et dans d'autres lorsqu'il s'agit d'une assurance au profit du créancier hypothécaire.

- **Exclusions générales à la police du propriétaire**

Dans plusieurs formulaires, l'assureur exclut spécifiquement :

Toute conséquence résultant du défaut de la construction existante, ou partie de celle-ci, d'être érigée conformément au *Code du bâtiment*, sauf si ce défaut fait en sorte que le propriétaire est forcé, par une autorité gouvernementale, d'en enlever la construction existante, en tout ou en partie, pour cette raison.

Dans ce dernier cas, l'assureur titre offrirait une protection.

À la police propriétaire, les conséquences d'une expropriation éventuelle sont aussi exclues, sauf si un avis d'exercice du droit d'expropriation avait été publié au registre foncier en date de la police ou que l'expropriation était survenue avant l'émission de la police et que l'assuré l'ignorait. Cette limitation de l'exclusion s'insère en ligne parfaite avec la protection offerte sous les risques couverts à l'encontre de toute circonstance adverse qui aurait été révélée par un examen de titres.

Finalement, une exclusion commune, que l'on retrouve dans tous les libellés, propriétaire ou créancier hypothécaire, ne pose aucun problème dans son interprétation mais pourrait, dans certains cas, poser de très importantes difficultés dans son application.

La quasi-totalité des polices d'assurance titre exclut de la couverture :

Tout défaut, hypothèque, charge, priorité, droit, réclamation adverse ou autre risque créé, toléré, convenu, accepté, subi ou assumé par l'assuré réclamant.

L'exclusion colle parfaitement au texte et à l'esprit des dispositions pertinentes du Code civil en matière d'assurance. Tel que le prévoit le Code civil<sup>9</sup>,

---

9. Art. 2389 C.c.Q.

l'assurance vise une prestation à être versée à l'assuré dans le cas où un risque couvert par l'assurance se réalise.

Par risque, les tribunaux s'entendent pour dire qu'il s'agit d'un événement futur et incertain.

Dans les cas où le vice de titre existe, antérieurement à la vente ou à la convention d'hypothèque, mais n'est découvert qu'après l'émission de la police, *la découverte*, par l'assuré, *constituera l'élément futur et incertain* qu'est la matérialisation du risque.

Par contre, comme le prévoit le texte de la police, si l'assuré a acquiescé expressément au vice de titre, avant la prise d'effet de la police, c'est qu'il l'aura, du moins, *permis, toléré, accepté*, ou *assumé* et aucune couverture ne lui serait alors contractuellement offerte.

Selon certains auteurs, toutefois, l'assurance titre pourrait profiter au notaire et à l'avocat lorsqu'ils découvrent un problème de titre préalablement à la finalisation d'une transaction immobilière<sup>10</sup>. À notre avis, et en toute déférence, dans un tel scénario, non seulement n'y a-t-il pas de risque, donc pas d'assurance possible, mais même si l'on devait conclure que l'assurance puisse exister dans un tel scénario, la police d'assurance titre exclut expressément une telle situation.

Vouloir couvrir un tel scénario serait par ailleurs, selon nous, contraire au principe de la mutualité sous-jacent à l'assurance. Selon le principe de la mutualité, tous les assurés contribuent, par l'entremise de la prime, un montant qui est individuellement limité mais qui, une fois considéré dans l'ensemble du volume de prime, chez l'assureur, permet d'indemniser au cas par cas lorsque des réclamations de valeur plus ou moins importante se présentent.

Comment alors tarifier une situation non pas incertaine mais bien réelle et, surtout, connue de l'assuré ?

Au moment de souscrire une police d'assurance<sup>11</sup> :

L'assuré est tenu de déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer de façon importante un assureur dans l'établissement de la prime, l'appréciation du risque ou la décision de l'accepter.

---

10. Julie LÉVESQUE, notaire, dans le *Réseau juridique du Québec* : « L'assurance de titres... une présence rassurante ».

11. Art. 2408 C.c.Q.



Un tel vice de titre, connu préalablement à la transaction, serait à notre avis clairement une situation devant être dénoncée à l'assureur.

Du côté de l'assureur, une fois cette information connue, comment établir un taux de prime, pour cet assuré spécifique, alors que le vice de titre ou la circonstance adverse est non seulement réel, mais aussi connu.

Vu sous l'angle du domaine de l'assurance dite traditionnelle, la question se poserait autrement :

Quelle serait la prime établie par l'assureur, en assurance habitation, s'il était établi et certain que l'immeuble serait complètement détruit par incendie, 24 heures après l'émission de la police ?

Il semblerait, par contre, que les polices d'assurance titre, propriétaire ou créancier hypothécaire, sont souvent souscrites en de telles situations, lorsqu'un vice de titre ou autre circonstance adverse sont découverts avant de conclure une vente.

À notre humble avis, l'émission d'une police d'assurance, contenant l'exclusion précitée, dans un tel scénario, s'avère d'une inutilité quasi absolue.

Essentiellement, cela est l'équivalent de souscrire une police d'assurance, pour couvrir ce que la police exclut spécifiquement.

Dans les faits, il y aura peut-être certains assureurs qui accepteront de prendre de tels risques, dans certains cas et pour des considérations qui leur sont propres.

Dans un tel cas, toutefois, il sera primordial pour l'assuré, propriétaire ou créancier hypothécaire, de s'assurer que la police comporte un avenant spécifique retirant l'exclusion précitée du texte du contrat, afin de s'assurer que le contenu de la police reflète la véritable intention des parties puisqu'ultimement, ce sera le contrat qu'un tribunal devra interpréter pour déterminer les droits et obligations de l'assureur et de l'assuré.

Cela suffirait, du moins au point de vue contractuel, afin de protéger les droits de l'assuré, dans une telle situation, bien que pour l'assureur, il pourrait s'agir d'un risque indu ou disproportionné, mais pour lequel il n'aurait à répondre que devant ses membres, dans le cas d'une mutuelle, ou devant ses actionnaires, dans le cas d'une corporation.

- **Exclusions générales à la police du créancier hypothécaire**

Les exclusions contenues au formulaire destiné au créancier hypothécaire sont, dans la majorité des cas, très similaires à celles contenues au formulaire destiné au propriétaire.

La question des hypothèques, charges, priorités, droits, réclamations adverses ou autres risques, *créés, convenus, assumés* ou *tolérés* par l'assuré y est contenue et nos commentaires sous la rubrique précédente s'y appliquent, *mutatis mutandis*.

Tout comme cela est le cas à même le formulaire destiné au propriétaire, le libellé destiné au créancier hypothécaire exclut tout défaut, hypothèque, charge ou autre qui n'entraîne aucune perte ni dommage pour l'assuré réclamant.

Cela s'intègre, selon nous, parfaitement avec le caractère indemnitaire de l'assurance, tel que prévu à l'article 2463 du *Code civil du Québec*.

Finalement, il ressort clairement des exclusions contenues au formulaire destiné au créancier hypothécaire que l'assureur n'entend pas se porter garant de la solvabilité ou même de la santé financière du débiteur hypothécaire.

À cet égard :

Sont exclus les risques découlant de tout impôt ou taxe exigés par une autorité compétente et qui donnent lieu à une hypothèque légale qui grève la propriété après la date de la police.

Ainsi, advenant le défaut du propriétaire d'acquitter les impôts fonciers ou scolaires relatifs à la propriété, l'exercice des droits par l'autorité compétente ne donnera pas lieu à une réclamation recevable en vertu de la police d'assurance titre, par le créancier hypothécaire.

### **1.3 Établissement du montant de l'indemnité, options de l'assureur et limitations de responsabilité**

Une fois déterminé que la matérialisation d'un risque précis donne lieu à une couverture en vertu de la police d'assurance titre, et que ce risque ne fait pas l'objet d'une exclusion spécifiquement et limitativement prévue au contrat, la question se pose alors à savoir comment le montant de l'indemnité sera établi et quelle sera l'étendue des obligations de l'assureur à l'égard du vice ou de la circonstance adverse qui lui est rapportée.

Sous ce volet, les principes sous-jacents sont relativement les mêmes, qu'il s'agisse de la police d'assurance propriétaire ou du libellé destiné au créancier hypothécaire.

- **Pour les polices propriétaires**

Le montant limite de la police est généralement établi d'avance et confirmé à même une annexe au contrat. Il s'agit là du montant maximal d'assurance disponible, en vertu du contrat. L'obligation de l'assureur n'excédera jamais ce montant, sauf pour les honoraires judiciaires et extrajudiciaires et autres frais encourus pour défendre ou faire valoir le titre, et il est contractuellement prévu que tous les paiements faits par l'assureur, à l'exception des frais précités, réduisent d'autant le montant d'assurance.

Ainsi, la police d'assurance couvrira tous les risques énumérés au contrat, pendant la validité de la police, mais, peu importe le nombre de vices ou de circonstances adverses révélées, au fil des ans, l'obligation totale et combinée de l'assureur n'excédera jamais le montant d'assurance prévu en annexe.

Sur présentation d'une réclamation, l'assureur titre aura l'option de :

1. Payer la réclamation ;
2. Éliminer la cause de la réclamation ;
3. Négocier un règlement ;
4. Intenter une poursuite ou présenter une défense à une action reliée à la réclamation ;
5. Payer à l'assuré le montant prévu à la police ;
6. Terminer la couverture offerte en vertu de la police en payant le montant des pertes réelles découlant du risque couvert ainsi que les coûts, frais juridiques et autres frais engagés.

Par ailleurs, d'autres options plus spécifiques sont offertes à l'assureur lorsqu'il s'agit de réclamations découlant de l'intervention d'une autorité gouvernementale visant l'enlèvement d'une construction ou les modifications à celle-ci.

Les quatre premières options prévues au bénéfice de l'assureur sont, à notre avis, relativement usuelles, du moins dans le domaine de l'assurance responsabilité. Même s'il s'agit d'une assurance de biens, comme nous l'avons mentionné plus haut, considérant que les réclamations couvertes par la police

sont, dans plusieurs cas, le résultat de revendications conflictuelles, il est tout à fait normal que l'assureur se soit réservé des droits et pouvoirs que se réserverait normalement un assureur responsabilité.

La cinquième option que se réserve l'assureur est de pouvoir se désintéresser du contrat en versant le montant intégral de l'assurance prévue en annexe à la police.

Cela est un droit que tout assureur de biens se réserve.

La dernière option, quant à elle, semble particulière à l'assurance titre.

L'assureur prévoit spécifiquement, à même le contrat, qu'il lui sera loisible, lors de la présentation d'une réclamation, de mettre fin, purement et simplement, à la couverture offerte, en payant le montant des pertes réelles subies par l'assuré.

D'une part, et puisqu'il s'agit d'une assurance de dommages, l'article 2414 du *Code civil du Québec* s'applique. Cette disposition prévoit que :

Toute clause d'un contrat d'assurance terrestre qui accorde au preneur, à l'assuré, à l'adhérent, au bénéficiaire ou au titulaire du contrat moins de droits que les dispositions du [chapitre des assurances] est nulle.

À son tour, l'article 2477 du Code civil prévoit que :

L'assureur peut résilier le contrat moyennant un préavis qui doit être envoyé à chacun des assurés nommés dans la police, [et que] la résiliation a lieu 15 jours après la réception du préavis par l'assuré à sa dernière adresse connue.

Ainsi, malgré l'option que se réserve l'assureur de mettre fin à la couverture d'assurance, toute résiliation devra, selon nous, se faire sans violer les dispositions d'ordre public prévues au Code civil.

L'assurance ne pourra être résiliée qu'après transmission d'un avis écrit à l'assuré avec prise d'effet 15 jours plus tard, et, en théorie, l'assureur devra rembourser à l'assuré toute prime non gagnée, en date de la prise d'effet de la résiliation.

Cela pourra soulever, selon nous, une autre difficulté. Dans le monde de l'assurance dite traditionnelle, les polices d'assurance ont un terme fixe, et il est donc facile de calculer, au *pro rata* des mois écoulés, le montant de la prime acquise et de la prime non gagnée, à une date spécifique.

Dans le cas de l'assurance titre, le terme est difficilement définissable. Certains contrats prévoient même que la police couvre l'assuré *pour toujours*.

Il sera intéressant de voir (1) si les assureurs titre se prévaudront de cette disposition et, si oui, (2) l'interprétation qu'en feront les tribunaux quant au remboursement de la prime non gagnée.

À notre avis, dans la mesure où l'assureur est l'auteur de la police et qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion devant être interprété contre le stipulant et en faveur de l'adhérent<sup>12</sup>, le terme de la police correspondant à l'éternité pourrait faire en sorte qu'un tribunal en vienne à la conclusion qu'il y a lieu de rembourser *l'intégralité de la prime*, en de tels cas, puisque la prime acquise, pour le relativement court délai entre la date de la police et la résiliation du contrat s'avérera, dans tous les cas, minime par rapport à une période de temps équivalente à l'infini.

Quant à la notion de « perte réelle subie », celle-ci est définie au contrat. Souvent, elle est définie comme étant *la différence entre la valeur que le titre devait avoir, sans vice, et la valeur réelle du titre, après considération du vice ou de la circonstance adverse*.

Gardant à l'esprit que l'assureur pourra toujours se libérer de toute obligation additionnelle en versant à l'assuré un montant équivalent à cette perte réelle subie, la notion est selon nous de la plus haute importance.

Aucune des polices consultées ne prévoit par contre de méthode précise quant à l'établissement des deux valeurs de référence.

Seront-elles établies par arbitrage, un évaluateur en bâtiment ou un évaluateur agréé ? Qui choisira l'évaluateur ?

Les libellés de police d'assurance sont silencieux à cet égard aussi. Le principe général de l'assurance veut, par contre, qu'il revienne à l'assuré de prouver l'existence d'une réclamation couverte et le montant de l'indemnité auquel il prétend avoir droit. Dans de tels cas, un assureur titre pourrait exiger de l'assuré qu'il retienne, à ses frais, les services d'un évaluateur, afin d'établir le montant de la perte réelle subie.

Il pourra arriver, par contre, que les frais d'évaluation excéderont la valeur de la perte réelle subie, que ce soit dans des cas d'empiètement mineur, dans un sens comme dans l'autre.

---

12. Art. 1432 C.c.Q.

À même les libellés destinés au propriétaire, non seulement est-ce que l'assureur titre se réserve le droit de se désintéresser de la police, en versant le montant de la perte réelle subie, et autres frais accessoires, et en résiliant le contrat, par la suite, mais l'assureur limite aussi généralement sa responsabilité au *moindre* des montants suivants :

1. La perte réelle subie par l'assuré ; ou
2. Le montant de la police en vigueur, au moment où la réclamation est présentée, en plus de tous les coûts, frais juridiques et autres frais (par ailleurs non définis au contrat) que l'assureur est tenu de payer en vertu du contrat.

L'assuré propriétaire doit donc être conscient des options offertes à l'assureur et des limitations prévues au contrat avant de décider de souscrire ou non l'assurance titre à la lumière de la prime exigée.

- **Pour les polices créanciers hypothécaires**

Les options offertes à l'assureur en vertu du libellé destiné au créancier hypothécaire sont relativement les mêmes que celles offertes à l'assureur en vertu du libellé destiné au propriétaire.

Dans la plupart des polices, dans le cas du créancier hypothécaire, lorsqu'une réclamation est présentée à l'assureur, celui-ci peut :

1. Payer ou offrir de payer une somme équivalant à 125 % du montant d'assurance ou acheter la créance ; ou
2. Payer ou conclure un règlement avec des parties autres que l'assuré.

Tout comme cela est le cas en vertu du libellé destiné au propriétaire, l'assureur limite sa responsabilité dans le cas du créancier hypothécaire au *moindre* des montants suivants :

1. 125 % du montant d'assurance ;
2. Le montant du principal impayé de la créance ; ou
3. La différence entre la valeur de la propriété assurée ou de l'intérêt d'assurance tel qu'assuré et celle de la propriété assurée ou de l'intérêt d'assurance tel qu'affecté par le vice ou défaut de titre (perte réelle subie).

D'une part, à même les formulaires destinés au créancier, l'assureur ne semble pas s'être expressément et contractuellement réservé le droit de procéder à la résiliation du contrat, en versant à l'assuré un montant correspondant à la perte réelle subie.

Nonobstant l'absence d'une telle disposition, à notre avis, l'assureur possédera toujours un tel droit en vertu de l'article 2477 du *Code civil du Québec*, dans la mesure où les conditions qui y sont énoncées sont respectées.

Là où il y a différence, par contre, entre le libellé destiné au propriétaire et celui destiné au créancier hypothécaire est au niveau de la limitation de responsabilité, où l'assureur pourra limiter sa responsabilité à l'égard de toute réclamation, à un montant correspondant au *principal impayé de la créance*.

Ainsi, alors que pour l'assuré propriétaire il s'agit d'une police d'assurance dont le terme est éternel et qui couvrira l'assuré en tout temps et pour toujours selon les termes du contrat, jusqu'à la limite du montant d'assurance prévue à l'annexe, la garantie offerte au créancier hypothécaire, quant à elle, est évidemment limitée dans le temps, correspondant au terme du remboursement du prêt, et le montant d'assurance diminuera de mois en mois, au fur et à mesure que le débiteur acquittera sa dette en capital.

Par ailleurs, et puisque l'assureur limite sa responsabilité au moindre des montants précités, incluant la perte réelle subie, nous sommes d'avis que nos commentaires précédents s'appliqueront quant à l'établissement des valeurs, bien que dans le cas de la police d'assurance destinée au créancier hypothécaire, l'assureur a prévu l'option de l'arbitrage, ce qu'il n'a pas fait dans le cas du libellé destiné au propriétaire.

#### **1.4 La subrogation de l'assureur**

Une fois la réclamation présentée, acceptée et indemnisée, l'assureur, comme tout autre assureur de dommages, bénéficiera d'un droit de subrogation.

L'article 2474 du *Code civil du Québec* prévoit la subrogation légale de l'assureur de dommages, jusqu'à concurrence des indemnités versées, à l'encontre de l'auteur du préjudice.

En matière d'assurance de biens, c'est-à-dire en matière d'assurance incendie, accident et risques divers (IARD), cette subrogation, à l'encontre de l'auteur du préjudice, suffit généralement.

En assurance titre, toutefois, la situation est plus complexe. Pour cette raison, les assureurs titre prévoient, généralement, à même leur formulaire, qu'en percevant l'indemnité :

L'assuré subrogera l'assureur dans tous ses droits et recours qu'il pourrait opposer à quelque personne ou quelques biens, relativement à la réclamation, comme si la police d'assurance n'avait pas été émise.

Cette subrogation conventionnelle s'avère selon nous appropriée, compte tenu du type d'assurance, afin de permettre à l'assureur de récupérer les indemnités ainsi versées, non seulement à l'encontre de l'auteur du préjudice mais à l'encontre de toute autre personne pouvant en être tenue responsable.

L'assureur ne peut toutefois jamais être subrogé contre son propre assuré, ou même à l'encontre de personnes faisant partie de la maison de l'assuré<sup>13</sup>. Cela peut, en matière d'assurance titre, poser certaines difficultés, à savoir :

1. Qui est l'assuré ?
2. Quelles personnes font partie de la *maison de l'assuré* au sens du Code civil ?

#### **1.4.1 Distinction de la notion d'assuré à la lumière de la dualité des polices propriétaires versus créanciers hypothécaires**

En entrée en matière, nous avons effleuré la problématique entourant la dualité des contrats d'assurance titre, entre l'assurance destinée au propriétaire et celle destinée au créancier hypothécaire. L'un comme l'autre doit, selon nous, être conscient du fait qu'à défaut pour eux d'être coassurés, sur le même contrat d'assurance, la subrogation de l'assureur dans les droits de l'un pourra dans certains cas lui accorder un droit de recours contre l'autre.

Il sera rare qu'un défaut de titre subi par le propriétaire soit le fait ou découle de la responsabilité du créancier hypothécaire. En analysant, par contre, les couvertures offertes au créancier hypothécaire et les circonstances pouvant donner lieu à une indemnité, la situation inverse est plus probable.

Dans plusieurs cas, la situation donnant droit à l'indemnité, au créancier hypothécaire, sera le résultat du fait du propriétaire ou il en sera responsable et, dans la mesure où le propriétaire n'est pas coassuré, sur le même contrat d'assurance, la subrogation s'opérera et l'assureur subrogé pourra exercer tous les droits et recours du créancier hypothécaire, à cet égard, même si le proprié-

---

13. Art. 2474, al. 2 C.c.Q.



taire est aussi assuré, par le même assureur, en vertu d'un contrat d'assurance distinct.

#### **1.4.2 Exclusion des recours de l'assureur contre la personne faisant partie de la « maison de l'assuré »**

La notion de *personnes faisant partie de la maison de l'assuré* est à la fois factuelle et juridique.

Les tribunaux québécois ont, au fil des ans, élargi cette notion tout en précisant les critères pouvant être considérés pour déterminer si une personne fait ou non partie de la *maison de l'assuré*.

Tout d'abord, il est aujourd'hui clairement établi que la notion de *maison de l'assuré* n'a aucune relation avec l'habitation physique de la même résidence. Plutôt, la notion de *maison de l'assuré* réfère à un cercle plus ou moins restreint d'individus que l'assuré n'aurait pas, en l'absence d'assurance, poursuivis afin de réclamer ce qui pouvait lui être normalement dû.

Ainsi, cette notion a été élargie pour inclure les parents en ligne directe ou même par alliance, la famille élargie avec qui l'assuré entretient des liens intimes, jusqu'à des voisins immédiats serviables, ou des amis proches.

Toute personne dont la responsabilité pourra être recherchée, par le biais du recours subrogatoire de l'assureur titre, pourra donc soulever l'absence de ce droit de subrogation s'il convainc un tribunal qu'il fait partie de cette grande notion qu'est la *maison de l'assuré*.

Les tribunaux du Québec ont même avancé l'idée que cette exception au droit de subrogation s'appliquerait même en cas de faute lourde ou de faute intentionnelle.

Nous serions donc enclins à croire que dans les cas où le notaire instrumentant est un direct parent de l'acheteur ou lui est intimement lié, l'assureur titre pourrait se voir refuser tout recours subrogatoire à l'encontre du notaire en question, même si le défaut de titre est le résultat d'une faute professionnelle de sa part.

Finalement, à l'égard de la subrogation, il est à noter que dans certains cas la police d'assurance destinée au propriétaire prévoit que :

Nous ne serons pas obligés envers vous si nous n'exerçons pas ces droits ou si nous ne recouvrons pas la totalité des sommes.

À première vue, cette disposition subordonnerait le droit à l'indemnité non seulement à l'exercice éventuel d'un recours subrogatoire, par l'assureur, mais aussi au recouvrement de l'intégralité des sommes.

En toute déférence, il nous semble manifeste qu'il s'agit soit d'une erreur de traduction ou d'une expression bien boiteuse d'une autre volonté de l'assureur.

Conclure autrement serait contraire à l'essence même de l'assurance.

Il nous semble hautement douteux qu'un assuré accepterait de payer une prime, afin de percevoir une indemnité, en cas de réclamation couverte, si le droit à cette indemnité est subordonné à l'exercice de la discrétion pure de l'assureur d'exercer ou non un recours subrogatoire et, encore, subordonné à la récupération de telle indemnité, à 100 % par l'assureur, qui normalement s'engage à indemniser son cocontractant.

### **1.5 Conclusions préliminaires**

Si les assureurs titre considèrent qu'il y a un marché, au Québec, pour l'assurance titre, c'est que le marché québécois considère qu'il s'agit d'un besoin réel.

Tout au long de ce texte, nous avons tenté de tracer les grandes lignes du tableau relatif à l'assurance titre, sans prétendre en faire un portrait exhaustif et nominatif.

Comme dans tout autre domaine, le produit variera, légèrement ou substantiellement, d'un fournisseur à l'autre, tout comme la prime pourra être variable, selon les exigences et normes particulières chez les différents assureurs.

Ayant dressé les grandes lignes de ce tableau, nous croyons utile de rappeler que :

1. L'assurance titre est une assurance de biens. Il ne s'agit en aucun cas d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle du notaire ou de l'arpenteur géomètre ;
2. Pour les polices d'assurance à « risques spécifiés », le fardeau reviendra à l'assuré de démontrer qu'il y a, de prime abord, couverture à l'égard d'une réclamation présentée ;

3. Une fois la couverture établie, le fardeau reviendra à l'assureur de démontrer l'application de l'une ou l'autre des clauses d'exclusion, gardant à l'esprit qu'il est de jurisprudence constante que les dispositions offrant une couverture doivent être interprétées de façon large et libérale, alors que les clauses d'exclusion doivent recevoir une interprétation restrictive ;
4. Dans la mesure où l'assuré souscrit le contrat d'assurance pour spécifiquement couvrir un vice de titre connu, préalablement à l'achat de la propriété, le formulaire généralement utilisé par les assureurs est à proscrire, à moins qu'un avenant spécifique n'y soit annexé, amendant le contrat afin d'y retirer l'exclusion relative aux vices ou circonstances adverses qui sont connus, assumés, tolérés, acceptés, etc. ;
5. Il faut rappeler que la police d'assurance destinée au créancier hypothécaire est distincte et indépendante de celle destinée au propriétaire et que chacun des formulaires est destiné à protéger les intérêts de l'assuré spécifique, propriétaire ou créancier, sans égard à l'autre ;
6. Les polices d'assurance prévoient généralement une limitation très claire des obligations de l'assureur qui lui permet de se libérer de toute obligation additionnelle à l'égard d'une réclamation en versant à l'assuré le moindre de divers montants dont la perte réelle subie ou, dans le cas du créancier hypothécaire, le montant de la créance en capital lui étant dû ;
7. Juridiquement, l'émission de polices d'assurance titre n'a aucune incidence au niveau de la responsabilité professionnelle des notaires, des arpenteurs géomètres ou même à l'égard de poursuites en responsabilité civile contre eux ; et
8. Les assureurs subrogés disposeront de tous les recours subrogatoires nécessaires qui leur permettront de récupérer les indemnités versées à l'assuré, si le vice de titre ou la circonstance adverse résulte, directement, de la faute d'un professionnel impliqué.

Le domaine de l'assurance titre évoluera d'abord dans le marché et ensuite en doctrine et en jurisprudence.

Nous anticipons que plus le marché se développera rapidement, plus doctrine et jurisprudence feront de même.

Dans l'intervalle, toutefois, il faudra se référer aux dispositions du *Code civil du Québec*, lesquelles sont d'ordre public, et analyser chacun des contrats, à la lumière de son contenu, selon les règles d'interprétation connues.

## DEUXIÈME PARTIE

### INCIDENCES SUR LA PRATIQUE NOTARIALE

#### 2.1 L'assurance titre en bref

L'analyse faite en première partie jette un éclairage nouveau sur l'assurance titre : le problème de titre « connu, assumé, toléré ou accepté » par l'assuré n'est en principe pas couvert, c'est le problème de titre inconnu qui est assuré et non le risque de réclamation par un tiers. Il faut en déduire que ces produits ne sont pas destinés à l'usage que les notaires en font généralement et qui consiste à assurer un problème de titre identifié lors d'une recherche de titres préalable à une transaction. Ces produits d'assurance ont en fait été conçus pour remplacer l'examen des titres. En l'absence de recherche de titre, la découverte du problème de titre se manifesterait généralement par la réclamation d'un tiers d'où les libellés concernant l'obligation de défense des assureurs :

Nous défendrons votre titre contre toute poursuite judiciaire quant aux allégations se rapportant à un risque de titres couverts par cette police...

Dès la découverte d'un problème de titre, l'assuré peut faire une réclamation qu'il devra effectuer « sans délai » à l'assureur titre par écrit. Il a l'obligation de fournir une déclaration écrite prouvant sa perte dans le délai spécifié à la police (plus ou moins 90 jours après la date à laquelle l'assuré prend connaissance des faits qui permettent d'établir le montant de la perte). L'estimation de la perte peut se faire par la production du rapport d'un évaluateur agréé qui établira la perte de valeur marchande de l'immeuble occasionnée par le problème de titre identifié. Dans la majorité des cas, il sera probablement difficile d'établir le montant de la perte en l'absence de réclamation par un tiers.

#### 2.2 Position de l'Autorité des marchés financiers

Suite au moratoire décrété par l'Autorité des marchés financiers (ci-après l'« AMF ») sur les pratiques des notaires et des avocats en matière de distribution des produits d'assurance titre et aux représentations et négociations qui ont suivi entre les ordres professionnels et l'AMF, cette dernière a fait paraître un bulletin<sup>14</sup> afin de faire connaître sa position où l'on retrouve notamment :

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 :

---

14. Bulletin de l'Autorité, 2008-10-03, vol. 5, n° 39.

- 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. [...]

Pour informer son client sur l'utilité de l'assurance titre et les caractéristiques du produit d'assurance titre que le client pourrait acquérir, encore faut-il que le notaire maîtrise certaines notions fondamentales relatives à ces produits. Si l'assurance titre se révèle être un outil utile dans la gestion de certaines situations, elle présente des difficultés dont il faut être conscient. Dans cette seconde partie, nous tenterons donc d'identifier certaines questions importantes liées au recours à l'assurance titre et nous suggérerons des moyens d'éviter les conséquences défavorables liées à ces pratiques.

### 2.3 L'assurance titre et l'examen des titres

M<sup>e</sup> Martine Arial définissait comme suit l'obligation du notaire de procéder à l'examen des titres lors d'une transaction immobilière<sup>15</sup> :

[...] le notaire n'a aucune obligation légale de procéder à un examen des titres lorsqu'il est requis de rédiger des actes relatifs à un immeuble : il s'agit plutôt d'une modalité de l'exercice du devoir de conseil.

Et plus loin<sup>16</sup> :

[...] si un client exige, dans le cadre d'une transaction immobilière quelconque, qu'une assurance de titres soit souscrite avant même que le notaire n'ait commencé l'examen des titres, ce dernier ne devra pas conclure pour autant qu'il est dispensé de procéder à l'examen des titres et aux vérifications usuelles [...]. Le notaire devra exercer son devoir de conseil et expliquer les avantages d'un examen des titres ainsi que les conséquences de ne pas y procéder [...] le notaire devra faire signer une limitation de services professionnels afin de démontrer qu'il s'est bien acquitté de son devoir de conseil.

---

15. Martine ARIAL, « La responsabilité du notaire et l'assurance de titres », 78<sup>e</sup> session – *Cours de perfectionnement du notariat*, 27 mars 2009, p. 3, disponible sur l'inforoute notariale.

16. *Ibid.*, p. 5.

Rappelons qu'un modèle de limitation de services professionnels lorsqu'une assurance titre est souscrite à la demande d'une partie a été transmise aux notaires le 23 janvier 2009 et que ce modèle est disponible sur l'inforoute notariale.

La limitation de services professionnels ne sera pas suffisante si elle n'est pas accompagnée de la bonne exécution du devoir de conseil. À la lumière de l'analyse faite en première partie, nous devrions ainsi, afin d'accomplir pleinement notre devoir de conseil, ajouter à notre modèle de limitation de services professionnels, lequel vise principalement les acheteurs et emprunteurs, les éléments suivants :

- Les polices d'assurance titre ne sont pas des polices d'assurance « tous risques » et les risques assurés sont limités ;
- Le montant d'assurance est limité par le contrat : la valeur des améliorations apportées au bâtiment postérieurement à la transaction pourrait ne pas être couverte et si la plus-value est assurée, elle est elle aussi limitée. De plus, l'évaluation de la perte pourrait être difficile ;
- Il n'existe aucune certitude qu'un assureur titre acceptera d'assurer le titre lors d'une prochaine transaction et dans l'affirmative, le coût futur de la prime est incertain ;
- L'assuré a l'obligation de dénoncer tout problème susceptible de donner lieu à une réclamation aux termes de la police dès qu'il en a connaissance.

Le notaire a également un devoir de conseil à l'égard du vendeur. Puisque ce dernier n'est pas assuré aux termes de la police, au cas de réclamation à l'assureur titre, l'assureur pourrait être subrogé contre lui et lui réclamer le montant de l'indemnité payée. Afin de pallier ce risque, après avoir avisé l'assureur titre et obtenu l'accord de l'acheteur, la garantie du vendeur pourrait être limitée aux risques et aux montants non couverts par l'assurance.

Il existe une autre difficulté importante à ce genre de situation : au cas d'indemnisation par l'assureur titre, ce dernier sera subrogé dans les droits de son assuré et pourra réclamer du notaire les pertes qui auraient pu être évitées par l'examen des titres<sup>17</sup>. Si, du fait des explications fournies par le notaire et de

---

17. Les « politiques » de renonciation à des recours contre les notaires par les assureurs titre n'ont, à notre avis, aucune valeur juridique et doivent être suivies par des renoncations écrites des assureurs à la subrogation ou à l'exercice de poursuites pour chaque police souscrite. Dans certains cas, il est même possible pour le notaire d'obtenir une convention d'indemnisation. Certains assureurs fournissent automatiquement de telles renoncations lors de l'émission d'une police. Cependant, ces renoncations sont limitatives et ne couvrent pas les cas d'« omission intentionnelle » ou de « négligence grossière », or, l'absence d'examen des titres peut certainement être visée par les exclusions à ces renoncations.

la signature de la limitation de services professionnels, l'assuré, créancier hypothécaire institutionnel ou consommateur, n'a pas de recours contre le notaire, l'assureur titre ne pourra pas réclamer au notaire l'indemnité payée. Dans le cas contraire, le notaire pourrait être poursuivi et pourrait devoir rembourser l'assureur titre, ce qui fait dire à certains juristes avisés : les fonds d'assurance responsabilité professionnelle des avocats et notaires pourraient devenir une source d'indemnisation pour les assureurs titre ! Soulignons en terminant que tant le consommateur que son créancier hypothécaire bénéficiaire de l'examen des titres et, comme nous le verrons plus loin, tant le consommateur que le créancier hypothécaire doivent limiter le mandat du notaire dans le cas précis qui nous occupe pour éviter les recours subrogatoires de l'assureur titre contre le notaire.

Il est important de noter que la limitation de services suggérée ne devrait être utilisée que lorsque le client demande l'assurance titre au lieu de l'examen des titres.

En conclusion, ce n'est certainement pas une bonne pratique de remplacer l'examen des titres par une assurance titre.

#### 2.4 L'assurance titre et le certificat de localisation

Me Martine Arial s'exprimait ainsi sur l'utilité du certificat de localisation<sup>18</sup> :

[...] un examen des titres n'est jamais complet sans la consultation d'un certificat de localisation de date récente. Le certificat de localisation permet notamment au notaire de prendre connaissance de l'empiètement des différentes structures soit dans l'assiette d'une servitude ou sur l'immeuble voisin. De plus, il donne des indices sérieux au notaire de l'existence de servitudes grevant l'immeuble. En outre, il précise si la réglementation municipale est respectée. [...]

Il est tentant de suggérer le recours à l'assurance titre lorsque le certificat de localisation n'est pas encore prêt lors de la signature de l'acte de vente mais comme l'examen des titres inclut l'analyse du certificat de localisation, tout vice de titre qui serait apparu en analysant le certificat de localisation devient un vice qui « aurait été révélé par l'examen des titres », donc couvert par la police mais avec subrogation probable contre le notaire.

Qu'arrive-t-il si le certificat obtenu après la transaction révèle un empiètement majeur de l'immeuble vendu chez le voisin ? Tant aux termes du libellé de certaines des polices étudiées qu'aux termes des principes généraux en matière d'assurance, l'article 2470 du Code civil impose à l'assuré l'obligation de déclarer à l'assureur tout sinistre de nature à mettre en jeu la garantie. L'assureur titre

---

18. *Ibid.*, p. 7.

aura alors les options décrites au paragraphe 1.3 ci-haut. Rien n'oblige l'assureur titre à corriger le titre. Si l'assureur titre indemnise l'acquéreur, il sera subrogé dans les droits de ce dernier contre le vendeur pour réclamer le montant de l'indemnité payée et contre le notaire, sauf s'il y a eu limitation au contrat de services professionnels selon les principes décrits au paragraphe 2.1 ci-dessus... mais le vice existera toujours ! Au cas de refus de l'assureur titre d'indemniser l'acquéreur ou au cas d'indemnisation insuffisante, l'acquéreur pourra alors poursuivre son vendeur mais sans doute également le notaire qui n'aura pas su le conseiller adéquatement. Somme toute, lors d'un transfert de propriété, le notaire serait mieux avisé d'obtenir le certificat de localisation ou à tout le moins un rapport verbal de l'arpenteur avant la transaction.

En matière de financement hypothécaire, si le prêteur renonce au certificat de localisation :

- Le notaire devrait aviser l'emprunteur des conséquences à son égard de l'absence du certificat de localisation. Les actes d'hypothèques contiennent des déclarations selon lesquelles l'immeuble est conforme à la réglementation municipale et qu'il n'est l'objet d'aucune servitude ou empiètement autres que ceux déclarés. Au cas de contravention à ces déclarations, le débiteur pourrait être en défaut et perdre, par exemple, le bénéfice du terme.
- le notaire doit obtenir une limitation de son contrat de service par le créancier afin d'éviter d'encourir une responsabilité envers l'assureur subrogé aux droits du créancier. Cette limitation peut prendre la forme d'une indication au notaire d'obtenir une assurance titre au lieu d'un certificat de localisation à jour dans les instructions de la banque au notaire.

## **2.5 L'assurance titre et le problème de titre découvert lors de l'examen des titres**

Lorsqu'un problème est découvert lors de l'examen des titres, compte tenu des limites déjà exposées des produits d'assurance titre, il est recommandé de conseiller au client de corriger les titres lorsque c'est possible. L'assurance titre dans ce contexte permet de réaliser immédiatement la transaction. En ce cas, compte tenu des difficultés d'interprétation des exclusions possibles aux couvertures offertes par les polices, compte tenu également de l'exclusion possible des risques connus ou acceptés de l'assuré lors de l'émission de la police, si le problème de titre découvert n'est pas explicitement couvert à une annexe à la police, il est recommandé d'obtenir un avenant qui devra couvrir le risque décrit nonobstant les autres dispositions de la police.



Afin de respecter les termes de l'article 2408 du Code civil qui oblige l'assuré à déclarer toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à influencer un assureur dans l'établissement de la prime, il est également recommandé d'indiquer l'intention de tenter de corriger le titre dans la déclaration écrite à l'assureur sans toutefois décrire les moyens à mettre en œuvre. En effet, les efforts de correction du titre pourraient entraîner le paiement de frais et d'une indemnité par l'assureur.

Au cas d'échec de la correction du titre, l'assuré possède un droit de réclamation immédiat contre l'assureur titre. Il devra donc déclarer l'échec de la tentative de correction sans délai à l'assureur et établir le montant de sa perte à l'assureur dans le délai établi par la police. L'assuré sera alors soumis aux options que possède l'assureur lorsqu'une réclamation lui est faite. Nous vous référons aux commentaires faits au paragraphe 1.3 sur ces questions.

Notre recommandation précédente à l'effet d'exclure la garantie du vendeur pour les problèmes de titre couverts par l'assurance titre est toujours valable pour les risques et les montants non couverts par l'assurance titre. Faudra-t-il fournir une assurance titre au créancier hypothécaire ? S'il l'exige pour accepter de financer la transaction, sans doute, mais il serait prudent de lui faire renoncer à rappeler le prêt pour le défaut de titre que le notaire aura porté à son attention au cas d'échec de la correction.

## **2.6 L'assurance titre et les hypothèques légales de la construction**

Ce ne sont pas tous les assureurs titre qui couvrent les hypothèques légales de la construction. Ceux qui les couvrent assurent généralement les hypothèques légales pour les travaux exécutés avant l'émission de la police à moins que les matériaux ou les travaux aient été requis par le propriétaire lui-même.

Dans le cas particulier des copropriétés divisées, aux termes de la jurisprudence, il n'y a qu'une seule fin des travaux pour l'immeuble sujet à la déclaration de copropriété. En conséquence, les ventes d'unités auront lieu avant la fin des travaux et s'échelonneront généralement sur plusieurs mois. Pour bénéficier d'une assurance adéquate, il faudra donc que toutes les hypothèques légales pour les travaux réalisés par le constructeur/vendeur soient couverts par l'assurance au moyen d'un avenant.

L'assurance titre ne saurait dispenser le notaire des autres précautions d'usage afin de garantir l'acheteur contre la publication d'hypothèques légales puisqu'au cas de défaut par le notaire d'exercer son devoir de conseil relativement à la prévention de la publication de ces hypothèques, l'assureur titre pourrait être subrogé aux droits de l'acheteur et poursuivre le notaire pour les indemnités payées à ce chapitre.

## **CONCLUSION**

L'assurance titre ne limite en rien la responsabilité du notaire lorsqu'il omet d'effectuer la recherche de titres ou la vérification du certificat de localisation. En pareil cas, le notaire s'expose au recours subrogatoire de l'assureur titre qui aura indemnisé son assuré, propriétaire ou créancier, si la vérification de titres ou du certificat de localisation avait pu prévenir la perte.

Lorsqu'une assurance titre est contractée afin d'assurer un problème du titre identifié lors de l'examen des titres, à moins qu'une annexe à la police ne couvre spécifiquement le problème découvert, un avenant doit être obtenu et, si la correction du titre est envisagée, il serait prudent de se ménager la preuve que l'assureur en a été avisé.

Lorsque l'assurance titre est contractée afin de protéger l'acheteur contre les risques possibles de publication d'hypothèques légales de la construction, le notaire n'est pas libéré des autres précautions d'usage afin de garantir l'acheteur contre la publication de ces hypothèques.

L'assurance titre se révèle être un outil permettant de sécuriser les acheteurs et plus encore, les créanciers hypothécaires mais elle doit être utilisée en toute connaissance de ses limites et de ses conséquences potentielles pour les parties aux transactions et les notaires.