

Partie I : la juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille

Mario Naccarato

Volume 39, Number 2, 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027076ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027076ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Naccarato, M. (2009). Partie I : la juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille. *Revue générale de droit*, 39(2), 457–521. <https://doi.org/10.7202/1027076ar>

Article abstract

Intermediation contracts belong to a category of contracts founded in trust pursuant to the Roman Trust. In the Antique Rome, the transfer of property to a third party was effectuated by a ritual in virtue of which, the trustee undertook to hold and subsequently return the property to its original owner. This ritual was not juridicised and gave way to much reflection on its juridical qualification if any. It is in light of these interrogations that this paper seeks to do the same in a contemporary context which raises the same questions. Which is the law applicable to intermediation contracts and what role does it play in light of the particular role played by the relation of trust in such contract?

Partie I

La juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille

MARIO NACCARATO

Professeur et membre du Centre d'études en droit économique
à la Faculté de droit de l'Université Laval

RÉSUMÉ

Les contrats d'intermédiation financière font partie de la famille des contrats de confiance issue de la fiducie romaine. Dans la Rome antique, le transfert d'un bien à un tiers s'opérait par un rituel en vertu duquel le fiduciaire s'engageait à détenir et à retourner subséquemment le bien confié à son auteur d'origine. Ce rituel, n'étant pas juridicisé, a donné lieu à plusieurs réflexions sur la qualification juridique, s'il en est, de l'opération. C'est à la lumière de ces interrogations que cet article s'emploie à faire de même dans un contexte contemporain qui soulève toutefois les mêmes questions. Quel est le droit applicable au contrat d'intermédiation financière et quel rôle joue-t-il

ABSTRACT

Intermediation contracts belong to a category of contracts founded in trust pursuant to the Roman Trust. In the Antique Rome, the transfer of property to a third party was effectuated by a ritual in virtue of which, the trustee undertook to hold and subsequently return the property to its original owner. This ritual was not juridicised and gave way to much reflection on its juridical qualification if any. It is in light of these interrogations that this paper seeks to do the same in a contemporary context which raises the same questions. Which is the law applicable to intermediation contracts and what role does it play in light of the particular role played

*en raison du caractère
particulier que joue la
confiance en pareil contrat?*

*by the relation of trust in such
contract?*

Mots-clés : *Confiance,
conseils financiers, gestion de
portefeuille, gestion de
patrimoine, intermédiation
financière, mandat, dépôt,
contrat de service,
administration du bien
d'autrui, fiducie.*

Key-words : *Trust, financial
advice, management
portfolio, administration of
patrimony, intermediation,
mandate, deposit, contract for
services, administration of
the property of others, the
trust.*

SOMMAIRE

Introduction.....	459
1. Le caractère relationnel du contrat de gestion de patrimoine	465
1.1 Théorie contractuelle classique	467
1.2 Théorie contractuelle néoclassique	468
1.3 Théorie contractuelle réaliste.....	469
1.4 Synthèse	471
1.5 Le contrat relationnel	472
2. L'ubiquitaire relation de confiance dans les contrats de gestion de patrimoine	476
3. Le contrat de services financiers vu à travers le prisme du modèle relationnel des contrats	491
3.1 Perspective romaniste de la confiance — <i>fiducia</i>	496
3.2 Création et modulation de la confiance	504
3.3 Sources de la confiance	505
4. Obligation de loyauté, corollaire de la confiance accrue.....	510
4.1 Le régime de sanctions civiles	512
4.2 Le régime de sanctions pénales.....	514
Conclusion	515
Annexe 1: catégories d'intermédiaires financiers assujettis à la réglementation québécoise sur les valeurs mobilières.....	517
Annexe 2: services offerts par les intermédiaires en matière de conseils financiers et de gestion de portefeuille	520

INTRODUCTION

[L]es directeurs de ces sortes de compagnie étant les régisseurs de l'argent d'autrui plutôt que de leur propre argent, on ne peut guère s'attendre qu'ils y apportent cette vigilance exacte et soucieuse que les associés d'une société apportent souvent dans le maniemment de leur fonds¹.

1. La relation découlant du contrat de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille (ci-après désigné « contrat de gestion de patrimoine ») est une activité économique en plein essor². Dans ce contexte où la confiance joue un rôle prédominant, on peut comprendre que les conseillers financiers et les gestionnaires soient assujettis à un éventail important d'obligations et de mécanismes de surveillance et de contrôle qui visent à protéger ce lien de confiance tant au plan microéconomique que macroéconomique. Une première source de réglementation s'appuie sur le contrat lui-même qui régit la relation entre l'intermédiaire financier et son client. Une deuxième source relève de la réglementation particulière en matière financière, qui est élaborée et mise en œuvre par les autorités étatiques et par les organismes d'autoréglementation pour régir la distribution de services financiers. Cette réglementation comprend entre autres la *Loi sur les valeurs mobilières* et la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*. Enfin, une troisième source s'appuie sur le droit commun et sur les lois d'application générale qui prévoient

1. Adam SMITH, *La richesse des nations*, 1776, Paris, Éd. Garnier Flammarion, 1991, II, à la page 366, dans Philippe DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 2000, à la page 155.

2. Les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille qui font l'objet de cette étude sont ceux offerts par les courtiers en placement, les courtiers en épargne collective, les conseillers financiers, les gestionnaires de portefeuille et les planificateurs financiers. Voir le deuxième article faisant partie de la trilogie : Raymonde CRÊTE, MARC LACOURSIÈRE, Cinthia DUCLOS, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » (pages XXX). La section 1 de ce deuxième article décrit plus amplement les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille qui font l'objet de la recherche. Voir aussi les **Annexes 1 et 2** ci-jointes, qui décrivent les fonctions exercées par les différents intermédiaires de services de placement assujettis à la réglementation québécoise sur les valeurs mobilières et sur les services financiers.

des obligations et des sanctions dont l'intensité varie selon la nature du rapport contractuel entre les parties.

2. En droit commun, le contrat de gestion de patrimoine comporte généralement un élément du mandat ou du dépôt régi par le *Code civil du Québec*, auquel s'ajoutent les règles concernant l'administration du bien d'autrui. De manière générale, il s'agit d'un contrat en vertu duquel le client confie à un courtier ou un gestionnaire en valeurs mobilières une partie de son patrimoine (généralement en argent) en vue de le gérer et de le faire fructifier.

3. Cette étude s'inscrit dans une trilogie d'articles publiés dans ce numéro et portant sur l'encadrement juridique des prestataires de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille, plus spécifiquement sur la réglementation applicable aux courtiers en placement, aux courtiers en épargne collective, aux conseillers financiers, aux gestionnaires de portefeuille et aux planificateurs financiers. Cette trilogie d'articles a pour but de mieux comprendre le sens et la portée d'un imposant corpus réglementaire applicable à ces prestataires de services financiers. Ces études couvrent les services offerts sur une base individualisée et non collective, excluant ainsi du champ d'analyse les services de gestion collective qui consistent à gérer un fonds collectif, tels un fonds d'investissement ou une caisse de retraite. En vue d'alléger les textes, nous utilisons les termes « prestataires de services de placement », « intermédiaires financiers » ou « gestionnaires de patrimoine » pour désigner les intermédiaires qui font l'objet de nos études.

4. Le premier texte de cette trilogie a pour but de démontrer que le contrat de gestion de patrimoine se distingue nettement du contrat traditionnel ou à exécution instantanée. Il se distingue en raison du lien particulier qui unit le client à son conseiller ou gestionnaire. Le client est habité par un lien de confiance accru que l'on ne retrouve pas dans les contrats à exécution instantanée. Il s'ensuit que ce lien de confiance accru fait l'objet de sanctions particulières lorsque la confiance du client est trahie. Pourquoi? Parce qu'il importe de protéger cette valeur sociale primordiale qu'est la confiance et deuxièmement, pour préserver la confiance du public envers les marchés financiers sur lesquels repose notre

économie. Autrement dit, la sanction d'abus de confiance dans le contrat de gestion de patrimoine a une double fonction. Elle protège la confiance contractuelle microéconomique et elle protège l'intégrité des marchés financiers au plan macroéconomique.

5. Il ne nous paraît pas exagéré d'affirmer que l'abus de confiance dans le cadre des contrats de gestion de patrimoine constitue en quelque sorte une atteinte à l'ordre public. Cet ordre public a été particulièrement éprouvé au cours des dernières années. Il suffit de penser à la série de scandales dans le marché états-unien où le gouvernement américain a dû intervenir en catastrophe pour rétablir la confiance des investisseurs³. Les marchés canadien et québécois n'ont pas été épargnés. L'affaire Norbourg est venue couronner une série de détournements de fonds confiés par de nombreux épargnants. À l'instar du gouvernement américain, l'Autorité des marchés financiers et la GRC ont dû se presser pour porter des accusations contre les fautifs⁴.

6. Au Canada, la fraude à l'égard des investisseurs figure parmi les 12 fraudes les plus dénoncées aux services policiers⁵. Aussi, plus d'un million de canadiens ont rapporté avoir été victimes de fraude⁶.

3. PRESSE CANADIENNE, « La justice américaine ne tolère plus les crimes économiques », Cyberpresse.ca, [En ligne]. (13 juillet 2007) <http://www.cyberpresse.ca/apps/pbcs.dll/article?AID=/20070713/CPDROIT/70713283&...> (Page consultée le 18 juillet 2008) (copie que l'auteur a en main). Pour un impressionnant inventaire des poursuites intentées par la justice américaine, voir : Kathleen BRICKEY, « In Enron's Wake : Corporate Executives on Trial », (2006) 95 *The Journal of Criminal Law and Criminology* 397; Kathleen BRICKEY, « From Enron to Worldcom and Beyond : Life and Crime after Sarbanes-Oxley », (2003) 81 *Washington University Law Quarterly* 357.

4. Les résultats n'ont pas été ceux escomptés. Les clients floués considèrent que les sanctions imposées en vertu des lois et règlements provinciaux sont nettement insuffisantes : Martin CROTEAU, « Norbourg : les épargnants floués ne décolèrent pas », *Lapresseaffaires.com*, [En ligne]. (9 juillet 2008) <http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/economie/200901/06/01-689741-norbourg-les-epar...> (Page consultée le 16 mars 2009) (copie que l'auteur a en main).

5. LA PRESSE, « Le top 12 des fraudes », Cyberpresse.ca, [En ligne]. (22 février 2008) <http://www.cyberpresse.ca/article/20080222/CPACTUALITES/802220881/6730/CPAC...> (Page consultée le 9 juillet 2008) (copie que l'auteur a en main).

6. Aude PERRON, « Un canadien sur vingt a déjà été escroqué », *Lapresseaffaires.com*, [En ligne]. (2 octobre 2007) <http://lapresseaffaires.cyberpresse.ca/apps/pdcs.dll/article?AID=/20071002/LAINFORM...> (Page consultée le 2 octobre 2007) (copie que l'auteur a en main).

7. Les effets de la fraude sont dévastateurs. Ils portent atteinte à la confiance envers le marché, mais en plus, les victimes de fraudes éprouvent d'importants problèmes reliés à leur santé⁷ :

[on] constate que le facteur déterminant du succès de la fraude financière est la relation de confiance. Les fraudeurs exploitent la confiance des investisseurs et, ce faisant, ils la minent. Dans la plupart des cas, c'est par l'entremise d'une personne de confiance que les victimes se font proposer un placement frauduleux. La principale conséquence de la fraude est la perte de confiance de la victime envers autrui ainsi qu'à l'égard des placements et des marchés des capitaux.

Toutefois, le coût social de la fraude financière ne s'arrête pas là. Les victimes, en particulier celles qui perdent 10 000 \$ ou plus, connaissent souvent une augmentation de leur niveau de stress et ressentent de la colère. Dans bien des cas, elles souffrent de dépression ou éprouvent un sentiment de perte et d'isolement. Dans une moindre proportion, mais tout de même assez couramment, les personnes ayant subi des pertes importantes vivent des crises de panique ou d'anxiété, sont plus vulnérables aux maladies ou subissent une perte ou un gain de poids très important. Les amis et les membres de la famille des victimes de fraude ont tendance à observer les conséquences plus graves que ce que les victimes osent avouer⁸.

8. À la lumière de ce qui précède, nous émettons dès à présent l'hypothèse suivante : la *confiance* est une composante *sine qua non* du contrat de gestion de patrimoine et elle commande les sanctions nécessaires à sa préservation afin de protéger la valeur primordiale qu'est la confiance dans les relations contractuelles.

7. Janet MCFARLAND, « Financial Fraudsters Finding Prey in Canada, Globe and Mail Update », [En ligne]. (2 octobre 2007) <http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20071002.wfraud1002/BNStory/robNews/> (Page consultée le 28 octobre 2008).

8. Pour les résultats menant à cette conclusion, voir le rapport établi à la demande du COMITÉ SUR LA SENSIBILISATION DES INVESTISSEURS DES AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Études 2007 des acvm sur les investisseurs : Comprendre les conséquences sociales de la fraude financière*, rapport établi par Innovative Research Group, Inc., Vancouver, Toronto, 2007, à la page 1.

9. Nous verrons que la confiance est un fait juridique générateur de droit. Aussi surprenant que cela puisse paraître, la notion de confiance n'est pas définie juridiquement en droit québécois⁹.

10. De notre côté, nous affirmons que la confiance constitue, dans le langage commun, un sentiment de sécurité qui se manifeste par une attitude conduisant à un acte de foi. À la lumière de cette simple définition, nous nous employons à démontrer que la confiance joue un rôle primordial dans le

9. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, voir confiance, [En ligne]. <http://www.granddictionnaire.com> (Page consultée le 28 octobre 2008). La définition juridique du terme confiance dans le grand dictionnaire renvoie à *reliance* en common law. On y retrouve aussi une définition relative à l'administration publique ou à la gestion, de même qu'une définition du domaine de la psychologie. Voir aussi CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003; Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004. Le mot *confiance* et le mot *confier* sont absents. Seul Gérard Cornu définit *confiance* dans son dictionnaire juridique, bien que la définition relève davantage du sens commun que du sens juridique :

Confiance

N. f. – Lat. *confidentia*.

1 *Croyance en la *bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui (tiers, cocontractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles (ex. confiance envers un médecin). V. apparence; intuitu personae.

2. Action de se fier à autrui, ou plus précisément de lui confier une mission. V. mandat, dépôt.

– (**abus de**). V. *abus de confiance.

3. Manifestation de cette confiance : déclaration d'approbation. V. recommandation.

– (**question de**). Nom couramment donné à la procédure dans laquelle le gouvernement prend l'initiative d'engager sa responsabilité devant l'Assemblée nationale, par l'indication qu'il démissionnera s'il n'obtient pas de cette Assemblée qu'elle lui fasse confiance en votant l'approbation de son programme ou de sa déclaration de politique générale ou en votant un texte qu'il estime nécessaire (V. Const. 1958, a. 49). Comp. régime parlementaire.

Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, Quadrige-PUF, 2007, à la page 204. Voir aussi le mot confier :

Confier

V. – Du v. lat. *confidere*, de *cum*, avec, et *fides*, confiance, se fier à, mettre sa confiance dans.

Conférer à quelqu'un — qui l'accepte — la mission de prendre soin d'une personne ou d'une chose. Ex. confier un enfant à la garde d'un parent ou d'un tiers (ex. C. civ., a. 287-1, 375-3), confier un objet en dépôt (C. civ., a. 1937). Se dit aussi de la mission conférée (pouvoir et devoir). Ex. confier à l'un des parents l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., a. 287), confier à quelqu'un la gestion d'un bien.

G. CORNU, *id.*, à la page 205.

cadre du contrat de gestion de patrimoine, tant sur le plan microéconomique que macroéconomique. Notre thèse trouve également son appui dans la perspective économique de la confiance. Dans cette optique, la confiance joue un rôle de catalyseur aux activités économiques. Aussi, d'un point de vue sociologique, la confiance permet de comprendre comment et pourquoi les parties contractantes choisissent la collaboration plutôt que le litige. Enfin, sur le plan juridique, nous verrons que la confiance, en tant que fait générateur de droit, donne naissance à un droit en faveur du client dont le corollaire est l'obligation de loyauté de la part du courtier ou du gestionnaire. Dans cette perspective, la confiance joue un rôle normatif et prescriptif.

11. La structure de notre présentation est la suivante.

12. La gestion du patrimoine s'inscrit dans un régime contractuel dit relationnel qui, en raison de sa spécificité, commande une règle juridique adaptée (1).

13. Nous comparons ainsi le régime juridique traditionnel issu de la théorie contractuelle classique (1.1) pour la distinguer de ses dérivés très répandus que sont la théorie contractuelle néoclassique (1.2) et la théorie contractuelle réaliste (1.3).

14. Nous verrons que le contrat de gestion de patrimoine comporte un niveau de confiance qui dépasse la simple confiance inhérente au contrat traditionnel de nature transactionnelle ou instantanée (2). Cette confiance que l'on qualifie d'accrue mérite une juridicisation propre (2.1).

15. C'est à travers un modèle relationnel propre au contrat de gestion de patrimoine que nous pouvons concevoir une pareille juridicisation (3). Une perspective historique de la catégorie de « contrat » dit fiduciaire issu du droit romain (3.1) permet de comprendre le rôle primordial et accru que joue la confiance dans les contrats de gestion de patrimoine (3.2 et 3.3).

16. Une fois démontré le rôle singulier que joue la confiance accrue dans le contrat de gestion de patrimoine, il nous est alors possible de comprendre comment le droit positif convertit la confiance du client faite à son gestionnaire en obligation de loyauté (4) et le particularisme des sanctions civiles (4.1) et pénales (4.2) qui en assurent le respect.

1. LE CARACTÈRE RELATIONNEL DU CONTRAT DE GESTION DE PATRIMOINE

17. Il n'y a pas de contrat type ou de régime juridique prédéterminé régissant le contrat de gestion de patrimoine. Le client peut confier à son gestionnaire une partie de son patrimoine accompagné d'une seule demande d'exécution ou encore faire une demande de conseil, voire demander à son gestionnaire de poser des actes de représentation. Dans cette section, nous démontrerons le particularisme du contrat de gestion de patrimoine. Dans un premier temps, nous rapprocherons le contrat de gestion de patrimoine du contrat dit relationnel tel que décrit par les sociologues du droit. Nous démontrerons que le rapport entre le client et son courtier ou gestionnaire est empreint d'une relation spéciale fondée sur la confiance et partant, sujet à un régime juridique particulier se distinguant du régime contractuel classique. Aussi, nous démontrerons comment la relation de confiance s'imprègne dans les rapports contractuels. La confiance régit tous les rapports contractuels. Nous ne nions pas le caractère ubiquitaire de la confiance dans les rapports contractuels. Nous démontrerons plutôt comment l'intensité de la confiance varie selon le type de contrat dans lequel la confiance s'insère.

18. Le contrat, dans sa forme traditionnelle, est défini comme un « Acte juridique résultant d'un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit »¹⁰. Les effets que produit le contrat sont les obligations respectives des parties de fournir une prestation. Ainsi, le contrat peut être « à exécution instantanée », ce qui signifie « Contrat dont les prestations sont susceptibles, de par leur nature, d'être exécutées en un trait de temps »¹¹. S'agissant d'un contrat mû par la volonté d'une exécution réciproque et instantanée, la confiance y joue un rôle très marginal : « Il n'est pas besoin de confiance quand l'exécution s'opère "donnant-donnant" »¹². On peut penser au contrat de

10. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, précité, note 9, voir contrat, à la page 74.

11. *Id.*, voir contrat à exécution instantanée, à la page 75.

12. Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, France, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, juin 1977, à la page 124.

vente d'un produit alimentaire qui sera consommé sur place par le client. Ce dernier en paie le prix, le commerçant remet le produit qui est consommé sur place et qui met fin quasi automatiquement au rapport contractuel. Il existe d'autres cas où, bien que le contrat soit à exécution instantanée, certaines obligations persistent, tel, l'obligation de garantir la qualité du bien. À l'autre extrême, il existe des contrats dont l'exécution se fait sur une période plus ou moins étendue. Il s'agit du contrat à exécution successive, définit comme suit : « Contrat dont au moins l'une des prestations s'exécute de manière continue ou répétée ¹³ ». Le contrat à exécution successive peut aussi être à durée indéterminée, ce qui signifie que sa « durée n'est pas prévue par les parties au moment de sa formation ¹⁴ ».

19. Le trait caractéristique du contrat à exécution instantanée est la possibilité de prévoir à l'avance la prestation et la contre-prestation des parties, alors que pour le contrat à exécution successive, il est difficile, sinon impossible de prévoir tous les aléas auxquels les parties pourront faire face pendant la durée du contrat. Il en est surtout ainsi dans le cadre du contrat à durée indéterminée ¹⁵.

20. Or, pourquoi distinguer le contrat à exécution instantanée (aussi appelé contrat transactionnel) du contrat à exécution successive? Le premier type de contrat ne pose pas de problème au niveau de sa conclusion, tandis que le contrat à exécution successive pose des problèmes de prévision que les parties voudront stipuler au contrat, mais ne pourront pas toujours le faire, à défaut de connaître les aléas. Ainsi, faute de prévisions, les parties à un contrat à long terme pourront convenir des modalités d'ajustement advenant l'arrivée d'un aléa. C'est ce que les sociologues juridiques qualifient de « presentation ». La « presentation » est la technique selon laquelle les parties actualisent ou apportent les aléas et

13. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, précité, note 9, voir contrat à exécution successive, à la page 75.

14. *Id.*, note 9, voir contrat à durée indéterminée, à la page 75.

15. Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal-Paris, Thémis-Dalloz, 2008, à la page 418.

solutions futurs d'un contrat au présent¹⁶. En revanche, advenant l'impossibilité de tout prévoir dans le présent, les parties au contrat à long terme réussiront, selon ce qui a été découvert par les sociologues du droit, à entretenir une relation étroite faisant appel à la coopération et à la bonne foi, afin de s'ajuster à toute éventualité en cours de route. C'est le type de relation qui fait appel à une attitude de confiance accrue de la part de parties à un contrat qui se dirigent vers l'inconnu.

21. Dans les paragraphes qui suivent, nous verrons les trois théories contractuelles avancées par les auteurs américains s'intéressant à la sociologie du droit. Les théories sont de trois ordres, soit la théorie classique (positiviste), la théorie néoclassique (hybride) et finalement la théorie réaliste (pragmatique). Nous verrons dans quelle mesure ces théories peuvent nous éclairer et nous aider à mieux comprendre la régulation des contrats dits relationnels, pour ensuite nous interroger sur l'applicabilité de pareilles théories aux contrats de gestion de patrimoine. Aussi, nous nous interrogerons sur le particularisme des contrats de gestion de patrimoine, en particulier sur le rapport de confiance qui se crée entre les parties, et finalement, nous nous interrogerons sur le caractère relationnel de ce contrat de confiance qu'est le contrat de gestion de patrimoine.

1.1 THÉORIE CONTRACTUELLE CLASSIQUE

22. La conception classique du droit contractuel est codifiée à l'article 1378 C.c.Q. selon laquelle *le contrat est un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation*. Il s'agit là de la codification de la théorie de l'autonomie de la volonté qui est le fondement du contrat classique reposant sur la philosophie individualiste, dont sont issus l'économie et

16. Morten HVIID, « Long-Term Contracts and Relational Contracts », [En ligne]. (1999) <http://encyclo.findlaw.com/4200book.pdf> (Page consultée le 28 octobre 2008), à la page 46. Les parties peuvent, si les circonstances le permettent et que les coûts le justifient, prévoir toute éventualité à un contrat auquel cas les parties seraient liées par ce que les sociologues du droit appellent un « comprehensive contract ». *Id.*, à la page 47.

l'ordre économique libéral du XIX^e siècle. Selon cette théorie, si la volonté des parties est exprimée par le consentement, il s'ensuit que le contrat formel et les lois qui le régissent en établiront le cadre contractuel. Cette théorie a comme rationalité la *prévision immédiate* de tous les termes et obligations qui régissent les rapports présents et futurs entre les parties¹⁷. La théorie classique a ses mérites lorsque les transactions auxquelles elle s'applique se limitent aux contrats transactionnels. Dans un monde de plus en plus complexe nécessitant des contrats de plus en plus étoffés, les vertus de la théorie classique ne suffisent plus pour régir les échanges économiques complexes. Il en est ainsi en raison soit de l'insuffisance des règles de droit¹⁸ ou encore de l'incapacité des parties de prévoir tous les aléas contractuels et contextuels¹⁹.

1.2 THÉORIE CONTRACTUELLE NÉOCLASSIQUE

23. Le néoclassicisme contractuel est issu du besoin de pallier les insuffisances du contrat transactionnel dans les cas de relations contractuelles complexes. Il en est ainsi par exemple dans le cadre des contrats de franchisage, où le franchisé s'engage à long terme et devient en quelque sorte dépendant de son fournisseur, le franchiseur. La longue durée de pareils contrats nécessite une flexibilité accrue de part et d'autre et une capacité de se réajuster aux aléas. Aussi, dans les contrats de financement à long terme, les règles classiques du contrat peuvent s'avérer insuffisantes pour prévenir les comportements opportunistes des partenaires contractuels plus forts. À titre d'exemple, il en est ainsi de l'institution financière qui

17. Ian R. MACNEIL, « Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law », (1977-1978) 72 *Nw. U. L. Rev.* aux pages 854, 864.

18. Stewart MACAULEY, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study », (1963) 28 *American Sociological Review* aux pages 55, 59; I. R. MACNEIL, précité, note 17, aux pages 864, 870-873.

19. Oliver E. WILLIAMSON, « Transactions Cost Economics: The Governance of Contractual Relations », (1979) 22 *J.L. & Econ.* aux pages 233, 236. Voir aussi Jean-Guy BELLEY, « Théories et pratiques du contrat relationnel: les obligations de collaboration et d'harmonisation normative », dans *La pertinence renouvelée du droit des obligations: Back to Basics*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, Conférence Meredith Lectures 1998-1999, Faculté de droit de l'Université McGill, à la page 137; l'auteur qualifie les termes du contrat relationnel de normativité dynamique et évolutive.

souhaiterait mettre un terme abrupt au financement de son client, sans un avis préalable suffisant pour lui permettre de remédier à tout défaut reproché ou de refinancer son prêt. C'est ainsi que la théorie néoclassique introduit un mode de régulation contractuel *accessoire* à la convention formelle. En droit québécois, cette théorie est consacrée entre autres par le droit positif à l'article 1425 C.c.Q. disposant que, dans l'interprétation du contrat, l'intention commune des parties l'emporte sur le sens littéral. L'article 1434 C.c.Q. dispose aussi que le contrat s'exécute selon les usages, l'équité ou la loi, en sus de la volonté exprimée. Les articles 1435 et 1437 C.c.Q. sanctionnent respectivement la clause externe inconnue, de même que les clauses abusives. Enfin, les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. obligent les parties à agir de bonne foi et à ne pas abuser de leurs droits contractuels.

24. Dans cette perspective, le formalisme de la théorie classique cède le pas à une régulation qui soit juste et flexible. Ces normes prévues dans le *Code civil du Québec* sont accessoires et s'apparentent à ce que les juristes américains qualifient de « gap-filling rules »²⁰. Cependant, d'aucuns sont d'avis que ces normes ne sont qu'accessoires et ne peuvent en tout cas l'emporter sur les termes formels du contrat²¹.

1.3 THÉORIE CONTRACTUELLE RÉALISTE

25. Pour pallier l'insuffisance de la théorie néoclassique, celle-ci s'est transformée pour créer ce que l'école réaliste américaine appelle la théorie contractuelle réaliste. C'est ainsi que le professeur Macneil caractérise l'insuffisance de la théorie néoclassique :

But neoclassical contract law can free itself only partially from the limitations posed by obedience to the twin classical goals of discreteness and presentation. This obedience is imposed by adherence to an overall structure founded on full consent at the time of initial contracting (...).

20. Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract*, New Haven, Yale University Press, 1980, à la page 73.

21. *Ibid.*

In the past, such pressures have led to the spin-off of many subject areas from the classical and later the neoclassical, contract law system, e.g., much of corporate law and collective bargaining (...). They have thus led to a vast shrinkage of the areas of socioeconomic activity to which the neoclassical system applies. As the earlier discussion in this paper indicates, they have also led to significant changes leading to the transformation of the Willistonian classical system to what might be called the Realist neoclassical system. The spin-offs can and will continue (...) ²².

26. Autrement dit, à l'insuffisance de la rigueur du contrat exprès, est venue se joindre la norme accessoire pour adapter le contrat à des situations contractuelles complexes. Ensuite, selon les besoins, la théorie néoclassique a cédé le pas à la théorie réaliste selon laquelle les normes contractuelles cèdent le pas aux normes vécues. Autrement dit, les normes contractuelles ne sont plus celles du *droit des contrats*, mais celles des *contrats vécus*. Ces normes contractuelles ont été relevées par le juriste Macneil et reflètent le vécu quotidien des parties contractantes dans le cadre de contrats relationnels ²³. Ces normes sont au nombre de neuf :

- 1. Respect du rôle intégral ²⁴
- 2. La norme de la mutualité ou de réciprocité ²⁵
- 3. Mise en œuvre de la planification ²⁶
- 4. Respect du consentement donné ²⁷
- 5. Flexibilité ²⁸

22. I. R. MACNEIL, précité, note 17, aux pages 885-886.

23. Il importe de mentionner que certains législateurs ont codifié ces normes extracontractuelles pour régir **accessoirement** les contrats formels. Il suffit de citer les exemples issus du *Code civil du Québec* dans les lignes suivantes.

24. I. R. MACNEIL, précité, note 20, à la page 40. Il s'agit du pendant de la nature du contrat énoncé à l'article 1434 C.c.Q.

25. *Id.*, à la page 44. Il s'agit du pendant de la norme d'équité énoncé à l'article 1434 C.c.Q.

26. *Id.*, à la page 47. Il s'agit du pendant de l'article 1425 C.c.Q.

27. *Id.*, à la page 47. Il s'agit du pendant de l'article 1425 C.c.Q.

28. *Id.*, à la page 50. Il s'agit d'une combinaison du principe de l'accord de volonté de l'article 1378 C.c.Q. avec primauté de l'intention commune sur le sens littéral de l'article 1425 C.c.Q.

- 6. Solidarité²⁹ et solidarité contractuelle³⁰
- 7. Respect des principes de responsabilité contractuelle³¹
- 8. Création et restriction du pouvoir³²
- 9. Harmonisation avec le milieu social³³

27. Les neuf normes de Macneil auraient, d'après celui-ci, une valeur et un rang normatifs égaux aux conditions expresses du contrat. Autrement dit, les parties s'engagent à être flexibles et de ne pas être tentées par l'opportunisme si l'occasion le permet. Aussi, ces règles qui dans une approche néoclassique, seraient accessoires deviennent des règles dominantes dans la durée de vie du contrat. D'ailleurs, les études sociologiques démontrent que, dans le cadre des contrats relationnels et à long terme, les parties écartent fréquemment les règles expresses au profit de nouvelles règles renégociées ou encore au profit de la solidarité contractuelle, afin que chacune des parties soit favorisée. Les parties s'ajustent d'elles-mêmes et renoncent à l'opportunisme, même si les règles expresses intervenues préalablement le permettent³⁴.

1.4 SYNTHÈSE

28. Nous avons noté que le contrat transactionnel est régi adéquatement par les règles classiques du contrat, tandis que le contrat comportant des modalités complexes fait appel à des normes accessoires, voire supracontractuelles. La question

29. *Id.*, à la page 52. Il s'agit de l'obligation d'agir de bonne foi (article 1375 C.c.Q.) au travers des aléas et de ne pas abuser de ses droits (articles 6 et 7 C.c.Q.). À cet égard, il convient de citer l'exemple des contrats de franchise pour lesquelles la théorie contractuelle classique s'est avérée nettement insuffisante : Alexander S. KONIGSBERG, Anne-Marie GAUTHIER, « Relations franchiseur-franchisé : nature et étendue des obligations du franchiseur », (1993) 27 *R.J.T.* n.s. 633.

30. I. R. MACNEIL, précité, note 20, à la page 52. Il s'agit du principe d'équité énoncé à l'article 1434 C.c.Q.

31. I. R. MACNEIL, précité, note 20, à la page 52. Il s'agit des règles contractuelles classiques dont le remboursement ou restitution des prestations à l'absence d'exécution de l'autre partie et le remboursement des déboursés ou pertes communes et enfin la réclamation du manque à gagner.

32. I. R. MACNEIL, précité, note 20, à la page 56. Il s'agit du pendant de l'article 7 C.c.Q.

33. I. R. MACNEIL, précité, note 20, à la page 57. Il s'agit du pendant des usages énoncés à l'article 1434 C.c.Q.

34. Ian R. MACNEIL, « Relational Contract : What We Do and Do Not Know », (1985) *Wisconsin Law Review* 483, aux pages 521-522.

qui se pose consiste à savoir quels contrats font appel à ces normes supracontractuelles décrites par l'auteur américain Macneil. Bien que cet auteur traite des contrats relationnels, est-ce que les neuf normes s'appliquent à des contrats autres? Qu'est-ce qu'un contrat relationnel? Existe-t-il une acception commune de contrat relationnel? Nous verrons que les neuf normes de Macneil ne s'appliquent pas à un seul contrat, mais bien à un type particulier de contrat. Nous verrons que l'intérêt de déterminer si un contrat est relationnel n'est pas fonction de l'application des neuf normes de Macneil, mais bien de cerner l'ensemble de normes susceptibles de mieux encadrer son exécution. Nous verrons aussi que certains types de contrats relationnels peuvent être adéquatement régulés par un cadre normatif de type néoclassique faisant appel à des normes accessoires de type « gap-filling ». L'application des normes de Macneil n'est pas impérative, ni universelle.

1.5 LE CONTRAT RELATIONNEL

29. Il n'y a pas d'acception commune de ce qu'est le contrat relationnel. Bien que sa paternité soit souvent attribuée à Ian R. Macneil, l'intérêt pour le contrat relationnel a été manifesté pour la première fois par le professeur Stewart Macaulay en 1963, dans une étude empirique intitulée « Non-Contractual Relations in Business »³⁵. Comme le suggère le titre, l'auteur s'intéresse aux relations non contractuelles et non aux contrats relationnels. Le but de l'étude est de montrer qu'il existe, dans le domaine des affaires, une multitude de relations d'affaires qui font fi et des contrats et des normes juridiques dans leur durée de vie. Autrement dit, les relations d'affaires sont moins régies par le droit que nous le croyons. L'auteur s'intéresse à savoir pourquoi il en est ainsi et donne quelques pistes de solution. La question du vécu contractuel a été étudiée davantage par Macneil et, peu à peu, il s'est développé aux États-Unis une théorie du contrat relationnel, menée par l'école des réalistes.

35. S. MACAULAY, précité, note 18, aux pages 55-67.

30. Comme il n'y a pas d'acception commune de ce qu'est le contrat relationnel, il n'y a pas de contrat type non plus. D'aucuns auront tenté de définir le contrat relationnel, dont Morten Hviid :

A contract is relational to the extent that the parties are incapable of reducing important terms of the arrangement to well-defined obligations. Such definitive obligations may be impractical because of the inability to identify uncertain future conditions or because of inability to characterize complex adaptations adequately even when the contingencies themselves can be identified in advance³⁶.

31. Or, le but initial de l'étude des rapports non contractuels s'est avéré être une étude empirique et descriptive, tandis que les études postérieures menées par Macneil, bien qu'elles relèvent de la même approche, ont eu subséquemment une portée normative. Autrement dit, l'auteur s'employait à démontrer que, dans certains types de relations « contractuelles », les parties faisaient appel à une série de normes créées par l'usage, tout en écartant les normes juridiques et contractuelles. Mais l'intérêt des contrats dits relationnels ne s'arrêtait pas là. Les juristes américains s'intéressaient à la chose afin de déterminer *pourquoi* les parties, à pareil contrat, agissaient-ils ainsi. Autrement dit, qu'est-ce qui pousse les parties à agir en toute coopération en renonçant à agir avec opportunisme, même si les situations le permettent³⁷? Aussi, les études ont démontré comme particularité du contrat dit relationnel qu'à défaut de pouvoir actualiser les termes futurs d'un contrat à long terme, les parties s'entendaient implicitement à renégocier et à compléter en cours de contrat leur entente, en vue de mener à terme leur entente initiale. Voilà la technique dite du « gap-filling »³⁸.

36. Charles J. GOETZ, Robert E. SCOTT, « Principals of Relational Contracts », (1981) 67 *Virginia Law Review* 1089, 1091, dans M. HVIID, précité, note 16, à la page 53.

37. M. HVIID, précité, note 16, aux pages 46, 47.

38. *Id.*, aux pages 53-54.

32. Morten Hviid énonce bien l'intérêt d'étudier le contrat relationnel :

Relational contract theory can be seen as an attempt to generate a model able to explain when transacting parties do not resort to contracts and by what means they ensure that each party fulfils their obligations. The theory focuses on the relationship between the « contracting » parties and posits that this leads to cooperation and to implicit obligations being self-enforcing.³⁹

33. Cette manifestation de solidarité est, somme toute, au cœur des études subséquentes portant sur le contrat relationnel. Bien que la chose ne soit pas énoncée formellement, il en résulte que la principale force motrice derrière ces contrats dits relationnels est la confiance que les parties se font l'une envers l'autre. En vertu de la théorie économique du droit, il a été démontré que sur le plan économique, il est plus avantageux pour les parties de s'engager à long terme informellement que de convenir d'une série de « petits » contrats successifs renouvelables⁴⁰.

34. Les retombées des études sur le contrat relationnel ont été telles que des recherches empiriques approfondies ont été faites dans de nombreux secteurs. On s'est intéressé aux contrats relationnels dans l'industrie cinématographique, dans le domaine du gaz naturel, dans le domaine de l'aluminium, dans les domaines pétroliers et autres domaines énergétiques, en particulier dans les contrats de franchisage, dans la sous-traitance de travaux de génie et dans le transport ferroviaire⁴¹, et dans les sociétés par actions, dans les rapports entre actionnaires⁴².

35. Nous n'avons pas relevé d'études sur les rapports contractuels entre le client et le gestionnaire de patrimoine bien que, comme nous le verrons plus tard, certains aient évoqué le caractère relationnel de ce type de contrat.

39. *Id.*, à la page 54.

40. *Id.*, aux pages 50-51; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précités, note 15, à la page 417.

41. Voir en particulier M. HVIID, précité, note 16, à la page 52.

42. Dans ce cas-ci, il s'agit d'une étude juridique qui a pour perspective le régime néoclassique : Raymonde CRÊTE, « Le raisonnement judiciaire fondé sur l'équité dans les conflits entre actionnaires de petites sociétés : l'éclairage d'une approche consensuelle », (2006) 47 *Cahiers de droit* aux pages 33, 48 et suiv.

36. Après tant d'études, les chercheurs ont continué à se demander ce qu'est un contrat relationnel. Est-ce un contrat de longue durée? Sinon, comment distinguer le contrat de longue durée du contrat relationnel? Il s'avère que le contrat de longue durée est une variante du contrat relationnel, tandis que certains souligneront que les études sur le contrat à long terme s'intéressent à l'actualisation des aléas futurs et à la renégociation éventuelle d'un contrat à long terme, alors que la théorie du contrat relationnel s'intéresse davantage à la relation entre les parties qui s'engagent dans un rapport solidaire visant à éliminer les comportements opportunistes⁴³.

37. Quel est donc l'intérêt de rapprocher le contrat de gestion de patrimoine au contrat relationnel? Il est certain que le contrat de gestion de patrimoine, autant sur le plan théorique que pratique, vise une planification financière à long terme. C'est l'essence même du contrat de gestion. Cependant, nous voulons faire des rapprochements entre le contrat de gestion de patrimoine et le contrat relationnel, car ce dernier comporte un trait commun à tous les contrats de types relationnels ou à long terme, soit la présence, volontaire ou non, d'une confiance *accrue* entre les parties, mais en particulier de la part du client envers le gestionnaire spécialisé. Ainsi, peut-être que cette qualification nous permettra de faire des découvertes qui aideront tant les juristes que les parties, à une meilleure régulation, juridique ou proprement relationnelle, afin de dissuader toute tentation d'opportunisme.

38. La théorie relationnelle du contrat n'est pas limitée à une seule catégorie de contrats⁴⁴. Ceci étant dit, dans les paragraphes qui suivent, nous nous emploierons à démontrer la mesure dans laquelle la confiance joue un rôle important dans les contrats de gestion de patrimoine. Cette étude sera suivie d'un questionnement sur l'intérêt d'associer la théorie relationnelle au contrat de gestion de patrimoine et enfin, nous tenterons de déterminer quels facteurs influencent le rôle joué par la confiance dans les contrats de gestion de patrimoine.

43. M. HVIID, précité, note 16, à la page 54.

44. *Id.*, à la page 46; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, à la page 417.

2. L'UBIQUITAIRE RELATION DE CONFIANCE DANS LES CONTRATS DE GESTION DE PATRIMOINE

39. Dans cette section, nous traitons de la présence de la confiance dans les relations contractuelles, de la nécessité de la confiance s'il en est, dans les relations contractuelles, du rôle que joue la confiance dans les relations contractuelles et enfin, de la juridicité de la confiance, s'il en est, dans les relations contractuelles.

40. L'étude d'un contrat impliquant une relation de confiance entre les parties peut paraître a priori un contresens. Dans un rapport contractuel, chaque partie contractante cherche à optimiser la prestation qu'elle recevra et à diminuer la prestation qu'elle versera. Autrement dit, chaque partie à un contrat détient des intérêts patrimoniaux opposés. Sans parler de conflit d'intérêts pour l'instant, il suffit de constater à tout le moins que les intérêts des parties s'opposent.

41. En revanche, réduire les rapports contractuels à des rapports qui s'opposent ne rendrait pas compte de l'ensemble de la relation contractuelle. Chaque partie cherche à satisfaire ses intérêts, mais ses propres intérêts passent nécessairement par la satisfaction des intérêts de son cocontractant.

Le contrat constitue en effet, d'un certain point de vue, une offense à la confiance; il est le signe qu'une infidélité est à craindre. (...) On s'accorde parfois à reconnaître, en revanche, que la parole d'honneur, entre gens qui en ont eu une, est plus solide que le contrat (...)⁴⁵

42. Il est vrai que le contrat peut servir d'outil de coercition, mais là n'est pas tout l'essentiel du contrat. Pour l'auteur Chirez, le contrat est un mode d'organisation ou de planification des rapports économiques. Citant le doyen Carbonier, Chirez poursuit en disant que le contrat est un acte de foi, un acte de confiance. Autrement dit, il s'agit d'un acte de confiance que le débiteur fait en son créancier et que son créancier fait en son débiteur⁴⁶.

45. A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 3.

46. *Id.*, à la page 8.

43. L'auteur ajoute en affirmant que la confiance serait une « hypothèse de la communication entre les hommes qu'il existe une tendance naturelle à croire à la parole de l'autre »⁴⁷. En ce sens, le contrat, constituant un échange de consentement, n'échapperait pas à cette règle. Les parties à un contrat sont présumées faire confiance à la sincérité de leur cocontractant. Cette inclinaison de l'humain à croire l'affirmation de son semblable relèverait de l'instinct⁴⁸.

44. Cette tendance ou prédisposition à avoir confiance en la sincérité de son cocontractant trouve écho dans la règle générale de droit civil selon laquelle la bonne foi se présume. Autrement dit, la confiance et la bonne foi sont des notions voisines. La confiance c'est la croyance en la sincérité et la bonne foi en son cocontractant. Autrement dit, c'est la croyance que son cocontractant livrera la prestation qu'il s'est engagé à livrer et ne nous trompera point⁴⁹.

47. *Id.*, à la page 271.

48. *Id.*, à la page 272. Voir aussi Roscoe POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), dans Robert S. SUMMERS, « Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code », (1968) 54 *Virginia Law Review* 195, à la page 195.

49. A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 21. Voir aussi à la page 271. Edward LORENZ, « Que savons-nous à propos de la confiance? Un tour d'horizon des contributions récentes », dans Vincent MANGEMATIN, Christian THUDEROZ (dir.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CDRS Éditions, 2003, 109, à la page 109 (« [L]a confiance est généralement définie comme la croyance individuelle qu'un autre individu, une organisation ou une institution agira de façon conforme à ce qui est attendu de lui. »); David M. MESSICK, Roderick M. KRAMER, « Trust as Form of Shallow Morality », dans Karen S. COOK (dir.), *Trust in Society*, New-York, Russell Sage Foundation, 89, à la page 91 (« We will define trust (...) as making the decision as if the other person or persons will abide by ordinary ethical rules that are involved in the situation. (...) »); Bénédicte REYNAUD, « Les conditions de la confiance. Réflexions à partir du rapport salarial », dans Jean-Pierre SYLVESTRE, Francis AUBERT (dir.), *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Éditions, 2001, 45, à la page 48 (« (...) nous définissons la confiance comme une relation de délégation qui est fondée sur une anticipation du comportement du délégataire. (...) »); E. BROUSSEAU, « Confiance ou contrat, confiance et contrat », dans J.-P. SYLVESTRE, F. AUBERT (dir.), *Confiance et rationalité*, Paris, INRA Éditions, 65, à la page 67 (« La confiance est une croyance (...) dans le comportement de l'autre dont on suppose qu'il va être dicté par la poursuite d'un intérêt commun à long terme plutôt que par la volonté de maximiser l'intérêt personnel à court terme. »). Julian ROTTER, « Generalized Expectancies for Interpersonal Trust », (1971) 26 *American Psychologist* 443, à la page 444 (« Interpersonal Trust is defined here as an expectancy held by individuals or a group that the word, promise, verbal or written statement of another individual or group can be relied on. (...) »).

45. Vu ainsi, il est aisé d'affirmer que, de façon générale, une partie qui entre en relation contractuelle avec une autre, lui fait instinctivement confiance, sinon elle ne contracterait pas. Or, l'absence de confiance emporte l'absence de relation contractuelle. C'est ainsi que l'on peut dire que la confiance est un besoin préalable à la conclusion du contrat. Cela dit, il est facile de comprendre la mesure dans laquelle la confiance entre cocontractants (au niveau micro) joue un rôle important dans une économie de marché⁵⁰. La confiance étant instinctive et, de surcroît, essentielle à l'établissement de rapports contractuels, nous verrons un peu plus loin que celle-ci est modulable et cultivée par les acteurs économiques en vue de mousser leurs affaires.

46. Il suffit de préciser pour l'instant que cette confiance, au-delà d'être nécessaire, elle est variable. Ainsi, la question que l'on se pose lorsque nous parlons de confiance contractuelle n'est pas de savoir si elle existe, autant que de connaître l'intensité de la confiance. Autant la confiance est modulable, comme nous le verrons plus loin, autant la confiance est variable selon le type de contrat auquel nous avons affaire.

47. Est-il nécessaire ou d'intérêt de soulever la question de la relativité de la confiance dans les rapports contractuels? Nous le croyons, dans la mesure suivante. Certains contrats feront appel à un niveau de confiance peu élevé. Il en est ainsi dans les contrats dits transactionnels. Par exemple, le consommateur achète 30 litres d'essence qu'il verse dans son réservoir à essence. Les prestations sont exécutées sur le champ et la confiance se limite à croire en la qualité relative de l'essence achetée.

48. En revanche, certains types de contrats feront appel à un degré de confiance plus élevé. Il en est ainsi, par exemple, dans les contrats à exécution successive. Puisque l'engagement est à long terme, le cocontractant se demandera si l'autre partie pourra être fiable pendant la durée du

50. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, à la page 385, par. 1379; Pierre-Hugues VALLÉE, Ejan MACKAAY, « La confiance, sa nature et son rôle dans le commerce électronique », vol. 11, n° 2, [En ligne]. (automne 2006) http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/vallee_mackaay.htm, aux pages 11 à 13 et 20; COMMISSION DU DROIT DU CANADA, « Introduction. Personne n'est une île », dans CDC (dir.), *Les rapports de dépendance et d'interdépendance*, Québec, P.U.L., 2002, à la page 8.

contrat⁵¹. Aussi, la confiance joue un rôle particulièrement important dans les transactions nécessitant un degré de spécialisation avancé. Il peut s'agir de contrats ayant pour objet des biens ou des services spécialisés. Ces services sont communément appelés « Trust Sensitive Transactions ». On peut citer les services rendus par exemple par un chirurgien esthétique⁵². Ces contrats dits spécialisés sont généralement, mais non exclusivement, dispensés dans le cadre de contrats *intuitu personae*⁵³. Plus le contrat est spécialisé, plus le client est vulnérable face à son cocontractant et plus la confiance est élevée.

49. Une autre catégorie de contrats mérite d'être soulignée. Il s'agit du contrat en vertu duquel une personne *confie* (dérivé de *confiance*) un bien ou une partie de son patrimoine à une autre personne dans le cadre d'un contrat de dépôt, de mandat ou d'une autre forme d'administration du bien d'autrui⁵⁴. D'aucuns qualifieront ces contrats de dépôt et de mandat *intuitu personae*⁵⁵.

50. Nous pourrions affirmer que le degré de confiance varie selon la complexité des prestations à fournir. Plus la prestation d'un contractant est complexe et fait appel au caractère *intuitu personae*, plus le cocontractant est vulnérable et s'en remet à la compétence du contractant. En revanche, plus la prestation à fournir est simple, moins le cocontractant sera appelé à faire confiance⁵⁶. Comme corollaire à cette affirmation, il peut être précisé que l'obligation de fournir une prestation complexe relève en général de l'obligation de moyens, tandis que l'exécution d'une prestation simple relève de l'obligation de résultat. L'obligation de moyens emporte une confiance accrue, tandis que l'obligation de résultat fait appel à un degré de confiance moindre⁵⁷. Or, le critère distinctif qui permet de mesurer le degré d'intensité de la confiance est l'aléa. Plus l'exécution de la prestation

51. A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 124 (« Il n'est pas besoin de confiance quand l'exécution s'opère 'donnant-donnant' »).

52. P. H. VALLÉE, E. MACKAAY, précité, note 50, à la page 12.

53. A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 110.

54. *Id.*, pages 111-112.

55. *Ibid.*

56. *Id.*, aux pages 17-18.

57. *Id.*, à la page 500.

relève de l'incertitude, plus le cocontractant choisira un partenaire en qui il a confiance. Les hauts degrés de confiance et d'aléa sont corrélatifs⁵⁸.

51. On peut dès à présent faire état des constatations suivantes. Plus il y a de disproportion entre les connaissances des parties, plus la partie vulnérable se fie à la compétence et à l'honnêteté de son cocontractant. On peut ainsi penser à l'exemple des contrats ultra spécialisés. Il en est de même lorsqu'une partie confie un bien, ou une partie de ses biens ou un pouvoir de représentation à un cocontractant. Plus la partie qui confie est vulnérable, plus elle fait confiance en l'honnêteté de son cocontractant. Dans pareil cas, les intérêts de la partie qui confie sont pris en charge dans un contexte de « contrat fiduciaire ». Ainsi, la personne qui confie, le « porteur de l'intérêt », s'en remet à une autre qui deviendra « l'interprète de l'intérêt » pour gérer, vendre, acheter ou encore conserver ce bien. Pareil contexte crée des liens de confiance nécessaires. C'est ainsi que celui qui confie se voit obligé de faire confiance, car il s'expose au risque que les intérêts confiés à l'interprète de l'intérêt ne soient exercés que dans un intérêt autre que le sien. Ainsi, le conflit d'intérêts en pareille situation est « structurellement attaché aux contrats fiduciaires », car une seule et même personne poursuit deux intérêts distincts et potentiellement contradictoires⁵⁹. Or, la personne chargée des intérêts d'autrui aura à choisir entre ses propres intérêts et ceux qu'elle a la charge de gérer⁶⁰.

52. Sur le plan juridique, nous verrons plus loin que l'inexécution contractuelle par le cocontractant à qui le partenaire vulnérable confie une tâche, emporte une sanction juridique d'autant plus sévère. Autrement dit, la confiance trahie est punie. Plus la confiance est élevée, plus les obligations et les sanctions sont sévères. Voilà la juridicisation de la confiance.

53. Juridicisation de la confiance. Dans son sens commun, la confiance est définie comme « Espérance ferme, assurance de celui qui se fie à qqn ou à qqch. (...) avoir

58. *Id.*, à la page 504.

59. Sébastien BONFILS, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, Paris, L.G.D.J., 2005, à la page 81, par. 162-163.

60. *Ibid.*

*confiance dans les médecins. J'ai confiance en lui. Faire confiance à qqn, qqch (...)*⁶¹. Existe-t-il un lien juridique ou autre entre cette acception de la confiance et le droit? C'est la question à laquelle nous tenterons de répondre dans cette section, ce qui nous permettra, dans la section suivante, d'analyser davantage la juridicité de la confiance eut égard aux contrats de gestion de patrimoine.

54. De façon générale, nous pouvons affirmer que le droit ne s'est pas traditionnellement intéressé à la notion de confiance. Il en est ainsi, car le droit s'intéresse peu aux états d'âme et se préoccupe davantage de la régulation des rapports contractuels et pécuniaires. Si cela est vrai d'un point de vue traditionnel, il en est moins le cas depuis les récentes années. Du moins, les études juridiques sur la confiance démontrent que le droit s'y intéresse ou intervient, mais de manière moins formelle. Nous avons évoqué plus haut la possibilité que, strictement parlant, la notion de confiance exclut toute forme de régulation contractuelle. Nous avons vu qu'au contraire, les deux notions ne sont pas mutuellement exclusives mais complémentaires. Comment en est-il? La confiance est en quelque sorte une pré-condition à l'existence du contrat. Autrement dit, avant que les parties ne contractent, elles choisiront de faire confiance en son cocontractant. Ainsi, l'engagement d'un cocontractant envers un autre repose d'abord sur l'honneur. Si ce cocontractant manque à sa parole, il pourra se voir reprocher en justice son inexécution. Aucune antinomie n'existe entre la confiance et le contrat. Au contraire, « la confiance trahie appelle le droit »⁶². C'est ainsi qu'on peut dire de la confiance qu'elle constitue un « sentiment juridiquement protégé contre les abus »⁶³. Faut-il encore que cette confiance soit légitime, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas donnée ou exprimée aveuglément, mais en fonction d'indices permettant au cocontractant qui fait confiance d'avoir des motifs suffisants pour ce faire. Ces indices peuvent provenir soit des représentations faites par le

61. Paul ROBERT, *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2004, voir confiance.

62. A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 10.

63. *Id.*, à la page 379.

cocontractant, par la réputation de celui-ci, par l'encadrement professionnel ou encore par la loi⁶⁴.

55. En ce sens, on pourrait aisément affirmer que la norme juridique est une pré-condition à la confiance et que les effets juridiques de la confiance apparaissent lorsque celle-ci a été trahie⁶⁵. À cet égard, la norme juridique opère en amont d'un sentiment de confiance légitimement converti en rapport contractuel. Mais nous croyons que le lien entre la confiance et la norme juridique peut être encore plus près.

56. Dans certains types de contrats, non seulement la confiance est conditionnée par le droit, mais elle est aussi source de droit⁶⁶. Il en est ainsi dans les contrats emportant un devoir de conseil⁶⁷. Nous verrons comment un peu plus loin. Il importe pour l'instant de résumer en quelques mots ce que nous venons d'affirmer dans cette section :

1. La confiance précontractuelle est conditionnée par l'existence d'un mécanisme de droit susceptible d'encadrer les rapports qui en naissent; et
2. La trahison de la confiance est sanctionnée par le droit via le mécanisme des sanctions pour inexécution contractuelle.

57. En certaines circonstances, la présence d'un lien de confiance dans le cadre d'une relation contractuelle emporte à lui seul une sanction juridique particulière. Il en est ainsi par exemple dans les contrats de dépôt, de mandat ou d'une autre forme d'administration du bien d'autrui à l'intérieur de laquelle le mandant et le déposant confient un bien à autrui à charge de le restituer. En droit criminel européen, la non-restitution du bien confié emportera une sanction pénale appelée « abus de confiance ». En droit criminel canadien, il s'agit d'un vol par détournement sanctionné par l'article 322 du *Code criminel canadien*. En revanche, comme nous le verrons un peu plus loin, en droit civil, le mandataire est assujéti à une obligation de loyauté qui découle du seul fait que le contrat de mandat emporte une relation de confiance

64. C'est ce que l'auteur Alain Chirez s'emploie à démontrer dans sa thèse *De la confiance en droit contractuel*, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice.

65. A. CHIREZ, précité, note 12, aux pages 20 et 266.

66. *Id.*, à la page 293.

67. *Ibid.*

accrue du mandant au mandataire en raison de l'attribution au mandataire d'un pouvoir d'agir pour autrui, de même qu'un pouvoir de s'introduire dans la sphère juridique d'autrui et de l'engager à l'égard des tiers. Le professeur Philippe Didier va jusqu'à qualifier cette forme de représentation de « phénomène dangereux »⁶⁸. Nous verrons que ce rapport de confiance accrue emporte ses propres obligations et ses propres sanctions.

58. Or, il importe à ce stade-ci de résumer la thèse que nous défendons. Le contrat ordinaire ou transactionnel comporte des intérêts opposés en faveur de chacune des parties. En revanche, chacune des parties s'en remet à la bonne foi de son cocontractant, ce qui se traduit par une confiance que l'un exprime à l'égard de son cocontractant. À l'instar des intérêts opposés, la confiance de chacune des parties envers l'autre est d'égal à égal, donnant-donnant. Dans ce type de contrat dit ordinaire ou transactionnel, la confiance est conditionnée en amont par la norme juridique, tandis que la confiance trahie est sanctionnée en aval elle aussi par la norme juridique.

59. Nous opposons le contrat ordinaire ou transactionnel au contrat comportant un degré accru de confiance, tel le contrat dans le cadre duquel le patient confie sa santé à son médecin, le contrat où l'accusé confie sa liberté à son procureur ou encore le contrat en vertu duquel le client confie son patrimoine à son gestionnaire. Outre les règles normatives habituelles applicables au contrat ordinaire, le contrat de confiance accrue comporte certaines caractéristiques propres, dont une répartition des intérêts qui n'est pas égale comme elle l'est dans les autres types de contrat. Autrement dit, le gestionnaire ou la personne en faveur de qui un degré de confiance accrue est manifesté renonce en partie à ses propres intérêts en faveur de son client. Proportionnellement, le degré de confiance manifesté par le client envers son gestionnaire croîtra parallèlement aux intérêts qu'il confie à son cocontractant. Encore, la norme juridique conditionnera en amont la création du lien contractuel et sanctionnera en aval la trahison de la confiance. Le contrat de confiance accrue a

68. P. DIDIER, précité, note 1, aux pages 151, 154.

de particulier la présence d'une confiance telle qu'à elle seule, elle peut être génératrice de droits. Ces droits générés par la confiance accrue comportent une obligation corrélative. Le client faisant une confiance accrue est en droit de s'attendre à ce que son cocontractant, ayant renoncé à une partie de ses intérêts, se comporte envers celui-ci avec une certaine solidarité. Ayant renoncé à ses propres intérêts, il est logique de s'attendre à ce qu'il favorise davantage les intérêts de son client. Or, l'obligation corrélative correspondante aux droits générés par la confiance est l'obligation de loyauté. Cette obligation de loyauté existe du seul fait de l'existence d'une confiance accrue.

60. Regardons de plus près comment prend naissance cette obligation de loyauté. D'abord, l'exemple en *equity* de la common law illustre fort bien comment la présence de la confiance peut être génératrice de droit. Mais à l'origine, il ne faut pas perdre de vue que la confiance demeure avant tout un fait emportant des conséquences juridiques. Ce fait juridique peut à lui seul emporter des conséquences. Il en est ainsi en matière de fiducie ou de *trust* en *equity* dans la tradition de la common law, où ce type de relation juridique prend naissance du seul fait de l'existence d'un lien de confiance. Nous reviendrons davantage sur le fonctionnement de cette relation juridique un peu plus loin. Pour le moment, il suffit d'évoquer le sens même du mot *trust* ou fiducie, qui tire son origine du mot confiance, « *fiducia* » du latin. Ce type de contrat qu'est la fiducie existait même en droit romain et consistait à confier à une personne appelée fiduciaire, un bien à charge par celui-ci de le restituer ultérieurement au fiduciaire. C'est ce qu'on appelait le fidéicommiss romain. Ce « contrat » de fidéicommiss a ceci de particulier qu'il s'opère en l'absence de toute norme juridique sanctionnant le défaut de restitution. Comme le suggère le nom de l'opération, cette relation est fondée uniquement sur la confiance que fait le fiduciaire au fiduciaire que celui-ci lui remettra le bien à une date ultérieure. Aujourd'hui, ce type d'opération existe sous le vocable de *trust* en common law et fiducie en droit civil et est fondé encore sur la notion de confiance, bien que la création de ce lien emporte des obligations corrélatives. Ainsi, le fait générateur qu'est l'existence de pareilles obligations

fiduciaires⁶⁹ créera, comme on vient de le dire, une obligation corrélative. Ainsi, l'existence de la confiance et des conséquences juridiques qu'elle emporte fait de celle-ci un élément intimement lié à l'obligation corrélative qu'est l'obligation de loyauté imposée, par exemple, au « trustee » ou fiduciaire. C'est ainsi, croyons-nous, qu'il peut être dit que la confiance, source de l'obligation qu'elle crée, est non seulement fait générateur de droit, mais constitutive à la fois de la norme juridique qu'elle crée : on peut dire que la confiance engendre l'obligation, mais aussi qu'elle en définit les contours; mesure des droits, elle a non seulement un effet sur l'existence de l'obligation mais encore sur le contenu de celle-ci⁷⁰.

61. Nous avons affirmé que ce type de contrat de confiance se manifeste dans la common law sous forme de « trust » qui, à l'instar du fidéicommiss romain, régit la confiance d'un bien à autrui. Ce trust diffère du fidéicommiss en ce qu'il constitue une « opération » aujourd'hui parfaitement « juridicisée » et offre ainsi l'exemple d'une situation reposant d'abord sur la seule confiance. Le mot *trust* signifie « confiance »⁷¹. En revanche, le droit civil a peu à peu reconnu l'existence de contrats apparentés au fidéicommiss romain dont le mandat et le dépôt et l'administration du bien d'autrui. Au fil des ans, les contrats ont connu un changement d'appellation pour devenir ce qu'on connaît aujourd'hui comme étant la fiducie constituée par un régime juridique propre ou, dans certains pays, la fiducie continue d'être régie par le droit commun dont les normes relatives au mandat ou au dépôt. Tel est le cas, par exemple, de la Suisse ou de l'Italie tandis que la France et le Québec ont juridicisé ces rapports de confiance. Il n'est pas surprenant que certains auteurs qualifieront de « contrats

69. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, par. 151.

70. A. CHREZ, précité, note 12, à la page 489. Voir aussi à la page 496 : « En réalité, la bonne foi, la loyauté, ne sont en l'occurrence que des exigences posées par la confiance. C'est elle qui, encore une fois, engendre l'obligation. Il y a manquement à la bonne foi quand il y a confiance trompée. Comme l'écrit Ripert, « quand le contrat suppose une confiance réciproque entre les parties, l'obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique » [.] La relation contractuelle qui unit le client profane au professionnel est donc le lieu privilégié de l'obligation d'informer. La compétence réelle ou présumée du professionnel est, on s'en souvient, un facteur de confiance très important. » Voir aussi à la page 497.

71. *Id.*, aux pages 10-11.

fiduciaires » les contrats de dépôt ou de mandat spécifiquement énumérés à l'ancien article 408 du Code pénal français de 1884⁷². Les bris de confiance à l'un des contrats énumérés à l'article 408 du Code pénal français est sanctionné par cette disposition d'une infraction appelée « abus de confiance ». Nous reviendrons sur les particularités de cette infraction plus loin dans la section 5.

62. Pour poursuivre sur l'idée de juridicisation de la confiance, un arrêt de la Cour suprême saura illustrer de quelle manière une forme de confiance accrue s'est jointe à un rapport précontractuel commercial pour se convertir en norme juridique obligeant l'autre partie à une obligation de loyauté. Il s'agit de l'affaire *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*⁷³. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une relation fiduciaire comportant une obligation de loyauté pouvait naître dans un contexte de négociations précontractuelles purement commerciales ayant subséquemment échoué en raison du bris de confiance. Il importe de préciser dès à présent qu'aucune disproportion du rapport de force n'existait entre les parties, de même qu'aucun état de vulnérabilité n'existait entre celles-ci. La seule particularité de cette affaire est que l'une des parties a communiqué à l'autre de l'information privilégiée dans le contexte des négociations précontractuelles. Or, il ne s'agissait pas d'un contrat traditionnellement reconnu comme pouvant emporter une obligation fiduciaire, tel le contrat de mandat ou « agency »⁷⁴.

63. Les faits sont les suivants. *Lac Minerals Ltd.* (« Lac ») et *International Corona Ltd.* (« Corona ») sont des sociétés minières. Corona est une petite entreprise, tandis que Lac est une grande entreprise disposant d'importantes ressources financières. Corona est propriétaire de terrains divers sur lesquels elle procède à des forages de diamants. Les forages révèlent d'importantes ressources minérales. Ainsi, Corona fait les démarches pour tenter de se porter acquéreur des biens-fonds circonvoisins. Simultanément, Corona approche Lac en vue de lui faire une proposition pour l'exploitation de ses terrains compte tenu des énormes ressources financières

72. *Id.*, à la page 594. S. BONFILS, précité, note 59, aux pages 78 et suivantes.

73. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 69.

74. *Id.*, par. 1.

que possède Lac. Dans le cadre de ces discussions, Lac achète subrepticement l'un des fonds convoités par Corona. Aussitôt informée, Corona veut racheter le terrain. Face au refus de Lac, des procédures judiciaires sont entreprises. En première instance, le tribunal en vient à la conclusion que Lac a, entre autres, manqué à ses obligations fiduciaires. Il est ordonné à celle-ci de restituer le terrain, moins les coûts encourus pour sa mise en valeur (203 978 000 \$). Aussi, il est ordonné à Lac de restituer à Corona les bénéfices qu'elle en aurait tirés si elle avait exploité le terrain. Cette somme est évaluée à 700 000 000 \$.

64. La Cour d'appel confirme ce jugement en précisant que, dans les circonstances, Lac était devenu fiduciaire par interprétation et, la restitution du fonds s'avère la réparation appropriée. Il en est fait appel à la Cour suprême du Canada qui pose comme suit les questions en litige :

(1) *L'obligation fiduciaire*

Existait-il des rapports fiduciaires entre Corona et Lac et cette dernière a-t-elle manqué aux obligations qui en résultaient, en faisant l'acquisition du bien-fonds Williams?

(2) *L'abus de confiance*

Lac a-t-elle fait un usage abusif de renseignements confidentiels obtenus de Corona, la privant ainsi du bien-fonds Williams?

(3) *La réparation*

Quelle est la réparation appropriée dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première ou à la deuxième question⁷⁵?

75. *Id.*, par. 25 (formulation par le juge Sopinka, dissident en partie). En revanche, le juge La Forest, au nom de la majorité, formule ainsi les trois questions en litige :

« 1. Quelle était la nature de l'obligation fondée sur des rapports de confiance à laquelle a manqué Lac?

2. L'existence de l'obligation fondée sur des rapports de confiance, seule ou de concert avec les autres conclusions de fait des juridictions inférieures, donne-t-elle lieu à une obligation ou à des rapports fiduciaires? Si tel est le cas, quelle est la nature de cette obligation ou de ces rapports?

3. La fiducie par interprétation est-elle une réparation applicable à l'abus de confiance aussi bien qu'à la violation de l'obligation fiduciaire et, si tel est le cas, notre Cour devrait-elle intervenir dans l'imposition de cette réparation par les juridictions inférieures? » (par. 131).

L'appel est rejeté et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario est maintenu.

65. Le juge Sopinka énonce d'emblée que le recours d'*equity* fondé sur les relations fiduciaires s'impose rarement dans le contexte d'opérations commerciales réalisées par des parties n'ayant aucun lien de dépendance⁷⁶. Autrement dit, dans le cadre de relations commerciales habituelles entre contractants d'égal à égal, la confiance joue son rôle habituel. Elle conditionne le contrat en amont et sanctionne la trahison en aval. Il n'y a pas lieu d'accorder une protection particulière en pareil contexte. C'est seulement s'il existe une obligation fiduciaire reconnue par la jurisprudence (ex. relation avocat-client ou mandant-mandataire) qu'il y a lieu d'accorder un rôle plus important à la confiance.

66. Les juges Sopinka et La Forest s'entendent cependant pour affirmer que les catégories traditionnellement reconnues, pour donner naissance à une obligation fiduciaire et en conséquence une obligation de loyauté, ne sont pas exhaustives. Bref, ce n'est pas la catégorie qui est déterminante, mais la nature de la relation entre les parties⁷⁷. Là où les juges divergent d'opinion, c'est sur la nécessité que l'une des parties soit en état de vulnérabilité par rapport à l'autre pour que l'obligation fiduciaire prenne naissance. Le juge Sopinka conclut à la nécessité de cette vulnérabilité, alors que le juge La Forest est d'avis contraire⁷⁸.

67. La présence ou non de l'existence d'une obligation fiduciaire constitue une question de fait⁷⁹. À notre avis, la Cour précise que l'existence des circonstances donnant lieu à une confiance accrue par la communication d'information privilégiée est d'abord une question de fait qui, une fois établie l'existence, constitue un fait générateur de droit avec une obligation corrélative de fiduciaire qui comporte aussi une obligation de loyauté envers la partie ayant fait particulièrement confiance à l'autre.

68. La spécificité de ce jugement réside dans le fait que tout rapport contractuel peut, dépendamment des circonstances,

76. *Id.*, par. 27.

77. *Id.*, par. 30-32 et 147-148.

78. *Id.*, par. 50, 172.

79. *Id.*, par. 151.

engendrer une obligation fiduciaire. Cela est vrai dans la common law, bien qu'avant cet arrêt, seuls les cas spécifiquement reconnus traditionnellement pouvaient engendrer telle obligation. Tel est le cas présentement en droit civil québécois, où l'obligation de loyauté est limitée aux cas énoncés par le *Code civil du Québec*⁸⁰.

69. Ayant constaté la présence d'une obligation fiduciaire, obligation de loyauté et la violation de cette obligation de loyauté, le plus haut tribunal, avant de prononcer la sanction ou la réparation qui s'impose, y va de son énoncé sur la rationalité de l'obligation fiduciaire en ces termes :

La raison pour laquelle on impose des obligations fiduciaires tient à leur utilité dans la promotion et la préservation des institutions et des comportements sociaux souhaités. Il en va de même pour la protection des renseignements donnés en confiance. Dans notre monde contemporain, l'échange de renseignements confidentiels est nécessaire, et l'on s'y attend. La défenderesse a témoigné de l'existence dans l'industrie minière d'une déontologie reconnue, et la Cour d'appel a conclu que non seulement la pratique en cause était raisonnable, mais encore qu'elle encouragerait la recherche et la mise en valeur de nos ressources naturelles. L'institution que constitue la bonne foi dans les affaires mérite la protection de la loi dans les circonstances où cette protection est conforme aux attentes des parties.⁸¹

70. Et plus loin, le juge La Forest confirme la sanction accrue suivante :

En l'espèce, il est vrai que si les négociations avaient abouti, Lac aurait pu elle aussi obtenir un droit sur le bien-fonds de Corona, mais ce n'est là qu'une attente et non une certitude. Si Corona avait fait l'acquisition du bien-fonds Williams, comme elle l'aurait fait n'était-ce le manquement de Lac à son obligation, il semble probable que les négociations avec Lac auraient

80. Voir l'obligation de loyauté du salarié (art. 2088 C.c.Q.), du mandataire (art. 2138 C.c.Q.), de l'administrateur d'une société (art. 322, 321 et 2138 C.c.Q.), du commandité (art. 2138 et 1312 C.c.Q.), de la personne chargée de la vente d'un bien pour un tiers (art. 1709 C.c.Q.) et de l'administrateur du bien d'autrui (art. 1309 et 1312 C.c.Q.).

81. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 69.

mené à la conclusion d'une entente. Cependant, si Lac, au cours des négociations, avait manqué à une obligation fondée sur les rapports de confiance qu'elle devait à Corona, il semble certain que cette dernière aurait mis fin aux négociations et que Lac n'aurait rien eu. Dans de telles circonstances, bien des gens d'affaires, pesant les risques, manqueraient à l'obligation et feraient l'acquisition du bien. Cela ne favoriserait aucunement la préservation de la bonne foi dans les négociations ni des rapports fondés sur la confiance. **La réparation qui consiste à rendre un bien à la partie qui l'aurait acquis n'était-ce le manquement à une obligation fiduciaire ou à une obligation fondée sur des rapports de confiance, possède un effet dissuasif et renforce l'édifice social que ces obligations visent à protéger.** Comme on a démontré l'existence des éléments essentiels de l'enrichissement sans cause, je ne vois aucune raison de ne pas accorder réparation par restitution. (Nos caractères gras.)⁸²

71. Nous venons de voir comment la Cour suprême du Canada a consacré la juridicisation de la confiance dans les rapports contractuels commerciaux. Cette juridicité existe dès lors que l'une des parties à un contrat divulgue de l'information confidentielle susceptible de détournement par le cocontractant au détriment de la partie ayant fait la divulgation. La trahison de pareille confiance donne lieu à une réparation exceptionnelle consistant en la restitution de dommages allant au-delà de la simple perte, mais comprenant aussi le manque à gagner, voire, les profits faits par la partie ayant détourné l'information confidentielle.

72. Cette particularité du contrat comportant une confiance accrue s'illustre aussi à travers le prisme du modèle relationnel des contrats de services financiers. La théorie relationnelle des contrats révèle aussi à son tour le particularisme des contrats dits relationnels, en particulier, en raison du rôle accru que joue la confiance dans la création et l'exécution de pareils contrats. C'est ce que nous étudions dans la prochaine sous-section.

82. *Ibid.*

3. LE CONTRAT DE SERVICES FINANCIERS VU À TRAVERS LE PRISME DU MODÈLE RELATIONNEL DES CONTRATS

73. Nous avons vu plus haut que le contrat relationnel se caractérise soit par sa longue durée ou encore par le choix que font les parties contractantes d'agir solidairement, de coopérer devant les aléas futurs et de mettre de côté leurs intérêts personnels en pareille situation. Pareil rapport contractuel est caractérisé ainsi par une confiance accrue de l'une des parties à l'égard de l'autre en raison de la renonciation à ses propres intérêts. Nous sommes d'avis que les contrats de gestion de patrimoine constituent des contrats de type relationnel. Pour en venir à pareille classification, les auteurs ayant qualifié ces contrats de contrat relationnel ont d'abord fait le constat que le contrat en vertu duquel une partie confie à l'autre son patrimoine ou une partie de celui-ci pour placement ou gestion constitue un « contrat de confiance » ou encore un contrat « fiduciaire »⁸³. Ces auteurs font particulièrement référence à

83. Mario NACCARATO, *De l'incidence normative du droit privé au regard du droit criminel économique : perspectives de droit transsystémique*, (Canada, Angleterre, Suisse et France), Cowansville, Collection Minerve, Éditions Yvon Blais, 2008, aux pages 511-528; S. BONFILS, précité, note 59, à la page 61, par. 120. L'auteur pour-suit en affirmant :

L'originalité de la catégorie des contrats fiduciaires s'affirme en la confrontant à d'autres catégories proposées par la doctrine et au sujet desquelles les exigences de coopération, de confiance ou de bonne foi sont fréquemment évoquées. À cet égard, plusieurs catégories peuvent être citées : les contrats — échanges et les contrats — organisations (1); les contrats relationnels et les transactions discrètes (2); les contrats de situation et les contrats d'occasion (3).

Id., à la page 83, par. 168.

Tout en reconnaissant le caractère relationnel des contrats de gestion de patrimoine, « les contrats fiduciaires sont donc des contrats relationnels. Ils s'inscrivent dans la durée et portent en eux une obligation de coopération », *id.*, à la page 85, par. 175. L'auteur finit par ajouter que le parallélisme fait entre le contrat de type relationnel tel qu'entendu par la théorie réaliste américaine et le contrat de gestion de patrimoine, n'est peut-être pas aussi opportun qu'il en a l'air car, « le contrat fiduciaire n'est pas compris comme une réponse à l'incomplétude des contrats », aux pages 87, par. 179 et 86, par. 175.

Ce qu'il importe de préciser dans le cadre de notre étude, n'est pas un parallélisme eut égard aux solutions proposées par les modèles relationnels des contrats mais plutôt, un rapprochement entre le particularisme des liens tissés entre les parties contractantes. Nous n'envisageons pas le contrat de confiance qu'est le contrat de gestion de patrimoine en vue de relever le comportement extrajuridique des parties en vue de compléter les aléas futurs, mais plutôt pour démontrer que le lien

la sanction pénale de la confiance trahie dans le cadre de contrats ayant pour objet la remise d'un bien ou d'une valeur patrimoniale sujette à restitution. Il s'agit en particulier des articles 408 du *Code pénal de 1810* (France), du nouvel article 314-1 du *Code pénal de 1994* (France) et de l'article 138 du *Code pénal suisse* (Suisse). Ces infractions portent le nom « d'abus de confiance » :

Code pénal suisse :

Art. 138

1. Celui qui, pour se procurer ou procurer à un tiers un enrichissement illégitime, se sera approprié une chose mobilière appartenant à autrui et qui lui avait été confiée, celui qui, sans droit, aura employé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées, sera puni de la réclusion pour cinq ans au plus ou de l'emprisonnement. L'abus de confiance commis au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivi que sur plainte.

2. Si l'auteur a agi en qualité de membre d'une autorité, de fonctionnaire, de tuteur, de curateur, de gérant de fortunes ou dans l'exercice d'une profession, d'une industrie ou d'un commerce auquel les pouvoirs publics l'ont autorisé, la peine sera la réclusion pour dix ans au plus ou l'emprisonnement.

Code pénal de 1810 (France) :

Art. 408 (*Décr.-L. 8 août 1935*) Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'article 406.

étroit entre les parties fait en sorte que la sanction traditionnelle applicable aux contrats traditionnels et transactionnels doit être écartée au profit d'une sanction qui soit à la mesure du redressement nécessaire à la trahison particulière de la confiance dans le cadre des contrats relationnels à l'étude. C'est ainsi que nous finirons par démontrer que le régime de sanction civile applicable à la trahison de la confiance dans le cadre des contrats de gestion de patrimoine se veut plus costaud que la simple sanction de l'inexécution contractuelle.

Si l'abus de confiance a été commis par une personne faisant appel au public afin d'obtenir, soit pour son propre compte, soit comme directeur, administrateur ou agent d'une société ou d'une entreprise commerciale ou industrielle, la remise de fonds ou valeurs à titre de dépôt, de mandat ou de nantissement, la durée de l'emprisonnement pourra être portée à dix ans et l'amende à (L. n° 77-1468 du 30 déc. 1977, art. 19-11) « 5 000 000 F » au plus.

(...)

(L. n° 60-580 du 21 juin 1960) Les alinéas 2 et 3 du présent article sont applicables si l'abus de confiance a été commis par un courtier, un intermédiaire, un conseil professionnel ou un rédacteur d'actes et a porté sur le prix de vente d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, le prix de souscription, d'achat ou de vente d'actions ou de parts de sociétés immobilières, ou sur le prix de cession d'un bail lorsqu'une telle cession est autorisée par la loi (L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 71) « ou sur tout ou partie des sommes recouvrées pour le compte d'autrui. »

(...)

(...)

Code pénal de 1994 (France) :

Art. 314-1 L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 3 500 000 F d'amende.

74. Sous l'ancien Code pénal français, le législateur reconnaissait et énonçait les « contrats fiduciaires » et les énumérait nommément dans la disposition. Le législateur sanctionnait le détournement ou la dissipation d'un bien qui aurait été remis dans le cadre d'un contrat de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt ou dans le cadre d'un contrat de travail⁸⁴.

84. Voir S. BONFILS, précité, note 59, à la page 61, par. 121.

75. Avec l'avènement du nouveau Code pénal français, le législateur a rafraîchi la disposition en l'élaguant considérablement, se contentant de sanctionner le détournement de biens remis à charge de les restituer. Or, l'on pourrait croire que le législateur s'éloigne de la qualification civile des contrats, alors qu'à notre avis, il n'en est rien. Plutôt, le législateur reconnaît le caractère fiduciaire des contrats obligeant à la restitution et, afin qu'un détournement échappe à l'énumération de la disposition antérieure, le législateur s'est contenté de nommer les éléments constitutifs de l'infraction plutôt que les contrats dans le cadre duquel ces éléments peuvent se retrouver. Voilà qui confirme une fois de plus le caractère fiduciaire de l'abus de confiance. Cette modification législative s'est avérée ponctuelle dans la mesure où le législateur français consacrait formellement la fiducie en droit civil en 2008 qui, sujette à un détournement, n'aurait pas pu faire l'objet d'une sanction aux termes de l'article 408 du *Code pénal de 1818*. Or, le *Code pénal de 1994* protège moins de l'inexécution contractuelle que la « confiance accordée » dans le cadre de pareils contrats. Ainsi, c'est la trahison de la confiance accordée qui est sanctionnée :

Le délit d'abus de confiance est traditionnellement défini, à travers la théorie civiliste de la possession, comme une infraction patrimoniale destinée à protéger la propriété privée. Or, l'élargissement du champ d'application de l'incrimination par le Code pénal de 1992 mais aussi par la jurisprudence qui devait l'appliquer au-delà du domaine contractuel, invitait à une réflexion nouvelle. Celle-ci nous conduit à présenter le délit d'abus de confiance comme une infraction morale destinée à protéger la relation de confiance préalable liant l'auteur et la victime et, selon nous, à revenir ainsi aux origines du délit⁸⁵.

76. L'emploi du terme *confiance* en droit pénal a de quoi de surprenant alors que cette appellation est presque inexistante en droit privé civiliste. Cependant, le mot confiance est, depuis la naissance du droit romain, à l'origine d'une étymologie comportant un sens juridique. Par exemple, l'adjectif

85. Yvonne MULLER, « La protection pénale de la relation de confiance : observations sur le délit d'abus de confiance », (2006) *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal* 809, à la page 809.

« fiduciaire » est un dérivé de *fiducia* (« confiance ») et aurait aussi donné « fiducie »⁸⁶.

77. Dans la common law, les dérivés de confiance, « *fiducia* », sont nombreux. Il suffit de penser aux expressions *fiduciary capacity*, *fiduciary duty*, *fiduciary obligation*, *fiduciary power*, *fiduciary position*, *fiduciary relation* ou encore *fiduciary relationship*, pour n'en nommer que quelques-uns. En revanche, en droit privé québécois, les dérivés du terme *confiance* sont moins nombreux et quelques-uns très récents. Il suffit de penser à *fidéicommissaire* du *Code civil du Bas-Canada* ou encore de fiducie, néologisme de sens dans le *Code civil du Québec* ou encore fiduciaire qui est un polysème en droit civil québécois. Même si la common law s'est développée davantage autour des relations contractuelles de confiance, il n'en demeure pas moins que le terme fiduciaire demeure, en common law, à l'instar du droit civil québécois, un terme encore mal défini⁸⁷. Or, il n'importe pas de connaître avec précision la définition ou la juridicité exacte de confiance ou

86. S. BONFILS, précité, note 59, à la page 63, par. 122. Voir aussi Mario NACCARATO, « Note lexicographique : Fiduciaire », (2005) 107 *R. du N.* 357, à la page 358.

87. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 69, par. 146. Voir aussi : Christian THUDEROZ, « Introduction au propos : la confiance en questions », dans Vincent MANGEMATIN, Christian THUDEROZ (dir.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CBRS Éditions, 2003, 19, à la page 20 (« (...) le fait qu'il s'agit d'une notion de sens commun, moralement connotée, polysémique, sans définition unifiée (chaque auteur propose la sienne), difficile à manier ou à démêler elle mélange savamment plusieurs dimensions, sur fond de morale domestique et de disposition individuelle », renvoyant parfois à des institutions, parfois à des personnes, parfois à des objets, et dont les mécanismes internes apparaissent obscurs, n'a guère favorisé son appropriation par les sciences sociales »); Judy PATE, Graeme MARTIN, « Confiance et contrat psychologique », dans V. MANGEMATIN, C. THUDEROZ (dir.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CBRS Éditions, 2003, 71, à la page 74 (« tout d'abord, on notera que la conceptualisation du phénomène de confiance fut une démarche particulièrement difficile, ne serait-ce que du fait de sa variation au fil du temps. (...) »); Russell HARDIN, « Conceptions and Explanations of Trust », dans Karen S. COOK (dir.), *Trust in Society*, New-York, Russell Sage Foundation, 2001, 3, à la page 8 (in many accounts, Trust seems to be a primitive, unanalyzed term. As in foundationalist epistemology, we just know it when we see it. »); E. LORENZ, précité, note 49, à la page 110 (« (...) de multiples définitions de la confiance sont décrites dans la littérature, correspondant à diverses approches analysant les sources de cette confiance. »); Christian KOENING, « Confiance et contrat dans les alliances interentreprises », dans *La confiance : approches économiques et sociologiques*, Montréal, Gaétan Morin Éditeur, 1999, 127, à la page 132 (« il existe de nombreuses définitions de la confiance dans différents courants de pensée aux traditions académiques (...) »).

fiducia en droit privé, mais de comprendre le sens du générique *fiducia* du droit romain pour comprendre que les dérivés faisant partie de sa famille comportent, à degrés variables, des éléments de confiance que le droit contemporain commence à peine à définir.

3.1 PERSPECTIVE ROMANISTE DE LA CONFIANCE — *FIDUCIA*

78. Dans la Rome ancienne, la science juridique est une science empirique basée sur la recherche de solutions aux cas concrets plutôt que la définition de notions juridiques abstraites ou encore l'établissement de classification conceptuelle. Ainsi, les définitions juridiques se font rares, bien que l'on puisse occasionnellement déceler des descriptions émanant de jurisconsultes susceptibles de décrire certains concepts. La fiducie du droit romain ne fait pas exception. Or, le professeur Jean-Philippe Dunand consacre une thèse de doctorat à l'étude de la fiducie romaine en vue de déterminer la vraie nature de l'opération qu'est l'acte fiduciaire⁸⁸. Ainsi, dans la préface de cet ouvrage, le professeur Bruno Schmidlin tente de définir la fiducie à la lumière des commentaires du jurisconsulte romain Gaius :

Qu'est-ce que la fiducie? Dans le langage lapidaire des jurisconsultes romains, Gaius en donne une formule : *contrahitur cum amico quo tutius nostrae res apud eum esset* (Elle se conclut avec un ami pour que nos biens soient en meilleure sûreté chez lui). Ce but n'a jamais été aboli, il ne s'est que modifié. Il reste encore dans un monde capitaliste moderne le point unifiant des diverses applications de la fiducie, tels les placements fiduciaires, la gestion de fortune et les fonds de placement. Quel est le meilleur moyen d'assurer la sûreté du bien confié? La réponse est la même aujourd'hui qu'autrefois : transférer la propriété au protecteur fiduciaire qui, fort de ce droit, peut gérer les biens dans l'intérêt du fiduciaire et les défendre contre tous. Mais apparaît alors le paradoxe de cette institution : pour protéger ses biens, le fiduciaire les confie et

88. Jean-Philippe DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

les aliène au fiduciaire; alors qu'il veut en garder la propriété, il les donne à un autre⁸⁹.

79. La fiducie du droit romain continue à susciter de l'intérêt, au même titre que la fiducie contemporaine. Nous verrons comment dans les lignes qui suivent. Pour l'instant, il suffit d'énoncer qu'en dépit de quelques commentaires des jurisconsultes, la fiducie romaine n'a jamais été définie, bien que sa pérennité remonte au début de l'histoire du droit romain, soit aux alentours de l'année 754 avant Jésus-Christ (création de Rome), jusqu'à la période dite postclassique des années 284-565 après Jésus-Christ⁹⁰.

80. Il est intéressant de constater que, depuis ses origines en droit romain, la fiducie répond encore aujourd'hui aux mêmes besoins, ceux d'offrir une relative protection à la partie qui confie ses biens ou au bénéficiaire ultime désigné de ces mêmes biens. La notion de protection revient autant dans la littérature romaine que dans la littérature contemporaine. Dans le concret, dans la Rome antique, on confiait ses biens en vue d'une protection en raison d'un éloignement résultant d'une absence pour cause de croisade, ou encore, en raison d'un état de faiblesse quelconque, d'une maladie ou d'un accident ou toute autre cause occasionnant une incapacité temporaire pour le constituant d'administrer ses biens. Or, pour des raisons de sécurité, cette personne pouvait alors transférer ses biens les plus précieux à « un ami de confiance, dont les positions sociale et politique [lui] conféraient des garanties majeures d'immunité »⁹¹. La fiducie pouvait aussi servir d'outil de protection contre les créanciers. Pour ce faire, le constituant pouvait transférer ses biens à un fiduciaire en vue d'échapper à l'emprise de ses créanciers⁹². Il est piquant de constater que la fiducie contemporaine est employée pour servir à pareille fin⁹³!

89. Bruno SCHMIDLIN, préface dans J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page IX.

90. Pour l'historique de la fiducie romaine, voir l'étude fouillée de J.-P. DUNAND, précité, note 88, aux pages 1-2 et pour l'historique, aux pages 77 et suiv.

91. *Id.*, aux pages 85-86.

92. *Id.*, aux pages. 169-172.

93. Mario NACCARATO, « Note : La fiducie : réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code », (2007) 48 *C. de D.* 505, à la page 510.

81. Les ressemblances entre la fiducie romaine et la fiducie contemporaine ne se situent pas uniquement au niveau de son utilité, mais bien aussi au niveau de sa nature. Lorsque le constituant confie son bien à un fiduciaire en vue d'une protection, quelle est la nature juridique de cette opération, et en vertu de quel droit ou obligation le fiduciaire est-il tenu de restituer le bien à une date ultérieure? À l'instar du droit romain, le droit contemporain essaie encore de répondre à ces mêmes interrogations! Il suffit de faire une étude comparée pour s'en rendre compte. Déjà les jurisconsultes romains évitaient, comme nous l'avons dit, de définir la fiducie à la lumière des principes juridiques connus. C'est ainsi que l'on pouvait décrire l'opération du transfert fiduciaire comme une opération *sui generis* non définie. Ainsi, la fiducie n'était pas perçue comme une double opération juridique, soit celle de la remise suivie par le retour du bien. On qualifiait plutôt la fiducie de simple opération fondée sur la confiance en vertu de laquelle le fiduciaire donnait en mancipation, sous la condition qu'il fût remancipé⁹⁴. C'est cette absence de qualification juridique qui causa des problèmes, tant en droit romain qu'en droit contemporain. Le transfert comportait-il une cession du droit de propriété? Qu'advenait-il en cas de défaut de restitution? Le constituant ou le bénéficiaire pouvait-il se prévaloir d'un droit réel sur le bien ou d'un droit purement personnel? Encore là, le défaut de classification et le flou dans la description de la fiducie engendrèrent un débat qui est loin d'être résolu :

Les analyses, aussi bien historiques que comparatistes, permettent à l'auteur [J.-P. Dunand] de faire évoluer le débat relatif à la fiducie et de comprendre les entorses qu'elle a dû faire subir aux dogmes figés d'une propriété homogène et d'une notion de patrimoine unitaire absolu⁹⁵.

82. Or, nous voyons peu à peu comment naît la complexité de l'opération du transfert fiduciaire lorsqu'on tente de l'analyser sous le prisme des normes juridiques. Une chose demeure certaine : l'idée de confiance qui sous-tend le transfert fiduciaire. Il en est ainsi en droit contemporain.

94. J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page IX.

95. B. SCHMIDLIN, préface dans J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page XI.

83. Pour illustrer le problème de la conversion de cette opération de confiance en opération juridique, il suffit de citer l'exemple du droit suisse où encore, le problème est analysé sous la même loupe qu'il l'était sous le régime du droit romain :

[L]a fiducie n'est toujours pas réglée dans la loi et doit son développement à la jurisprudence rendue au fil du temps dans le cadre de la codification générale du droit civil. (...) La connaissance des sources romaines s'avère en l'espèce indispensable dès lors que, selon l'opinion traditionnelle, la fiducie helvétique ne serait qu'une transposition modernisée de la *fiducia* romaine.⁹⁶

84. À l'instar de la Suisse, le droit civil français tentait aussi bien que mal de s'accommoder d'une qualification à la pièce des actes qualifiés de fiduciaires à la lumière du droit privé. Autrement dit, la fiducie créée dans le quotidien n'était régie par aucun régime juridique particulier et se fondait sur la confiance et, selon le cas, d'une norme juridique quelconque pouvant trouver application (les règles du mandat, du dépôt, etc.). Ce n'est que tout récemment que le législateur français adoptait, à l'instar du législateur québécois, un régime particulier encadrant la fiducie⁹⁷. En revanche, le législateur québécois fit de même par l'adoption d'un régime de fiducie qui venait compléter un régime partiel de fiducie testamentaire de l'ancien Code. Or, en 1994, le législateur québécois adoptait lui aussi un régime régissant les opérations fiduciaires aux articles 1260 et suivants du *Code civil du Québec*⁹⁸.

96. J.-P. DUNAND, précité, note 88, aux pages 2-3.

97. Voir la Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 créant les articles 2011 et suivants du *Code Napoléon*. La fiducie est définie à l'article 2011 comme étant « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. » L'article 2021 fait référence à la notion de patrimoine fiduciaire, alors que l'article 2025 déclare insaisissable par le créancier du constituant les biens transférés en fiducie, sauf en cas de fraude. Le régime, étant tout récent, ne nous permet pas d'en faire une analyse bien que le législateur essaie de régler par voie indirecte des problèmes pouvant survenir en cours de route. Il en est ainsi au regard de la titularité des biens transférés en fiducie. Le législateur ne précise point à qui la propriété appartient, bien que les créanciers du constituant ne puissent avoir de droit sur les biens en fiducie.

98. L.Q., 1991, c. 64.

Avant l'adoption de ce régime, à l'instar du droit suisse et français, les tribunaux québécois qualifiaient à la pièce, en fonction du droit commun, les actes qualifiés par les parties de fiducies ou fiduciaires, alors que la notion était, sauf exception, inexistante en droit privé⁹⁹. À la lumière de ce qui précède, il n'est pas surprenant de constater que, depuis ses origines, l'opération fiduciaire a été qualifiée soit de simulation¹⁰⁰, de mandat¹⁰¹, de contrat de dépôt¹⁰², ou encore de contrat innommé *sui generis*¹⁰³.

85. À d'autres occasions, le législateur préférera créer des régimes spéciaux assujettis à des règles particulières telles en matière bancaire, en matière de fonds de placement ou en matière de lois pénales¹⁰⁴. Traditionnellement, la doctrine s'est dite d'avis que le droit civil de tradition romaniste ne reconnaissait pas les droits réels principaux autres que ceux expressément énumérés par la loi. Cette non-reconnaissance est connue sous l'appellation de la *numerus clausus*¹⁰⁵. Cette règle de la *numerus clausus* existe du fait que les auteurs de droit civil ont traditionnellement été opposés au démembrement du droit de propriété à des fins frauduleuses. Autrement dit, le droit s'inquiéterait de ce que le débiteur puisse transférer en fiducie un bien au détriment de ces créanciers, tout en conservant sur ce même bien des droits réels *sui generis* autres que le droit de propriété lui permettant de bénéficier d'une forme d'*usus*, de *fructus* ou d'*abusus* de

99. Voir *Birks c. Birks*, [1983] C.A. 485, infirmant *Birks c. Birks*, [1980] C.S. 730. Dans cette affaire, une convention entre actionnaires prévoyait la détention « en fiducie » de certains droits de vote attachés à des actions de société. Constatant que la détention en fiducie de ce genre de droit (« voting trust agreement ») n'entre dans aucune catégorie des droits des contrats nommés, ni de la fiducie telle que connue, bien que la Cour d'appel conclut qu'il pouvait s'agir là d'un contrat dit innommé entre les parties dans la mesure où ces conditions ne dérogeaient pas à l'ordre public ni aux bonnes mœurs.

100. En particulier au sens de l'article 18 du *Code des obligations suisses* : J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page 21.

101. Au sens des articles 394 et suiv. du *Code des obligations suisses* : J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page 31.

102. J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page 221.

103. *Id.*, aux pages 3, 66 (voir la critique aux pages 38, 39); en droit québécois : voir *Birks c. Birks*, précité, note 99.

104. J.-P. DUNAND, précité, note 88, aux pages 41-47.

105. *Id.*, aux pages 1-24, 193.

manière indirecte. La *numerus clausus* permet de trancher, il y a transfert ou il n'y en a pas¹⁰⁶.

86. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a eu récemment à se prononcer sur la véritable nature d'un transfert de propriété dans le cadre d'une fiducie, pour conclure à une application stricte du terme « transfert ». Lorsque le constituant se réserve trop de droits de manière à ce que le transfert soit incompatible avec un véritable transfert de propriété, il n'y a pas constitution de fiducie¹⁰⁷.

87. Si dans un cas idéal, où le constituant se voit ultérieurement remettre les biens qu'il a jadis transférés en fiducie ne pose pas de problème, advenant la non-restitution, la notion de confiance, à elle seule, ne pourrait venir en aide à la victime de la non-restitution. C'est ainsi qu'en droit romain, des interrogations ont été soulevées à l'égard de la nature juridique de l'opération, car la fiducie fut créée avant même que le droit civil classique ne soit formé¹⁰⁸. Or, il a été dit que, dans ce contexte, la fiducie reposait uniquement sur des rapports privés entre les parties (*lex privata*)¹⁰⁹. L'obligation de restituer le bien fiduciaire ne se fonde pas sur une promesse au sens contractuel du terme, mais plutôt sur une soumission de ce dernier à la *lex* que lui impose unilatéralement le fiduciaire¹¹⁰. Ainsi, les rapports des parties sont régis par la seule confiance faite par le constituant au fiduciaire et en revanche de l'obligation de loyauté de ce dernier envers le constituant¹¹¹. S'ajoutent à la confiance deux éléments, soit le rituel qui encadrerait la constitution de la fiducie, soit la présence d'un magistrat et

106. Voir à ce sujet Mario NACCARATO, *Dans quelle mesure le droit positif québécois répond-il aux besoins créés par l'institution nouvelle de la division du patrimoine du Code civil du Québec?*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 1996.

107. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758. Pour l'analyse des retombées de cet arrêt, voir M. NACCARATO, précité, note 93, à la page 510. Comparer avec *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, où la Cour suprême conclut, sous l'ancien régime de la fiducie, à l'existence d'un droit de propriété *sui generis* en faveur du fiduciaire. Cette qualification n'est plus applicable sous le droit actuel, mais nous la citons à titre d'illustration de la préoccupation qu'a eue cette idée de transfert de propriété dans le cadre d'une opération fiduciaire proprement dite.

108. J.-P. DUNAND, précité, note 88, à la page 109.

109. *Id.*, aux pages 149-150.

110. *Id.*, à la page 125.

111. S. BONFILS, précité, note 59, à la page 71, par. 135.

de plusieurs témoins. Comme deuxième élément, s'ajoute un lien moral et religieux qui protège la parole donnée¹¹². Le parjure était « *sacer* » maudit et exclus de la communauté religieuse par le tribunal des pontifes.

88. D'une manière générale, le culte et le respect de la *fides* étaient considérés comme des vertus essentielles. Aussi, le manquement à la *fides* emporte à cette époque une importante réprobation sociale¹¹³. Or, comme nous l'avons mentionné plus haut, la présence d'une normativité juridique ou sociale encadrant le transfert fiduciaire aura pour effet, à l'instar du contrat traditionnel, de conditionner en amont la création de la fiducie et aura aussi pour fonction de sanctionner en aval la trahison de la confiance. Qu'advient-il cependant de cette confiance accrue inextricablement liée à la création même et à l'existence de la fiducie par laquelle l'un confie ses biens à autrui? Nous avons dit plus haut que le contrat fiduciaire est original, spécifique et comporte ses particularités, dont un lien de confiance accrue. Il continue de l'être encore aujourd'hui :

L'originalité de la catégorie des contrats fiduciaires s'affirme en la confrontant à d'autres catégories proposées par la doctrine et au sujet desquelles les exigences de coopération, de confiance ou de bonne foi sont fréquemment évoquées. À cet égard, plusieurs catégories peuvent être citées : les contrats-échange et les contrats-organisation (1); les contrats relationnels et les transactions discrètes (2); (...) ¹¹⁴

89. Nous avons affirmé plus haut que les parties à un contrat transactionnel s'attendent à l'exécution des contre-prestations respectives. Or, les parties se fondent à parts égales sur une confiance réciproque. Nous avons précisé aussi que dans le cadre de contrats comportant un degré accru de confiance, l'une des parties renoncera dans une certaine mesure à ses propres intérêts afin de favoriser ceux de la partie contractante faisant le moins confiance. Autrement dit, dans les contrats comportant une confiance accrue, les

112. *Ibid.*

113. J.-P. DUNAND, précité, note 88, aux pages 150-151.

114. S. BONFILS, précité, note 59, à la page 83, par. 168.

intérêts des parties sont asymétriques. C'est en ce sens que Sébastien Bonfils déclare avec à-propos que, en pareil contexte : « Seul celui qui confie ses intérêts gagne ou perd et l'interprète de l'intérêt est toujours gagnant, puisqu'il perçoit une rémunération »¹¹⁵.

90. En d'autres termes, le fiduciaire (au sens large), le gestionnaire de patrimoine, risque peu et son degré de confiance est presque inexistant. C'est ce caractère asymétrique qui, à notre avis, fait sortir le contrat de gestion de patrimoine du cadre des contrats traditionnels. Le degré de confiance est tel que la régulation propre à ces contrats doit être arrimée avec sa spécificité. C'est ainsi que Sébastien Bonfils rapproche, voire qualifie, le contrat de gestion de patrimoine au contrat relationnel, selon le modèle évoqué par le professeur MacNeil :

La théorie des contrats relationnels a été développée par le Professeur Yan (*sic*) R. MacNeil dont les travaux se sont progressivement répandus dans la doctrine française. L'auteur oppose ces contrats aux transactions discrètes pour lesquelles aucune relation n'existe entre les parties en dehors du simple échange de biens et dont le paradigme est la vente d'essence à une station-service sur une route par un pompiste que l'automobiliste n'a pas l'intention de revoir un jour. Alors que la transaction discrète n'engage qu'une faible part de la personnalité, qu'elle porte sur des objets spécifiques et mesurés et qu'elle s'inscrit dans le court terme, ayant une gestation brève et étant destinée à s'éteindre par une exécution ou une réparation, le contrat relationnel, qui implique la personne entière, comporte des prestations dont une partie seulement peut être mesurée et spécifiée et dont la finalité essentielle est la durée.

(...)

Les contrats fiduciaires sont donc des contrats relationnels. Ils s'inscrivent dans la durée et portent en eux une obligation de coopération¹¹⁶.

91. Aussi, le contrat de gestion de patrimoine emporte, dans la tradition anglo-saxonne, une obligation de loyauté propre

115. *Id.*, à la page 84, par. 171.

116. *Id.*, à la page 85, par. 173 et 175.

au contrat comportant l'obligation fiduciaire (*Fiduciary Duty*) telle que nous l'avons vue dans l'affaire *Lac Minerals*¹¹⁷.

92. Cette particularité du contrat de gestion de patrimoine, que nous appelons « degré de confiance accrue », emporte, comme nous l'avons vu brièvement plus haut, un corollaire, soit une obligation de loyauté qui incombe à la partie en qui la confiance est placée et qui risque le moins à s'engager dans le rapport contractuel. Cette obligation de loyauté signifie que le gestionnaire de patrimoine renonce dans une certaine mesure à ses propres intérêts au profit du client qui lui confie ses biens. Autrement dit, dans un rapport contractuel où les intérêts des deux parties s'affrontent, le gestionnaire de patrimoine doit favoriser les intérêts de son client¹¹⁸.

93. Or, quelques commentaires au sujet de la confiance s'imposent. D'abord, la confiance peut être créée et augmentée, mais en revanche, elle comporte une obligation corrélative de loyauté.

3.2 CRÉATION ET MODULATION DE LA CONFIANCE

94. La théorie économique du droit s'intéresse à la notion de confiance dans les rapports contractuels, car sa présence constitue un facteur important dans la diminution des coûts de transaction reliés au contrat¹¹⁹. Lorsque la confiance est présente, de manière réciproque, il est démontré que les parties à tel contrat renoncent à adopter un comportement opportuniste¹²⁰.

95. Nous avons affirmé plus haut que certains types de contrats transactionnels s'exécutent sans la moindre présence

117. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 69.

118. Sébastien Bonfils décrit le conflit d'intérêts comme suit : « Un conflit d'intérêts « prend naissance lorsqu'une même personne poursuit deux ou plusieurs intérêts et lorsque ces intérêts sont contradictoires ». (...) ». S. BONFILS, précité, note 59, à la page 81, par. 163.

119. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, à la page 376.

120. L'opportunisme est défini comme un « comportement qui consiste pour l'un des cocontractants à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat — les quasi-rentes, dans le vocabulaire de l'économiste — que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat. »

Voir E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, à la page 379, par. 1355.

de confiance entre les parties, alors que d'autres types de contrats nécessitent un certain élément de confiance à défaut de quoi ils ne se créeront pas. Les cas types sont respectivement le contrat de vente d'essence et le contrat de dépôt ou de mandat¹²¹.

96. Cela dit, ces constatations sont importantes, car au-delà des contrats qui s'exécutent avec ou sans confiance, il existe des types de contrat où la confiance est créée de toutes pièces. À titre d'exemple, il existe des champs de commerce nouveaux et inconnus qui se créent continuellement sur Internet. Faute de confiance en raison du manque de connaissance du cyberspace, les agents économiques sont plus hésitants à contracter sur ce nouveau terrain. Ainsi, les marchands s'intéressent à des façons de hausser la confiance de leur future clientèle afin que celle-ci se sente davantage en sécurité. Il a été démontré que l'une des façons de créer la confiance est par la diffusion d'information¹²².

97. Ainsi, l'agent économique qui souhaite inspirer confiance en sa future clientèle s'y prendra de diverses manières. Parfois la démarche est individuelle, parfois elle est institutionnelle. Nous nous limitons dans le cadre de la présente à l'énumération de certains codes de communication d'information.

3.3 SOURCES DE LA CONFIANCE

98. Nous ferons ci-après l'énumération des sources de la confiance telles que constatées par la doctrine. Parfois ces sources de la confiance sont spontanées de sorte qu'elles n'ont pas été influencées ou créées par les parties contractantes. En revanche, d'autres sources de la confiance ont pour origine l'acte des parties elles-mêmes ou d'une tierce personne tel un organe gouvernemental. L'énumération ci-après ne comporte pas de signification particulière. Nous n'insistons pas sur le rôle plus ou moins important d'une forme de source par rapport à une autre. Les voici :

121. A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 112.

122. P.-H. VALLÉE, E. MACKAAY, précité, note 50, à la page 3.

- 1. Le droit positif¹²³;
- 2. L'exigence d'un contrat écrit¹²⁴;
- 3. L'information¹²⁵;
- 4. La réputation¹²⁶;
- 5. La publicité¹²⁷;
- 6. La confiance éthique assurée par la déontologie¹²⁸;
- 7. La certification¹²⁹.

99. La pratique de la modulation de la confiance se fait surtout ressentir en face d'un contexte nouveau tel celui de l'Internet ou encore devant les contrats nécessitant un degré de confiance accrue tels les contrats de gestion de patrimoine. Il est courant pour les agents économiques du secteur financier d'avoir recours à une publicité faisant ressortir les traits marquants susceptibles de créer un sentiment de confiance accrue chez le client potentiel¹³⁰. Les sources de modulation

123. A. CHIREZ, précité, note 12, aux pages 290-293. Non seulement le droit positif consiste-t-il en un fondement de la création de la confiance, mais il en assure la légitimité. Voir aussi Russell HARDIN, *Trust and Trustworthiness*, New-York, Russell Sage Foundation, 2002, à la page 46; Partha DASGUTTA, « Trust as a Commodity », dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, New-York, Basil Blackwell, à la page 50.

124. A. CHIREZ, précité, note 12, aux pages 60 et suiv.

125. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, à la page 386; P.-H. VALLÉE, E. MACKAAY, précité, note 50, à la page 4.

126. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, à la page 386; P.-H. VALLÉE, E. MACKAAY, précité, note 50, à la page 6; Christian THUDEROZ, Vincent MANGEMATIN, Denis HARRISON, *La confiance : approches économiques et sociologiques*, Montréal, Gaétan Morin Éditeur, 1999, à la page 38; L. ZUCKER, « Production of Trust : Institutional Sources of Economic Structure, 1840-1920 », dans B. STAW, L. CUMMINGS (dir.), *Research in Organisational Behavior*, Greenwich, Jai Press, 1986, à la page 63; A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 168.

127. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, précité, note 15, p 388; P.-H. VALLÉE, E. MACKAAY, précité, note 50, à la page 32.

128. Lucie LAUZIÈRE, « Étude des rapports personnels de dépendance et d'interdépendance dans la relation client-avocat », dans CDC (dir.), *Les rapports de dépendance et d'interdépendance*, Québec, P.U.L., 2002, aux pages 19-21; S. BONFILS, précité, note 59, aux pages 98, 103; COMMISSION DU DROIT DU CANADA, « Introduction. Personne n'est une île », précitée, note 50, à la page 17; A. CHIREZ, précité, note 12, aux pages 38, 208, 362-363.

129. La certification provient généralement d'un institut indépendant ou d'une association de fournisseurs ou d'une agence de surveillance. P.-H. VALLÉE, E. MACKAAY, précité, note 50, à la page 32.

130. Il suffit de citer quelques exemples recensés sur Internet pour s'en convaincre : Banque Bridgewater : www.bridgewater.ca, où l'institution met en valeur son environnement institutionnel dans une section « Consumer Care » et dans laquelle l'institution précise être soumise à toutes les lois fédérales concernant la protection du consommateur. Aussi, elle fait état de sa réputation en précisant la date du début de

ses activités. La banque CIBC : <http://www.cibc.com/ca/personal-fr.html>, où la banque fait état de sa culture d'entreprise en nommant expressément la « confiance » comme l'une de ses principales valeurs. Aussi, la banque fait état de sa réputation et relate les chiffres obtenus dans le cadre de son dernier exercice financier. Banque Citizens du Canada : <https://www.citizensbank.ca/>, la banque fait état de sa réputation en soulignant les récompenses qu'elle a obtenues. Aussi, la banque fait état de son engagement envers ses clients, de même que ses valeurs d'affaires. « Intégrité, innovation et responsabilité ». Banque Dundee du Canada : http://www.dbc.ca/v2/fr/index.php?option=com_frontpage&Itemid=139, la banque fait état de son environnement institutionnel en décrivant son processus de règlement de plaintes. Banque Manuvie du Canada : <http://www1.banquemanuvie.ca/fr/MLBHomef.html>, la banque présente ses engagements et ses codes de conduite et décrit son processus de règlement de plaintes. Banque Royale du Canada (RBC) : <http://www.banqueroyale.com/>, la banque fait état de sa réputation en présentant un prix remporté par celle-ci. Aussi, la banque fait état de son engagement envers sa clientèle, de même que ses obligations morales. La banque décrit aussi la « confiance » comme une de ses valeurs principales. BMO : <http://www4.bmo.com/francais/>, la banque décrit son environnement institutionnel en présentant son code d'éthique. Elle fait aussi état, comme valeur, du souci de ses clients et présente ses résultats financiers pour étayer sa réputation. Aussi, elle présente comme engagement le fait qu'elle vise une saine gouvernance, ce qui signifie qu'elle s'efforce « chaque jour de mériter la confiance de toutes les parties prenantes de l'organisation, notamment (...) nos clients (...) ». Groupe financier Banque TD : <http://www.tdcanadatrust.com/francais/index.jst>, la banque fait état de sa réputation en étayant les honneurs remportés. Aussi, elle dévoile son environnement institutionnel en affirmant qu'elle se conforme aux lois relatives à la protection du consommateur. Banque Laurentienne du Canada : https://www.banquelalaurentienne.ca/fr/services_particuliers/index.html, la banque fait état de sa réputation en présentant sa longue histoire. Aussi, la banque présente comme sa valeur première l'« obsession client » et un environnement institutionnel qui comporte un code de conduite. Banque Nationale du Canada : <http://www.bcn.ca/>, la banque étaye sa réputation en exposant les prix et distinctions qu'elle a remportés. Aussi, la banque fait état de sa longue histoire. Banque Scotia : http://www.scotiabank.com/cda/index/0,,LIDfr_SID3002,00.html, la banque fait état de son environnement institutionnel en se disant posséder un code de conduite et un processus de règlement de plaintes. L'Association des banquiers canadiens : <http://www.cba.ca/fr/default.asp>, l'association énonce les différents types de code de conduite présents dans le secteur bancaire, ainsi que la sécurité avec laquelle l'argent des clients est confié. Agence de la consommation en matière financière du Canada : www.acfc-fcac.gc.ca, l'agence fait état de l'environnement juridique dans lequel les services financiers sont offerts, en faisant état des lois et règlements dont l'agence surveille le respect. Groupe Investors : <http://www.investorsgroup.com/francais/>, l'institution vante sa réputation en faisant état de son histoire remontant au début du XX^e siècle. Aussi, l'institution fait état de sa « confiance relationnelle » avec sa clientèle, tout en ajoutant que l'une de ses principales préoccupations est celle d'établir avec sa clientèle « des relations durables ». Financière Sun Life : <http://www.sunlife.ca/>, l'institution vante sa réputation en faisant état de sa longue histoire. Elle vante aussi son environnement institutionnel, en faisant état de son propre règlement de conduite professionnelle. Aussi, elle étaye sa réputation en faisant l'énoncé des listes de distinctions reçues. Enfin, l'Industrielle Alliance : <http://www.inalco.com/index.jsp>, fait état de son environnement institutionnel et juridique, en se disant posséder un code d'éthique et autres normes auxquelles elle s'autosujette. Elle vante aussi sa réputation en étayant le nombre de clients et les actifs sous sa gestion et administration.

de la confiance sont variées et multiples et conviennent parfaitement aux principaux acteurs car, en matière de gestion de patrimoine, la relation entre le client et l'institution est *intuitu personae* de sorte que la confiance est non seulement accrue mais nécessaire au préalable, de sorte qu'en l'absence de confiance, le contrat ne se réalisera pas. C'est ainsi que les gestionnaires de portefeuille attirent l'attention de la clientèle sur une série de renseignements susceptibles de hausser la confiance qui, dans un contexte de libre concurrence, peut faire appel à l'usage d'artifices de boniment pouvant être employés pour créer un environnement artificiel de confiance susceptible d'attirer la clientèle. Parfois les moyens employés dépassent le simple boniment et la ruse frise davantage le dol. Il en est ainsi dans un cas récent où le tribunal fustige l'institution financière pour avoir fait appel à la ruse en vue de créer un sentiment de confiance alors qu'il n'en était rien. Il s'agit de l'affaire *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*¹³¹, dans laquelle les activités d'un conseiller en placement avaient un historique de non-conformité aux directives internes de son employeur et ne respectaient généralement pas les profils de la clientèle. Malgré cet historique d'activités non conformes du conseiller, l'employeur l'a promu au rang de vice-président en raison des revenus générés, de sorte que la performance fut valorisée davantage que le respect de la clientèle. Autrement dit, l'employeur a mis beaucoup d'efforts pour mousser les « qualifications » du représentant auprès de

131. *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [2003] O.J. n° 621 (C. de j. sup. Ont.), confirmé à *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [2005] O.J. n° 778 (C.A. Ont.). (Les défendeurs ont, à titre d'employeur de Georgiou, été condamnés à payer des dommages-intérêts sur une base délictuelle et contractuelle, mais étonnamment, le tribunal refuse de fonder l'action sur l'obligation fiduciaire du gestionnaire de portefeuille, car le défendeur, selon le tribunal, a suffisamment d'expérience en matière d'investissement et qu'il aurait à ce titre consenti aux agissements de Georgiou. C'est à tort, croyons-nous, que le tribunal aurait conclu ainsi, car il est maintenant reconnu en *equity* que les connaissances du client, tout comme sa vulnérabilité, ne sont plus un critère nécessaire à l'existence ou non d'une obligation fiduciaire, de sorte qu'un client averti peut être victime d'un manquement à l'obligation fiduciaire de son cocontractant. Voir : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, précité, note 69, et davantage dans *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 et William. F. FLANAGAN, « Les devoirs fiduciaires dans les rapports commerciaux : « quand le lien commercial » se transforme-t-il en « lien personnel »? », dans CDC (dir.), *Les rapports de dépendance et d'interdépendance*, Québec, P.U.L. 2002, à la page 83.

sa clientèle pour hausser sa confiance. Les remarques du juge Gordon de la Cour supérieure de l'Ontario concernant cette pratique méritent d'être citées au long :

114. George Georgiou commenced employment with Midland on 8 December 1988. He was 19 years of age.

(...)

118. In 1992 George Georgiou's commission revenue was approximately \$715,000. He was one of Midland's top producers, from a sales perspective.

119. Vice-president is defined, in the Oxford English Dictionary as « an official or executive ranking below and deputizing for a president ». A vice-president is a management position with considerable responsibility. Such, however, was not the case at Midland. George Georgiou, on his examination for discovery, indicated every third or fourth person at Midland was a vice-president. George Georgiou was not assigned any new responsibilities in this position other than to order new letterhead and business cards.

(...)

121. Promoting George Georgiou to the position of vice-president was purely a marketing gimmick, an intentional misrepresentation to the public by Midland. The public would consider a vice-president to have special status, be more knowledgeable and influential.

122. Midland announced George Georgiou's promotion to the position of vice-president. They did not announce his history of discretionary trading, breach of regulations or the fact he was on trading restrictions and supervision.

123. What is more problematic is the process. The promotion resulted from the influence of the National Sales Manager. This clearly demonstrates the high position sales had in the corporate structure and, conversely, the lack of importance allocated to compliance.

124. Clients of the firm, including the Blackburns (les demandeurs floués par Georgiou), would be impressed with this announcement. Any misgivings they may have had about George Georgiou's ethics on trading practices evaporated with the recognition by head office of a superior stockbroker.

125. Four months after the promotion took effect, Midland find [sic, fired?] George Georgiou for cause.

126. Midland's conduct in this escapade is further evidence of their negligence, of the importance of revenue over client objectives and satisfaction and their willful blindness to the protection of their clients. Such a practice is contrary to the regulatory standards of integrity, dignity and ethical conduct. [Nos soulignements]¹³²

100. À ce stade-ci, il convient de résumer ce que nous avons dit jusqu'à présent. Le rôle de la confiance dans tout contrat transactionnel a pour but de conditionner la formation du contrat et de sanctionner son inexécution. En revanche, les contrats nécessitant une confiance accrue, tel le contrat de gestion de patrimoine, créent une obligation corrélative de loyauté justifiant une sanction accrue, car la confiance accrue est telle qu'elle fait partie intégrante des obligations du cocontractant envers qui la confiance est placée. Celui-ci agit au milieu d'une tension entre ses propres intérêts et ceux de son client, alors que ce dernier est à sa merci. C'est ainsi qu'il est dit que la confiance s'intègre à ses obligations. Elle définit en quelque sorte les obligations du gestionnaire de patrimoine.

4. OBLIGATION DE LOYAUTÉ, COROLLAIRE DE LA CONFIANCE ACCRUE

101. Avant de discuter de l'obligation de loyauté, il importe de préciser que celle-ci est une variante de l'obligation fiduciaire de la common law, qui tire ses origines de la *Fiduciary Duty* proprement dite du trustee à qui l'on confiait ses biens. Ainsi, des variantes comportant des obligations de confiance plus ou moins intenses découlent de cette obligation fiduciaire primaire. L'obligation entre le client et son gestionnaire de patrimoine, que celui-ci agisse à titre de fiduciaire, de mandataire ou à tout autre titre, se situe, à notre avis, dans

132. *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [2003] O.J. n° 621 (C. de j. sup. Ont.), précité, note 131, confirmé à *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [2005] O.J. n° 778 (C.A. Ont.). Voir aussi *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, [2006] J.Q. n° 5467 (C.S.).

un cadre d'obligation de loyauté intense à l'instar de l'obligation fiduciaire du *trustee* proprement dite¹³³.

102. Nous avons affirmé plus haut que la présence d'un lien de confiance accrue entre un client et son cocontractant a pour objet de créer une obligation corrélative, l'obligation de loyauté. Nous avons ajouté que, plus les services dispensés sont spécialisés, plus la confiance du client profane est grande. Aussi, plus la confiance est grande, plus l'obligation du prestataire de services sera intense et, corrélativement, l'acceptation des risques par le client profane diminuera. Or, la confiance est inversement proportionnelle à la connaissance du client¹³⁴.

103. Mais qu'est-ce que l'obligation de loyauté? L'obligation de loyauté naît lorsque le prestataire de services est confronté à une situation où ses propres intérêts s'opposent à ceux de son client. La doctrine décrit ainsi l'obligation de loyauté :

L'obligation de loyauté conduit donc son débiteur à agir intentionnellement pour le bien du créancier lorsque l'intérêt de celui-ci entre en conflit avec le sien ou celui d'un tiers. Dans la première situation, il doit sacrifier son propre intérêt; dans la seconde, il doit agir avec impartialité. Dans les deux, il pourra être amené à révéler le conflit.¹³⁵

104. Donc, c'est en présence d'un conflit d'intérêts que naît l'obligation de loyauté. De surcroît, à la lumière de ce qui précède, « Le conflit d'intérêts, comme pour tous les contrats fiduciaires, est au cœur des contrats d'intermédiation financière »¹³⁶.

105. C'est généralement la violation de ce devoir de loyauté qui donne lieu à une sanction juridique. Cette sanction est de deux ordres, civile et pénale. Elle vise la réparation du tort

133. Voir brièvement à ce sujet S. BONFILS, précité, note 59, à la page 88, par. 180. En common law, l'obligation fiduciaire du banquier et du courtier est reconnue par la jurisprudence : *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1974] 3 W.L.R. 501, [1975] Q.B. 326 (C.A.); *Varcoe c. Sterling*, (1992) 7 O.R. (ddd) 204 (Div. jen.), dans *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 131.

134. Voir S. BONFILS, précité, note 59, aux pages 102, 110 et 215; A. CHIREZ, précité, note 12, à la page 148.

135. S. BONFILS, précité, note 59, à la page 91, par. 185.

136. *Id.*, à la page 102, par. 203.

causé, la punition du fautif et la réprobation social à titre préventif. Les deux autres études qui font partie de la trilogie d'articles publiés dans ce numéro complètent la présente réflexion, en traitant des régimes de responsabilité civile et pénale des intermédiaires financiers.

4.1 LE RÉGIME DE SANCTIONS CIVILES

106. Dans une étude complémentaire à celle-ci, la professeure Crête met en évidence la prise en compte de la spécificité des rapports de confiance entre les prestataires de services de placement et leurs clients dans le droit financier et dans le droit commun¹³⁷. Cette étude se fonde sur la prémisse selon laquelle l'existence d'un lien de confiance accrue dans les relations entre le prestataire et ses clients s'explique, premièrement, par la nature des pouvoirs exercés par l'intermédiaire qui agit pour le compte de son client et, deuxièmement, par la nature professionnelle des services offerts par le prestataire de services¹³⁸. Plus spécifiquement, cette étude révèle que l'intensification des obligations trouve sa source dans les principes du droit commun qui imposent des obligations strictes à l'intermédiaire qui représente autrui ou qui administre un patrimoine qui n'est pas le sien, de même que dans la régulation financière qui prévoit un encadrement juridique s'apparentant à celui élaboré pour régir les activités des professionnels reconnus en vertu du *Code des professions*.

107. Cette intensification des obligations est également confortée par la jurisprudence où les tribunaux reconnaissent l'existence de normes élevées de conduite, en mettant en relief le statut professionnel des conseillers financiers et des gestionnaires de portefeuille, tout en opposant cette situation à celle d'un prestataire de services engagé dans une simple

137. Voir la partie III de la trilogie d'articles publiés dans ce numéro : Raymonde CRÊTE, « Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (XXX à ajouter)

138. Voir la partie II de la trilogie d'articles publiés dans ce numéro : Raymonde CRÊTE, Marc LACOURSIÈRE, Cinthia DUCLOS, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (XXX à ajouter).

relation commerciale. La reconnaissance de l'intensification des obligations apparaît également dans la jurisprudence qui justifie cette intensification par la prise en considération du transfert de pouvoirs en faveur des intermédiaires appelés à agir pour le compte d'autrui et des risques inhérents à cette attribution de pouvoirs. Enfin, l'intensification des obligations imposées aux intermédiaires financiers et la diminution corrélative des obligations des consommateurs se manifestent aussi dans la jurisprudence où les tribunaux, selon une analyse contextuelle de la relation entre les parties, modulent l'intensité des obligations respectives de ces dernières en prenant en considération les nombreux facteurs de nature juridique, économique, sociale et psychologique qui contribuent à accroître la confiance et la vulnérabilité des consommateurs et, du même coup, le besoin de protection de ces derniers.

108. En terminant, au regard des sanctions imposées aux prestataires de services financiers en matière de responsabilité civile, la jurisprudence montre que les comportements fautifs, et plus particulièrement le bris de confiance de la part d'un prestataire de services de placement, peuvent, au-delà des pertes financières subies par le demandeur, entraîner un préjudice moral qui se manifeste par des troubles importants d'ordre psychologique, telles l'angoisse, la perte de confiance, la tristesse, l'insécurité, l'humiliation et même la dépression. Dans un contexte où des épargnants confient à un intermédiaire financier une part parfois considérable de leurs économies en vue d'assurer leur sécurité financière, les tribunaux reconnaissent que les fautes commises par les intermédiaires financiers puissent, compte tenu entre autres de la gravité de la faute, du degré de confiance, de vulnérabilité et de dépendance du client, porter atteinte aux droits fondamentaux reconnus par la Charte, plus spécifiquement au droit à la dignité, de même qu'au droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens du consommateur. Lorsque le professionnel trahit la confiance de son client et porte ainsi atteinte à ses droits fondamentaux, les juges admettent que le comportement répréhensible et les conséquences néfastes qui en découlent puissent justifier l'imposition de sanctions pécuniaires particulières et même accrues de nature curative, préventive et punitive. Comme le montrent les affaires

*Markarian*¹³⁹ et *Talbot*¹⁴⁰, une même condamnation peut inclure des sanctions de nature curative, en vue d'indemniser le demandeur pour les pertes financières subies et de réparer le préjudice moral causé à celui-ci, de même qu'une sanction punitive, de manière à exprimer publiquement la réprobation sociale du comportement jugé répréhensible et de prévenir, pour l'avenir, un tel comportement.

4.2 LE RÉGIME DE SANCTIONS PÉNALES

109. Dans le cadre d'une étude menée de manière concomitante à celle-ci¹⁴¹, nous soutenons la thèse suivant laquelle le droit criminel sanctionne plus strictement l'auteur d'une infraction bénéficiant d'une position de confiance à l'égard de la victime, par rapport à la simple inexécution contractuelle. Tel que mentionné précédemment, le contrat liant l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières en est un qui repose sur la confiance. Par conséquent, la trahison de cette confiance élève l'inexécution contractuelle à un niveau de gravité tel que le droit criminel est justifié de sévir. L'étude de décisions rendues en matière de crimes économiques commis par des personnes en position de confiance a permis de constater dans quelle mesure les conduites fautives de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières sont condamnées suivant les différentes dispositions du *Code criminel*. Ainsi, l'on constate que la fausse représentation ou l'omission de dévoiler certaines informations lors du conseil, de la sollicitation ou de la vente de valeurs, l'utilisation de fonds confiés à des fins qui ne correspondent pas aux objectifs du client, à l'encontre de ses instructions ou encore à des fins personnelles, constituent tous des comportements où l'intermédiaire est condamné sur une base criminelle en raison de l'inexécution de ses obligations.

139. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, [2006] J.Q. n° 5467 (C.S.) (QL/LN).

140. *Talbot c. Lavigne*, [2008] J.Q. n° 9010 (C.S.).

141. Mario NACCARATO, Audrey LÉTOURNEAU, « La confiance trahie : La répression pénale et criminelle du manquement de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières et la détermination des peines applicables » (à paraître).

110. Plus encore, en matière de détermination de la peine, nous analysons l'ensemble des principes et circonstances dont les tribunaux tiennent compte lors du prononcé de la peine en matière d'intermédiation financière. Nous constatons alors l'impact significatif de l'abus de confiance comme un facteur aggravant reconnu qui justifie l'imposition d'une peine d'autant plus sévère.

111. Enfin, en matière d'infractions pour le bien-être public, les législateurs provinciaux sanctionnent également la conduite fautive de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières. Ce corpus législatif donne lieu à des peines qui comprennent l'amende et l'emprisonnement, suivant l'infraction reprochée. Nous parcourons alors la nature des comportements punis et analysons les peines rendues relativement à certaines dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Puis, en matière de détermination de la peine, nous constatons l'inspiration des tribunaux quant aux principes et facteurs considérés, lesquels reprennent largement les critères élaborés par le droit criminel. Cette nouvelle jurisprudence nous permettra de confirmer l'impact de la notion de confiance dans la répression de la conduite reprochée à ces intermédiaires.

CONCLUSION

112. Le contrat de gestion de patrimoine est un contrat relationnel qui, en raison de la confiance accrue qui le caractérise, se distingue du simple contrat transactionnel.

113. Le contrat de gestion de patrimoine s'inscrit dans la famille des contrats dits fiduciaires ou contrats de confiance, issus de la fiducie de la Rome antique.

114. Le transfert d'un bien pour fin d'administration et de restitution ultérieure était jadis fondé sur la seule confiance faite par celui qui confie, au fiduciaire. Peu à peu, des régimes juridiques particuliers sont venus encadrer ces opérations, tels le mandat, le dépôt, l'administration du bien d'autrui, le contrat de services et la fiducie.

115. Tous ces contrats relèvent de la même famille, la confiance (de la *fiducia* en latin). Le dénominateur commun en fait un contrat nécessitant un encadrement juridique

particulier où les sanctions, en cas de violation de la confiance, méritent une intervention juridique accrue. Cet article démontre, sur le plan épistémologique, comment une sanction accrue doit sévir en cas de violation de la confiance dans le cadre d'un contrat de confiance. Cette prémisse permettra, dans le cadre des études complémentaires à celle-ci, de relever le particularisme des droits privé et pénal régissant le contrat de confiance¹⁴².

Mario Naccarato
Faculté de droit
Pavillon Charles-De Koninck
1030, avenue des Sciences-Humaines
Local 1107
Québec (Québec) G1V 0A6
Tél. : 418 656-2131, poste 16247
Télec. : 418 656-7230
Mario.naccarato@fd.ulaval.ca

142. L'auteur remercie ses auxiliaires de recherche Audrey Létourneau et Thierry Lavoie pour leur assistance au cours de la préparation de ce texte. Aussi, l'auteur remercie ses collègues les professeurs Raymonde Crête et Marc Lacoursière pour leurs précieux commentaires à l'endroit d'une version précédente de ce texte. Enfin, l'auteur remercie l'Autorité des marchés financiers du Québec pour l'octroi d'une subvention qui a permis le financement de la recherche nécessaire à la préparation de cet article.

Annexe 1 :
catégories d'intermédiaires financiers assujettis à la réglementation québécoise
sur les valeurs mobilières et sur les services financiers¹

Catégories d'intermédiaires	Fonctions	Lois applicables	Organismes administratifs et tribunaux administratifs	Organisme d'autoréglementation
Courtier en placement	Courtier ou placeur autorisé à exercer le courtage de tous les titres ou à agir comme placeur à leur égard (Art. 2.1, R 31-103)	LVM	AMF, BDRVMM	OCRCVM (ACCOVAM fusionné avec le SRM)
Représentant de courtier en placement	Personne physique autorisée à conseiller les clients, faire de la gestion de portefeuille ou à négocier toute sorte de titre pour le compte d'un courtier en placement	LVM	AMF, BDRVMM	OCRCVM
Courtier en épargne collective	Courtier qui n'est autorisé à exercer le courtage que des titres suivants : les titres d'organisme de placement collectif et, sauf au Québec, les titres de fonds d'investissement qui sont des fonds de travailleurs ou des sociétés à capital de risque de travailleurs constitués en vertu d'une loi provinciale	LVM	AMF, BDRVMM	— ²

¹ Ce tableau n'est pas exhaustif et ne traite que des intermédiaires financiers qui ont fait l'objet de cet article. Les catégories retenues et les lois applicables sont celles prévues dans le Projet de Loi n° 8 : *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2009, c. 25. Ce projet de loi est entré en vigueur le 17 juin 2009, à l'exception de certaines dispositions.

² Au Québec, les courtiers en épargne collective sont assujettis au contrôle de l'AMF. Cependant, dans d'autres provinces, ils peuvent être soumis à l'encadrement de l'Association canadienne des courtiers en fonds mutuels (ACCFM) qui est un organisme d'autoréglementation.

Catégories d'intermédiaires	Fonctions	Lois applicables	Organismes administratifs et tribunaux administratifs	Organisme d'autoréglementation
Représentant de courtier en épargne collective	Personne physique autorisée à conseiller les clients, faire de la gestion de portefeuille ou à négocier les titres autorisés pour le compte d'un courtier en épargne collective	LVM	AMF, BDRVM	CSF ³
Conseiller en placement	Toute personne qui exerce ou se présente comme exerçant l'activité consistant à conseiller autrui en matière d'investissement en valeurs ou d'achat, de souscription ou de vente de valeurs ou à gérer un portefeuille de valeurs	LVM	AMF, BDRVM	-
Représentant-conseil	Le représentant-conseil est autorisé à fournir des conseils sur des titres aux clients d'un conseiller en placement inscrit en tant que gestionnaire de portefeuille ou en tant que gestionnaire de portefeuille d'exercice restreint	LVM	AMF, BDRVM	
Représentant-conseil adjoint	Le représentant-conseil adjoint ne peut fournir de conseils sur des titres que si un représentant-conseil désigné par le conseiller inscrit a approuvé les conseils au préalable (Art. 2.8, R 31-103)	LVM	AMF, BDRVM	

³ La Chambre de la sécurité financière (CSF) est un organisme d'autoréglementation qui assure la protection du public en maintenant la discipline, ainsi qu'en veillant à la formation et à la déontologie des représentants sous sa gouverne. L'inscription à cet organisme est facultative. Les planificateurs financiers peuvent s'y inscrire s'ils sont également inscrits comme représentants en valeurs mobilières.

Catégories d'intermédiaires	Fonctions	Lois applicables	Organismes administratifs et tribunaux administratifs	Organisme d'autoréglementation
Planificateur financier	Personne physique qui aide les clients dans l'élaboration de leur planification financière en leur traçant un plan d'action adapté à leurs besoins, et en tenant compte de leurs contraintes et de leurs objectifs. À moins d'être aussi inscrits comme représentants en valeurs mobilières, les planificateurs financiers ne sont pas habilités à recommander ou à négocier des valeurs mobilières.	LDPSF	AMF	CSF, OCRCVM ⁴

⁴ Les planificateurs financiers ne sont soumis à l'encadrement de l'OCRCVM que s'ils sont inscrits aussi en tant que représentants de courtiers en placement. De même, si les planificateurs financiers exercent aussi une profession réglementée, ils peuvent être soumis à l'encadrement d'ordres professionnels, tels l'Ordre des comptables agréés du Québec, l'Ordre des avocats du Québec, la Chambre des notaires du Québec, etc. Voir l'article 59 de la LDPSF.

Légende : LVM : *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1; LDPSF : *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., c. D-9.2; OCRCVM : Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (les courtiers sont contraints d'y adhérer et leurs représentants doivent avoir obtenu l'autorisation de l'organisme pour pouvoir œuvrer au Québec); ACCOVAM : Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières; SRM : Service de réglementation des marchés; AMF : Autorité des marchés financiers; BDRVM : Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières; R 31-103 : *Règlement sur les catégories d'inscription* 31-103.

Annexe 2 :
services offerts par les intermédiaires en matière de conseils financiers
et de gestion de portefeuille

Services de conseils financiers et de gestion de portefeuille	Définition	Courtier en placement	Courtier en épargne collective	Conseiller	Planificateur financier
Conseils financiers	Formulation de recommandations et avis sur ce qu'il convient de faire ou à la fourniture d'une prestation intellectuelle tendant à formuler des orientations, un choix d'actions et une aide à la décision sur diverses opérations ¹ .	Autorisé	Autorisé	Autorisé	Autorisé
Gestion de portefeuille « assistée » ou « contrôlée » ²	Contrat de gestion de portefeuille en vertu duquel l'intermédiaire ne peut agir sans l'assentiment préalable de son client	Autorisé	Autorisé	Autorisé	Non autorisé ³

¹ Définition issue des travaux préparatoires qui ont mené à l'élaboration du Code monétaire et financier en France. Cité dans Thierry BONNEAU et France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 2^e éd., coll. « Corpus droit privé », Paris, Economica, 2005, n° 238, p. 227.

² Les deux termes sont utilisés concurremment par les auteurs.

³ Le planificateur n'est, en principe, pas autorisé à proposer des services de gestion de portefeuille à ses clients. Il est néanmoins possible qu'il le fasse, à la condition qu'il soit inscrit en tant que représentant d'un courtier ou d'un conseiller auprès de l'Autorité des marchés financiers.

Services de conseils financiers et de gestion de portefeuille	Définition	Courtier en placement	Courtier en épargne collective	Conseiller	Planificateur financier
Gestion de portefeuille « discrétionnaire », « d'office », « autonome » ou « compte géré » ⁴	Contrat de gestion de portefeuille en vertu duquel l'intermédiaire dispose de pouvoirs étendus pour le choix et la réalisation des opérations sans être tenu d'obtenir l'assentiment préalable du client	Autorisé	Non autorisé	Autorisé	Non autorisé
Gestion de compte « carte blanche »	Contrat de gestion permettant à l'intermédiaire de marché d'agir de façon discrétionnaire sur le compte de son client, bien qu'aucun contrat de gestion de portefeuille autonome n'ait été conclu. La gestion de compte « carte blanche » est le plus souvent utilisée pour une période déterminée (par exemple, en l'absence momentanée du client) ⁵	Autorisé	Non autorisé	Autorisé	Non autorisé

⁴ Les trois premiers termes sont utilisés concurremment par les auteurs. Quant au « compte géré », il est défini au paragraphe 3 de la règle 1300 des règles des courtiers membres de l'OCRCVM : *Règles des courtiers membres* :

http://iirc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?kType=446&linkType=fth&dbID=201807342&documentID=86¶graphID=45#para_45.

⁵ La définition de la gestion de compte « carte blanche » est prévue dans la règle 1300 des règles des courtiers membres de l'OCRCVM, *Règles des courtiers membres* :

http://iirc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?kType=446&linkType=fth&dbID=201807342&documentID=86¶graphID=45#para_45.