

Partie III : les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille

Raymonde Crête

Volume 39, Number 2, 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027078ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027078ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Crête, R. (2009). Partie III : les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille. *Revue générale de droit*, 39(2), 581–653.
<https://doi.org/10.7202/1027078ar>

Article abstract

The services offered by financial advisors and portfolio managers are qualified by the existence of a heightened bond of trust that calls for judicial recognition specific to this reality. In this article that comprises the third part of a trilogy of articles published in this edition of *Revue générale de droit*, the author intends to show how positive law takes into account the specificity of the relationships of trust between investment service providers and their clients. More specifically, the analysis emphasizes that, in this highly regulated sector of activity, a unifying thread emerges that manifests itself by an intensification of the obligations imposed on financial intermediaries and by a corresponding decrease of consumer obligations as well as by the imposition of specific sanctions and penalties on investment service providers.

Partie III

Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille

RAYMONDE CRÊTE

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

RÉSUMÉ

Les services offerts par les conseillers financiers et par les gestionnaires de portefeuille se caractérisent par l'existence d'un lien de confiance accrue qui commande une reconnaissance juridique propre à cette réalité. Dans cet article qui constitue la troisième partie d'une trilogie d'articles publiés dans ce numéro de la Revue générale de droit, l'auteure entend montrer comment le droit positif prend en compte la spécificité des rapports de confiance entre les prestataires de services de placement et leurs clients. Plus spécifiquement, l'analyse fait ressortir que, dans ce secteur d'activités

ABSTRACT

The services offered by financial advisors and portfolio managers are qualified by the existence of a heightened bond of trust that calls for judicial recognition specific to this reality. In this article that comprises the third part of a trilogy of articles published in this edition of Revue générale de droit, the author intends to show how positive law takes into account the specificity of the relationships of trust between investment service providers and their clients. More specifically, the analysis emphasizes that, in this highly regulated sector of activity, a unifying thread emerges that manifests itself by an intensification of the

extrêmement réglementé, il se dégage un fil conducteur qui se manifeste par une intensification des obligations imposées aux intermédiaires de marché et par une diminution corrélative des obligations des consommateurs, de même que par l'imposition de sanctions particulières aux prestataires de services de placement.

obligations imposed on financial intermediaries and by a corresponding decrease of consumer obligations as well as by the imposition of specific sanctions and penalties on investment service providers.

Mots-clés : *Confiance, conseil financier, gestion de portefeuille, services de placement, mandat, administration du bien d'autrui, professionnel, loyauté, compétence, prudence, diligence*

Key-words : *Trust, financial advice, portfolio management, investment services, mandate, administration of the property of others, professional, loyalty, competence, prudence, diligence*

SOMMAIRE

Introduction.....	583
1. L'application des régimes du mandat et de l'administration comme manifestation du particularisme juridique.....	585
1.1 L'application traditionnelle et prédominante du régime du mandat.....	586
1.2 Une qualification juridique mixte	590
Synthèse.....	600
2. L'intensification des obligations des intermédiaires financiers par un contrôle a priori de l'accès au marché.....	602
3. L'intensification des obligations des intermédiaires financiers dans la prestation des services de placement	607
3.1 L'obligation fondamentale de loyauté à l'égard du client.....	607

3.2	La modulation des obligations professionnelles de compétence, de prudence et de diligence.....	616
3.3	La modulation des l'intensité des obligations de l'intermédiaire par une analyse contextuelle des rapports de confiance.....	622
3.4	La prise en compte du rapport de confiance dans la détermination des obligations du consommateur.....	627
4.	Les manifestations du particularisme juridique dans l'imposition de sanctions civiles.....	633
4.1	La fonction curative des sanctions civiles.....	636
4.2	Les fonctions préventive et punitive des sanctions civiles.....	641
	Conclusion.....	646
	Annexe 1: catégories d'intermédiaires financiers assujettis à la réglementation québécoise sur les valeurs mobilières.....	649
	Annexe 2: services offerts par les intermédiaires en matière de conseils financiers et de gestion de portefeuille.....	652

INTRODUCTION

1. Un nombre considérable de consommateurs font appel à des intermédiaires financiers pour obtenir des conseils en matière de placement ou pour gérer leurs épargnes en vue de faire fructifier leur patrimoine. Notre équipe de recherche a entrepris une série de textes qui ont pour but de mieux comprendre le sens et la portée d'un imposant corpus réglementaire applicable aux prestataires de services de placement, plus spécifiquement aux courtiers en placement, aux courtiers en épargne collective, aux conseillers financiers, aux gestionnaires de portefeuille et aux planificateurs financiers¹. Ces recherches couvrent les services offerts sur une base individualisée et non collective, excluant ainsi du champ

1. Voir la Partie II de la trilogie des articles publiés dans ce numéro: Raymond CRÈTE, Marc LACOURSIÈRE, Cinthia DUCLOS, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » (article publié dans ce même numéro de la *Revue générale de droit*). La section 1 de cette Partie II décrit plus amplement les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille qui font l'objet de cette 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.

d'analyse les services de gestion d'un fonds collectif, tels un fonds d'investissement ou une caisse de retraite. En vue d'alléger le texte qui suit, nous utilisons les termes « prestataires de services de placement » ou « intermédiaires financiers » pour désigner les intermédiaires qui font l'objet de notre étude.

2. Dans la première partie de cette trilogie, la recherche du professeur Naccarato montre que les services offerts par les professionnels de ces services de placement se caractérisent par l'existence d'un lien de confiance accrue qui commande une reconnaissance juridique propre à cette réalité². Plus spécifiquement, l'auteure fait ressortir le rôle singulier que joue la confiance dans ce type de contrat dit « relationnel » afin de saisir comment le droit positif prend en compte la spécificité de ce contrat fondé sur la confiance. Dans la deuxième partie de cette trilogie, l'objectif est de mieux comprendre la rationalité du particularisme juridique de ces rapports fondés sur un lien de confiance accrue dans les services de placement³. Plus particulièrement, la deuxième étude présentée par Raymonde Crête, Marc Lacoursière et Cinthia Duclos explicite la raison d'être de l'existence de normes particulières plus sévères qui sont imposées aux prestataires de ces services de placement. À cette fin, l'étude se fonde, dans un premier temps, sur la théorie économique de l'agence pour mettre en relief la nature particulière des pouvoirs exercés par les intermédiaires qui agissent pour le compte d'autrui. Dans un deuxième temps, l'étude met en relief les différents éléments qui justifient la reconnaissance institutionnelle du statut professionnel du conseiller financier et du gestionnaire de portefeuille, de manière à mieux saisir la nécessité de prévoir un cadre juridique spécifique à ces prestataires dont les services peuvent entraîner des répercussions économiques et sociales considérables tant au plan microéconomique que macroéconomique.

2. Voir la Partie I de la trilogie des articles publiés dans ce numéro : Mario NACCARATO, « La juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (article publié dans ce même numéro de la *Revue générale de droit*).

3. Voir la Partie II de la trilogie des articles publiés dans ce numéro : R. CRÊTE, M. LACOURSIÈRE, C. DUCLOS, précité, note 1.

3. Dans le but de compléter les deux études précédentes, le présent texte, qui constitue la troisième partie de cette trilogie, a pour but de montrer comment le droit positif prend en compte la spécificité des rapports de confiance entre les prestataires de services de placement et leurs clients. Plus spécifiquement, l'analyse qui suit entend faire ressortir que, dans ce secteur d'activités extrêmement réglementé, il se dégage un fil conducteur qui se manifeste par une intensification des obligations imposées aux intermédiaires de marché et par une diminution corrélative des obligations des consommateurs, de même que par l'imposition de sanctions particulières aux prestataires de services de placement. Dans l'examen de la réglementation, notre attention portera, dans la section 1, sur la qualification juridique des services offerts par ces intermédiaires, alors que les sections 2 et 3 sur les normes de conduite prévues dans le droit commun et dans la réglementation financière, lesquelles peuvent, en cas de violation de celles-ci, entraîner l'imposition de sanctions accrues en vertu du régime général de responsabilité civile du droit commun, lesquelles seront analysées dans la section 4.

1. L'APPLICATION DES RÉGIMES DU MANDAT ET DE L'ADMINISTRATION COMME MANIFESTATION DU PARTICULARISME JURIDIQUE

4. En droit commun, l'examen de la qualification juridique du rapport entre les intermédiaires financiers et leurs clients peut servir à mettre en relief un dénominateur commun entre les régimes applicables. Ce processus de qualification juridique pose toutefois des difficultés de taille en raison de la diversité des types d'intermédiaires et de l'éventail étendu et complexe des services offerts par ces derniers.

5. Dans l'analyse des rapports entre les intermédiaires et leurs clients, la qualification juridique de ces relations constitue une étape cruciale puisqu'elle sert à définir la nature et l'étendue des droits et des obligations des parties en droit commun. Dans ce processus de qualification, la prestation de services constitue-t-elle un mandat, un contrat de service, une relation d'administration du bien d'autrui, un contrat de dépôt ou de prêt, ou encore s'agit-il d'un contrat mixte inconnu?

6. Cette qualification est d'autant plus importante dans la mesure où les régimes applicables peuvent rendre compte de la spécificité des rapports de confiance par une intensification des obligations et des mécanismes de surveillance et de contrôle à l'égard des intermédiaires financiers. Dans ce contexte, les règles du mandat et de l'administration du bien d'autrui apparaissent, de prime abord, plus aptes que les autres régimes à s'adapter à cette réalité particulière par l'imposition de normes de bonne conduite plus strictes et de sanctions particulières en cas de violation de ces normes. Les obligations de prudence, de diligence, de loyauté et de rendre compte qui sont prévues expressément dans le *Code civil*, de même que les normes qui découlent de cette obligation de loyauté conviennent à ce genre de rapport de confiance⁴. Par ailleurs, compte tenu de l'éventail des services qu'un intermédiaire peut offrir à un même client, l'application de ces régimes n'exclut pas le recours à d'autres régimes juridiques. L'analyse d'une relation contractuelle peut ainsi mettre en relief un faisceau de régimes juridiques complémentaires.

1.1 L'APPLICATION TRADITIONNELLE ET PRÉDOMINANTE DU RÉGIME DU MANDAT

7. Traditionnellement, le régime du mandat s'est vu reconnaître une portée très étendue par le droit commun québécois. Sous le *Code civil du Bas Canada*, le mandat était défini comme « un contrat par lequel une personne, qu'on appelle le mandant, confie la gestion d'une affaire licite à une autre personne qu'on appelle mandataire, et qui, par le fait de son acceptation, s'oblige de l'exécuter »⁵. La référence à la « gestion d'une affaire licite » sous le Code antérieur permettait de couvrir un large éventail de relations contractuelles, tels les services offerts par des professionnels comme les avocats, les notaires, les architectes et les ingénieurs⁶. Il convient de

4. Concernant les obligations du mandataire envers le mandant, voir les articles 2138 à 2148 C.c.Q.; concernant les obligations de l'administrateur du bien d'autrui envers le bénéficiaire, voir les articles 1308 à 1318 et 1363 à 1370 C.c.Q.

5. Art. 1701, al. 1 C.c.B.C.

6. Concernant la portée étendue du mandat sous le *Code civil du Bas Canada*, voir Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 4670 p., par. 26-28.

souligner aussi que les dispositions relatives au mandat contenues dans le Code de 1866 visaient expressément les avocats, les notaires, les courtiers, les facteurs et autres agents commerciaux⁷. Comme le mentionnait le professeur Fabien dans son analyse du Code de 1866 : « le mandat est une institution juridique dont la finalité consiste à permettre à une personne d'établir un rapport juridique avec une autre personne, avec laquelle elle ne peut ou ne veut traiter directement »⁸. Le contrat de mandat permet d'accomplir des actes divers, et ce, pour des raisons variées qui peuvent être d'ordre pragmatique, légal ou autre, comme l'impossibilité d'accomplir un acte directement en raison de l'éloignement, l'absence des compétences, des habiletés ou de l'expérience requises ou l'existence de contraintes légales pour accomplir un acte juridique déterminé ou encore le désir d'anonymat.

8. La portée étendue reconnue au mandat sous le Code antérieur permettait également de couvrir le mandat « sans représentation » ou un « mandat avec représentation imparfaite ». Dans ce dernier cas, le mandataire peut, en son nom, obliger le mandant dans l'accomplissement d'un acte juridique. En d'autres termes, le but du mandat est de permettre au mandataire d'accomplir un acte juridique pour le compte et dans l'intérêt d'autrui⁹.

9. Dans l'examen des services offerts par les intermédiaires financiers, tels les courtiers, les gestionnaires de portefeuille et les planificateurs financiers, la jurisprudence rendue sous le droit antérieur à la réforme du Code civil a reconnu de manière prédominante l'application du régime du mandat pour régir les rapports entre ces intermédiaires financiers et leurs clients. Cette jurisprudence a fait ressortir deux tendances dans la qualification des services offerts par les courtiers en valeurs mobilières. Ces tendances apparaissent

7. Art. 1732, 1733 (avocats), 1735 (courtiers), 1736 (facteurs ou marchands à commission), 1737 (courtiers et facteurs) C.c.B.C.

8. Claude FABIEN, « Les règles du mandat », dans *Répertoire de droit — Mandat*, Doctrine, Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1987, 363 p., à la page 55.

9. Le professeur Popovici retient pour sa part la notion de « mandat avec représentation imparfaite »; voir Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, 677 p., aux pages 202 et 203.

également dans la jurisprudence actuelle rendue en vertu du *Code civil du Québec*, malgré la formulation différente de la définition du contrat de mandat sous le nouveau Code¹⁰.

10. La première tendance est d'une portée plus restreinte, puisqu'elle met l'accent sur les opérations spécifiques d'achat et de vente de titres effectuées par un courtier en valeurs mobilières pour le compte de son client. La deuxième tendance jurisprudentielle est plus englobante en ce sens qu'elle réfère au régime du mandat pour qualifier l'ensemble des services de négociation de titres, de gestion de portefeuille et de planification financière offerts par les prestataires de services de placement.

11. Selon la première tendance jurisprudentielle, les tribunaux considèrent que le mandat régit la fonction de négociation de valeurs mobilières exercée par le courtier qui procède à l'achat et à la vente de titres pour le compte de son client. Le courtier agit alors comme mandataire du client, le mandant¹¹. Cette jurisprudence précise que le mandat se termine après chaque opération mais que, dans une relation continue entre l'intermédiaire et son client, ce mandat « se renouvelle avec chaque opération de négoce »¹².

12. Sans remettre en question l'application du régime du mandat à la fonction décrite précédemment, le second courant jurisprudentiel étend la portée de ce régime pour couvrir les services de gestion de portefeuille et, même dans certaines circonstances, les services de planification financière. Cette extension de la portée du régime apparaît clairement dans l'arrêt *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities*

10. Au sujet de la définition du contrat de mandat sous le *Code civil du Québec*, voir plus loin le texte correspondant aux notes 18-23. Concernant la jurisprudence rendue sous le *Code civil du Québec*, voir le texte correspondant à la note 26.

11. *Beatty c. Inns*, [1953] B.R. 349; *Vézina c. R.B.C. Dominion valeurs mobilières Inc.*, [1997] J.Q. No 2594 (C.S.) (QL/LN); *Hirsch c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [1998] J.Q. No 179 (C.S.); *Wall Street Clearing Co. c. Retter*, J.E. 94-1015 (C.S.); *Midland Doherty Ltd. c. Brixi*, (1993) J.Q. No 532 (C.S.) (QL/LN).

12. *Beatty c. Inns*, précité, note 11, p. 352, 353; cet extrait est repris entre autres dans *Midland Doherty Ltd. c. Brixi*, précité, note 11, par. 27; *H.P.Q.R. Inc. c. Nesbitt Burns Inc.*, [1995] J.Q. No 1597 (C.S.) (QL/LN), par. 84; *Vézina c. R.B.C. Dominion valeurs mobilières Inc.*, précité, note 11, par. 14. La doctrine reprend également cet extrait; voir Raymond D. LEMOYNE, Georges R. THIBAudeau, « La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec », (1991) *R. du B.* 503, 504.

*Canada Ltd.*¹³, où la Cour suprême du Canada précise que, dans la gestion de portefeuille, l'objet du mandat réside non pas dans l'exécution d'une transaction, mais plutôt dans « la gestion plus ou moins discrétionnaire du portefeuille du client »¹⁴.

13. Selon la Cour suprême, dans ce contrat de mandat, la confiance que témoigne le client envers le gestionnaire en lui confiant la gestion de ses avoirs financiers est au cœur de la relation entre les parties. Sous la plume du juge Gonthier, la Cour s'exprime comme suit :

Comme tout mandat, celui qui unit le gestionnaire à son client est infusé de la notion de confiance, le gestionnaire, le mandataire, étant investi de la confiance de son client pour la gestion de ses affaires [...]. Comme l'a écrit un auteur, l'expression « confie » implique une certaine confiance de celui qui donne le mandat en celui qui le reçoit. Cet élément de confiance explique notamment le pouvoir dont dispose le mandant de révoquer en tout temps le mandat [...]. Cet esprit de confiance se reflète dans l'intensité des obligations qui incombent au gestionnaire, laquelle est d'autant plus forte que le mandant est vulnérable, profane, dépendant du mandataire et que le mandat est important. Ainsi, les exigences de loyauté, fidélité et diligence du gestionnaire à l'égard de son client seront d'autant plus sévères¹⁵.

14. La Cour suprême met bien en évidence la prise en compte, par le droit commun québécois, de la spécificité du rapport de confiance qui caractérise la relation entre un gestionnaire de portefeuille et son client. Cet arrêt reconnaît le rôle prédominant de la confiance dans ce type de relation, c'est-à-dire une réalité qui est prise en compte dans le droit commun par l'imposition de normes de conduite plus strictes qui découlent de l'application du régime du mandat.

13. *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, par. 27.

14. Ces propos sont repris également dans la jurisprudence rendue sous le *Code civil du Québec*; voir *Marseille c. Bourque*, [2003] J.Q. No 2517 (C.S.) (QL/LN), par. 42; *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, [2003] J.Q. No 5202 (C.S.) (QL/LN), par. 136.

15. *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 28.

15. À l'instar des tribunaux, les auteurs québécois appelés à interpréter le contrat de mandat ont également reconnu l'application de ce régime dans le domaine des services en valeurs mobilières, tels ceux offerts par les courtiers en valeurs mobilières et leurs représentants¹⁶. Ils ont aussi fait ressortir la confiance comme un élément fondamental du contrat de mandat¹⁷.

1.2 UNE QUALIFICATION JURIDIQUE MIXTE

16. Avec la réforme du Code civil adoptée au début des années 90, l'exercice de qualification juridique des services financiers s'est complexifié en raison de l'introduction de nouveaux régimes juridiques et des modifications apportées aux dispositions applicables aux contrats nommés traditionnels. L'adoption du nouveau régime de l'administration du bien d'autrui et des dispositions relatives au contrat de service, de même que la nouvelle définition du contrat de mandat rendent en effet la tâche de qualification plus difficile. Si l'application du régime du mandat faisait consensus dans la doctrine et dans la jurisprudence sous le *Code civil du Bas Canada* en vue de qualifier les services offerts par le courtier en valeurs mobilières et par le gestionnaire de portefeuille, il n'en est plus de même depuis l'adoption du nouveau Code.

17. En ce qui a trait au régime du mandat, le *Code civil du Québec* précise qu'il s'agit d'un « contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer »¹⁸. Le Code actuel met l'accent sur la « représentation », que l'on définit comme un « procédé de substitution d'une personne par une autre dans la réalisation

16. C. FABIEN, précité, note 8, aux pages 96, 97; R.D. LEMOYNE, G.R. THIBAU-DEAU, précité, note 12, aux pages 503-508; Stéphane ROUSSEAU, Julie BIRON, « La relation entre les courtiers et les gestionnaires de valeurs mobilières et leurs clients : quelques observations sur l'influence du Code civil du Québec », [En ligne]. http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/qui-sommes-nous/fonds-reserve-education-promotion/projets-acceptes/SC-74Rousseau_Biron.pdf (Page consultée le 6 juin 2007), aux pages 4-9.

17. C. FABIEN, précité, note 8, à la page 58; A. POPOVICI, précité, note 9.

18. Art. 2130 C.c.Q.

d'un acte juridique »¹⁹. Le représentant exerce des droits au nom et pour le compte du représenté dans la réalisation d'actes juridiques. Le représenté, de son côté, est lié à l'égard des tiers par les effets des actes accomplis en son nom²⁰. De même, les tiers sont liés à l'égard du mandant²¹. Entendu dans un sens large, l'acte juridique couvre « toute manifestation de volonté destinée à créer des effets de droit »²². Cette volonté peut s'exprimer par un acte tant unilatéral que bilatéral²³.

18. Dans le secteur des services financiers, les tribunaux n'hésitent pas à recourir au régime du mandat pour qualifier les services offerts par l'intermédiaire qui pose des actes juridiques au nom d'autrui, tel un courtier en valeurs mobilières qui effectue des opérations d'achat et de vente de titres au nom de son client²⁴. De plus, malgré la portée apparemment plus restreinte du contrat de mandat dans le nouveau Code, les tribunaux considèrent généralement que les services de conseils et de gestion de portefeuille offerts par un courtier en valeurs mobilières, un gestionnaire de portefeuille ou un planificateur financier s'inscrivent dans le cadre des règles du mandat, mais sans qu'ils établissent nécessairement une

19. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 40; concernant l'essence du mandat, voir A. POPOVICI, précité, note 9, aux pages 17 et suiv.

20. Michel STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982, 270 p., par. 259.

21. Nicolas DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, L.G.D.J., 2007, 662 p., par. 222.

22. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans *La réforme du Code civil*, t. II, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, 1177 p., aux pages 881, 887.

23. *Ibid.*

24. Concernant le droit antérieur au *Code civil du Québec*, voir R.D. LEMOYNE et G.R. THIBAudeau, précité, note 12, aux pages 503-505; concernant le droit actuel, voir A. POPOVICI, précité, note 9, aux pages 208-210; William HESLER, « La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au service du particulier », dans *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : Aspects nouveaux*, Jean-Louis Baudouin, Patrice DESLAURIERS (dir.), Association Henri-Capitant, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 244 p., aux pages 65 et 66; Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile — Responsabilité professionnelle*, 7^e éd., volume II, « Responsabilité professionnelle », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 1150 p., par. 2-200.

distinction entre les types de pouvoirs conférés à l'intermédiaire financier²⁵. Cette jurisprudence rendue sous le nouveau Code se fonde sur l'interprétation large du régime du mandat, telle qu'énoncée par la Cour suprême dans l'affaire *Laflamme*, bien que cet arrêt ait été rendu sous le Code antérieur²⁶.

19. L'influence de cette interprétation large donnée par la Cour suprême dans l'arrêt *Laflamme* apparaît notamment dans la décision *Loevinsohn c. Services Investors ltée* où la Cour supérieure fait référence au contrat de mandat tout en mettant l'accent sur le rapport de confiance qui caractérise cette relation. Le tribunal s'exprime dans les termes suivants :

The contract of mandate is a relationship based upon the trust that a client is entitled to have in the competence and professional integrity of the mandatory. The sense of trust is characteristic of a contract of mandate and has an impact on the state of mind of a client convinced of the professional qualifications of the person upon whom the client relies.²⁷

20. À titre comparatif, notons qu'en droit français, les auteurs font aussi référence au contrat de mandat pour qualifier les rapports entre les prestataires de services de placement et leurs clients, et ce, malgré une formulation dont la

25. Comme nous le verrons plus loin, l'arrêt *Groupe Albatros International inc. c. Financière McLario inc.*, [2003] J.Q. No 6150 (C.A.) (QL/LN), adopte une position plus nuancée à cet égard.

26. *Poirier c. Tassé et associés Ltée*, [2001] J.Q. No 628 (C.S.) (QL/LN), par. 29, 30; *Marseille c. Bourque*, précité, note 14, par. 42, 43; *Roy c. Financière Banque Nationale inc.*, [2007] J.Q. No 14514 (C.S.) (QL/LN), par. 53; *Laberge c. Martel*, [2007] J.Q. No 4419 (C.S.) (QL/LN), par. 28, 29 (le défendeur porte les titres de représentant en épargne collective, de représentant en assurance de personnes, d'assureur-vie certifié et de planificateur financier); *Saks c. Marleau*, [2006] J.Q. No 13896 (C.S.) (QL/LN), par. 77 (courtier agissant selon les instructions reçues du client); *Sirois c. Planification financière Marcotte & Marcotte inc.*, [2006] J.Q. No 14985 (C.S.) (QL/LN), par. 60 (le défendeur était un planificateur financier qui offrait différents produits de placement); *Arguin c. Financière Banque Nationale*, [2005] J.Q. No 13368 (C.S.) (QL/LN), par. 10; *2974-1279 Québec inc. c. Financière Banque Nationale*, [2004] J.Q. No 12085 (C.S.) (QL/LN), par. 21, 24 (le courtier agissait suivant les instructions données par le client); *Fugère c. Vallée*, [2003] J.Q. No 14067 (C.S.) (QL/LN), par. 79 (la défenderesse était planificateur financier).

27. *Loevinsohn c. Services Investors ltée*, [2007] J.Q. No 1463 (C.S.) (QL/LN), par. 41.

portée, à l'instar du *Code civil du Québec*, semble a priori plus restreinte²⁸.

21. Or, selon certains auteurs québécois, l'extension de la portée du contrat du mandat au regard de la définition de celui-ci dans le *Code civil du Québec* apparaît contestable. Comme le font remarquer la professeure Cantin Cumyn et l'auteure Lise Beaudoin, la nouvelle définition du mandat a pour effet de restreindre la portée de ce régime dans la mesure où elle renvoie à une fonction de représentation conventionnelle et non à celle apparemment plus large de « gestion d'une affaire licite » telle que définie sous le *Code civil du Bas Canada*²⁹. Ces auteures précisent que le nouveau Code prévoit, par ailleurs, un régime plus englobant, soit celui de l'administration du bien d'autrui qui couvre les situations où une personne « est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien »³⁰. Plus particulièrement, ce régime s'applique dans le cas où une personne exerce des pouvoirs propres pour le compte d'autrui, tels un fiduciaire, un liquidateur d'une personne morale et un syndic de faillite³¹. Considéré comme un régime de droit commun, il peut aussi s'appliquer aux personnes qui sont investies d'un pouvoir de représentation, tels un tuteur, un curateur et un mandataire qui agissent au nom et dans l'intérêt d'autrui³². En ce sens là les mandataires font partie de la grande famille des administrateurs du bien d'autrui. À l'égard

28. Thierry BONNEAU, France DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 2^e éd., Paris, Economica, 2005, 848 p., par. 387-392; Rasha HATTAB, *De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006, 376 p., par. 254, 255; concernant le contrat de mandat en droit français, voir *Jurisclasseur — article 1984 à 1990*, Fascicule 10, « Mandat — Définition et caractères distinctifs ». Selon une conception large du contrat de mandat, « le mandat n'implique pas nécessairement une représentation parfaite, mais seulement une volonté de gérer l'affaire d'autrui », *Jurisclasseur*, par. 32.

29. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 36; Lise I. BEAUDOIN, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières : nature juridique, rôle des règles de l'administration du bien d'autrui, obligations des parties*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, 206 p., aux pages 45-52; voir aussi J. Vincent O'DONNELL, Alain OLIVIER, « Les grandes tendances de la jurisprudence récente », dans *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : aspects nouveaux*, Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS (dir.), Association Henri-Capitant, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 244 p., aux pages 10-12.

30. Art. 1299 C.c.Q.

31. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 116-135.

32. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6., par. 114, 115.

de ces mandataires, les dispositions du Code relatives à l'administration du bien d'autrui peuvent ainsi compléter les règles du mandat qui, selon ces auteures, seraient d'application plus restreinte³³.

22. Dans le domaine des services financiers, les auteures citées suggèrent donc d'adopter une position plus nuancée dans la qualification d'un contrat de gestion de portefeuille³⁴. Dans l'hypothèse où le gestionnaire agit de manière autonome pour le compte d'un client, ces commentateurs considèrent qu'il s'agit d'un contrat de service auquel se greffe le régime de l'administration du bien d'autrui³⁵. Envisagé comme un contrat de service, tel que défini à l'article 2098 C.c.Q., l'objet principal de ce type de contrat consiste pour le gestionnaire à poser en son nom propre des actes matériels et intellectuels, notamment par l'établissement d'une stratégie de placements, par le choix des titres et par le recours à d'autres prestataires de services, tels une firme de courtage en valeurs mobilières ou un fiscaliste³⁶. Dans ce contexte, ces auteures soulignent que le prestataire agissant en son nom propre ne représente pas à titre principal le bénéficiaire des services à l'égard des tiers³⁷. Dans ce cas de figure, les règles du mandat, de l'avis de ces auteures, seraient inapplicables. Par ailleurs, le contrat de mandat peut s'appliquer de manière accessoire si les services rendus impliquent l'accomplissement d'actes juridiques

33. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 115.

34. L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 45-52; M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 131.

35. Sur le contrat de service, voir l'art. 2098 C.c.Q.; M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 131; L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 53-55, 58-63; voir aussi J.V. O'DONNELL, A. OLIVIER, précité, note 29, aux pages 10-12.

36. L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 49, 50, 53, 66-68.

37. La professeure Cantin Cumyn précise que les titres acquis par le gestionnaire sont généralement inscrits au nom de l'intermédiaire plutôt qu'au nom des clients; voir M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 131; Lise I. Beaudoin souligne pour sa part que, dans le cas de la gestion collective de portefeuille, les clients du gestionnaire de portefeuille sont généralement des groupements de biens non personnalisés, tels des fonds communs de placement, des caisses de retraite et des patrimoines fiduciaires. Dans ces cas, le gestionnaire ne représente pas une « personne », *id.*, à la page 50.

M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 72, 194; L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 67-71.

au nom d'autrui, telle l'exécution de transactions boursières effectuées au nom du client dans le cadre d'un contrat de gestion de portefeuille³⁸.

23. Pour sa part, le renvoi au régime de l'administration du bien d'autrui qui s'intègre au contrat de service se justifie par l'attribution au gestionnaire d'un pouvoir de s'immiscer dans les affaires d'autrui, plus spécifiquement d'un pouvoir de « pleine administration » sur une partie du patrimoine que le client confie au gestionnaire de portefeuille en vue d'accroître la valeur de celui-ci³⁹.

24. Sur la base de ces écrits doctrinaux qui adoptent cette position plus nuancée, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Groupe Albatros International inc. c. Financière McLario inc.*⁴⁰, et la Cour supérieure, dans *Carrier c. Lemay*⁴¹, retiennent également cette double qualification fondée sur le régime du contrat de service et sur celui de l'administration du bien d'autrui pour qualifier un contrat de gestion autonome de portefeuille⁴². Dans l'affaire *Groupe Albatros*, la Cour d'appel précise qu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat de « gestion d'office » (gestion discrétionnaire) en vertu duquel le client avait délégué « la gestion pleine et entière du portefeuille de

38. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 154; pour sa part, Lise I. Beaudoin conteste l'application du contrat de mandat dans le contexte du contrat de gestion de portefeuille, précité, note 29, aux pages 50-52; concernant la notion d'accessoire au regard du contrat de mandat, voir A. POPOVICI, précité, note 9, aux pages 33-37.

39. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 72, 194; L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 67-71.

40. *Groupe Albatros International inc. c. Financière McLario inc.*, précité, note 25, par. 22, 23.

41. *Carrier c. Lemay*, 2006 QCCS 5652, par. 42, 45, 46. En l'espèce, le défendeur était un représentant en assurance de personnes et en assurance collective. Ce dernier était appelé à conseiller la demanderesse en matière de placements.

42. En reprenant les catégories définies par Lise I. Beaudoin sur les différents types de contrats entre un courtier en valeurs mobilières et ses clients, la Cour d'appel, dans l'arrêt *Groupe Albatros*, précité, note 25, conclut qu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat de gestion d'office de portefeuille. Dans l'affaire *Carrier c. Lemay*, précité, note 41, par. 4, le tribunal conclut également qu'il s'agissait d'un contrat de gestion d'office, bien que le défendeur ait plaidé que sa cliente, la demanderesse, avait approuvé chacun des placements effectués. Concernant la fonction de gestion de portefeuille, voir la section 1 dans le texte suivant : R. CRÈTE, M. LACOURSIÈRE, C. DUCLOS, précité, note 3.

valeurs mobilières »⁴³. La Cour distingue ce contrat de deux autres types de contrats, soit premièrement, celui conclu avec un courtier en valeurs mobilières agissant comme représentant du client dans une transaction particulière, que le tribunal qualifie de simple contrat de mandat, et deuxièmement, le contrat de gestion assistée en vertu duquel le courtier offre des conseils et effectue des placements pour le compte de son client après avoir obtenu l'accord préalable de ce dernier⁴⁴.

25. À l'égard de ce deuxième type de contrat, la Cour d'appel ne précise pas toutefois la qualification qu'elle retiendrait. Dans l'hypothèse où le gestionnaire agit au nom de son client et suivant les instructions reçues de ce dernier, il semblerait logique d'appliquer le régime du mandat. La question se complexifie, cependant, dans l'hypothèse où le gestionnaire effectue les placements et fait inscrire les valeurs mobilières en son nom tout en agissant pour le compte de son client. De nos jours, dans un souci d'assurer la rapidité et la simplicité des transferts des valeurs mobilières dans les marchés publics des capitaux, les intermédiaires financiers, tels les courtiers, font inscrire et détiennent en leur nom les titres dits « intermédiés » pour le compte de leurs clients⁴⁵. À cet égard, la récente *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés* prévoit des règles qui rendent compte de ce système de détention indirecte des titres dans un contexte de dématérialisation des valeurs mobilières. Dans ces circonstances, le client investisseur devient titulaire d'un droit de créance à l'égard de son courtier pour les titres détenus par ce dernier. Il est alors possible de conclure à l'existence d'un contrat de service auquel se greffe le régime de l'administration du bien

43. *Groupe Albatros International inc. c. Financière McLario inc.*, précité, note 25, par. 22.

44. *Id.*; le contrat de « gestion assistée » intervient lorsqu'un intermédiaire de marché, tel un courtier en valeurs mobilières, doit obtenir l'assentiment préalable de son client avant d'effectuer des placements pour le compte de ce dernier. L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, à la page 11; T. BONNEAU, F. DRUMMOND, précité, note 28, n° 213, aux pages 212 et 213.

45. Concernant les titres intermédiés, voir la *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, L.Q. 2008, c. 20.

d'autrui dans la mesure où l'intermédiaire agit en son nom propre, mais pour le compte d'autrui⁴⁶.

26. Parmi les divers services offerts par les intermédiaires financiers, il convient de mentionner que la relation entre ceux-ci et leurs clients peut aussi se qualifier comme un simple contrat de service, sans qu'il soit justifié de référer aux règles du mandat ou de celles de l'administration du bien d'autrui. Un prestataire de services financiers, tel un planificateur financier, peut en effet offrir des conseils à son client en matière de placement, mais sans pour autant agir pour le compte de ce dernier. Sur la base de ces conseils, le client peut gérer lui-même son portefeuille et s'adresser à un courtier pour effectuer les placements qu'il jugera appropriés.

27. Dans ces circonstances, la relation avec le planificateur financier se qualifiera comme un contrat de service, mais sans que l'on puisse apparemment y greffer les règles du mandat ou de l'administration du bien d'autrui. Notons toutefois que, même si les régimes du mandat et de l'administration du bien d'autrui ne s'appliquent pas dans un tel cas, le planificateur financier, à l'instar du courtier et du gestionnaire de portefeuille, se voit néanmoins imposer des normes

46. Il y a lieu de noter toutefois que les intermédiaires, tels les courtiers, qui détiennent des actions pour le compte de leurs clients ne peuvent pas exercer les droits de vote lors des assemblées générales des actionnaires, à moins d'obtenir des instructions à cet effet. Voir la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R., 1985, c. C-44, art. 153; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. c. V-1.1 (ci-après LVM), art. 164, 165, 165.1. La réglementation des valeurs mobilières impose à ces intermédiaires des obligations particulières en vue d'assurer les communications entre les émetteurs assujettis et les « propriétaires véritables des titres ». Selon cette réglementation, il est possible de prétendre que, dans cette chaîne de communications, les courtiers agissant à titre d'intermédiaires pour le compte de leurs clients représentent ces derniers à l'égard des tiers, par exemple, pour l'exercice des droits de vote lors des assemblées générales des actionnaires, ce qui nous ramène au régime du mandat. Voir le *Règlement 54-101 sur la communication avec les propriétaires véritables des titres d'un émetteur assujetti*, [En ligne]. <http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/valeurs-mobilières/Normes/54-101fr.pdf>; *Instruction générale relative au Règlement 54-101 sur la communication avec les propriétaires véritables des titres d'un émetteur assujetti*, [En ligne]. <http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/valeurs-mobilières/Normes/54-101IGfr.pdf>. Les communications entre les émetteurs assujettis et les propriétaires véritables comprennent l'envoi des documents requis par la réglementation sur les sociétés par actions et sur les valeurs mobilières, tels les documents reliés aux procurations, le rapport annuel, les états financiers intermédiaires, les circulaires d'offre publique et les circulaires du conseil d'administration.

strictes de conduite de nature professionnelle en vertu de la réglementation financière particulière⁴⁷. Il convient également de souligner que, dans l'hypothèse où le planificateur financier cumule un autre titre, tel celui de courtier en épargne collective, et à ce titre, gère un portefeuille pour son client, la prestation de ce type de service donnera lieu à l'application du régime du mandat ou plus généralement de l'administration du bien d'autrui. De même, on peut aussi prétendre qu'un planificateur financier exerce un pouvoir d'agir pour le compte de son client et agit en conséquence comme un administrateur du bien d'autrui lorsque le client profane s'en remet de manière systématique et continue aux recommandations de ce professionnel pour effectuer ses placements. Comme la Cour suprême du Canada l'a mentionné dans *Hodgkinson c. Simms*⁴⁸, le client peut en effet transférer officieusement son pouvoir de décision lorsqu'il s'en remet ainsi à son conseiller financier pour ses décisions en matière de placement. À ce sujet, la Cour reprend avec approbation le commentaire suivant de J.C. Shepherd :

Il n'y a pas de transfert officiel de pouvoirs. Il y a de nombreuses façons de transférer des pouvoirs consciemment mais officieusement, ou encore tout à fait inconsciemment. Lorsqu'une personne se fie à une autre comme, par exemple, un conseiller professionnel, il se produit un transfert de pouvoir tout à fait conscient; cependant, il existe rarement un document dans lequel le bénéficiaire écrit : « Je vous confère par les présentes le pouvoir d'influencer ma prise de décision ».⁴⁹

28. Dans la jurisprudence et la doctrine, il se dégage donc un consensus qui réfère au régime du mandat pour qualifier les services offerts par un courtier en valeurs mobilières qui agit comme représentant de son client aux fins des opérations de placement, plus particulièrement pour l'achat et la vente de titres financiers⁵⁰. Notre analyse fait également ressortir une

47. Voir *infra* les sections 3.1 et 3.2.

48. *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, par. 59.

49. *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 48, par. 59; J.C. SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries*, Agincourt, Toronto, Carswell, 1981, 386 p., à la page 100.

50. Voir *supra* le texte correspondant aux notes 11, 12; voir aussi la jurisprudence citée aux notes 26, 40, 41.

tendance jurisprudentielle dominante qui adopte une interprétation étendue du régime du mandat afin de qualifier les relations entre les consommateurs, d'une part, et les intermédiaires financiers appelés à gérer un portefeuille avec l'assentiment préalable de leurs clients ou de manière autonome, d'autre part.

29. Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, des auteures suggèrent toutefois d'adopter une position plus nuancée de manière à tenir compte de la nouvelle définition du contrat de mandat qui est fondée sur le critère de la représentation, de même que du nouveau régime de l'administration du bien d'autrui et de celui du contrat de service⁵¹. À leur avis, l'analyse de ces différents régimes permet de conclure que les services de gestion de portefeuille offerts par un intermédiaire agissant en son nom propre pour le compte de son client relèvent, à titre principal, d'un contrat de service auquel se greffent les règles de l'administration du bien d'autrui.

30. Par ailleurs, il convient de noter que cette référence au contrat de service et au régime de l'administration du bien d'autrui n'exclut pas l'application, à titre accessoire, du contrat de mandat si le prestataire de services accomplit des actes juridiques au nom de son client. Tel est le cas lorsque l'intermédiaire gère le portefeuille de son client et s'il effectue, à cette fin, des placements au nom de ce client. Notons aussi que, selon la nature des actes accomplis et des pouvoirs conférés à un courtier, à un conseiller ou à un gestionnaire de portefeuille, l'intermédiaire peut assumer différentes qualités de manière cumulative ou successive. Compte tenu de la diversité des services que peuvent offrir les intermédiaires financiers, l'analyse de la relation entre les parties met généralement en évidence la coexistence de différents régimes juridiques, tels le contrat de service, l'administration du bien d'autrui, le mandat, le prêt et le dépôt⁵². L'ouverture d'un compte sur marge auprès des courtiers en valeurs mobilières est un bon

51. Voir *supra* le texte correspondant aux notes 29-44.

52. Concernant la coexistence des régimes juridiques, voir R.D. LEMOYNE, G.R. THIBAUDEAU, précité, note 12, aux pages 504, 505; A. POPOVICI, précité, note 9, aux pages 209, 210; J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, précité, note 24, par. 2-200.

exemple d'une relation dans laquelle intervient un contrat de prêt entre l'institution financière et son client⁵³.

Synthèse

31. En résumé, on observe premièrement que, compte tenu de la nature diversifiée des services qu'un prestataire peut offrir à un même client, le rapport entre les parties se qualifie généralement comme un contrat mixte ou hybride regroupant différents régimes juridiques. Deuxièmement, lorsque le prestataire de services financiers exerce une fonction de représentation, par exemple, lorsqu'un courtier effectue des placements au nom de son client, les règles du mandat s'appliqueront. Enfin, dans le cas où le prestataire se voit attribuer un pouvoir de gérer des biens qui ne sont pas les siens, soit de manière autonome ou contrôlée, par exemple dans le cadre d'un service de gestion de portefeuille ou de courtage en valeurs mobilières, le rapport entre les parties sera régi, à titre principal ou à titre supplétif, par le régime de l'administration du bien d'autrui ou par celui du mandat. L'application principale ou supplétive de l'un ou l'autre de ces régimes dépendra de la nature des pouvoirs conférés au prestataire de services financiers.

32. Or, comme nous le verrons plus amplement dans les troisième et quatrième sections de cette étude, le renvoi à l'un ou l'autre de ces deux régimes entraîne une intensification des obligations et des sanctions imposées aux prestataires de services de placement. Dans le droit commun québécois, cette intensification des obligations apparaît dans le *Code civil du Québec*, tant dans le régime de l'administration du bien d'autrui que dans celui du mandat, soit deux régimes juridiques qui trouvent application pour qualifier les services offerts par les intermédiaires financiers qui agissent pour le compte de leurs clients, soit en les représentant pour la négociation de valeurs mobilières ou, de façon plus englobante, en exerçant un pouvoir de gérer les épargnes de leurs clients.

33. On retrouve là un dénominateur commun avec les principes du droit anglais applicables aux intermédiaires

53. R.D. LEMOYNE, G.R. THIBAudeau, précité, note 12, aux pages 524-527.

financiers qui, selon les circonstances, sont considérés comme étant engagés dans une « relation fiduciaire » et assujettis ainsi à des règles strictes de conduite, c'est-à-dire aux « obligations fiduciaires ». Aux fins de déterminer s'il existe une relation fiduciaire dans la prestation de ce type de services, les tribunaux canadiens tiennent compte de différents facteurs, notamment de l'existence d'un rapport de force, d'influence ou de dépendance entre le prestataire de services et son client, la confiance que manifeste ce dernier quant à l'engagement de l'intermédiaire à agir dans l'intérêt exclusif de ce client, le transfert de pouvoirs ou d'une discrétion du prestataire et la vulnérabilité du client quant au risque d'abus de confiance ou de déloyauté de l'intermédiaire⁵⁴. Comme le mentionne la Cour suprême du Canada qui cite avec approbation un extrait de la décision rendue dans *Varcoe c. Sterling* :

La relation entre un courtier et son client n'est pas en soi une relation fiduciaire. [...] Dans le cas où une personne a confiance en une autre, se fie à ses compétences et à ses connaissances et bénéficie de ses conseils, il s'agit d'un rapport fiduciaire et les obligations qui s'y rattachent sont fiduciaires [...]. La relation entre le courtier et le client devient fiduciaire lorsque le client fait confiance au courtier et se fie aux conseils qu'il reçoit de lui pour prendre des décisions d'affaires.⁵⁵

34. Il est important de souligner que la qualification du prestataire de services de placement comme mandataire ou administrateur du bien d'autrui en droit commun québécois, de même que l'application du concept de « relation fiduciaire » en common law ne constituent pas les sources uniques d'intensification des obligations et de sanctions applicables aux conseillers financiers et aux gestionnaires de portefeuille.

54. Sur les obligations fiduciaires dans le contexte des services financiers, voir *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 48; *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [2003] O.J. No 621 (S.C.J.) (QL/LN), conf. par [2005] O.J. No 678 (C.A.) (QL/LN); *Varcoe c. Sterling*, [1992] O.J. No 60 (O.C. Gen. Div.) (QL/LN), conf. par [1992] O.J. No 1501 (C.A.) (QL/LN); voir aussi Pamela F. HANRAHAN, « Fiduciary Duty and the Market: Private Law and the Public Good », University of Melbourne Legal Studies Research No 347, [En ligne]. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1184443.

55. *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 48, par. 44; *Varcoe c. Sterling*, précité, note 54, par. 90.

Tel qu'explicité dans la deuxième partie de cette étude, cette intensification provient également de la réglementation financière particulière qui attribue implicitement à ces intermédiaires financiers un statut de « professionnels » comparable à celui reconnu expressément à certains groupes par la réglementation des professions, tels les avocats, les comptables et les médecins. Notons aussi que la reconnaissance institutionnelle de ce statut professionnel qui découle de la réglementation financière particulière s'étend même à des intermédiaires financiers qui, en droit commun, peuvent ne pas être considérés comme des mandataires ou des administrateurs du bien d'autrui, tels certains planificateurs financiers qui offrent des conseils financiers, mais sans exercer aucun pouvoir de représentation ou d'administration pour le compte de leurs clients. En ce sens là l'intensification des obligations et des mécanismes de contrôle qui accompagnent la reconnaissance du statut professionnel des prestataires de services de placement couvre un champ plus large de personnes, comparativement à celui propre aux régimes du mandat et de l'administration du bien d'autrui.

2. L'INTENSIFICATION DES OBLIGATIONS DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS PAR UN CONTRÔLE A PRIORI DE L'ACCÈS AU MARCHÉ

35. Comme nous l'avons souligné précédemment, le particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement apparaît en droit commun dans la qualification juridique des services de placement qui, tel que nous le verrons plus amplement dans les troisième et quatrième sections de cette étude, entraîne une intensification des obligations et des sanctions imposées aux intermédiaires financiers dans l'exercice de leurs fonctions. Mais avant d'examiner plus en détail le contenu de ces obligations et les sanctions imposées, il convient de montrer, dans cette deuxième section, que le particularisme juridique se manifeste également dans la réglementation financière particulière qui prévoit un contrôle de l'accès au marché, lequel s'apparente à celui prévu pour les membres des ordres professionnels reconnus expressément.

36. À l'instar de ces derniers, les intermédiaires financiers doivent obtenir un agrément auprès des autorités de réglementation et d'autoréglementation qui imposent des conditions d'accès visant à assurer la compétence, l'intégrité et la solidité financière des candidats. Par leur inscription auprès de ces autorités, ces intermédiaires bénéficient ainsi d'une forme de monopole professionnel qui est destiné à protéger les consommateurs en réservant l'accès au marché aux seules personnes qui satisfont à certains critères⁵⁶. De même, tout comme pour les professionnels reconnus formellement en vertu du *Code des professions*, cet agrément qui est fondé sur des critères de compétence, d'intégrité et de solidité financière constitue, sous l'angle de l'analyse économique du contrat, une forme de *signalling* en ce sens que les intermédiaires financiers transmettent des signaux auprès du public afin de se démarquer des autres prestataires de services et de susciter la confiance des consommateurs⁵⁷. En mettant en place ce processus d'inscription, le droit contribue également à susciter la confiance des consommateurs en renforçant les signaux transmis sur les qualités propres aux prestataires assujettis à cette réglementation. En corollaire, cette confiance particulière dont bénéficieront les intermédiaires constituera un élément déterminant dans la création du rapport contractuel et dans l'intensification des obligations qui leur sont imposées.

37. Les conditions d'accès imposées aux prestataires de services financiers varient selon le type d'inscription convoité, c'est-à-dire selon que le candidat souhaite exercer une activité de courtier en placement, de courtier en épargne collective, de gestionnaire de portefeuille ou de planificateur financier. De nature objective et subjective, les normes d'accès varient également selon que le candidat est une personne morale ou une personne physique. Pour les personnes physiques, elles peuvent également varier selon la nature des fonctions exercées et le poste hiérarchique occupé au sein de l'organisation. À titre d'exemple, le *Règlement 31-103 sur les*

56. Sébastien BONFILS, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, Paris, L.G.D.J., 2005, 388 p., par. 114, 183.

57. Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Montréal, Paris, Éditions Thémis, Dalloz, 2008, 728 p., par. 1389, 1390.

obligations d'inscription prévoit des normes différentes pour le représentant de courtier, le représentant-conseil, le représentant-conseil adjoint, la personne désignée responsable et le chef de la conformité⁵⁸.

38. Ainsi, la réglementation québécoise sur les valeurs mobilières prévoit différentes catégories d'inscription selon le type d'activité exercée. Le *Règlement 31-103* prévoit que l'activité de courtier comprend entre autres celle de courtier en placement et celle de courtier en épargne collective⁵⁹. Ce même règlement précise que l'activité de conseiller inclut celle de gestionnaire de portefeuille et celle de gestionnaire de portefeuille d'exercice restreint⁶⁰. Toute personne qui désire exercer l'une ou l'autre de ces activités doit s'inscrire auprès de l'Autorité des marchés financiers (ci-après désignée AMF)⁶¹. Le courtier en placement doit également devenir membre de l'organisme d'autoréglementation reconnu dans ce secteur d'activité, soit l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (ci-après désigné OCRCVM)⁶². Pour sa part, le représentant d'un courtier en

58. Concernant les catégories d'inscription, voir la partie 2 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, [En ligne]. http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/valeurs-mobilières/autres-reglements-textes-consultation/procedures-sujets-connexes/31-103_cons_fr.pdf. Voir aussi la *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2009, c 25 (Projet de loi n° 8).

59. Concernant les catégories d'inscription et activités autorisées, voir la partie 2 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58.

60. *Ibid.*

61. Art. 148 LVM et partie 2 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58.

62. Art. 3.1 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58. L'AMF a reconnu le rôle exercé par l'OCRCVM et a chargé celui-ci d'agir à titre d'organisme d'autoréglementation. Cette reconnaissance s'est produite en deux temps. L'AMF a d'abord reconnu cette responsabilité à l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM), par une décision du 16 juillet 2004 (BULLETIN DE L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, 16 juillet 2004, Volume 1, n° 24, article 1.32, à la page 3. Disponible en ligne : <http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/bulletin/2004/2004-07-16-v01-n24/bul-infogenerale-v1n24.pdf>). Par la suite, lors de la fusion entre l'ACCOVAM et le Service de réglementation des marchés, le 1^{er} juin 2008, la reconnaissance de l'organisme d'autoréglementation qu'était l'ACCOVAM s'est transmise à l'OCRCVM. En vertu de la *Loi sur l'autorité des marchés financiers*, l'AMF a en effet le pouvoir de reconnaître à titre d'organisme d'autoréglementation une personne morale, une société ou toute autre entité dont les objets sont reliés à la mission de l'autorité. Art. 59, LVM. Décision n° 2008-PDG-

placement doit être inscrit auprès de l'AMF et être autorisé par l'OCRCVM⁶³. Quant à la fonction de planificateur financier, la personne doit s'inscrire auprès de l'AMF en vertu de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*, à moins d'être déjà régie par un ordre professionnel sous convention avec l'AMF⁶⁴. Le planificateur financier doit également devenir membre de la Chambre de la sécurité financière, qui est reconnue comme organisme d'autoréglementation par l'AMF⁶⁵.

39. À l'instar des obligations imposées par le droit professionnel, toute personne désirent obtenir son inscription comme courtier, gestionnaire de portefeuille ou comme planificateur financier doit remplir des conditions qui visent à assurer la compétence, l'intégrité et la solidité financière de cette personne⁶⁶. Dans le but d'assurer la compétence de ces prestataires, la réglementation impose des conditions de formation et d'expérience, lesquelles varient selon le type d'activité et d'inscription visé⁶⁷. À titre d'exemple, pour le courtier

0126 : http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/Consultations/oar/Decision_2008-PDG-0126_reconnaissance.pdf; voir aussi OCRCVM, *Inscription*, [En ligne]. <http://www.iiroc.ca/French/ComplianceSurveillance/Registration/Pages/default.aspx>.

63. Art. 149 LVM et l'art. 3.1 du *Règlement 31-103* sur les obligations d'inscription, précité, note 58.

64. Art. 56-69, *Loi sur la distribution des produits et services financiers*, L.R.Q. c. D-9.2 (ci-après LDPSF).

65. Concernant la reconnaissance de la CSF comme organisme d'autoréglementation, voir art. 284-384 LVM; art. 61 de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, L.R.Q. c. A-33.2.

66. Concernant les qualités requises pour les courtiers en placement, les courtiers en épargne collective et les gestionnaires de portefeuille, voir art. 151 LVM, art. 203-219.1 RVM et la partie 4 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58. Concernant le planificateur financier, voir art. 56-101 LDPSF; art. 10, 16 du *Règlement relatif à la délivrance et au renouvellement du certificat de représentant (n° 1)*, [En ligne]. <http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/distribution-produits-services-financiers/reglements-distribution/bsf-r1.pdf>.

67. Voir les courtiers en placement, les courtiers en épargne collective et les gestionnaires de portefeuille, voir les art. 205, 206 du *Règlement sur les valeurs mobilières*, R.Q. c. V-1.1, r. 1 (ci-après [RVM]); la partie 4 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58. Dans les règles de l'OCRCVM, voir la règle 2900 : [En ligne]. <http://iiroc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?Ktype=446&linkType=toc&dbID=201807342&tocID=806>; concernant le planificateur financier, celui-ci doit être titulaire d'un diplôme décerné par l'Institut québécois de planification financière : art. 57 LDPSF; voir aussi le *Règlement relatif à la délivrance et au renouvellement du certificat de représentant (n° 1)*, précité, note 66.

et le gestionnaire de portefeuille, l'obligation de formation est fondée généralement sur le principe de la réussite d'exams⁶⁸. La réglementation tient compte également de l'expérience du candidat afin de déterminer les personnes admissibles à l'inscription⁶⁹.

40. Tout comme pour la compétence, l'intégrité du candidat est un facteur pris en considération dans le contrôle *a priori* exercé par les autorités réglementaires. À cette fin, celles-ci se servent de certains indices dans le but de vérifier l'intégrité d'un postulant, telles l'absence de congédiement ou de démission du candidat, de même que l'absence de poursuite et de sanction pénale ou civile impliquant le candidat. Le *Règlement 33-109 sur les renseignements concernant l'inscription* oblige les personnes physiques à divulguer des renseignements à ce sujet lors de leur demande d'inscription⁷⁰.

41. Dans le but de protéger les consommateurs contre les défaillances d'un intermédiaire, la réglementation impose également des règles destinées à assurer la solidité financière des intermédiaires. À titre d'exemple, le courtier en placement doit posséder un capital minimum de 250 000 \$⁷¹. Le conseiller doit posséder un fonds de roulement d'au moins 25 000 \$ et de la franchise de son assurance et son cautionnement⁷². Le courtier et le conseiller doivent posséder une assurance ou un cautionnement afin d'obtenir une couverture jugée suffisante par l'AMF⁷³. Le courtier doit aussi participer à un fonds de garantie jugé acceptable par l'AMF⁷⁴. Le courtier et le conseiller doivent aviser l'AMF lorsqu'ils ne possèdent plus le capital ou le fonds de roulement exigé⁷⁵.

42. Les conditions énoncées précédemment pour accéder au marché ne représentent qu'une partie des normes imposées

68. Voir la partie 4 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58; voir aussi la règle 2900 de l'OCRCVM, précité, note 67.

69. *Ibid.*

70. *Règlement 33-109 sur les renseignements concernant l'inscription*, [En ligne]. http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/valeurs-mobilieres/autres-reglements-textes-consultation/procedures-sujets-connexes/33-109_cons_fr.pdf; voir la partie 4 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58.

71. Art. 207 RVM.

72. Art. 209 RVM.

73. Art. 213 RVM.

74. Art. 215 RVM.

75. Art. 211 RVM.

aux intermédiaires. Une fois inscrits, ces derniers seront assujettis à un ensemble d'obligations générales et spécifiques imposées par le droit commun, par la législation financière particulière et par les normes déontologiques.

3. L'INTENSIFICATION DES OBLIGATIONS DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS DANS LA PRESTATION DES SERVICES DE PLACEMENT

43. Le particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille se manifeste dans un corpus étendu de normes légales et déontologiques qui imposent aux intermédiaires des règles strictes de comportement dans le but de minimiser les risques d'atteinte aux intérêts des consommateurs et ultimement de préserver la confiance de ces derniers aux plans individuel et collectif.

3.1 L'OBLIGATION FONDAMENTALE DE LOYAUTÉ À L'ÉGARD DU CLIENT

44. Le caractère distinctif du corpus normatif applicable aux intermédiaires financiers visés dans cette étude apparaît de prime abord dans le devoir imposé à ces derniers d'agir avec loyauté dans le meilleur intérêt de leurs clients. Ce devoir est prévu expressément en droit commun, notamment dans les régimes du mandat, de l'administration du bien d'autrui et du contrat de service, de même que dans la législation relative aux services financiers et dans les normes de conduite imposées par l'OCRCVM et par la Chambre de la sécurité financière⁷⁶. Selon la nature du contrat et des pouvoirs conférés à

76. En droit commun, voir art. 2138 C.c.Q. (mandat), art. 1309 C.c.Q. (administration du bien d'autrui), art. 2100 C.c.Q. (contrat de service); dans la réglementation financière particulière, voir art. 16 LDPSF, art. 160 LVM; pour les représentants en épargne collective, art. 2 du *Règlement sur la déontologie dans les disciplines de valeurs mobilières*, [En ligne]. <http://www.lautorite.qc.ca/user-files/reglementation/distribution-produits-services-financiers/reglements-distribution/cvmq-p182.pdf>; pour les courtiers en valeurs mobilières, voir OCRCVM, art. 29.1, [En ligne]. <http://iiloc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?Ktype=446&linkType=toc&dbID=201807342&tocID=394>; la norme B sur la loyauté, l'honnêteté et l'équité dans le cours relatif au *Manuel sur les normes de conduite* offert par la CSI dans le cadre de la formation des courtiers en valeurs

l'intermédiaire financier, ce devoir de loyauté peut se comparer à celui qui est à la base d'une « relation fiduciaire » dans le système de common law⁷⁷.

45. L'imposition de cette règle stricte de conduite au mandataire et à l'administrateur du bien d'autrui se justifie en raison du caractère exceptionnel du pouvoir conféré à l'intermédiaire financier qui, étant appelé à agir au nom ou pour le compte du client, devient ainsi « l'interprète des intérêts » du client et doit donc donner préséance aux intérêts de ce dernier⁷⁸. Cette obligation est l'expression même de la finalité de la prérogative conférée à celui qui est appelé à poser des actes dans l'intérêt d'autrui⁷⁹. En d'autres termes, le devoir de loyauté fait partie intégrante de cette attribution de pouvoir⁸⁰. Comme le mentionne la professeure Cantin Cumyn : « Pouvoir, finalité, loyauté sont des éléments indissociables de la qualité en vertu de laquelle cet agent juridique accomplit des actes sur le bien d'autrui : il n'a de pouvoir qu'en vue de l'intérêt à servir ou de la fin à réaliser »⁸¹.

46. En ce sens-là, les régimes du mandat et de l'administration du bien d'autrui se distinguent du régime applicable au contrat de service dont l'obligation du prestataire d'agir au mieux des intérêts du client trouve son fondement dans l'obligation générale de bonne foi imposée aux parties dans tout contrat⁸². Cette obligation dans le contrat de service varie en intensité selon la nature du contrat et les circonstances, et n'a pas pour effet d'empêcher le prestataire d'agir dans son

mobilières, à la page I-9; *Manuel sur les normes de conduite*, norme A sur l'obligation de diligence : « L'obligation de prudence comprend un grand nombre d'engagements, dont celui de donner la priorité absolue aux intérêts du client [...] ; sur l'obligation de loyauté des courtiers en valeurs mobilières, voir, à titre d'exemple, *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 28; *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, précité, note 14, par. 182; *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 48; pour les planificateurs financiers, voir l'art. 19 du *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, R.Q. c. D-9.2, r.1.01.

77. Voir M. NACCARATO, précité note 2, par. 100-104.

78. S. BONFILS, précité, note 56, par. 181.

79. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 288.

80. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 289, 115. Rappelons que le mandat est une forme d'administration du bien d'autrui.

81. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 288.

82. L'obligation de loyauté dans le contrat de service est codifiée à l'art. 2100 C.c.Q.; M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 289.

intérêt personnel⁸³. Pour le prestataire de services, l'obligation d'agir au mieux des intérêts consistera principalement à agir de manière prudente et diligente dans l'exécution du contrat. Ce devoir pourra ainsi comprendre une obligation d'information et de conseil de la part du prestataire de services⁸⁴. L'obligation d'agir au mieux des intérêts du client peut également se décliner sur un mode négatif, notamment en obligeant le prestataire de services à ne pas alourdir le fardeau du client, à ne pas compromettre la relation contractuelle et à ne pas adopter une conduite excessive ou déraisonnable⁸⁵.

47. En comparaison, l'obligation de loyauté imposée au mandataire et à l'administrateur du bien d'autrui en vertu du droit commun comporte un caractère fondamental qui va bien au-delà de l'obligation d'agir avec prudence et diligence. Cette obligation est au cœur même de la relation entre le client et le mandataire ou l'administrateur du bien, tels le courtier en valeurs mobilières, le gestionnaire de portefeuille et tout autre intermédiaire financier qui exercent des pouvoirs sur le patrimoine du client. À l'instar de la législation applicable aux professionnels reconnus en vertu du *Code des professions*, la législation financière particulière impose également une obligation de loyauté similaire aux courtiers en valeurs mobilières, aux gestionnaires de portefeuille et aux planificateurs financiers⁸⁶. Ce devoir fondamental de loyauté exige du débiteur qu'il agisse dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire lorsque l'intérêt de celui-ci entre en conflit avec le sien ou celui d'un tiers⁸⁷.

48. Le particularisme du devoir de loyauté imposé aux prestataires de services de placement est aussi mis en relief dans un éventail étendu d'obligations positives et négatives imposées tant par le droit commun que par la régulation financière particulière. Ce particularisme apparaît dans les obligations imposées aux prestataires de services de place-

83. M. CANTIN CUMYN, précité, note 6, par. 289, 155.

84. 9034-1215 *Québec inc. c. Corporation Solutions Moneris inc.*, [2005] J.Q. No 19603 (C.Q.), par. 27.

85. Didier LLUELLES, Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, 2324 p., par. 1981.

86. Voir *supra*, note 76.

87. Voir *supra*, note 76; S. BONFILS, précité, note 56, par. 185.

ment, notamment l'obligation pour le prestataire d'éviter les situations de conflit d'intérêts, de divulguer au client de telles situations, de préserver le caractère confidentiel des informations transmises par le client, de s'abstenir d'utiliser à son profit ou au profit d'un tiers des biens ou des informations obtenus dans le cadre de son mandat, d'agir de manière transparente, indépendante, impartiale, intègre, prudente et diligente, de bien connaître le client, de respecter les directives du client et de rendre compte de sa gestion en cours d'exécution et à la fin du mandat⁸⁸. De plus, comme nous l'avons mentionné dans la section précédente, les autorités régulatrices exercent un contrôle a priori des conditions d'accès au marché en vue de minimiser le risque de déloyauté des candidats qui sollicitent leur inscription comme courtiers, comme gestionnaires de portefeuille et comme planificateurs financiers. Ce contrôle s'exerce en vérifiant les qualités d'intégrité et d'honnêteté des candidats. Enfin, le particularisme se manifeste dans le contrôle a posteriori exercé par les autorités en cas de manquement au devoir de loyauté.

49. Parmi les obligations imposées dans la prestation de services, la réglementation prévoit un principe général selon lequel le prestataire de services de placement doit éviter de se placer en situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son client⁸⁹. À ce principe général se greffent plusieurs règles particulières qui en précisent les contours ou qui font exception à ce principe de manière à tenir compte de la difficulté d'éviter les conflits d'intérêts. En effet, dans le secteur des services de conseils financiers, de nombreuses

88. Art. 1309-1314, 2138, 2146, 2147 C.c.Q.; art. 160 LVM; art. 16 LDPSF; *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58, parties 5, 6; pour les représentants en épargne collective, voir le *Règlement sur la déontologie dans les disciplines de valeurs mobilières*, précité, note 76; pour les planificateurs financiers, voir le *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, précité, note 76; pour les règles déontologiques imposées aux représentants des courtiers de plein exercice, voir le *Manuel sur les normes de conduite*, chapitre 5.

89. Dans le *Code civil du Québec*, voir l'art. 2138 (mandat), l'art. 1310 (administration du bien d'autrui); pour le courtier en valeurs mobilières et le gestionnaire de portefeuille, voir l'art. 160 LVM, pour le courtier en valeurs mobilières, voir l'art. 163.1 LVM; pour les représentants en épargne collective, voir le *Règlement sur la déontologie dans les disciplines de valeurs mobilières*, précité, note 76, art. 6; pour les planificateurs financiers, voir le *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, précité, note 76, art. 18.

situations de conflits d'intérêts peuvent apparaître soit au plan structurel ou opérationnel⁹⁰.

50. Au plan structurel, les conflits d'intérêts peuvent découler des liens existant entre un intermédiaire financier et un émetteur, notamment dans le cas où l'intermédiaire fait partie d'un groupe financier dont l'une des entités émet des titres auprès du public. Un conflit d'intérêts semblable se pose notamment lorsqu'une institution bancaire distribue auprès des investisseurs des parts de fonds d'investissement mis en place par cette même institution. De tels liens se sont développés de manière importante en raison du décloisonnement des institutions financières qui a marqué le marché canadien au cours des trois dernières décennies. C'est ainsi que les grands groupes financiers, comme RBC Groupe financier, Groupe financier Banque TD, Banque Scotia, Banque CIBC, BMO Groupe financier, le Mouvement Desjardins et la Banque Nationale du Canada sont entrés dans le marché des valeurs mobilières en agissant comme producteurs et comme distributeurs de fonds d'investissement et en offrant à l'interne ou par le biais d'entités reliées ou associées ou d'ententes de réseau des services de conseils en placement et de gestion de portefeuille. En raison de cette intégration de services financiers qui favorise les situations de conflit d'intérêts, on peut craindre le manque d'indépendance ou d'impartialité des prestataires de services de placement qui peuvent privilégier les intérêts du groupe au détriment des intérêts du client.

51. Conscientes des changements structurels qui ont marqué le marché financier canadien, les autorités réglementaires ont adopté plusieurs mesures qui tiennent compte des risques qui accompagnent ces nouvelles réalités en prévoyant des interdictions de se placer dans une situation de conflit d'intérêts ou en imposant des obligations de divulgation ou des mesures de surveillance et de contrôle de ces situations conflictuelles. À titre d'exemple, le *Règlement 31-103 sur les*

90. L'Autorité des marchés financiers a établi une distinction entre les conflits d'intérêts d'ordre structurel et opérationnel dans le contexte des fonds d'investissement. Voir AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Mémoire préparé dans le cadre des travaux préliminaires de la Commission parlementaire des finances publiques*, Québec, 14 avril 2006, à la page 24.

obligations d'inscription prévoit une série de règles à ce sujet qui sont applicables aux courtiers, aux gestionnaires de portefeuille et aux sociétés de gestion⁹¹. Il oblige entre autres la société inscrite à révéler la nature et la portée de tout conflit d'intérêts à tout client qui s'attend à en être informé⁹². Il requiert de fournir au client la déclaration de ses relations avec les émetteurs reliés et associés⁹³. Ce règlement prévoit également des interdictions d'effectuer des opérations dans un compte géré par un gestionnaire de portefeuille, de même que des règles sur la répartition équitable des possibilités de placement entre les clients d'un gestionnaire de portefeuille, sur les ventes liées et sur les ententes d'indication de clients⁹⁴. Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont aussi élaboré des règles pour tenir compte des situations de conflits d'intérêts dans le contexte spécifique des fonds d'investissement, notamment par le *Règlement 81-107 sur le comité d'examen indépendant*⁹⁵. Adopté en 2006 à la suite des scandales financiers comme dans celui de l'affaire Norbourg, ce règlement exige la création par les fonds d'investissement d'un comité d'examen indépendant pour gérer et surveiller toutes les décisions où la société de gestion se trouve en conflit d'intérêts.

52. Parmi les autres mesures destinées à minimiser les risques résultant des situations de conflits d'intérêts, les autorités régulatrices ont adopté des règles de cloisonnement qui visent à séparer ou à distinguer les activités propices aux

91. *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58, partie 6.

92. *Id.*, art. 6.1.

93. *Id.*, art. 6.4.

94. *Id.*, art. 6.2, 6.7, 6.10-6.15. Sur les ventes liées, voir OCRCVM, *Règle 2400 - Relations entre les courtiers membres et des entités de services financiers : partage de bureaux*, [En ligne]. <http://iiroc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?x=1&Complettotalresults=8&Keyword=acc%E8s%20restreint&KTYPE=446&Linktype=srch&Maxrows=50&Partialresultslist=201807342%201%2C201807342%2099%2C201807342%20101%2C200706345%20187%2C200706345%20346%2C200706347%20427%2C200706347%20448&Positioninlist=2&Sortorder=3&Ssearchtype=Contents&Startrow=1&Tocfoldersparent=0%200%20ALL%20Documents&TotalResults=8&VisitedDocumentsList=>

95. *Règlement 81-107 sur le comité d'examen indépendant des fonds d'investissements*, [En ligne]. <http://www.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/valeurs-mobilières/autres-reglements-texte-vigieur/opc/81-107fr.pdf>.

conflits d'intérêts de manière, entre autres, à éviter la circulation d'informations confidentielles et à prévenir les opérations d'initiés ou autres manquements professionnels⁹⁶. Ces règles font appel à diverses techniques de cloisonnement, telles la séparation physique des services, l'accès interdit ou limité aux dossiers, l'interdiction du double emploi, les restrictions relatives aux opérations sur certaines valeurs mobilières et l'adoption de structures juridiques distinctes comme la création de filiales. Certaines de ces techniques de cloisonnement sont communément appelées « Murailles de Chine ».

53. Au plan opérationnel, les conflits d'intérêts peuvent survenir dans les opérations internes d'un intermédiaire financier, soit lorsque les intérêts du client entrent en conflit avec ceux de l'intermédiaire ou avec les intérêts des autres clients de celui-ci. À titre d'exemple, des situations de conflits d'intérêts apparaissent lorsqu'un courtier, d'une part, agit comme preneur ferme lors d'une émission publique de titres et, d'autre part, recommande l'achat de ces titres⁹⁷. La décision rendue dans *Conseil de la santé et des services sociaux de la Montérégie c. Paquette*⁹⁸ illustre bien cette situation où le représentant d'un cabinet de courtage a conseillé à un client un achat substantiel de titres qui avaient fait l'objet d'une prise ferme par le courtier, mais dont le placement « constituait une source de pertes quasiment certaines » pour le client⁹⁹. Un tel placement favorisait ainsi les intérêts du cabinet de courtage qui connaissait alors des difficultés financières majeures. Dans cette affaire, le tribunal a conclu que le représentant du cabinet de courtage avait manqué à son devoir de loyauté envers le client en omettant de divulguer le conflit d'intérêts et en recommandant ce placement inapproprié. Dans

96. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, art. 485.1 et suiv.; OSC, *Policy 33-601 Guidelines for Policies and Procedures Concerning Inside Information*, [Enligne]. http://www.osc.gov.on.ca/Regulation/Rulemaking/Current/Part3/pol_19980130_33-601_n.jsp; voir aussi L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 96-102.

97. Le contrat de prise ferme consiste en l'achat d'une émission de titres par un ou plusieurs courtiers en valeurs mobilières ou preneurs fermes dans le but de la revendre. Toutes les modalités de cette opération sont énoncées dans le « contrat de prise ferme ». Voir CIBC WOOD GUNDY, *Glossaire*, [En ligne]. <https://www.woodgundy.com/wg/reference-library/glossary/p-fr.html>.

98. *Conseil de la santé et des services sociaux de la Montérégie c. Paquette*, [1996] J.Q. No 61 (C.A.) (QL/LN).

99. *Id.*, par. 15.

l'affaire *Hodgkinson c. Simms*¹⁰⁰, la Cour suprême a également reproché à un conseiller financier de ne pas avoir divulgué à son client son conflit d'intérêts en recommandant un placement dans un projet immobilier pour lequel il agissait du même coup pour le compte des promoteurs.

54. L'obligation de loyauté peut aussi exiger de la part de l'intermédiaire d'informer le client de toute situation qui risque de porter atteinte aux intérêts de ce dernier. Cette situation peut survenir lorsqu'un représentant fait l'objet de plaintes et de procédures disciplinaires comme ce fut le cas dans *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*¹⁰¹. Dans cette affaire, la Cour a retenu la responsabilité de deux cabinets de courtage et d'un représentant qui avait été engagé successivement par ces deux firmes de courtage. Le tribunal a entre autres reproché à ces institutions d'avoir omis d'informer le client au sujet des manquements professionnels, des plaintes disciplinaires et des sanctions prises à l'égard de ce dernier. Bien qu'il se fonde sur la violation de l'obligation de diligence pour engager la responsabilité des firmes de courtage, le tribunal fait néanmoins ressortir l'existence d'un conflit d'intérêts, en ce sens que ces firmes, en omettant de divulguer ces informations importantes au client, ont profité des revenus substantiels générés par le représentant poursuivi¹⁰². De même, le tribunal dans l'affaire *Markarian* a également reproché à la banque d'avoir privilégié ses intérêts en n'avisant pas ses clients des inconduites de son employé « problématique » qui, par ailleurs, « générait de fabuleuses commissions »¹⁰³.

55. Une situation de conflits d'intérêts survient également lorsqu'un représentant d'un courtier en valeurs mobilières multiplie indûment les opérations pour le compte d'un client en vue d'accroître ses commissions¹⁰⁴. La régulation financière

100. *Hodgkinson c. Simms*, précité, note 48.

101. *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, précité, note 54.

102. *Id.*, voir le jugement de première instance, par. 141, 171.

103. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, [2006] J.Q. No 5467 (C.S.) (QL/LN), par. 397-399.

104. Art. 193 LVM; voir aussi les normes de conduite adoptées par l'OCRCVM : la norme B dans CSI, *Manuel sur les normes de conduite*, aux pages I-9, I-10. Comme illustration, voir *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13; *Penner c. Yorkton Continental Securities Inc.*, [1996] A.J. No 278 (Alta Q.B.) (QL/LN).

québécoise interdit ce genre de pratique, désignée en anglais par le terme *churning*¹⁰⁵. Il s'agit là d'un détournement de pouvoir de la part du courtier qui agit dans son intérêt personnel et non dans le meilleur intérêt de son client. La multiplication induite des opérations est également condamnable dans la mesure où le courtier effectue ces transactions sans le consentement du client. Il en est de même pour les opérations de *front running* qui consistent, pour un courtier, à effectuer des opérations pour son propre compte tout en anticipant une modification sensible du prix des actions en raison des transactions importantes que ce dernier sera appelé à effectuer postérieurement pour le compte de ses clients¹⁰⁶.

56. L'obligation de loyauté exige aussi de la part de l'intermédiaire financier de ne pas confondre les biens administrés avec ses propres biens¹⁰⁷. Le *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription* prévoit l'obligation pour la société inscrite qui détient des actifs pour le compte d'un client, tels des effets de commerce et des sommes d'argent, de séparer ces actifs de ses propres biens dans un compte en fiducie¹⁰⁸. Ce règlement oblige également la société inscrite à séparer et à identifier, comme étant conservés séparément, les titres non grevés d'une sûreté qu'elle détient en garde pour un client.

57. Enfin, dans le prolongement de l'obligation de loyauté, la réglementation oblige les intermédiaires à rendre compte de leur gestion pendant et à la fin de la prestation des services¹⁰⁹. Le *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription* impose au courtier en valeurs mobilières de transmettre au client les informations pertinentes au sujet de l'exécution de toute opération effectuée pour le compte d'un client¹¹⁰. Ce règlement prévoit également l'envoi périodique au client d'un

105. *Id.*; voir aussi Mark R. GILLEN, *Securities Regulation in Canada*, 3^e éd., Toronto, Thomson/Carswell, 2007, 603 p., à la page 498.

106. M.R. GILLEN, précité, note 105, à la page 498.

107. Art. 1313 C.c.Q.

108. *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58, art. 5.10-5.14. La société inscrite inclut le courtier inscrit, le conseiller inscrit et la société de gestion; voir l'art. 1.1. Voir aussi les art. 216-219 RVM.

109. Art. 1363-1370 (administration du bien d'autrui); art. 2184, 2185 C.c.Q.

110. Art. 5.18 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58; voir aussi art. 162 LVM et art. 243-245 RVM.

relevé de compte ou de portefeuille par le courtier en valeurs mobilières et par le gestionnaire de portefeuille¹¹¹.

3.2 LA MODULATION DES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES DE COMPÉTENCE, DE PRUDENCE ET DE DILIGENCE

58. En raison du caractère spécialisé des services offerts par les intermédiaires financiers, de même que des qualifications et du statut professionnel que ces derniers peuvent faire valoir auprès de leur clientèle et du public en général, l'intermédiaire financier jouit d'un ascendant indéniable sur ses clients qui, habituellement, ne possèdent pas les connaissances requises en matière de placement et le temps nécessaire pour s'informer et pour gérer leur portefeuille eux-mêmes. Entre le professionnel et le client, il existe alors un déséquilibre dont l'écart peut varier en fonction de différents facteurs liés aux parties et à la nature de la relation entre elles.

59. Compte tenu de la spécificité des services offerts en ce domaine et de la nature des rapports entre les parties, le droit commun et la régulation financière imposent au prestataire de services de placement des obligations de compétence, de prudence et de diligence assimilables à celles d'un professionnel, de même que plusieurs obligations spécifiques qui s'inscrivent dans le prolongement de ces obligations générales¹¹².

60. Tout comme plusieurs autres professionnels reconnus par les autorités publiques, ces intermédiaires doivent non seulement acquérir une compétence spécifique pour obtenir leur inscription auprès des organismes de contrôle, tel que mentionné précédemment, mais ils doivent également mettre à jour leurs connaissances. La réglementation sur les services

111. Art. 5.22 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58.

112. En droit commun, voir les art. 1375, 2102, 2139 C.c.Q.; D. LUELLES, B. MOORE, précité, note 85, par. 2005-2013; dans la réglementation financière, pour les courtiers et les conseillers en valeurs, sur l'obligation de renseignement, voir *supra* le texte correspondant aux notes 109-111; sur l'obligation de conseil, voir la Règle 1300 (1) (q) de l'OCRCVM, *Manuel sur les normes de conduite*, norme A : Obligation de prudence; pour les courtiers en épargne collective, voir l'art. 19 du *Règlement sur la déontologie dans les disciplines de valeurs mobilières*, précité, note 76; pour le planificateur financier, art. 12-14 du *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, précité, note 76.

financiers, de même que les règles adoptées par les organismes d'autoréglementation comme l'OCRCVM et la Chambre de la sécurité financière imposent à leurs membres une obligation de suivre un programme de formation continue dont le contenu varie selon les catégories d'inscription¹¹³.

61. Ces exigences de compétence imposées aux intermédiaires financiers constituent un élément important dans un processus de reconnaissance implicite du statut de professionnel et, en corollaire, dans l'application d'un régime particulier de responsabilité propre à ces différents types de professionnels. Ces normes peuvent aussi servir dans l'appréciation du respect des normes de prudence et de diligence imposées aux conseillers financiers et aux gestionnaires de portefeuille.

62. La réglementation financière prévoit à cet égard des normes plus élevées de prudence et de diligence, en exigeant que l'intermédiaire financier agisse comme un professionnel placé dans les mêmes circonstances¹¹⁴. Comme le mentionne l'article 160.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, « dans ses relations avec ses clients et dans l'exécution du mandat reçu d'eux, la personne inscrite est tenue d'apporter le soin que l'on peut attendre d'un *professionnel avisé*, placé dans les mêmes circonstances »¹¹⁵ (nos italiques). Cette obligation s'applique à tout courtier et conseiller inscrit en vertu de cette Loi.

113. Pour les représentants de courtiers en valeurs mobilières et les gestionnaires de portefeuille, voir la Règle 2900 *Compétences et formation* de l'OCRCVM, [En ligne]. <http://iirc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?Ktype=446&linkType=toc&dbID=201807342&tocID=806>; pour les représentants en épargne collective, voir les règles de la Chambre de la sécurité financière, voir le *Règlement sur la formation continue obligatoire de la Chambre de la sécurité financière*, [En ligne]. http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=3&file=/D_9_2/D9_2R1_4_02.HTM; pour le planificateur financier, voir le *Règlement sur la formation continue du planificateur financier*, [En ligne]. http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=3&file=/D_9_2/D9_2R1_4_3.HTM.

114. Voir pour les courtiers et les conseillers inscrits, voir l'art. 160.1 LVM, art. 235 RVM; pour les courtiers en valeurs mobilières, voir le *Manuel sur les normes de conduite*; pour le représentant en épargne collective, voir le *Règlement sur la déontologie dans les disciplines de valeurs mobilières*, précité, note 76, art. 3; pour le planificateur financier, voir le *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, précité, note 76, art. 12.

115. *Ibid.*

63. Ces normes de conduite plus élevées illustrent bien le particularisme juridique des rapports entre les intermédiaires financiers et leurs clients. En matière de responsabilité civile, la conduite prudente et diligente du prestataire de services s'appréciera de manière objective, c'est-à-dire *in abstracto*, en fonction, non pas de la conduite d'une personne raisonnable ou du « bon père de famille », mais plutôt au regard de celle d'un professionnel avisé évoluant dans le même secteur d'activités¹¹⁶.

64. Bien que l'on reconnaisse le caractère objectif de ces normes de conduite, les tribunaux sont appelés à apprécier le comportement du professionnel de manière contextuelle, c'est-à-dire en tenant compte de la situation particulière dans laquelle le professionnel évolue. Ainsi, au regard de l'obligation d'agir avec compétence, l'appréciation du comportement de l'intermédiaire financier exige la prise en compte du niveau attendu de compétence, lequel variera selon la catégorie d'inscription dont fait partie le professionnel, de même que selon le poste occupé dans l'organisation¹¹⁷. Par exemple, la compétence requise différera selon que la personne agit comme courtier en placement, courtier en épargne collective, gestionnaire de portefeuille ou comme planificateur financier¹¹⁸. Les exigences de compétence peuvent aussi varier selon le type d'opérations visées, tel le placement dans des instruments financiers complexes ou plus spéculatifs, comme les titres dérivés¹¹⁹. En d'autres termes, l'intermédiaire doit être « le bon professionnel de sa spécialité »¹²⁰.

116. Sur l'appréciation du comportement du courtier envisagé comme un professionnel, J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, précité, note 24, par. 2-203; *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 29; *Canonne c. Financière Banque Nationale*, [2007] J.Q. No 10823 (C.S.) (QL/LN), par. 113, 114, conf. par [2008] J.Q. No 10448 (C.A.) (QL/LN), par. 3; *Therrien c. David*, [2002] J.Q. No 9195 (C.Q.) (QL/LN), par. 39; L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 115-120; R.D. LEMOYNE, G. THIBAudeau, précité, note 12.

117. Voir *supra* la section 2.

118. Voir *supra*, note 67.

119. Concernant l'absence de compétence d'une employée d'une firme de courtage en matière de fonds d'investissement de privatisation, voir *Bazinet c. Wood Gundy Inc.*, [1997] A.Q. No 590 (C.A.) (QL/LN), par. 4, 5.

120. Nicole L'HEUREUX, « La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce », (1977) 18 *C. de D.* 397, à la page 420; L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, aux pages 115, 116.

65. À l'instar des professionnels exerçant dans d'autres disciplines, l'obligation d'agir de manière prudente et diligence est généralement qualifiée d'obligation de moyens en raison du caractère aléatoire de la finalité poursuivie dans la prestation de services¹²¹. Dans le domaine des services de conseils et de gestion en matière de placements, l'objectif ultime étant d'accroître la valeur des placements, on conçoit aisément la difficulté d'imposer une obligation de résultat. Dans ce domaine, la rentabilité d'un portefeuille est tributaire de nombreux facteurs dont plusieurs ne sont pas liés au comportement de l'intermédiaire en raison des aléas propres au marché des valeurs mobilières.

66. Par ailleurs, tout en reconnaissant l'existence d'une obligation de moyens dans la poursuite de l'objectif de rentabilité, il convient de souligner que l'intermédiaire peut aussi être tenu à une obligation de résultat, notamment au regard des moyens à prendre en vue d'atteindre cet objectif¹²². L'entente entre les parties peut prévoir des directives précises données par le client, par exemple sur la répartition des actifs, sur des interdictions quant à certains types d'instruments financiers ou sur des ordres spécifiques de placement dont l'exécution n'est pas sujette aux aléas du marché. La preuve du demandeur sera ainsi plus facile à faire, puisque celui-ci n'aura qu'à prouver l'inexécution de l'obligation, tel le non-respect d'une entente sur la répartition ou les types de placements ou la violation d'un ordre d'achat ou de vente spécifique donné par le client¹²³.

121. J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, précité, note 24, par. 2-201; *Canonne c. Financière Banque Nationale*, précité, note 116, par. 111, 84, 86; *Arguin c. Financière Banque Nationale inc.*, précité, note 26, par. 11, 12, 41; *Richter c. Groupe Option retraite inc.*, [2005] J.Q. No 17368 (C.S.) (QL/LN), par. 56, 61.

122. S. BONFILS, précité, note 56, par. 417-419; *Bouchard c. Lévesque, Beaubien, Geoffrion inc.*, AZ-92021459 (C.S.), conf. par [1997] J.Q. No 586 (C.A.) (QL/LN), demande d'appel rejetée par [1997] C.S.C.R. No 234 (QL/LN); *René c. Bachand*, [2006] J.Q. No 5725 (C.Q.) (QL/LN); *Richter c. Groupe Option retraite*, précité, note 121, par. 88-94.

123. Art. 2100 C.c.Q. Comme exemple d'obligation de résultat, voir *Lemay c. Carrier*, [2006] J.Q. No 13984 (C.S.) (QL/LN), par. 94, 95.

67. Dans le but de guider les intermédiaires et d'assurer le respect de l'obligation d'agir avec prudence et diligence, la réglementation financière impose à ces derniers un éventail étendu de normes spécifiques de conduite dont la violation peut entraîner la responsabilité du professionnel. Les obligations les plus importantes à cet égard consistent, premièrement, à bien connaître le client (*know your client rule* ou KYC) et, deuxièmement, à fournir des services qui sont bien adaptés à la situation spécifique de ce dernier (« obligation de convenance » ou « suitability rule »)¹²⁴. Pour remplir l'obligation de bien connaître son client, l'intermédiaire doit colliger les renseignements pertinents sur ce dernier, notamment au sujet de sa situation financière, de ses objectifs de placements, de ses connaissances et de son expérience en matière de placement, de sa tolérance au risque, de l'horizon temporel des placements, de sa situation d'emploi, etc.¹²⁵. Cette obligation s'applique tant au moment de l'ouverture du compte que durant la relation entre les parties, exigeant ainsi une mise à jour de l'information pertinente au sujet du client¹²⁶.

68. Sur la base de ces renseignements, il incombera alors au professionnel d'élaborer une stratégie de placements, de faire des recommandations et d'effectuer des placements qui conviendront au profil du client, à ses objectifs de placement et à ses attentes. Il s'agit de l'« obligation de convenance » (*suitability rule*) que les autorités régulatrices imposent expressément aux courtiers en placement, aux courtiers en

124. Concernant la règle de bien connaître son client, voir l'art. 232 RVM; pour les courtiers et les conseillers, voir le *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58, art. 5.3; pour les courtiers en placement, voir art. 2(a) de la Règle 1300 de l'OCRCVM, [En ligne]. <http://iiloc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?kType=446&linkType=toc&dbID=201807342&tocID=640>; pour les représentants en épargne collective, voir le *Règlement sur la déontologie dans les disciplines de valeurs mobilières*, précité, note 76, art. 3; pour les planificateurs financiers, voir le *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, précité, note 76, art. 15.

125. *Instruction générale relative au Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58, art. 5.2; pour les courtiers en valeurs, voir aussi le formulaire 2 accompagnant la Règle 1300 de l'OCRCVM prévu pour l'ouverture d'un compte: [En ligne]. <http://iiloc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?kType=446&linkType=ftch&dbID=201807342&documentID=143¶graphID=2>.

126. *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58, art. 5.3 (4).

épargne collective et aux gestionnaires de portefeuille¹²⁷. Comme le montre la jurisprudence, un nombre important de décisions rendues en matière de responsabilité civile des courtiers en placement et de gestionnaires de portefeuille font état d'allégations de placements inappropriés en raison de manquements à l'obligation de bien connaître son client et à l'obligation de convenance¹²⁸. Plus particulièrement, les tribunaux retiennent la responsabilité des courtiers en valeurs mobilières lorsque ces derniers fournissent de mauvais conseils ou lorsqu'ils effectuent des placements en omettant d'assurer une diversification appropriée du portefeuille ou encore lorsqu'ils procèdent à une répartition des placements non conforme au profil du client, soit lorsqu'ils font des placements trop risqués compte tenu des objectifs et de la tolérance au risque du client. L'affaire *Laflamme* illustre bien les divers types de manquements fréquemment reprochés à un représentant de courtier en placement ou à un gestionnaire de portefeuille.

Celui-ci [le gestionnaire de portefeuille] a fait défaut de se conformer au comportement d'un gestionnaire prudent et diligent en ne constituant pas un portefeuille structuré et diversifié, en acquérant des titres de nature spéculative et en ne tenant pas compte des objectifs de son client.¹²⁹

127. Sur la règle de convenance, pour les courtiers en placement et les conseillers, voir l'art. 161 de la *Loi sur les valeurs mobilières* et l'art. 5.5 du *Règlement 31-103 sur les obligations d'inscription*, précité, note 58; pour les courtiers en placement, voir la Règle 1300 (1) (p) (q) de l'OCRCVM, [En ligne]. <http://iirc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?Ktype=446&linkType=toc&dbID=201807342&tocID=640>; pour les courtiers en épargne collective, voir l'art. 51 de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*.

128. Voir, à titre d'exemple, *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13; *Loevinsohn c. Services Investors ltée*, précité, note 26; *Roy c. Financière Banque Nationale inc.*, précité, note 26; *Sirois c. Planification financière Marcotte & Marcotte inc.*, 2006 QCCS 5170; *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103; *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, (2005) AZ-50173857 (C.S.).

129. *Laflamme inc. c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 36.

69. Au regard de l'obligation de diligence, l'appréciation du comportement du défendeur exige une analyse contextuelle afin de déterminer si celui-ci a agi comme un professionnel avisé placé dans les mêmes circonstances¹³⁰.

3.3 LA MODULATION DE L'INTENSITÉ DES OBLIGATIONS DE L'INTERMÉDIAIRE PAR UNE ANALYSE CONTEXTUELLE DES RAPPORTS DE CONFIANCE

70. Comme plusieurs auteurs et les tribunaux le soulignent, l'intensité de la norme générale de diligence et des obligations spécifiques qui en découlent varie selon plusieurs facteurs, tels le statut et les qualifications du professionnel, la nature du mandat et des pouvoirs qui lui sont conférés, le profil et les objectifs du client, de même que les usages et les pratiques dans le milieu dans lequel l'intermédiaire évolue¹³¹.

71. En ce qui a trait aux facteurs liés au professionnel lui-même et à la nature de son mandat, les obligations sont différentes selon que celui-ci est appelé à gérer un portefeuille de manière discrétionnaire ou avec l'assentiment du client, ou encore selon que l'intermédiaire agit comme simple exécutant, tel le courtier exécutant qui ne fait qu'acheter et vendre des actions sans offrir de conseils préalables au client. Comme les tribunaux l'ont souligné, les responsabilités d'un gestionnaire de portefeuille ou d'un courtier en placement ou en épargne collective sont plus grandes que celles d'un courtier exécutant en raison des pouvoirs plus étendus conférés au gestionnaire, au courtier en placement et au courtier en

130. *Canonne c. Financière Banque Nationale*, précité, note 116, par. 113, conf. par [2008] J.Q. No 10448 (QL/LN).

131. S. BONFILS, précité, note 56, par. 190, 101; R.D. LEMOYNE, G.R. THIBAUDEAU, précité, note 12, aux pages 515-521; L.I. BEAUDOIN, précité, note 29, à la page 89; Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Nice, juin 1977, à la page 511. Pour la jurisprudence, concernant l'obligation de renseignement en matière contractuelle, voir *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554; dans le contexte des services de placement, voir entre autres *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities liée*, précité, note 13, par. 28-34; *Therrien c. David*, précité, note 116, par. 49, 50, 58; *Paquette c. Lévesque Beaubien Inc.*, [1995] J.Q. No 1729 (C.S.) (QL/LN), par. 58, 59; *Marseille c. Bourque*, précité, note 14; *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, précité, note 14, par. 135; *Sirois c. Planification financière Marcotte & Marcotte inc.*, précité, note 26, par. 66-69.

épargne collective¹³². Cette intensité plus élevée pour ces derniers se manifeste entre autres dans l'obligation qui incombe aux gestionnaires de portefeuille et aux courtiers appelés à fournir des conseils à leurs clients d'adapter ces conseils et les stratégies de placement à la situation personnelle du client¹³³. Une gestion diligente du portefeuille exigera également que les recommandations et les stratégies proposées par l'intermédiaire se fondent sur des analyses rigoureuses en matière financière¹³⁴. Dans certains cas, l'intermédiaire sera aussi appelé à recourir aux services d'autres spécialistes en vue de bien conseiller le client ou de prendre une décision pour le compte de ce dernier.

72. L'intensité des obligations du professionnel peut aussi varier en tenant compte des caractéristiques du client, tels son âge, sa profession, l'importance de ses actifs, son degré de connaissance et d'expérience en matière de placements, ainsi que son degré de dépendance et de confiance à l'égard du professionnel. Comme le mentionne un auteur : « [p]lus le client est ignorant, plus il est en effet contraint de s'en remettre au professionnel [et] plus sa confiance est grande »¹³⁵. Dans un contexte semblable, le client profane est davantage enclin à faire une confiance aveugle au professionnel. Partant, plus la confiance est élevée, plus les obligations sont étendues¹³⁶.

73. Dans l'affaire *Laflamme*, la Cour suprême a reconnu de façon explicite cette modulation des obligations d'un gestionnaire de portefeuille dans le cas où le client est en situation

132. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 27, 29; *Therrien c. David*, précité, note 116, par. 41; *Dunn c. Services Investors ltée*, [2006] J.Q. No 579 (C.Q.) (QL/LN), par. 41.

133. Sur « l'obligation de convenue », voir *supra*, note 127; pour les courtiers exécutants, ces derniers peuvent, à certaines conditions, être dispensés de l'obligation de convenue; voir Règle 3200 de l'OCRCVM, Normes minimales pour les courtiers membres qui désirent obtenir l'approbation en vertu de l'article 1(t) de la Règle 1300 pour une dispense d'évaluation de la convenue visant les opérations qui ne font pas l'objet d'une recommandation du courtier membre : [En ligne]. <http://iirc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?kType=446&linkType=ftch&dbID=201807342&documentID=106¶graphID=2>.

134. D. LEMOYNE, G.R. THIBAudeau, précité, note 12, aux pages 517, 518.

135. A. CHIREZ, précité, note 131, par. 382, à la page 514.

136. L'auteur Chirez fait état à ce sujet de l'intensité plus grande de l'obligation d'information; voir A. CHIREZ, *id.*, par. 380, à la page 511.

de vulnérabilité, voire de dépendance envers le professionnel. Voici comment elle s'exprime à ce sujet :

Cet esprit de confiance se reflète dans l'intensité des obligations qui incombent au gestionnaire, laquelle est d'autant plus grande que le mandant est vulnérable, profane, dépendant du mandataire et que le mandat est important. Ainsi, les exigences de loyauté, fidélité et diligence du gestionnaire à l'égard de son client seront d'autant plus sévères.¹³⁷

74. À l'égard d'un client profane, l'intensité plus grande de l'obligation de diligence du professionnel peut se manifester dans les renseignements et les conseils que ce dernier doit donner au client¹³⁸. La prestation de ces services personnalisés implique une appréciation subjective afin d'adapter les renseignements, les mises en garde et les conseils en tenant compte de la situation particulière du client. Par exemple, lorsqu'un représentant d'un courtier en placement est appelé à recommander à son client une stratégie d'investissement adaptée à la situation de ce dernier, le professionnel doit fournir au client toutes les informations pertinentes au sujet des placements proposés en tenant compte des connaissances et de l'expérience limitées de ce dernier, afin que celui-ci comprenne bien le contenu et les incidences de la stratégie proposée. Une bonne compréhension des recommandations soumises au client, notamment quant au risque relié aux placements suggérés, a pour but de permettre à celui-ci de prendre une décision éclairée.

75. Comme la Cour suprême le souligne dans l'arrêt *Laflamme*, « l'intensité du devoir de conseil sera d'autant plus importante que les connaissances du client en matière d'investissements sont faibles »¹³⁹. En outre, comme la Cour le mentionne dans cet arrêt, le devoir de conseil s'étend non seulement aux questions liées à l'opportunité des placements eux-mêmes, mais également aux renseignements sur la

137. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada ltée*, précité, note 13, par. 28.

138. *Therrien c. David*, précité, note 116, par. 57, 58, 61; *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 33.

139. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada ltée*, précité, note 13, par. 34.

nature du mandat confié au professionnel. Dans cette affaire, le tribunal a ainsi tenu compte de la situation des demandeurs, considérés en l'espèce comme des clients non avertis, en mettant en relief l'insuffisance des informations données à ces derniers par le gestionnaire en vue de modifier ou de révoquer le mandat de gestion discrétionnaire qui lui était confié¹⁴⁰. En conséquence, la Cour a rejeté la prétention des défendeurs quant à ce changement de mandat de gestion de portefeuille.

76. Dans l'évaluation de la qualification du caractère profane ou averti du client, le tribunal peut tenir compte d'un « faisceau d'indices », tels les connaissances du client, son expérience, sa profession, l'importance économique de ses actifs, ses pratiques antérieures en matière d'investissement, le type de placements effectués, etc.¹⁴¹. Le formulaire que le client remplira au moment de l'ouverture du compte et dans lequel il est appelé à indiquer son niveau de connaissance en matière de placement peut constituer un indice¹⁴².

77. La qualification du caractère profane ou averti du client peut aussi dépendre de la nature des placements effectués¹⁴³. Une personne peut être considérée comme avertie quant à l'opportunité d'effectuer des placements sécuritaires, mais elle peut par ailleurs être qualifiée de profane au regard de certains types de placements plus risqués, spéculatifs ou complexes¹⁴⁴. À titre d'exemple, dans la décision *Loevinsohn c. Services Investors ltée*¹⁴⁵, la Cour supérieure a reproché au représentant d'un courtier d'avoir exposé la demanderesse, une économiste qualifiée, à un risque jugé trop élevé dans les circonstances en lui recommandant d'effectuer des placements sur marge. La Cour précisa également que le représentant devait même refuser d'effectuer une opération à la

140. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada ltée*, précité, note 13, par. 46-48.

141. S. BONFILS, précité, note 56, par. 233.

142. Voir le formulaire 2 accompagnant la Règle 1300 de l'OCRCVM prévu pour l'ouverture d'un compte, *supra*, note 125; à titre d'exemple, voir *Marseille c. Bourque*, précité, note 14, par. 10; *Therrien c. David*, précité, note 116; *Dunn c. Services Investors ltée*, précité, note 132, par. 36.

143. S. BONFILS, précité, note 56, par. 233.

144. *Loevinsohn c. Services Investors ltée*, précité, note 27, par. 41.

145. *Ibid.*

demande du client si, de l'avis du professionnel, cette opération apparaissait trop risquée dans les circonstances. Autrement dit, le tribunal de première instance suggère que le professionnel devrait protéger le client contre lui-même. Il s'agit là d'une obligation élevée, qui va au-delà de l'obligation de diligence prévue dans les normes de conduite élaborées pour les représentants des courtiers en placement¹⁴⁶. Dans un contexte semblable où le client souhaite effectuer un placement spéculatif, malgré son profil d'investisseur conservateur, le *Manuel sur les normes de conduite* recommande au représentant de tenter de dissuader le client d'effectuer une telle opération en lui exposant bien le risque encouru. Et si, malgré cette mise en garde, le client souhaite néanmoins effectuer la transaction, le *Manuel* suggère « d'obtenir le feu vert du directeur de la succursale ou du service de la conformité » avant de procéder au placement, lequel devra porter la mention « non sollicité »¹⁴⁷.

78. Dans l'analyse contextuelle du comportement de l'intermédiaire financier, la prise en compte des pratiques et des usages qui prévalent au sein du milieu professionnel dans lequel le défendeur évolue peut également constituer un élément pertinent dans l'appréciation de ce comportement¹⁴⁸. Pour établir cette preuve, les demandeurs font généralement appel à des experts qui peuvent témoigner de l'existence de ces pratiques courantes. Toutefois, bien que pertinente, cette preuve n'est pas nécessairement concluante, comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*¹⁴⁹, qui porte sur la responsabilité civile d'un notaire.

79. Dans le contexte des services de conseils et de courtage en valeurs mobilières, un tribunal ontarien a également refusé d'admettre comme concluante la preuve d'une pratique courante dans l'industrie visée. Dans la décision rendue dans *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*¹⁵⁰, la Cour a

146. *Manuel sur les normes de conduite*, aux pages 1-9.

147. *Ibid.*

148. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 29.

149. *Bolduc c. Roberge*, [1991] 1 R.C.S. 374.

150. *Blackburn c. Midland Walwyn Capital Inc.*, [2003] O.J. No 621 (S.C.J.) (QL/LN), par. 167-169, conf. par [2005] O.J. No 678 (C.A.) (QL/LN).

reproché à des firmes de courtage de ne pas avoir avisé les clients demandeurs de l'existence d'actes irréguliers et de plaintes portées contre le représentant de ces firmes de courtage. Le tribunal a considéré que cette omission de la part des cabinets allait à l'encontre des obligations de loyauté et de diligence envers le client, alors que ce comportement correspondait à la pratique dans l'industrie¹⁵¹. Bien que cette décision ontarienne ne lie pas les tribunaux québécois, celle-ci offre un bon exemple d'intensification des obligations, dans la mesure où le tribunal reconnaît que la conformité aux pratiques et aux usages dans l'industrie ne témoigne pas nécessairement, dans les circonstances particulières, d'un comportement prudent et diligent d'un professionnel avisé.

3.4 LA PRISE EN COMPTE DU RAPPORT DE CONFIANCE DANS LA DÉTERMINATION DES OBLIGATIONS DU CONSOMMATEUR

80. Comme dans tout rapport contractuel, le consommateur de services de conseils financiers ou de gestion de portefeuille, à l'instar de son cocontractant, est également tenu de respecter ses propres obligations dont la nature et l'intensité varient selon les circonstances. Outre l'obligation du client d'acquitter les honoraires et les frais prévus au contrat, la plus importante obligation qui incombe au consommateur consiste à coopérer avec le professionnel afin de favoriser la bonne exécution du contrat. Cette obligation de coopération du client découle du contrat entre les parties et, plus généralement, de l'obligation de bonne foi qui incombe aux parties dans toute relation contractuelle¹⁵².

81. Au regard de son obligation de coopération, le client est appelé à fournir tous les renseignements pertinents et véridiques pour permettre au professionnel de remplir son obligation de bien connaître son cocontractant en vue de lui offrir des services qui soient bien adaptés aux besoins et aux

151. *Ibid.*

152. Pour le contrat de mandat, l'obligation de coopération est prévue expressément à l'art. 2149 C.c.Q.; pour l'obligation de bonne foi, voir l'art. 1375 C.c.Q.; D. LLUELLES, B. MOORE, précité, note 85, par. 1997.

attentes de ce dernier¹⁵³. Le client doit donc fournir au professionnel, à l'ouverture du compte et de manière continue pendant la relation contractuelle, toutes les informations nécessaires, notamment sur sa situation financière, ses objectifs de placement, ses connaissances et son expérience en matière de placement, sa tolérance au risque, l'horizon temporel des placements, sa situation d'emploi, etc. On peut également prétendre que la coopération attendue du client signifie que celui-ci assure un suivi de son dossier¹⁵⁴. Dans le cadre d'un service de gestion de portefeuille, qu'elle soit de nature discrétionnaire ou contrôlée, le professionnel peut s'attendre à ce que le client prenne connaissance des relevés ou des comptes rendus de la gestion que celui-ci reçoit périodiquement. Ce suivi peut permettre de déceler les erreurs ou les irrégularités et d'exiger du professionnel de rectifier le tir, le cas échéant¹⁵⁵.

82. Le non-respect des obligations qui incombent au client pourra avoir pour effet d'exonérer le professionnel en raison de la rupture du lien de causalité. La faute contributoire du client peut également entraîner une réduction du montant de la compensation réclamée¹⁵⁶. À titre d'exemple, la transmission par le client de renseignements faux, trompeurs ou incomplets sur sa situation personnelle ou sur son profil d'investisseur peut entraîner la rupture du lien de causalité entre la faute alléguée et les dommages subis par le demandeur dans une poursuite civile. De même, si le client omet de poser des questions et de se plaindre après avoir pris connaissance des relevés mensuels transmis par l'intermédiaire financier, ce dernier pourra prétendre que le client, par son omission, a implicitement ratifié ou accepté le comportement contesté¹⁵⁷. Dans le cas où le demandeur reproche au prestataire de services d'avoir effectué des placements inappropriés

153. Concernant l'obligation de bien connaître son client, voir *supra* le texte correspondant aux notes 124-126.

154. *Therrien c. David*, précité, note 116, par. 67.

155. *Ibid.*

156. J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, précité, note 24, par. 1-633, 1-654.

157. Voir comme exemple, *Therrien c. David*, précité, note 116, par. 88; *Vézina c. R.B.C. Dominion valeurs mobilières Inc.*, précité, note 11, par. 19-24.

ayant entraîné des pertes importantes, l'intermédiaire peut aussi prétendre que le client, une fois informé de ce problème, aurait dû prendre les mesures nécessaires en vue de minimiser les dommages. Selon les principes généraux de responsabilité, la personne victime des conséquences d'une faute doit en effet prendre les mesures nécessaires afin d'éviter l'aggravation du préjudice¹⁵⁸.

83. Bien que cette argumentation fondée sur les précautions attendues du consommateur soit logique, l'adoption de cette ligne de pensée risque, en certaines circonstances, d'occulter une dimension importante des rapports fondés sur la confiance entre un intermédiaire financier et son client. En effet, à la lecture de la jurisprudence, on constate que les tribunaux sont conscients de la réalité de ce type de relation où le degré élevé de confiance du client à l'égard du professionnel peut entraîner une vigilance moindre de la part du client¹⁵⁹. Comme le souligne la Cour dans l'affaire *Markarian* : « [...] l'existence d'un tel lien de confiance n'est pas sans impliquer une diminution corrélative, protégée par le droit, de la vigilance qui est attendue du client »¹⁶⁰.

84. Les tribunaux reconnaissent que plusieurs facteurs contribuent à susciter une grande confiance, voire une « confiance absolue » ou une « confiance quasi aveugle » du consommateur¹⁶¹. On souligne entre autres l'âge du client, son manque de connaissances et d'expérience en matière de placement, sa situation financière et son emploi, alors qu'au regard du professionnel, les tribunaux mettent en relief le statut de l'intermédiaire financier reconnu officiellement, l'attribution à ce dernier du titre de dirigeant de la firme de services financiers, le rattachement au sein d'une institution financière d'envergure, la publicité diffusée par cette institution, de

158. Art. 1479 C.c.Q.

159. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103.

160. *Id.*, par. 492.

161. Sur l'emploi des termes « confiance absolue », voir *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 231, 245, 252, 505; sur l'emploi des termes « confiance quasi aveugle », voir *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, [2007] J.Q. No 14898 (C.S.) (QL/LN), par. 98.

même que la nature des pouvoirs conférés au professionnel et l'encadrement légal et déontologique de ce dernier¹⁶².

85. Dans ce contexte, on admet que la confiance et le sentiment de sécurité du client puissent influencer sur le jugement, sur les perceptions et sur le comportement de celui-ci en réduisant son niveau de vigilance. La prise en compte de cette réalité amène ainsi les tribunaux, selon les circonstances, à réduire l'intensité des obligations du consommateur, comme l'illustre bien la décision de la Cour suprême rendue dans l'affaire *Laflamme*¹⁶³. Voici comment la Cour explique les effets psychologiques de ce climat de confiance sur le client :

J'ajouterais que le sentiment de confiance dont est empreint le contrat de mandat a aussi un effet appréciable sur l'état d'esprit, victime de la faute du gestionnaire. Cette confiance, en l'espèce, c'est la croyance acquise en la valeur professionnelle du gestionnaire qui fait que le client, surtout non averti, puisse être incapable ou du moins hésitant à croire à son incompétence. Tant la confiance que le désarroi suite à une perte rendent alors d'autant plus difficile pour la victime la prise en main de la situation. L'éveil face à l'étendue du préjudice est plus lent. Il faut tenir compte de cette réalité, que le gestionnaire a lui-même créée en se présentant comme professionnel digne de confiance, avant de reprocher à la victime un manque de diligence à minimiser les dommages [...].¹⁶⁴

86. La prise en considération de la complexité de ce secteur de l'activité économique peut également expliquer la difficulté pour le client profane d'évaluer adéquatement une

162. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 231; concernant le client lui-même, la Cour écrit : « M. Markarian est un homme honnête, peu méfiant et très peu connaissant dans les affaires boursières; M. Markarian avait une confiance absolue en Migirdic ». Concernant le professionnel et la Banque CIBC, la Cour souligne : « Migirdic a reçu le titre de vice-président en 1986, puis celui de vice-président et directeur au début des années 1990. Il a conservé ces titres jusqu'à son départ en raison de l'énorme volume de commissions qu'il générait. Dans les faits, ces titres ont augmenté la confiance de M. Markarian envers Migirdic et l'ont amené à se méfier moins de lui et de ses agissements » (par. 269). Voir aussi *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 161, par. 98 : « Madame Pedneault, pendant toutes ces années, a fait une confiance quasi aveugle à monsieur Bonneau ».

163. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 53.

164. *Id.*, par. 54.

situation problématique et de prendre les mesures appropriées en vue de prévenir ou de minimiser le dommage¹⁶⁵. En reprenant les termes du jugement de première instance, la Cour suprême dans l'affaire *Laflamme* souligne que les lettres envoyées par les demandeurs montraient qu'ils « étaient mystifiés par le “jeu” de la bourse, qu'ils ne comprenaient que le minimum des opérations effectuées à leur place par le défendeur [...] »¹⁶⁶. De même, dans *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*¹⁶⁷, la Cour commente en ces termes la situation du client profane : « le tribunal est convaincu que Léonard Pelletier ne comprend pas du tout dans quoi il investit et surtout quels sont les risques qu'il encourt »¹⁶⁸.

87. Dans une relation où le client fait confiance à un professionnel pour ses connaissances spécialisées en matière de placement, on admet aussi qu'il ne s'agit pas d'une simple relation commerciale ou d'une relation entre un acheteur et un vendeur. Dans une relation commerciale, l'acheteur a généralement l'obligation de se renseigner suivant le principe *caveat emptor*¹⁶⁹. Or, dans une relation où le client s'en remet à un professionnel pour le conseiller ou pour gérer son patrimoine, on peut comprendre que le créancier de ce type de services soit enclin à se fier au professionnel, sans chercher à se renseigner sur les implications des conseils reçus ou des opérations effectuées¹⁷⁰. Comme le mentionne Bonfils, dans les contrats qui reposent sur la confiance, le client bénéficie « d'une sorte de présomption d'ignorance légitime ». L'affaire *Markarian* offre à cet égard un exemple éloquent d'« ignorance légitime » de la part des demandeurs, un couple à la retraite qui a manifesté une confiance absolue envers le défendeur, un représentant en valeurs mobilières de Marchés

165. *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 13, par. 55, 56; *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, précité, note 14, par. 168-170; *Lemay c. Carrier*, précité, note 123, par. 84-90.

166. *Id.*, par. 43.

167. *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, précité, note 14.

168. *Id.*, par. 162.

169. Concernant l'obligation de se renseigner, voir Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., par P.-G. JOBIN avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 1217 p., n^o 329, aux pages 367, 368.

170. S. BONFILS, précité, note 56, par. 191.

mondiaux CIBC, alors que celui-ci a abusé de cette confiance pendant plusieurs années en soutirant frauduleusement des engagements des demandeurs¹⁷¹.

88. L'analyse de la jurisprudence montre aussi que, selon le degré de dépendance du client envers le professionnel, les tribunaux refusent parfois de conclure à l'acceptation ou à la ratification par la victime des actes reprochés au professionnel. L'assentiment donné par le demandeur pour les transactions effectuées, l'inaction ou le silence du demandeur à la suite de la réception des confirmations de placements ou autres types d'opérations ne sont pas nécessairement retenus comme une preuve de ratification des actes contestés¹⁷².

89. Il convient de souligner que la prise en compte du lien de confiance entre les parties et l'approche contextuelle adoptée par les tribunaux peuvent également avoir pour effet d'écartier ou de réduire la valeur probante des écrits défavorables à la cause d'un demandeur. Les décisions montrent en effet que l'analyse de l'ensemble de la relation entre les parties peut amener le juge à conclure à la nullité ou à contredire le contenu d'un écrit, telle une affirmation faite par le client au moment de l'ouverture du compte concernant ses connaissances en matière de placement, sa tolérance au risque et ses objectifs de placement. Dans la décision *Therrien c. David*¹⁷³, où la responsabilité d'un représentant en valeurs mobilières était en cause, le tribunal a considéré que le demandeur se qualifiait comme un profane, malgré l'affirmation contenue dans le formulaire d'ouverture du compte indiquant que les connaissances du client en matière de placement étaient excellentes¹⁷⁴.

90. En certaines circonstances, les tribunaux refusent aussi de donner effet à un acte juridique signé par le demandeur lorsque l'intermédiaire a abusé de la confiance du client en agissant de manière frauduleuse ou dolosive au moment de la signature du document. Dans l'affaire *Markarian*, la Cour a

171. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103.

172. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103; *Poirier c. Tassé et associés Ltée*, précité, note 26, par. 40-48; *Pelletier c. Valeurs mobilières Desjardins du Québec*, précité, note 14, par. 161-166; *Marseille c. Bourque*, précité, note 14, par. 34; *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 161.

173. *Therrien c. David*, précité, note 116.

174. *Id.*, par. 71.

déclaré nulles les garanties signées par les demandeurs, après avoir conclu que la signature de ces derniers dans les contrats de garantie avait été obtenue par le représentant du courtier par la fraude, la tromperie et d'autres moyens dolosifs¹⁷⁵. Le tribunal a également considéré que les lettres de vérification et une lettre de confirmation des garanties signées par les demandeurs ne constituaient pas une ratification, car ces lettres étaient entachées de nullité en raison d'une erreur provoquée par le dol du représentant du courtier¹⁷⁶. De même, selon la Cour, l'absence de contestation des relevés mensuels de la part des demandeurs ne pouvait pas constituer une ratification¹⁷⁷. Enfin, la Cour a conclu que toutes les mises à jour des fiches des clients-demandeurs indiquant un niveau élevé de risque en matière de placements avaient été faites unilatéralement par le représentant-défendeur sans en avoir discuté au préalable avec les demandeurs¹⁷⁸.

91. Tout comme dans l'affaire *Markarian*, le tribunal dans la décision *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*¹⁷⁹, a considéré que les changements apportés dans les documents d'ouverture de compte concernant le profil, les objectifs de placement et la tolérance au risque des clients avaient été faits de manière frauduleuse, en vue de légitimer des placements de nature spéculative, contrairement aux objectifs des clients qui souhaitaient des placements sécuritaires. De ce constat, le tribunal a retenu la responsabilité du courtier pour avoir effectué des placements spéculatifs.

4. LES MANIFESTATIONS DU PARTICULARISME JURIDIQUE DANS L'IMPOSITION DE SANCTIONS CIVILES

92. Comme nous l'avons vu précédemment, le particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement se manifeste dans une réglementation étendue qui

175. *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 180-256.

176. *Id.*, par. 406-435.

177. *Id.*, par. 436-448.

178. *Id.*, par. 100-108.

179. *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 161.

impose aux prestataires de services de placements des obligations accrues de loyauté, de compétence, de prudence et de diligence, dans le but de minimiser les risques d'atteinte aux intérêts des consommateurs et ultimement de préserver la confiance de ces derniers aux plans individuel et collectif. Pour assurer le respect de ces normes de conduite, les autorités régulatrices mettent en place des mécanismes de surveillance et de contrôle, plus particulièrement des mécanismes d'inspection et d'enquête, ainsi qu'un large éventail de sanctions de nature civile, pénale, criminelle et disciplinaire applicables en cas de violation des normes légales et déontologiques.

93. Différentes institutions se voient ainsi conférer des pouvoirs de sanctions. Les tribunaux de droit commun peuvent imposer des sanctions de nature civile, pénale et criminelle, alors que les organismes administratifs, comme l'Autorité des marchés financiers (AMF) et le Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières (BDRVM), interviennent pour imposer des sanctions administratives ou disciplinaires. Enfin, les organismes d'autoréglementation, tels l'OCRCVM et la Chambre de la sécurité financière, peuvent imposer des sanctions disciplinaires à leurs membres. Dans la présente section, notre attention portera uniquement sur les sanctions civiles imposées par les tribunaux de droit commun en vue de faire ressortir les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance.

94. Les sanctions civiles s'inscrivent dans le cadre des régimes de responsabilité du droit commun. Dans le cas où le client a conclu un contrat avec une entreprise de services financiers, telle une institution bancaire, un cabinet de courtage en valeurs mobilières ou de gestion de portefeuille, l'entreprise sera assujettie au régime général de responsabilité en cas de violation de ses obligations à l'égard de son client¹⁸⁰. L'institution engagera sa responsabilité contractuelle pour les fautes commises par ses représentants dans l'exercice de leurs fonctions, soit à titre d'employés, de mandataires ou autres¹⁸¹. À ce régime général de responsabilité

180. Art. 1458 C.c.Q.

181. Art. 1463, 2157, 2160 C.c.Q. Voir le par. 93 au sujet de l'application de l'art. 1463 C.c.Q. qui, en principe, s'applique uniquement dans un contexte extra-contractuel.

contractuelle se greffent des sanctions particulières qui, selon la qualification juridique de la relation entre les parties, sont prévues dans les règles du mandat, de l'administration du bien d'autrui, du contrat de services, etc.¹⁸². Pour sa part, le représentant qui agit au nom d'une institution financière dans ses relations contractuelles avec ses clients peut engager sa responsabilité extracontractuelle à l'égard d'un client s'il cause un préjudice à ce dernier en négligeant de se conformer aux règles de conduite prévues par la loi ou les usages¹⁸³.

95. En l'absence de relation contractuelle entre l'institution financière et la victime d'un dommage causé par l'institution, la responsabilité de cette dernière sera de nature extracontractuelle. Tel pourrait être le cas, entre autres, lorsqu'une institution divulgue auprès du public des informations fausses ou trompeuses concernant des placements en valeurs mobilières¹⁸⁴. L'institution pourrait ainsi engager sa responsabilité extracontractuelle à l'égard des tiers ayant fait des placements sur la base de ces renseignements¹⁸⁵.

96. Il convient de noter toutefois que les tribunaux appelés à intervenir dans des litiges impliquant la responsabilité des courtiers en valeurs mobilières ne font pas nécessairement la distinction entre la nature contractuelle ou extracontractuelle du régime applicable. Par exemple, dans un contexte où il existe un contrat entre le client et un courtier en valeurs mobilières, les tribunaux font référence à la responsabilité du commettant prévue à l'article 1463 C.c.Q. qui, en principe, s'applique uniquement en matière de responsabilité extracon-

182. Art. 2130 et suiv. C.c.Q. (règles relatives au mandat); art. 1299 et suiv. C.c.Q. (règles relatives à l'administration du bien d'autrui); art. 2098 et suiv. C.c.Q. (règles applicables au contrat de service).

183. Art. 1457 C.c.Q.

184. J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, précité, note 24, à la page 195.

185. *Id.*; Stéphane ROUSSEAU, Raymonde CRÈTE, « L'environnement législatif québécois au regard du projet d'adoption d'un régime statutaire de responsabilité civile dans le contexte du marché secondaire des valeurs mobilières », (1999) 59 *R. du B.* 627; Stéphane ROUSSEAU, « La responsabilité civile de l'analyste financier pour la transmission de l'information fausse ou trompeuse sur le marché secondaire des valeurs mobilières », (2000) 34 *R.J.T.* 193, 216; François THEMENS, *Internet et la responsabilité civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 152 p., à la page 37.

tractuelle¹⁸⁶. Cette jurisprudence remet ainsi en question l'utilité de la distinction entre la nature contractuelle et extracontractuelle du régime de responsabilité¹⁸⁷.

97. Qu'elle soit de nature contractuelle ou extracontractuelle, la responsabilité civile est appelée à exercer des fonctions de nature curative, préventive, éducative et, exceptionnellement, punitive. Or, sous l'angle de l'une ou l'autre de ces fonctions, on constate que les sanctions imposées aux prestataires de services de placement mettent de nouveau en évidence le particularisme juridique des relations entre ces prestataires et leurs clients.

4.1 LA FONCTION CURATIVE DES SANCTIONS CIVILES

98. Comme les auteurs le soulignent, la fonction première de la responsabilité civile est la réparation¹⁸⁸. Il s'agit de réparer les dommages causés à autrui et de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait avant la survenance du dommage, en compensant le créancier de l'obligation pour la perte subie et le gain dont il a été privé¹⁸⁹. Dans les poursuites civiles intentées contre les prestataires de services de placement, les demandeurs réclament généralement la réparation d'un dommage matériel, par exemple, pour des pertes financières et des gains manqués qui résultent de placements inappropriés faits par un courtier en valeurs mobilières ayant omis de tenir compte du profil, des objectifs et de la tolérance au risque du client¹⁹⁰. Dans certains cas, ils réclament également des dommages pour un préjudice moral ou extra-

186. Voir, à titre d'exemple, *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 161, par. 126.

187. Dans un article bien étoffé, les professeurs Gardner et Moore suggèrent d'appliquer uniquement le régime de responsabilité extracontractuelle, à tout le moins en matière de préjudice corporel. Voir Daniel GARDNER, Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48 *C. de D.* 543.

188. Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, volume 1, 1270 p., à la page 7; Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1997, 471 p., à la page 58.

189. Art. 1611 C.c.Q.

190. Concernant l'évaluation des pertes et des gains manqués, voir *FBN c. Paquet*, [2008] J.Q. No 8437, (C.S.); *Poirier c. Tassé et associés Ltée*, précité, note 26; *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103.

patrimonial subi par le demandeur, tels les problèmes psychologiques ou émotionnels résultant du comportement du prestataire de services¹⁹¹.

99. Pour la réparation du préjudice matériel, l'évaluation des dommages peut s'avérer une tâche difficile en raison du caractère complexe et aléatoire du marché des valeurs mobilières. En cette matière, les parties font souvent appel à des experts en analyse financière en vue d'éclairer le tribunal qui est appelé à déterminer le montant des pertes imputables au comportement du défendeur, tout en excluant celles attribuables aux fluctuations boursières qui sont propres au marché lui-même, telles les baisses généralisées de la valeur des actions liées aux conditions économiques durant une période déterminée. Dans l'établissement des dommages, le tribunal doit aussi tenir compte du comportement du demandeur qui doit prendre les moyens en vue de minimiser les dommages¹⁹². Or, comme nous l'avons mentionné plus haut, les tribunaux reconnaissent que la confiance et le sentiment de sécurité du client dans ses relations avec le professionnel puissent influencer sur le jugement, sur les perceptions et sur le comportement de celui-ci en réduisant son niveau de vigilance¹⁹³. La prise en considération par les tribunaux de la réalité propre à ces rapports fondés sur la confiance a pour effet, selon les circonstances, de réduire l'intensité des mesures de précaution que le client doit prendre en vue de minimiser le dommage¹⁹⁴.

100. La spécificité des relations entre les prestataires des services de placement et leurs clients apparaît également dans la reconnaissance d'un préjudice extrapatrimonial (dommage non pécuniaire) qui peut résulter du comportement

191. *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103; *Talbot c. Lavigne*, [2008] J.Q. No 9010 (C.S.); *Curateur c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, (C.S.C.), par. 84 et suiv.

192. Voir *supra* la section 3.4. En vertu des principes de responsabilité civile, un client d'un intermédiaire de marché doit également minimiser ses pertes; voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, précité, note 24, volume 2, à la page 210; *Dolmen (1994) inc. c. Nesbitt Burns ltée*, [2006] J.Q. No 3229 (C.S.) (QL/LN); *H.P.Q.R. Inc. c. Nesbitt Burns Inc.*, [1995] J.Q. No 1597 (C.S.) (QL/LN); *Cyr c. Merrill Lynch Canada Inc.*, [2002] J.Q. No 3566 (C.S.) (QL/LN); *Therrien c. David*, précité, note 116.

193. Voir *supra* le texte correspondant aux notes 159, 160 et 161.

194. *Ibid.*

déviant des professionnels. On conçoit aisément que le préjudice moral puisse constituer le principal chef de réclamation dans les poursuites fondées sur une atteinte aux droits extra-patrimoniaux de la personne, par exemple, dans le cas d'une atteinte à l'un des droits fondamentaux de la personne, comme le droit à la vie, à l'intégrité, à l'intimité, à la liberté, à l'honneur et à la réputation. La jurisprudence rendue en matière de diffamation offre plusieurs exemples où les tribunaux compensent la victime pour des troubles d'ordre psychologique, tels le sentiment d'humiliation ou de mépris, l'angoisse, le stress ou la dépression, que peuvent entraîner les propos diffamatoires exprimés par le défendeur¹⁹⁵. De même, on peut facilement concevoir qu'un préjudice corporel puisse s'accompagner de souffrances psychologiques, telles « les névroses ou psychoses post-traumatiques, les dépressions accompagnées ou non de tentatives de suicide, et les changements de personnalité », pour lesquelles la victime peut obtenir une indemnisation¹⁹⁶.

101. En comparaison, dans les poursuites fondées principalement sur une atteinte au patrimoine du demandeur, tels les recours fondés sur la responsabilité des courtiers en valeurs mobilières, il est normal que les réclamations fondées sur un préjudice moral apparaissent plus rarement et, le cas échéant, qu'elles ne constituent qu'un chef secondaire de réclamation. Par ailleurs, dans les poursuites alléguant une atteinte à un droit patrimonial dans le contexte d'une relation contractuelle, il y a lieu de croire que les rapports fondés sur un lien de confiance accrue entre un prestataire de services de placement et ses clients comportent un risque plus élevé d'entraîner un préjudice moral en cas d'abus de confiance, comparativement au risque d'un préjudice semblable dans une simple relation commerciale à exécution instantanée, comme l'achat d'un bien de consommation. Dans une relation entre un professionnel de services de placement et son client, on peut comprendre que le client puisse être affecté, à des degrés divers et selon les circonstances, par des problèmes d'ordre psychologique, tels l'anxiété, la perte de confiance, la

195. J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, précité, note 188, par. 1-580.

196. *Id.*, par. 1-492.

tristesse, l'insécurité, la dépression et même le suicide, lorsque le professionnel trahit la confiance de son client en commettant des actes abusifs ou déloyaux au détriment des intérêts du client.

102. La jurisprudence en matière de responsabilité civile concernant des courtiers en valeurs mobilières ou des gestionnaires de portefeuille illustre bien le risque de préjudice moral qui peut découler d'un abus de confiance de la part du professionnel, et ce, en raison des caractéristiques propres à ce type de relation entre les parties. L'existence d'une relation à long terme entre les parties, l'étendue des pouvoirs conférés au prestataire de services, le degré de confiance et de vulnérabilité du client, la gravité de la faute du professionnel et l'importance des pertes financières constituent des facteurs qui contribuent à l'apparition d'un préjudice moral.

103. Dans la jurisprudence, la reconnaissance du préjudice moral apparaît entre autres dans l'affaire *Markarian*, où un couple à la retraite et une compagnie de gestion familiale ont été victimes d'une fraude majeure commise par un courtier en valeurs mobilières¹⁹⁷. En l'espèce, le représentant de la firme de courtage, par des manœuvres frauduleuses et dolosives, a réussi à obtenir des époux Markarian qu'ils se portent garants de comptes déficitaires pour des tiers qui leur étaient totalement inconnus. Bien que la banque défenderesse ait été prévenue de la fraude de son employé, cette dernière a refusé de reconnaître sa responsabilité et a prélevé une somme d'un peu plus de 1,4 million de dollars dans le compte des demandeurs, afin d'exécuter les garanties consenties par les demandeurs. Cette somme correspondait au tiers de tous les biens des demandeurs. Comme le souligne également le tribunal dans un passage déterminant, la firme a de plus soutenu que les demandeurs auraient été complices de la fraude du représentant de la banque.

104. Dans ces circonstances, la Cour a accordé une somme de 100 000 \$ pour les dommages moraux subis par le couple Markarian, après avoir reconnu l'importance des troubles émotionnels subis par les demandeurs, notamment un choc émotionnel, l'angoisse, l'insécurité, le stress, la dépression, la

197. *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103.

perte de joie de vivre et l'humiliation¹⁹⁸. Sur la base de la *Charte des droits et libertés de la personne*, qui prévoit l'indemnisation du préjudice moral en cas de violation des droits fondamentaux, le tribunal a également reconnu que les parties défenderesses, par leur comportement méprisant et leur manque de respect, avaient porté atteinte au droit à la dignité et à l'intégrité des demandeurs, de même qu'à la jouissance paisible et à libre disposition des biens de ces derniers¹⁹⁹.

105. Tout comme dans l'affaire *Markarian*, le tribunal, dans *Talbot c. Lavigne*²⁰⁰, a également octroyé des dommages moraux importants aux victimes d'une fraude commise par les défendeurs. En l'espèce, sept employés de la compagnie de chemin de fer Canadien National ont perdu la quasi-totalité de leurs fonds de retraite qu'ils avaient confiés aux défendeurs qui prétendaient être des professionnels en placement. Alors qu'ils avaient promis aux demandeurs que leurs placements généreraient un rendement garanti de 40 % et sans aucun risque, les défendeurs ont détourné les fonds pour les investir dans des entreprises dans lesquelles un des défendeurs avait des intérêts personnels. Outre l'octroi de dommages-intérêts compensatoires pour les pertes financières subies, la Cour, sur la base du *Code civil* et de la *Charte*, a octroyé aux demandeurs une somme de 200 000 \$ à titre de dommages moraux pour compenser le choc subi en raison de leurs pertes financières et de l'atteinte à leur dignité. Sous ce chef de réclamation, la Cour souligne qu'« [e]n lieu et place d'une retraite paisible, la plupart des demandeurs ont dû retourner sur le marché du travail ou vendre certains de leurs avoirs. Ils ont été humiliés et atteints dans leur dignité. Certains ont même caché à leurs proches l'existence de cette mésaventure »²⁰¹.

106. Dans la décision *Roy c. Financière Banque Nationale inc.*²⁰², la Cour a également accueilli une réclamation de

198. Concernant les dommages moraux, voir *Markarian*, précité, note 103, par. 553-577.

199. *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 576.

200. *Talbot c. Lavigne*, précité, note 191.

201. *Id.*, par. 82.

202. *Roy c. Financière Banque Nationale inc.*, précité, note 26.

10 000 \$ fondée sur le préjudice moral du demandeur qui a souffert d'une dépression en raison des pertes financières causées partiellement par la firme de courtage en valeurs mobilières et par sa représentante. De même, dans *Lévesque c. Placements PFSL du Canada Ltée*²⁰³, le tribunal a octroyé une somme de 20 000 \$ pour les « souffrances, ennuis et inconvénients » subis par le demandeur en raison des fautes commises par une firme de courtage en valeurs mobilières et par son représentant.

107. En somme, cette jurisprudence montre que les comportements fautifs et, plus particulièrement, l'abus 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 de nature psychologique, telles l'angoisse, la perte de confiance, la dépression et l'humiliation. 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 peuvent, selon les circonstances, constituer une atteinte à des droits fondamentaux de la personne, plus spécifiquement au droit à la dignité, de même qu'au droit à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens d'un consommateur. Comme nous le verrons dans la section qui suit, cette atteinte aux droits fondamentaux peut, par la même occasion, justifier l'octroi de dommages punitifs.

4.2 LES FONCTIONS PRÉVENTIVE ET PUNITIVE DES SANCTIONS CIVILES

108. Outre leur fonction curative, les régimes de responsabilité civile peuvent exercer une fonction préventive en incitant les personnes assujetties à agir de manière conforme à la réglementation. Cette fonction se fonde sur le postulat selon lequel les personnes assujetties se conformeront aux normes

203. *Lévesque c. Placements PFSL du Canada Ltée*, [2002] Q.J. No 4576 (C.S.) (QL/LN).

imposées afin d'éviter de subir les effets négatifs potentiels de nature économique, sociale et psychologique découlant d'une poursuite. Cette forme de prévention peut être de nature prospective et générale en ciblant l'ensemble des personnes assujetties. Elle peut aussi être de nature individuelle dans la mesure où une poursuite intentée contre un prestataire de services financiers peut inciter ce dernier à se conformer aux normes de manière à éviter d'être de nouveau poursuivi. De façon complémentaire à cette fonction de prévention, la mise en place et l'application d'un régime de responsabilité civile peut exercer une fonction pédagogique, en mettant en relief le sens et la portée des principes de loyauté, de prudence, de diligence, d'intégrité et de transparence qui guideront le comportement des intermédiaires financiers²⁰⁴. Les jugements rendus en cette matière peuvent servir de référence pour une profession donnée, en instruisant les membres de celle-ci sur les comportements tolérés et ceux qui ne le sont pas. En précisant l'intention de l'autorité régulatrice, la jurisprudence développée par les tribunaux transmet des messages ou des « signaux » sur les normes de conduite à respecter. Le contenu de la loi et son interprétation éduquent les intermédiaires de marché qui, s'ils sont suffisamment réceptifs, intégreront les normes légales et déontologiques²⁰⁵. Dans une période marquée par des scandales financiers majeurs, la dénonciation sociale de comportements jugés abusifs peut aussi trouver écho dans la jurisprudence qui, du coup, contribuera à renforcer cette forme de condamnation.

109. Dans un objectif de prévention, la législation québécoise permet l'octroi des dommages punitifs. Le *Code civil du Québec* autorise leur octroi uniquement dans les cas où la loi le prévoit spécifiquement. L'attribution de tels dommages est prévue entre autres dans la *Charte des droits et libertés de la personne* pour une « atteinte illicite et intentionnelle » à un

204. Raymonde CRÊTE, Patrick MCSWEENEY, « Les vérificateurs après la tempête financière : un regard particulier sur un nouveau régime de responsabilité civile destiné aux investisseurs du marché secondaire des valeurs mobilières », (2005) 35 R.G.D. 207, à la page 239.

205. Concernant l'intégration des messages jurisprudentiels et législatifs par les individus, voir Robert D. COOTER, « Three Effects of Social Norms on Law : Expression, Deterrence, and Internalization », (2000) 79 *Oregon Law Review* 1.

droit ou à une liberté reconnu²⁰⁶. Dans le secteur des services financiers, la *Loi sur les valeurs mobilières* confère le pouvoir à l'Autorité des marchés financiers de demander au tribunal de prononcer des dommages punitifs à l'encontre des personnes assujetties à cette loi, lorsqu'elle estime que « l'intérêt du public » le justifie²⁰⁷.

110. Considérés comme une mesure exceptionnelle, les dommages punitifs n'ont pas pour but de réparer le dommage, mais plutôt de « marquer, en quelque sorte, la réprobation devant une conduite de grande négligence ou qui démontre chez son auteur une intention de nuire ou de la mauvaise foi »²⁰⁸. Le juge ordonne le paiement de ces dommages pour exprimer publiquement la gravité du comportement reproché, l'indignation et l'intolérance de la société face à ce comportement²⁰⁹. Par cette réprobation publique, l'octroi de dommages punitifs est envisagé avant tout comme un moyen de prévention destiné à dissuader les personnes assujetties d'agir ainsi²¹⁰.

111. Dans la décision *Markarian*, la Cour supérieure résume bien les fonctions des dommages punitifs dans les termes suivants :

De fait, le mot « punitif » indique clairement que l'imposition de dommages punitifs constitue un *châtiment*. Par ailleurs, l'article 1621 C.c.Q. énonce expressément que la fonction première des dommages punitifs est leur fonction préventive, donc la *dissuasion* : par leur imposition, on veut décourager le défendeur et autrui de recommencer ou de faire la même chose. D'où l'expression « dommages exemplaires » qui est souvent utilisée comme synonyme des dommages punitifs. En raison de leurs caractères punitif et dissuasif, les dommages punitifs ont aussi une fonction de *dénonciation*.²¹¹

112. En se fondant sur la *Charte des droits et libertés*, la Cour a considéré que la banque défenderesse avait, de

206. Art. 1621 C.c.Q.; art. 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

207. Art. 269.2 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, précitée, note 46.

208. J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, précité, note 188, à la page 365.

209. *Ibid.*

210. Art. 1621, al. 1 C.c.Q.

211. *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 651.

manière illicite et intentionnelle, porté atteinte à la dignité et à l'intégrité des demandeurs, de même qu'à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens de ces derniers²¹². En l'espèce, le tribunal a estimé que la conduite de la banque défenderesse avait été particulièrement répréhensible en s'associant à la fraude de son représentant, en exécutant des garanties obtenues frauduleusement, en s'appropriant illégalement la somme de près de un million et demi de dollars appartenant aux demandeurs, en omettant de divulguer à ces derniers plusieurs faits importants concernant le comportement frauduleux de son représentant, en traitant les demandeurs avec un profond mépris et un manque de respect, en insinuant la complicité des demandeurs dans la perpétration de la fraude, en refusant d'admettre la véracité des témoignages de la partie adverse, en persistant à nier la réalité et sa culpabilité tout au long du procès, etc.

113. Dans cette affaire, la Cour a reconnu que la violation des droits des demandeurs était intentionnelle, comme le prévoit la Charte pour justifier l'octroi de dommages punitifs. Tout en faisant ressortir les éléments de mauvaise foi et d'obstination de la part de la banque défenderesse, le tribunal conclut, en reprenant le critère établi par la Cour suprême dans l'affaire *Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*²¹³, que :

CIBC a agi en toute connaissance des « conséquences immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables que [sa] conduite engendrera[it] », pour reprendre les mots de la Cour suprême.²¹⁴

114. En d'autres termes, le critère retenu pour prouver l'atteinte intentionnelle à un droit reconnu ne couvre pas uniquement la volonté de causer les effets dommageables du

212. Sur l'octroi de dommages punitifs, voir *Markarian*, précité, note 103, par. 587-685.

213. *Curateur c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, note 191.

214. *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 635. Pour la décision de la Cour suprême, voir *Curateur c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, précité, note 191, par. 121.

comportement fautif, mais également la connaissance, par l'auteur du dommage, des conséquences extrêmement probables de son comportement.

115. En vue de déterminer le montant de dommages punitifs octroyés, la Cour a pris en compte la liste non exhaustive des facteurs énoncés à l'article 1621 C.c.Q., telles la gravité de la faute et la situation patrimoniale du débiteur, mais également d'autres facteurs qui mettent bien en relief la spécificité des relations entre les prestataires de services de placement et leurs clients²¹⁵. En effet, outre les éléments liés à la conduite répréhensible, le tribunal a pris en considération des facteurs telles la vulnérabilité intrinsèque de la victime, compte tenu entre autres de son âge et de sa situation financière, la vulnérabilité de la victime placée dans un rapport de force inégal avec l'auteur du préjudice, l'existence d'un lien de confiance entre les parties, les obligations du défendeur envers la victime, etc.²¹⁶. La prise en compte de cet ensemble de facteurs a ainsi amené la Cour à condamner la banque défenderesse à payer une somme relativement considérable de un million et demi de dollars à titre de dommages punitifs.

116. À l'instar de la décision rendue dans l'affaire *Markarian*, le tribunal, dans la décision *Talbot c. Lavigne*, a également imposé aux défendeurs le paiement de dommages punitifs, soit la somme de 160 000 \$, après avoir mis en évidence la gravité de la faute et les conséquences néfastes de celle-ci sur les demandeurs, tout en soulignant l'exploitation par les défendeurs de la situation de vulnérabilité, de dépendance et de confiance des demandeurs²¹⁷.

117. En somme, comme le montrent les décisions rendues dans les affaires *Markarian* et *Talbot*, les facteurs pris en compte par les tribunaux en matière de responsabilité civile pour établir le caractère répréhensible de la faute commise par un prestataire de services de placement, de même que les sanctions pécuniaires imposées à ce dernier à titre de dommages moraux et punitifs, témoignent de nouveau de la spécificité des rapports fondés sur la confiance qui font l'objet de notre étude.

215. *Markarian c. Marchés Mondiaux CIBC inc.*, précité, note 103, par. 660.

216. *Id.*, par. 662.

217. *Talbot c. Lavigne*, précité, note 191, par. 88.

CONCLUSION

118. L'analyse qui précède montre que le particularisme juridique des rapports fondés sur la confiance entre les intermédiaires financiers et leurs clients se manifeste, d'une part, par une intensification des obligations imposées aux prestataires de services de placement et par une diminution corrélative des obligations des consommateurs et, d'autre part, par des sanctions accrues imposées aux intermédiaires financiers. Notre étude révèle que l'intensification des obligations trouve sa source, tout d'abord, dans les normes élevées de conduite qui découlent des principes du droit commun. Comme nous l'avons montré dans les première, troisième et quatrième sections de cette étude, la qualification de l'intermédiaire financier comme mandataire ou comme administrateur du bien d'autrui entraîne l'imposition d'obligations strictes à l'intermédiaire qui représente autrui ou qui administre un patrimoine qui n'est pas le sien. En outre, comme nous l'avons explicité dans les deuxième et troisième sections de cette étude, l'intensification des obligations apparaît également dans la régulation financière particulière qui impose aux prestataires de services de placement des normes strictes de conduite de nature professionnelle. L'intensification des obligations qui découle de cette reconnaissance du statut professionnel des intermédiaires de marché dans la réglementation financière rend ainsi moins nécessaire la qualification de la relation juridique entre l'intermédiaire et son client en vertu du droit commun. Notons aussi que la réglementation financière particulière, en raison de sa portée étendue, s'applique à des intermédiaires financiers qui ne sont pas nécessairement couverts par les régimes du mandat et de l'administration du bien d'autrui. Tel est le cas, à titre d'exemple, lorsqu'un planificateur financier n'exerce aucun pouvoir d'agir au nom de ses clients.

119. Comme nous l'avons explicité dans les troisième et quatrième sections de l'étude, l'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 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.

120. 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 l'abus 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, la dépression et même le suicide. 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* et *Talbot*, 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 comportement²¹⁸.

Raymonde Crête
Faculté de droit
Pavillon Charles-De Koninck
1030, avenue des Sciences-Humaines, bureau 1111
Université Laval
Québec (Québec) G1V 0A6
Tél. : 418 656-2131, poste 7436
Télec. : 418 656-7230
Raymonde.Crete@fd.ulaval.ca

218. L'auteure remercie Marie-Pier Barbeau, Véronique Gaumont-Carignan, Audrey Létourneau, Clément Mabit et Guillaume Talbot-Lachance pour leur assistance à titre d'auxiliaires de recherche aux fins de la préparation de ce texte. L'auteure remercie également ses collègues les professeurs Daniel Gardner, Marc Lacoursière et Mario Naccarato pour leurs précieux commentaires lors de la lecture d'une version précédente de ce texte. L'auteure remercie aussi les évaluateurs responsables de l'évaluation de la version précédente de ce texte aux fins de la publication dans la *Revue générale de droit*. Enfin, l'auteure remercie l'Autorité des marchés financiers 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, BDRVM	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, BDRVM	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, BDRVM	- 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://iicroc.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://iicroc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?kType=446&linkType=fth&dbID=201807342&documentID=86¶graphID=45#para_45.