

Le devoir de diligence du prestataire de services d'investissement

Audrey Létourneau*

Table des matières

Résumé

Introduction

1. Le sens et la portée du devoir général de diligence imposé au prestataire de services d'investissement
2. Les diverses manifestations du manquement au devoir de diligence
 - 2.1 Le manquement à l'obligation de bien connaître le client et de convenance
 - 2.1.1 Le fondement et le sens de l'obligation de bien connaître le client et de convenance
 - 2.1.2 L'application et l'interprétation de l'obligation de bien connaître son client et de convenance par les tribunaux
 - 2.2 Le manquement au devoir d'information et de conseil
 - 2.2.1 Le fondement et le sens du devoir d'information et de conseil
 - 2.2.2 L'application et l'interprétation du devoir d'information et de conseil par les tribunaux
 - 2.3 Le défaut de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement
 - 2.3.1 Le fondement et le sens du devoir de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement
 - 2.3.2 L'interprétation et l'application du devoir de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement par les tribunaux
- Conclusion

Résumé

Le premier devoir du prestataire de services d'investissement est d'agir avec prudence et diligence. Les concepts de prudence et diligence réfèrent à la norme de conduite qu'appliquent les tribunaux afin de déterminer si le professionnel a commis une faute civile : cet intermédiaire s'est-il comporté comme un autre prestataire de services d'investissement avisé raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances? Dans leur interprétation et leur application de ces diverses règles, les tribunaux adoptent une posture protectionniste à l'égard des investisseurs. Ils reconnaissent l'ascendance que peut avoir le professionnel sur son client, intensifient les exigences des professionnels et amenuisent, dans une certaine mesure, celles des clients. Cette tendance est d'autant plus accrue que l'épargnant est vulnérable et profane. À l'inverse, des décisions récentes montrent une certaine sévérité à l'endroit de l'investisseur plus aisé financièrement et plus aguerri aux affaires. On pourrait voir dans ces constats un particularisme de l'encadrement juridique de la prestation des services d'investissement. Mais au-delà des nuances plus théoriques sur le sens et la portée des devoirs imposés aux prestataires de services d'investissement, il vaut de mentionner en terminant l'importance de la crédibilité des témoins et des experts, laquelle transparaît des motifs des tribunaux et qui, on le devine, influence considérablement l'issue des litiges.

*M^e Audrey Létourneau, associée, Létourneau Gagné Avocats s.e.n.c.r.l.; candidate au doctorat en droit, Faculté de droit, Université Laval.

Introduction

Le mot diligence provient du latin *diligentia*, qui signifie « soin, attention »¹. Selon le sens commun, la personne diligente est celle « qui s'applique avec soin à ce [qu'elle] fait [et également celle qui montre] de la célérité dans l'exécution d'une chose »². Pour ce qui est de la prudence, corollaire de la diligence, elle signifie communément :

[La] qualité de celui qui, réfléchissant à la portée et aux conséquences de ses actes, prend ses dispositions pour éviter des erreurs, des fautes, des malheurs possibles, s'abstient de tout ce qu'il croit pouvoir être source de dommage.³

En société, on s'attend à ce que toute personne adopte un comportement empreint d'un certain niveau de prudence et de diligence. Le droit commun prévoit ce devoir général de « respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle »⁴. Celui qui manque à ce devoir général commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile extra-

contractuelle. Les auteurs Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore décrivent ainsi cette notion *sine qua non* à la responsabilité civile d'une personne :

On peut [...] généralement [décrire la faute extracontractuelle] comme la violation du devoir légal de ne pas causer un préjudice illégitime à autrui, par une conduite contraire à celle qu'aurait eue une personne normalement prudente et diligente placée dans des circonstances identiques à celles où s'est trouvé l'auteur du dommage au moment où il a posé l'acte qu'on lui reproche ou omis de poser celui dont on lui tient rigueur.⁵

La prudence et la diligence raisonnables constituent un devoir général, mais également la norme de conduite ou le standard de référence utilisé par les tribunaux afin de déterminer si une personne a commis une faute civile.

Les professionnels, comme toute personne, dans leurs relations sociales usuelles, doivent agir conformément à cette norme de la personne raisonnablement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances. Mais plus encore, dans l'exercice de leur profession, leurs obligations de prudence et de diligence sont intensifiées et incidemment, la norme de comportement attendu de la part du professionnel est plus exigeante. Comme l'indique la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*, en matière de responsabilité professionnelle, « [l]a norme doit toujours être, compte tenu des faits particuliers de

¹ Alain REY (DIR.), *Le Grand Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2014, en ligne :

<<http://gr.bvdep.com.acces.bibl.ulaval.ca/version-1/login.asp>> (page consultée le 4 janvier 2015), « diligence ».

² *Id.*, « diligent ».

³ A. REY (DIR.), précité, note 1, « prudence ». Dans la décision *Canonne c. Financière Banque Nationale*, 2007 QCCS 4391, conf. par 2008 QCCA 2020, la Cour supérieure retient d'ailleurs cette définition de la prudence dans le contexte d'un prestataire de services d'investissement.

⁴ *Code civil du Québec*, L.Q., 1991 c. 64, article 1457 (ci-après « *Code civil du Québec* », « Code civil » ou « *C.c.Q.* »). En matière contractuelle, l'article 1458 du Code civil prévoit le devoir de toute personne « d'honorer les engagements qu'elle a contractés ».

⁵ Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile, Volume 1 : Principes généraux*, 8^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 1-210.

chaque espèce, celle du professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances. »⁶

Ainsi en est-il également des professionnels œuvrant dans le domaine des services d'investissement. Cette industrie forme une importante activité économique et présente de nombreux enjeux sociaux et juridiques. Les services d'investissement se distinguent par leur haute complexité, tant au niveau du nombre et de la diversité des intervenants et des autorités d'encadrement, que des types de produits et de services qu'ils comportent⁷. Dans ce contexte, l'investisseur est généralement placé dans une situation d'asymétrie en termes

⁶ *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374. Voir également la description de la diligence de Paul-André Crépeau, cite dans Madeleine CANTIN CUMYN, Michelle CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e édition, collection Traité de droit civil, Cowansville, 2014, par. 272.

⁷ Dans une étude empirique, des auteurs ont mis en exergue la confusion entourant l'industrie des services d'investissement : Geneviève BRISSON, Priscilla TACHÉ, Hélène ZIMMERMAN, Clément MABIT et Raymonde CRÊTE, *La réglementation des activités de conseil en placement. Le point de vue des professionnels*, volume 3, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 111 à 116. Certains dénoncent la confusion qui découle de la profusion des règles dans l'industrie des services d'investissement, lesquelles comportent chacune, même si elles portent sur le même objet (par exemple la convenance), comportent des nuances. Un ensemble de règles moins nombreuses et harmonisées permettrait « une connaissance plus précise de son rôle par l'intermédiaire, une meilleure compréhension et une plus grande responsabilisation » : Robert LEBEAU, « Politiques et pratiques en matière de gouvernance – le cas de l'intermédiaire financier », dans Raymonde CRÊTE, Marc LACOURSIÈRE, Mario NACCARATO et Geneviève BRISSON (DIR.), *Actes du colloque du 18 septembre 2009 : La confiance au cœur de l'industrie des services financiers*, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 75, à la p. 84.

d'informations, de connaissances et de pouvoir face à son prestataire de services⁸. Cette relation professionnelle est ainsi marquée par la vulnérabilité de l'épargnant et par un lien de confiance nécessaire⁹. Ces constats se manifestent sur le plan juridique par un corpus normatif imposant et par une intensification marquée des obligations et des standards de conduite imposés aux prestataires de services d'investissement, et cela, « dans le but de protéger les consommateurs et de préserver la confiance du public aux plans individuel et collectif »¹⁰.

Aux fins du présent texte, nous nous intéressons plus particulièrement à l'obligation de diligence imposée aux entreprises et aux personnes physiques qui offrent des services de conseils en placement, de gestion de portefeuille et de négociation de titres aux épargnants¹¹.

⁸ Raymonde CRÊTE, Cinthia DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume I, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 361, à la p. 389.

⁹ *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 638, par. 28.

¹⁰ Raymonde CRÊTE, « Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume I, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 275, à la p. 302.

¹¹ La réglementation particulière prévoit plusieurs catégories d'inscription des prestataires de services d'investissement, lesquelles sont détaillées dans l'article des professeurs Raymonde CRÊTE et Cinthia DUCLOS, « Le portrait des prestataires de services de placement », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers*

Dans une première partie, nous décrivons le sens et la portée du devoir général de diligence du prestataire de services d'investissement. Puis, dans une seconde partie, nous exposons les manifestations du manquement à ce devoir par une typologie des obligations particulières qui en découlent. Nous décrivons chacune de ces obligations spécifiques et analysons plus amplement leur interprétation et leur application par les tribunaux de droit commun dans le contexte de recours en responsabilité civile.

1. Le sens et la portée du devoir général de diligence imposé au prestataire de services d'investissement

Dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, le professeur Hubert Reid définit la diligence comme étant le « soin attentif qu'une personne apporte sans délai dans l'exécution de ses obligations »¹². La personne est diligente si elle « porte un soin attentif à l'accomplissement de ses obligations »¹³. Pour ce qui est de la prudence, il la définit comme suit :

Qualité de la personne qui, réfléchissant à la portée et aux conséquences de ses actes, prend les mesures nécessaires pour éviter

et conseillers financiers – Encadrement des services de placement, volume 1, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 45. Sont exclus de l'analyse du présent essai les services de gestion de fonds collectifs et les services du domaine de l'assurance.

¹² Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 203. Voir au même effet l'ouvrage de Gérard CORNU (DIR.), *Vocabulaire juridique*, 8^e édition, Paris, Association Henri Capitant, Quadridge/P.U.F., 2007, p. 309.

¹³ H. REID, précité, note 12.

qu'ils ne constituent une source de dommage pour autrui.¹⁴

Quant à l'utilisation des notions de prudence et diligence dans le Code civil, il mentionne :

Le *Code civil du Québec* utilise ensemble, à plusieurs reprises, les mots « prudence et diligence » dans le but de forcer les personnes qui posent des actes dans l'intérêt d'autrui à le faire conformément à la norme de conduite objective et abstraite de la personne avisée, placée en circonstances semblables.¹⁵

Dans le cas particulier du prestataire de services d'investissement, le devoir de diligence trouve sa source tant dans les règles générales et particulières du *Code civil du Québec* que dans la législation et la réglementation sectorielles.

D'abord, mentionnons que la relation entre un épargnant et son prestataire de services d'investissement¹⁶ est soit contractuelle, si un contrat est intervenu entre les deux sujets de droit, soit extracontractuelle¹⁷.

¹⁴ *Id.*, p. 492.

¹⁵ *Id.*, p. 203 et 492.

¹⁶ Aux fins du présent essai, nous utilisons l'expression « prestataire de services d'investissement » comme visant tant les personnes physiques, les représentants qui interviennent directement auprès de la clientèle, que les personnes morales ou les entreprises de services d'investissement qui offrent ce type de services par l'intermédiaire de représentants.

¹⁷ Une étude exhaustive des décisions judiciaires prononcées dans le domaine montre que fréquemment, les tribunaux ne se prêtent pas à un exercice de qualification approfondi de la nature, contractuelle ou extracontractuelle, des relations juridiques entre les intervenants. Pour une étude sur le sujet, voir R. CRÊTE, C. DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement »,

Dans le domaine contractuel, outre les principes généraux de la responsabilité civile¹⁸, certains régimes particuliers prévus au Code civil pourront s'appliquer. Essentiellement, dépendant de la nature des services dispensés (contrat de courtage sans conseil, contrat de conseils d'investissement ou de planification financière, contrat de courtage avec conseils ou contrat de gestion discrétionnaire de portefeuille)¹⁹, les règles du mandat²⁰, du contrat de service²¹ et du régime de l'administration du bien d'autrui pourront s'appliquer²².

précité, note 8, aux p. 364 à 375, particulièrement les schémas 1 et 2 aux p. 366 et 367. Voir également *Caron c. Voyer*, 2013 QCCA 1335, par. 125 à 127.

¹⁸ Article 1458 C.c.Q.

¹⁹ Pour une description plus précise des services reliés à cette typologie des fonctions exercées par les prestataires et des types de contrats de service d'investissement, voir Raymonde CRÊTE et Cinthia DUCLOS, « Le portrait des prestataires de services de placement », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume 1, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 45, aux p. 60 à 76; Audrey LÉTOURNEAU, *Le contrat de service, le mandat et le régime de l'administration du bien d'autrui : similitudes, différences et incidences dans le contexte des services d'investissement*, mémoire de maîtrise, Raymonde CRÊTE (DIR.), Faculté de droit, Université Laval, 2013, aux p. 99 à 112.

²⁰ Articles 2130 à 2185 C.c.Q. Sur le mandat, voir notamment Claude BARIL, Sabrina BOISELLE, Audrey LÉTOURNEAU, *Le mandat*, JurisClasseur Québec, collection Thema, Montréal, LexisNexis, 2012.

²¹ Articles 2098 à 2129 C.c.Q. Sur le contrat de service, voir notamment Jacques DESLAURIERS, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014; Vincent KARIM, *Contrats d'entreprise (Ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation), contrat de prestation de services et l'hypothèque légale*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

²² Articles 1299 à 1370 C.c.Q. Sur le régime de l'administration du bien d'autrui, voir notamment M. CANTIN CUMYN, M. CUMYN, précité, note 6; Troy

Ces régimes particuliers imposent tous le devoir de diligence. Le mandataire doit, « dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence »²³, le prestataire de service est tenu d'agir « au mieux des intérêts de [son] client, avec prudence et diligence »²⁴ et « [l'] administrateur doit agir avec prudence et diligence »²⁵. Pour ce qui est du domaine extracontractuel, comme mentionné en introduction, le devoir de prudence et diligence s'infère des principes généraux de la responsabilité civile²⁶.

Mais plus particulièrement, l'article 160 de la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit ce devoir de diligence, dans une formulation qui est d'ailleurs équivalente à la norme civile issue du droit commun telle qu'interprétée par les tribunaux en matière de responsabilité professionnelle :

Dans ses relations avec ses clients et dans l'exécution du mandat reçu d'eux, la personne inscrite à titre de courtier, de conseiller ou de représentant est tenue d'apporter le soin que l'on peut attendre d'un professionnel avisé, placé dans les mêmes circonstances.²⁷

Afin de préciser le contenu du devoir de diligence dans toutes ses ramifications, le recours aux standards de la profession

MCEACHREN, *Administration du bien d'autrui*, JurisClasseur Québec, collection Thema, Montréal, LexisNexis, 2013.

²³ Article 2138, al. 1 C.c.Q.

²⁴ Article 2100, al. 1 C.c.Q.

²⁵ Article 1300, al. 1 C.c.Q.

²⁶ Article 1457 C.c.Q.; J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, B. MOORE, précité, note 5, par. 1-210.

²⁷ Article 160.1 *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-1.1 (ci-après « *Loi sur les valeurs mobilières* » ou « LVM »). Voir par exemple *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, 2007 QCCS 6207, par. 79, conf. par 2009 QCCA 2191.

d'intermédiaire financier s'avère utile. Pour reprendre la formulation des auteurs Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore :

En général, le client doit démontrer que le courtier s'est écarté des standards généralement acceptés par la profession et qu'il ne s'est donc pas comporté comme l'aurait fait un courtier normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.²⁸

Aux fins du présent essai, nous retiendrons ainsi une définition du devoir de diligence dont le sens correspond à une norme de comportement exigeante pour le professionnel et qui s'harmonise tant avec la législation particulière du secteur de l'investissement, qu'avec les règles du droit commun qui en sont le fondement²⁹.

Nous retenons une définition dont la portée est étendue, puisqu'elle recouvre de nombreuses obligations spécifiques élaborées par la réglementation particulière et par les décisions judiciaires. Aux fins du présent essai, nous nous intéresserons plus particulièrement aux manifestations du manquement au devoir de diligence du prestataire de services d'investissement dans le contexte de la responsabilité civile³⁰.

²⁸ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile, Volume 2 : Responsabilité professionnelle*, 8^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 2-212 (références omises).

²⁹ Disposition préliminaire du *Code civil du Québec*. Nous distinguons toutefois le devoir de diligence du devoir d'honnêteté, de loyauté et d'éviter de se placer dans une situation de conflits d'intérêts du professionnel.

³⁰ Le manquement du prestataire de services d'investissement à ses obligations peut en effet

Il vaut de mentionner que les prestataires de services d'investissement sont assujettis à un très grand nombre de règles précises et détaillées issues de diverses sources³¹. Outre le *Code civil du Québec*, mentionnons la *Loi sur les valeurs mobilières* et la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*³², ainsi que l'abondante réglementation adoptée en vertu de ces lois³³. S'ajoutent les règles, les instructions et les directives élaborées par les différents organismes d'autoréglementation de l'industrie. Pensons plus particulièrement aux règles élaborées par l'Organisme canadien de

donner lieu à des recours de plusieurs ordres et des nuances peuvent alors émerger. Sur le régime de sanctions disciplinaires, voir Clément MABIT, « Le régime de sanctions disciplinaires applicable aux courtiers en placement et à leurs représentants », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume I, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 413; Clément MABIT, *Le régime de sanctions disciplinaires applicable aux courtiers en placement*, volume 2, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010. Sur le régime de sanctions pénales et criminelles, voir Mario NACCARATO, Audrey LÉTOURNEAU, « La confiance trahie : la répression pénale et criminelle du manquement contractuel du prestataire de services de placement et la détermination des peines applicables », (2010) 44-3 *Revue juridique Thémis* 145-270.

³¹ En fait, comme l'indique l'auteure Marie-Christine LEMERISE, *La banque d'investissement : sans conflit, sans intérêt?*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 173, globalement, la réglementation dans le domaine des valeurs mobilières au Canada pourrait être décrite comme « un amalgame de règles et de principes ». Souvent, lorsque des principes sont adoptés, ils sont appuyés par des règles plus précises afin de permettre une mise en application plus aisée pour les intervenants visés.

³² *Loi sur la distribution des produits et services financiers*, RLRQ c D-9.2 (ci-après « LDPSF »).

³³ Plusieurs dizaines de règlements adoptés en vertu de ces lois sont actuellement en vigueur.

réglementation du commerce des valeurs mobilières, qui s'adressent aux courtiers en placement et à leurs représentants³⁴, et aux diverses instructions générales élaborées par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières et adoptées par l'Autorité des marchés financiers³⁵.

Ces règles sont hautement pertinentes pour évaluer « le degré de soin et de qualité des services requis du conseiller financier »³⁶. Par contre, tout

³⁴ ORGANISME CANADIEN DE RÉGLEMENTATION DU COMMERCE DES VALEURS MOBILIÈRES (OCRCVM), *Les règles des courtiers membres*, en ligne : <<http://iiloc.knotia.ca/Knowledge/Browse/BrowseToc.cfm?kType=446>> (page consultée le 8 janvier 2015) (ci-après « *Règles des courtiers membres* »). L'OCRCVM est un organisme d'autoréglementation reconnu par l'Autorité des marchés financiers qui détient certains pouvoirs de cette dernière afin d'encadrer les courtiers en placement : Cinthia DUCLOS, avec la collaboration de Raymonde CRÊTE et Audrey LÉTOURNEAU, « Les autorités d'encadrement », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume I, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 117, aux p. 137 à 144. L'Autorité des marchés financiers est l'organisme de réglementation et de surveillance des marchés constituée par la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, RLRQ c A-33.2.

³⁵ Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») sont un forum d'échanges réunissant les autorités en valeurs mobilières des provinces et territoires canadiens : C. DUCLOS, avec la coll. de R. CRÊTE et A. LÉTOURNEAU, « Les autorités d'encadrement », précité, note 34, à la p. 10. Les instructions générales élaborées par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières et adoptées par l'AMF sont disponibles en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-vm-conso.html>> (page consultée le 8 janvier 2015).

³⁶ Serge LÉTOURNEAU, « Les recours civils : dernier filet de sécurité des investisseurs? », dans Raymonde CRÊTE, Marc LACOURSIÈRE, Mario NACCARATO et Geneviève BRISSON (DIR.), *Actes du colloque du 18 septembre 2009 : La confiance au*

manquement à l'une de ces règles ne constitue pas nécessairement une faute civile susceptible d'engager la responsabilité du professionnel. Pour qu'il y ait manquement au devoir de diligence et faute civile, la règle spécifique doit correspondre à une norme élémentaire de prudence³⁷. Inversement, une conduite conforme à l'usage de l'industrie ne met pas le professionnel à l'abri d'un manquement au devoir de diligence et d'un constat de faute civile³⁸. Comme l'écrit l'auteure Lise Beaudoin dans son ouvrage *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières* :

[L]e gérant de portefeuille qui adhérerait à une pratique

cœur de l'industrie des services financiers, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 393, aux p. 403 et 404.

³⁷ *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, 580; J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, précité, note 28, par. 2-2. Par ailleurs, même si la règle correspond à une norme élémentaire de prudence, encore faut-il que le manquement fautif ait un lien de causalité avec le préjudice allégué : *Mazzarolo c. BMO Nesbitt Burns ltée*, 2013 QCCA 245, par. 119; *Richter & Associés inc. c. Merrill Lynch Canada inc.*, 2007 QCCA 124, par. 74; Jean-Pierre MICHAUD, « Responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et conseillers financiers au Québec : évolution et tendances depuis l'article de M^{es} Lemoyne et Thibodeau et l'arrêt *Prudential-Bache* de la Cour suprême du Canada », dans *Développements récents en litige des valeurs mobilières*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, volume 376, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 77, aux p. 85 à 87; William Hesler, « La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au service du particulier », dans Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : aspects nouveaux*, Association Henri Capitant (section québécoise), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 63, aux p. 79 à 82; Raymond LEMOYNE, Georges R. THIBAUDEAU, « La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec », (1991) 51-4 *Revue du Barreau* 503, 513 et 514.

³⁸ *Roberge c. Bolduc*, précité, note 6.

professionnelle courante qui n'est pas conforme aux règles générales de la prudence et de la diligence peut engager sa responsabilité contractuelle. Les usages n'ont donc pas une valeur absolue et le tribunal se reconnaît le droit de les censurer s'il les considère mauvais.³⁹

Cela étant, afin d'évaluer si un professionnel a commis une faute civile, les tribunaux font fréquemment référence aux normes spécifiques qui encadrent cette industrie⁴⁰, d'où l'intérêt de s'y référer afin de mettre en exergue le sens et la portée du devoir de diligence du prestataire de services d'investissement.

Par ailleurs, la relation entre un prestataire de services d'investissement et son client comporte un particularisme qu'auteurs et magistrats ont bien mis en exergue : cet élément de confiance qui unit les protagonistes et qui emporte certaines conséquences sur le plan juridique⁴¹. Aux fins du présent essai, qui porte sur le sens et la portée du devoir de

diligence du professionnel, il est pertinent de reproduire les propos du juge Gonthier dans l'arrêt de principe *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Ltd.* :

28 Comme tout mandat, celui qui unit le gestionnaire à son client est infusé de la notion de confiance, le gestionnaire, mandataire, étant investi de la confiance de son client pour la gestion de ses affaires. La définition même du mandat à l'art. 1701 *C.c.B.C.* véhicule cette notion. 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 (art. 1756 *C.c.B.C.*; art. 2176 *C.c.Q.*). **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 sévères.**

29 Le contenu des obligations qui incombent au gestionnaire variera en fonction de l'objet du mandat et des circonstances.⁴²

³⁹ Lise BEAUDOIN, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 116.

⁴⁰ J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS, et B. MOORE, précité, note 28, par. 2-4 et 2-204.

⁴¹ Mario NACCARATO, « La juridicité de la confiance dans le contexte des services de conseils financiers et de gestion de portefeuilles », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume 1, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 173; R. CRÊTE, M. LACOURSIÈRE, C. DUCLOS, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement », dans Raymonde CRÊTE, Mario NACCARATO, Marc LACOURSIÈRE et Geneviève BRISSON (DIR.), *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, volume 1, collection CÉDÉ, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 229; R. CRÊTE, « Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement », précité, note 10.

⁴² *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 9, par. 28 et 29. Cet arrêt, qui a été rendu sous le *Code civil du Bas Canada*, SQ 1865, c 41, guide les tribunaux depuis. Voir par exemple *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, par. 32, autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, 4 avril 2013, 35011. Le prestataire de services d'investissement n'est pas le garant des investissements et en ce sens, n'est généralement pas tenu, strictement parlant, à une obligation de résultat : *Financière Banque Nationale c. Canonne*, 2008 QCCA 2020, par. 3; *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 27, par. 79 (C.S.); *Sirois c. Planification financière Marcotte &*

Quoique le contenu précis du devoir de diligence soit susceptible de varier au gré de circonstances factuelles⁴³, plusieurs sources nous fournissent des indications permettant de le préciser davantage. Afin de mieux saisir le sens et la portée du devoir de diligence du prestataire de services d'investissement en droit civil, nous analysons, dans la prochaine section, les principales obligations spécifiques qui s'inscrivent dans le prolongement de ce devoir général.

2. Les diverses manifestations du manquement au devoir de diligence

Le manquement à l'obligation de diligence du prestataire de services d'investissement peut prendre différentes formes. Il s'articule au gré des nombreuses normes élaborées par le législateur, par les organismes d'autoréglementation et par les décisions des tribunaux appelés à apprécier, dans

Marcotte inc., 2006 QCCS 5170, par. 62; R. LEMOYNE, G. R. THIBAUDEAU, précité, note 37, à la p. 506. Dépendant des circonstances, il n'est toutefois pas exclu qu'une obligation de résultat puisse incomber au professionnel. Voir à ce sujet *R.S. c. Mechaka*, 2013 QCCS 271, par. 42 à 44, requête pour permission d'appeler rejetée par 2013 QCCA 1655; J.-L. BAUDOIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, précité, note 28, par. 2-212 : « La détermination de la faute se fait par référence au type d'obligation assumée, à son intensité (obligation de moyens ou de résultat) et à l'ensemble des circonstances de l'espèce. »

⁴³ On pourrait parler d'une « obligation de diligence particularisée », pour reprendre la formulation des auteurs J. Vincent O'DONNELL et Alain OLIVIER, « Les grandes tendances de la jurisprudence récente », dans Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS (DIR.), *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : Aspects nouveaux*, Association Henri Capitant (section québécoise), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 1, à la p. 18.

l'exercice de leur discrétion, la conduite adoptée par des professionnels dans différents contextes.

Cela étant, le manquement au devoir de diligence dans le contexte particulier qui nous occupe peut être décrit par une typologie de ses manifestations les plus fréquentes : le manquement à l'obligation de bien connaître son client et de convenance (2.1), le manquement au devoir d'information et de conseil (2.2) et le défaut de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement (2.3).

2.1 Le manquement à l'obligation de bien connaître le client et de convenance

2.1.1 Le fondement et le sens de l'obligation de bien connaître le client et de convenance

Tant les tribunaux que les autorités doctrinales reconnaissent que bien connaître le client (« *know-your-client rule* » ou « KYC ») constitue l'obligation cardinale du prestataire de services d'investissement. L'article 13.2 du *Règlement 31-103 sur les obligations et les dispenses d'inscription et sur les obligations continues des personnes inscrites* précise certaines mesures qui doivent être prises par le professionnel afin d'exécuter avec soin son obligation de bien connaître son client :

2) La personne inscrite prend des mesures raisonnables pour faire ce qui suit:

- a) établir l'identité et, si la personne inscrite a des doutes sur le client, effectuer une enquête diligente sur la réputation de ce dernier;
- b) déterminer si le client est initié à l'égard d'un émetteur assujéti ou de tout émetteur dont les titres sont négociés sur un marché;

c) **disposer de renseignements suffisants** sur tous les éléments suivants pour être en mesure de s'acquitter de ses obligations en vertu de l'article 13.3 ou, le cas échéant, des obligations imposées par un OAR:

i) **les besoins et objectifs de placement du client;**

ii) **la situation financière du client;**

iii) **la tolérance au risque du client;**

d) établir la solvabilité du client, si la société inscrite lui consent un crédit en vue de l'acquisition de titres.⁴⁴

En ce même sens, l'article 1 de la Règle 1300 des *Règles des courtiers membres*, qui s'appliquent aux courtiers en placement membres de l'OCRCVM, prévoit « [qu'un] courtier membre doit faire preuve de la diligence voulue pour connaître **constamment les faits essentiels** relatifs à tous ses clients »⁴⁵.

Pour ce qui est des planificateurs financiers, ces prestataires de conseils généraux en matière de situation financière et patrimoniale⁴⁶, l'article 15 du *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière* exige que préalablement à toute recommandation ou information à un client, « le représentant doit chercher à avoir une connaissance complète des faits »⁴⁷.

⁴⁴ Article 13.2 2) du *Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, RLRQ c V-1.1, r 10 (ci-après « *Règlement 31-103* ») (notre emphase).

⁴⁵ Article 1 (a) de la Règle 1300 des *Règles des courtiers membres* (notre emphase). D'ailleurs, tous les renseignements obtenus et toutes les procédures de vérification appliquées doivent être conservés au dossier : article 1 (n) de la Règle 1300 des *Règles des courtiers membres*.

⁴⁶ R. CRÊTE et C. DUCLOS, « Le portrait des prestataires de services de placement », précité, note 19, à la p. 101.

⁴⁷ Article 15 du *Code de la déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, RLRQ c D-9.2 r 3 (ci-après « *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière* »).

La cueillette et le traitement de ces données permettent au prestataire de services d'investissement de mettre en œuvre son obligation de bien connaître son client. Ces informations sont généralement colligées dans un formulaire d'ouverture de compte (« *know-your-client form* »)⁴⁸, et elles doivent être mises à jour périodiquement en prenant des mesures raisonnables. Comme le précise l'*Instruction générale relative au Règlement 31-103* :

Pour remplir leur obligation de connaissance du client, les personnes inscrites doivent prendre des mesures raisonnables pour obtenir cette information et la mettre à jour régulièrement. [...]

Selon nous, l'information est « à jour » si elle l'est suffisamment pour évaluer la convenance des opérations. Par exemple, le gestionnaire de portefeuille disposant d'un mandat discrétionnaire devrait mettre à jour fréquemment l'information de ses clients, mais il suffirait au courtier qui ne recommande des opérations qu'occasionnellement de s'assurer que l'information est à jour au moment de l'opération ou de la recommandation.⁴⁹

Ce processus de recherche d'informations pertinentes constitue le préalable

⁴⁸ Article 13.2 4) *Règlement 31-103*. Pour les courtiers membres de l'OCRCVM, voir les *Règles des courtiers membres*, « Formulaire 2 – Formulaire d'ouverture de compte », en ligne : <<http://iiroc.knotia.ca/Knowledge/View/Document.cfm?Ktype=446&linkType=toc&dbID=331412342&tocID=928>> (page consultée le 10 janvier 2015).

⁴⁹ AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES, *Instruction générale relative au Règlement 31-103 sur les obligations et les dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, 1^{er} mai 2014, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files//pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/31-103/2014-05-01/2014mai01-31-103-ig-vadmin-fr.pdf>> (page consultée le 10 janvier 2015) (« *Instruction relative au Règlement 31-103* »).

nécessaire à une seconde obligation spécifique, tout aussi fondamentale, et que l'on identifie souvent sous la formulation d'obligation de convenance (« *suitability rule* »). Cette obligation de convenance signifie que le professionnel, avant de dispenser un conseil d'investissement ou d'effectuer une transaction, doit s'assurer que les produits suggérés lui conviennent. Les produits doivent être en adéquation avec son profil d'investisseur : ses besoins et ses objectifs de placement, sa situation financière et patrimoniale et sa tolérance au risque. On retrouve à l'article 13.3 du *Règlement 31-103* le sens de l'obligation de convenance dans une formulation explicite :

1) La personne inscrite prend des mesures raisonnables, avant de faire une recommandation à un client, d'accepter d'un client une instruction d'achat ou de vente de titres, ou d'effectuer l'achat ou la vente de titres pour le compte géré d'un client, **pour s'assurer que l'achat ou la vente convient au client.**

2) La personne inscrite qui reçoit du client des instructions lui demandant d'acheter, de vendre ou de conserver des titres **qu'elle estime raisonnablement ne pas convenir au client doit l'en informer** et n'effectuer l'opération que si celui-ci maintient ses instructions.⁵⁰

Ces exigences ne peuvent être déléguées à un tiers par le professionnel⁵¹. Incidemment, le respect de l'obligation de convenance suppose, de la part du professionnel, qu'il ait une bonne

⁵⁰ Article 13.3 1) et 2) du *Règlement 31-103* (notre emphase). De façon plus générale, l'article 12 du *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*, lequel s'adresse plus particulièrement aux planificateurs financiers, prévoit que le professionnel « doit accomplir les démarches raisonnables afin de bien conseiller son client. »

⁵¹ Article 13.3 de l'*Instruction relative au Règlement 31-103*.

connaissance des produits financiers qu'il conseille ou que ses clients sollicitent :

Afin de remplir cette obligation [de convenance], la personne inscrite devrait connaître à fond tous les titres qu'elle négocie pour le compte du client ou lui recommande. C'est ce qu'on appelle aussi l'obligation de connaissance du produit.

La personne inscrite devrait connaître chaque titre suffisamment pour le comprendre et expliquer au client les risques qu'il comporte, ses caractéristiques principales ainsi que les frais initiaux et permanents qui s'y rattachent. Le fait que des représentants aient obtenu l'approbation de la société inscrite pour vendre un produit ne signifie pas que celui-ci conviendra aux clients. Les personnes physiques inscrites doivent toujours établir la convenance de chaque opération pour chaque client.⁵²

Compte tenu des changements constants au niveau des produits financiers, des services et des divers développements dans les entreprises émettrices de titres, le professionnel doit constamment mettre à jour ses connaissances⁵³. L'obligation de connaissance du produit (« *know your product* » ou « KYP ») est inextricablement reliée, sinon incluse à l'obligation de convenance⁵⁴. Il s'agit d'obligations continues, en ce sens qu'elles perdurent tout au long de la relation contractuelle et que le prestataire de services d'investissement devra mettre à jour ses informations et moduler ses conseils selon l'évolution de la situation financière,

⁵² Article 13.3 de l'*Instruction relative au Règlement 31-103*.

⁵³ David JOHNSTON, Kathleen ROCKWELL, Cristie FORD, *Canadian Securities Regulation*, 5th edition, Markham, Ontario, LexisNexis, 2014, par. 13.64.

⁵⁴ Dans l'arrêt *BMO Nesbitt Burns Ltée c. Dolmen (1994) inc.*, C.A. Montréal, n° 500-09-016978-066, le 7 mai 2008, j. Doyon, Giroux, Dufresne, par. 69 et 107, illustre un cas d'incompétence et de manque de connaissance de représentants qui se sont représentés comme des experts mais qui n'avait rien lu de la documentation reliée à la transaction et qui étaient « dans l'ignorance totale de sa mécanique » (par. 107).

du profil, des besoins et des objectifs du client dans le temps⁵⁵.

2.1.2 L'application et l'interprétation de l'obligation de bien connaître son client et de convenance par les tribunaux

Dans le contentieux relatif à la responsabilité civile des prestataires de services d'investissement, le manquement à l'obligation primordiale⁵⁶ de bien connaître le client et de convenance est l'un des reproches traditionnels formulés par les épargnants. Une jurisprudence constante reconnaît l'importance de ce devoir. Le cas type d'application jurisprudentielle du manquement à ce devoir est celui où le prestataire de services d'investissement élabore un portefeuille de placement peu diversifié et dont les produits sont globalement trop risqués pour le client.

L'arrêt de principe *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Ltd.* constitue une illustration pertinente de l'application jurisprudentielle du manquement au devoir de bien connaître le client et de convenance⁵⁷. Dans cette affaire, les placements devaient viser avant tout à assurer la retraite de

⁵⁵ Jean-Pierre MICHAUD, précité, note 37, à la p. 88; R. CRÊTE, C. DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », précité, note 8, à la p. 393. Voir également L. I. BEAUDOIN, précité, note 39, p. 109 : « La troisième règle de gestion prudente exige une surveillance et une révision constante du portefeuille. Les situations évoluent vite. Une industrie qui semblait prospère est rendue désuète par un changement technologique. Une autre qui végétait trouve soudain des procédés et des débouchés nouveaux. »

⁵⁶ *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 9, par. 12.

⁵⁷ *Id.*

l'épargnant⁵⁸. En faisant défaut d'effectuer des transactions sur des titres sécuritaires corrélés aux objectifs de son client, le représentant a manqué à ses obligations particulières et plus généralement, à son devoir de diligence :

[Le représentant] a fait défaut de se conformer au comportement d'un gestionnaire prudent et diligent en ne constituant pas un portefeuille structuré et diversifié, en effectuant des transactions sans respecter les instructions générales du client, en acquérant des titres de nature spéculative et en ne tenant pas compte des objectifs de placement de son client.⁵⁹

Par ailleurs, comme l'indique le tribunal dans l'affaire *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, appliquant le manquement au devoir de bien connaître le client et de convenance, un portefeuille peut comporter un niveau de risque inconvenant même si, en apparence, il semble sécuritaire⁶⁰. Ainsi en est-il par exemple d'un portefeuille composé d'une proportion importante de titres à revenu fixe, mais peu diversifié et de qualité douteuse⁶¹.

Les fiches clients que doivent compléter les professionnels participent également à l'appréciation contextuelle de la conduite fautive. Dans l'affaire *Quesnel c. Laberge*, une partie importante du fond de retraite de l'épargnant a été investi dans des placements hautement spéculatifs⁶². On reproche notamment au représentant

⁵⁸ *Id.*, par. 4.

⁵⁹ *Id.*, par. 36.

⁶⁰ *Alimentation Denis & Mario Guillemette inc. c. Groupe Boudreau Richard inc.*, 2011 QCCS 2362, conf. par 2012 QCCA 1376, autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, 4 avril 2013, 35011.

⁶¹ *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, précité, note 42, par. 12 et 30.

⁶² *Quesnel c. Laberge*, 2011 QCCA 779, par. 1.

d'avoir confié à des tiers, qui ne sont pas courtier en valeurs mobilières, la tâche de compléter la fiche d'évaluation permettant de connaître son client⁶³ et d'avoir manqué à la « règle d'or » de bien connaître son client permettant ultimement de le conseiller adéquatement⁶⁴. Dans l'arrêt *Financière Banque Nationale c. Canonne*, la Cour d'appel mentionne également que le fait de ne pas avoir complété adéquatement les fiches clients permet d'inférer que les prestataires de services d'investissement « ne connaissaient pas bien leur cliente et ses besoins »⁶⁵. Dans cette affaire, aucune politique de placement n'a été établie avec la cliente, le portefeuille a été géré de façon agressive et disproportionnée en regard de l'âge de l'épargnante et de son profil d'investisseur⁶⁶.

La façon dont les fiches clients sont complétées et mises à jour fait ainsi partie intégrante de l'application jurisprudentielle du devoir de bien connaître le client⁶⁷. Le représentant qui complète lui-même la fiche sans l'épargnant manque à ses obligations⁶⁸. Plus opprobre encore est le cas où le

représentant y indique des renseignements inexacts, comme l'illustre le cas *Financière Banque Nationale c. Dussault* où une représentante a indiqué que le client avait une excellente connaissance en placements, des objectifs de rendement à court terme et une tolérance au risque élevé alors qu'en réalité, il en était tout autre⁶⁹.

En somme, tout au long de la relation avec un client, le professionnel doit obtenir et consigner par écrit plusieurs informations permettant de cerner adéquatement la situation, les besoins, les objectifs, les connaissances et la tolérance au risque de son client. Ces renseignements obtenus, il pourra alors élaborer une stratégie d'investissements qui lui convienne, à son profil et à ses objectifs. Ce travail effectué avec soin, ce qui suppose une bonne connaissance des produits recommandés, le professionnel peut alors communiquer l'information pertinente et dispenser ses conseils de manière à ce que le client ait un consentement éclairé⁷⁰. Cela nous amène à présenter un autre aspect du devoir général de diligence du prestataire de services d'investissement : son devoir d'information et de conseil.

⁶³ *Id.*, par. 52.

⁶⁴ *Id.*, par. 33.

⁶⁵ *Financière Banque Nationale c. Canonne*, précité, note 42, par. 6. Pour un autre exemple où le tribunal mentionne l'absence de profil d'investissement, voir *Roberge c. Planification Copepco inc.*, 2010 QCCS 114, par. 26, conf. par 2011 QCCA 2118.

⁶⁶ *Id.*, par. 6.

⁶⁷ Sur la fiche client, voir notamment Joseph GROIA, Pamela HARDIE, *Securities Litigation and Enforcement*, 2nd édition, Toronto, Carswell, 2012, p. 190 et 191.

⁶⁸ Il est des cas où le représentant incite le client à signer les formulaires en blanc afin de les compléter eux-mêmes et alors, certains peuvent être amenés à tronquer les données qui devraient s'y retrouver. Voir par exemple *Talbot c. Lavigne*, 2008 QCCS 4317, par. 66.

⁶⁹ *Financière Banque Nationale c. Dussault*, 2009 QCCA 1594, par. 41. Dans cette affaire, l'investisseur a été entraîné par ses représentants dans des opérations financières risquées de ventes à découvert d'obligations (par. 1 et 41). Or, ses objectifs de placements étaient dans une perspective à long terme, sa tolérance au risque était limitée et il avait une connaissance moyenne en matière de placements (par. 13). Voir également *Larrivée c. Proteau*, 2011 QCCS 1395, par. 55, conf. sur ce point en appel par 2014 QCCA 305.

⁷⁰ *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 27, par. 122 (C.S.).

2.2 Le manquement au devoir d'information et de conseil

2.2.1 Le fondement et le sens du devoir d'information et de conseil

Le droit commun prévoit que tout prestataire de services est tenu à une obligation précontractuelle d'information concernant « toute information utile relativement à la nature de la tâche à effectuer ainsi qu'aux biens et au temps nécessaires à cette fin »⁷¹. Cette règle n'est pas expressément reproduite dans d'autres régimes de droit commun s'appliquant au prestataire de services d'investissement, comme celui du mandat ou de l'administration du bien d'autrui, mais elle s'y applique tout de même puisqu'elle correspond en fait aux règles générales des obligations relatives au consentement libre et éclairé et à l'obligation de bonne foi codifiée aux articles 6, 7 et 1375 du Code civil⁷².

Le devoir du prestataire de services d'investissement d'informer son client s'applique de façon continue tout au long de la relation avec ce dernier⁷³. Un simple

formulaire de divulgation de risques est généralement insuffisant⁷⁴. Le professionnel doit s'assurer que son client comprend les documents qu'il signe⁷⁵. Ce devoir d'information va de pair avec le devoir de conseil du professionnel, lequel doit servir de guide à son client afin que celui-ci puisse prendre des décisions éclairées⁷⁶. Les professeures Raymonde Crête et Cinthia Duclos montrent bien le lien entre les devoirs d'information et de conseil, ainsi que le sens qu'ils peuvent prendre dans le contexte des services d'investissement :

En raison d'informations et de ses connaissances spécialisées, le prestataire de services de placement a le devoir d'informer le client des faits et du déroulement de sa gestion et de le conseiller par une information adéquate et pertinente de façon à lui permettre de prendre une décision éclairée en fonction de ses intérêts. Ce devoir implique l'expression d'une opinion ou d'un avis destiné à orienter ou à guider une personne dans le choix d'une action ou d'une décision. Il requiert à cette fin une évaluation des avantages et des inconvénients d'une action et la prise en compte

KARIM, précité, note 21, par. 607; *Gentec inc. c. Honeywell Itée*, 2009 QCCS 1209. L'article 2139 C.c.Q., qui s'inscrit dans le régime du contrat de mandat, prévoit l'obligation pour le mandataire « à la demande du mandant ou lorsque les circonstances le justifient, [d'informer le mandant] de l'état d'exécution du mandat ».

⁷⁴ Particulièrement lorsque les connaissances de l'investisseur en matière de placements sont faibles : *Sirois c. Planification financière Marcotte & Marcotte inc.*, précité, note 42, par. 67.

⁷⁵ *Quesnel c. Laberge*, précité, note 62, par. 42 et 55.

⁷⁶ Le contenu du devoir de conseil peut varier selon les circonstances. Dans certains cas, le prestataire de services d'investissement et son client peuvent convenir d'un contrat de courtage sans conseil où l'intermédiaire ne fait qu'exécuter les transactions sur titre selon les instructions du client. Sur ce type de contrat, aussi appelé courtage à escompte, voir R. CRÊTE et C. DUCLOS, « Le portrait des prestataires de services de placement », précité, note 19, aux p. 61 et 62; A. LÉTOURNEAU, précité, note 19, aux p. 100 à 102.

⁷¹ Article 2102 C.c.Q.

⁷² QUÉBEC (MINISTÈRE DE LA JUSTICE), *Commentaires du ministre de la Justice*, tome II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1322 : « Même si l'obligation d'information s'infère des règles générales du droit des obligations qui prévoient que le consentement doit être libre et éclairé et que la bonne foi doit gouverner la conduite des parties tant lors de la formation du contrat que dans son exécution, il a paru utile, vu la nature des contrats d'entreprise et de service, de rappeler le contenu principal de cette obligation en relation avec ces contrats. ». Voir également Julie BIRON, Stéphane ROUSSEAU, « Pérégrinations civilistes autour de la relation entre l'intermédiaire de marché et l'investisseur », (2010) 44 *Revue juridique Thémis* 261, 285.

⁷³ QUÉBEC (MINISTÈRE DE LA JUSTICE), précité, note 72, p. 1322; J. DESLAURIERS, précité, note 21, p. 588; V.

de la situation particulière du client, de ses objectifs et de ses attentes.⁷⁷

Le devoir de conseil porte sur tout ce qui concerne le mandat, notamment sur les risques que comportent les décisions d'investissement, « mais aussi sur la nature même des engagements entre le mandataire et le mandant, **surtout lorsque profane** »⁷⁸. Ce devoir implique que le professionnel se commette en exprimant son opinion clairement. Ses conseils doivent être personnalisés à la situation de son client. Pour réaliser adéquatement son devoir d'information et de conseil, le prestataire de services d'investissement doit avoir pris soin de s'enquérir de tous les renseignements pertinents au sujet de son client et doit faire appel à ses connaissances et à son expertise⁷⁹. Les devoirs du professionnel de bien connaître son client (« KYC »), de convenance, de bien connaître ses produits (« KYP »), d'information et de conseil sont étroitement liés entre eux et sont, en quelque sorte, interdépendants. Tous ces devoirs perdurent dans le temps

⁷⁷ R. CRÊTE, C. DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », précité, note 8, à la p. 394 (références omises). Voir également *Sirois c. Planification financière Marcotte & Marcotte inc.*, précité, note 42, par. 68. Sur le devoir d'information et de conseil, voir également Carole TURCOTTE, *Droit des valeurs mobilières*, Lapointe Rosenstein, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 338; Marie-Julie NICOLO, « La conformité », dans Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS (DIR.), *La responsabilité civile des courtiers en valeurs mobilières et des gestionnaires de fortune : aspects nouveaux*, Association Henri Capitant (section québécoise), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 89, aux p. 97 et 98.

⁷⁸ *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 9, par. 33 (notre emphase). Voir également *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 27, par. 122 (C.S.).

⁷⁹ *Gestion HC ltée c. Valeurs mobilières TD inc.*, 2011 QCCS 1381, par. 32.

et le prestataire de services d'investissement doit moduler ses conseils au gré des nouvelles informations et connaissances qu'il acquiert. Les propos de la Cour supérieure dans la décision *Ouellet c. Valeurs mobilières Desjardins* traduisent particulièrement bien cet aspect :

[269] L'importance pour le courtier de bien connaître en tout temps la situation financière et personnelle ainsi que les objectifs de placement véritables de son client est fondamentale, car sans une information suffisante, fidèle et actuelle à cet égard, il ne peut pas s'acquitter convenablement de son devoir de conseil.⁸⁰

Au fil des décisions des tribunaux se dessinent les contours du devoir de conseil contemporain. Si sa portée est susceptible de varier au gré de circonstances factuelles, l'on peut tout de même en dégager certains constats.

2.2.2 L'application et l'interprétation du devoir d'information et de conseil par les tribunaux

Dans l'application du devoir d'information et de conseil, les tribunaux montrent une certaine sévérité envers le professionnel, lequel doit faire preuve d'une grande prudence⁸¹. Cette sévérité s'interprète toutefois à différents niveaux.

Une tendance jurisprudentielle très marquée, voire consacrée, peut être résumée comme suit : plus les connaissances et l'expérience du client sont faibles, plus les obligations d'information et de conseil du

⁸⁰ *Lepage c. Valeurs mobilières Desjardins*, 2009 QCCS 2275, par. 269, appel accueilli sur d'autres motifs par 2011 QCCA 1837.

⁸¹ R. CRÊTE, C. DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », précité, note 8, à la p. 395.

professionnel sont exigeantes⁸². On peut voir dans cette analyse contextuelle la volonté des tribunaux de protéger davantage les investisseurs qui en ont le plus besoin. Poussée à l'extrême, il pourrait être possible de lier trop aisément la responsabilité du courtier à la personnalité de son client (averti ou profane)⁸³. Une étude statistique des décisions récentes pourrait peut-être le laisser penser, ce qui pourrait exposer les tribunaux à la critique⁸⁴. Mais nous pourrions également voir dans cette approche prétorienne, qui ne va pas selon nous jusqu'à tronquer les obligations du prestataire de services d'investissement, l'expression de l'usuelle discrétion dont

⁸² *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, précité, note 9, par. 34 : « L'intensité du devoir de conseil sera d'autant plus importante que les connaissances du client en matière d'investissements sont faibles [...] ». Voir également *Sirois c. Planification financière Marcotte & Marcotte inc.*, précité, note 42, par. 66 à 68. D'autres facteurs sont également susceptibles de moduler le contenu du devoir d'information et de conseil. La Cour suprême ouvre la porte à l'argumentaire lorsqu'elle écrit que le contenu des obligations du prestataire de services d'investissement varie en fonction « de l'objet du mandat et des circonstances », ce qui est très large (par. 29).

⁸³ Des clients avertis ont récemment reçu un accueil peu favorable des tribunaux, lesquels ont rejeté leur recours en responsabilité civile : *Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Financière Banque Nationale*, 2011 QCCA 1952, par. 27, autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, 3 mai 2012, 34596; *Mazzarolo c. BMO Nesbitt Burns ltée*, précité, note 37, par. 39. Voir toutefois la décision *Loevinsohn c. Services Investors ltée*, 2007 QCCS 793, où l'épargnante est une économiste qualifiée, mais âgée de 75 ans.

⁸⁴ C'est une critique que formule par exemple l'auteur J.-P. MICHAUD, précité, note 37, à la p. 99 : « Les tribunaux veulent distinguer l'investisseur averti du client profane. Dans ce deuxième cas, ils ont tendance à protéger les intérêts du client, parfois même à faire quelques prouesses pour y arriver! »

disposent les tribunaux en droit de la responsabilité civile : apprécier la conduite du professionnel en fonction des circonstances dans lesquelles il se trouve⁸⁵.

Également, au cours des dernières années, une certaine controverse s'est dessinée en regard de la portée du devoir de conseil : le professionnel doit-il aller jusqu'à protéger le client contre lui-même et refuser d'effectuer une transaction réclamée par son client, mais qu'il sait ne pas lui convenir? Dans l'affaire *Loevinsohn c. Services Investors ltée*, la Cour supérieure le suggère⁸⁶, allant ainsi au-delà des règles élaborées par les organismes d'autorégulation⁸⁷. Quelques années plus tard, les motifs de la décision *Ringuette c. Financière Banque Nationale* ont en quelque sorte renversé la vapeur⁸⁸. Dans cette affaire, un investisseur expérimenté, ayant reçu toutes les informations nécessaires, a

⁸⁵ Sur les nuances entre l'appréciation *in abstracto* et *in concreto*, voir J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, précité, note 5, par. 1-193 à 1-200; Han-Ru ZHOU, « Le test de la personne raisonnable en responsabilité civile », (2001) 61 *Revue du Barreau* 453.

⁸⁶ *Loevinsohn c. Services Investors ltée*, précité, note 83, par. 41 : « In the Court's opinion, in extreme cases, it is the duty of a professional such as a financial planner to go so far as to refuse to participate in a transaction which the client is willing to undertake, and which the financial planner knows to be too risky in the particular circumstances of the client in question. » Par contre, le tribunal précise qu'il réserve sa position aux cas extrêmes. Surtout, dans cette affaire, le représentant n'avait pas tenté de dissuader sa cliente ou de la conseiller adéquatement, il lui a plutôt conseillé l'investissement (par. 43).

⁸⁷ R. CRÊTE, C. DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », précité, note 8, à la p. 396. Voir l'article 13.3 2) du *Règlement 31-103*.

⁸⁸ *Ringuette c. Financière Banque Nationale*, 2010 QCCS 5511.

choisi, en toute connaissance de cause, un scénario d'investissements plus risqué que ce que prévoyait la proposition initiale de son représentant⁸⁹. Le tribunal conclut alors que le courtier pouvait réaliser les transactions sans engager sa responsabilité. C'est aussi la position que retient la Cour d'appel dans l'affaire *Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Financière Banque Nationale* :

Cependant, le représentant de courtier de plein exercice qui s'est conformé à ses obligations professionnelles n'a pas à craindre d'exécuter un mandat, même si, à son avis, celui-ci paraît périlleux pour son client. S'il doit tenter de dissuader l'investisseur désireux d'effectuer une opération risquée qui ne correspond pas à son profil et s'acquitter avec diligence de son devoir de conseil, la protection des intérêts de l'investisseur ne va pas jusqu'à exiger du représentant du courtier qu'il suspende indéfiniment l'exercice du pouvoir décisionnel de son client.⁹⁰

En somme, le prestataire de services d'investissement peut refuser d'effectuer une transaction qu'il estime ne pas convenir à son client⁹¹, mais dans la mesure où il lui dispense de bons conseils et l'informe adéquatement, le seul fait d'avoir accepté de réaliser les transactions réclamées par son client ne constitue pas une faute civile en soi⁹².

Les actions à poser afin d'accomplir le devoir d'information et de conseil, tout comme les devoirs de bien connaître le client et de convenance dont il a été

⁸⁹ *Id.*, par. 69, 92, 127, 213 à 217 et 245.

⁹⁰ *Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Financière Banque Nationale*, précité, note 83, par. 75, référant sur l'impératif de dissuasion à l'affaire *Dussault c. Lévesque, Beaubien, Geoffrion inc.*, 2008 QCCS 229, par. 83, conf. par 2009 QCCA 1594.

⁹¹ *Valeurs mobilières Desjardins inc. c. Lepage*, 2011 QCCA 1837, par. 110, autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, 26 avril 2012, 34565.

⁹² C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 13.3 2) du *Règlement 31-103*.

question précédemment, sont généralement accomplies par le représentant qui se trouve en relation directe avec le client. Dans certaines situations, le représentant agit pour le compte d'une entreprise prestataire de services d'investissement. En plus des devoirs précédemment analysés⁹³, la législation et la réglementation financières prévoient un devoir qui s'adresse spécifiquement à cette entreprise : surveiller les actes de ses représentants.

2.3 Le défaut de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement

2.3.1 Le fondement et le sens du devoir de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement

De façon générale, dans le cas où le représentant commet une faute civile dans le cadre de ses fonctions⁹⁴, l'entreprise qu'il représente peut être tenue responsable civilement et tenue solidairement ou *in solidum* au paiement de l'indemnité réclamée par le client préjudicié⁹⁵. Mais plus encore,

⁹³ L'entreprise est toutefois également personnellement tenue à ces devoirs et si elle y manque, même via les préposés et représentants qu'elle s'adjoint, cela constitue une inexécution contractuelle qui engage sa responsabilité civile : *Caron c. Voyer*, précité note 17, par. 125 à 127.

⁹⁴ Les tribunaux interprètent largement l'expression « dans l'exécution de ses fonctions ». R. LEMOYNE, G. R. THIBAUDEAU, précité note 37, à la p. 524 : « À cet égard, les tribunaux ont donné une interprétation large à la notion de fonctions du représentant dont la firme sera responsable : il suffit que l'acte du représentant ait un rapport quelconque avec les opérations de valeurs mobilières. »

⁹⁵ Notons que dépendant du type de relation qui lie le représentant à l'entreprise, le fondement de

l'entreprise elle-même est titulaire d'obligations. L'entreprise prestataire de services d'investissement doit faire preuve de diligence, protéger les intérêts de ses clients et, pour se faire, elle doit veiller à la surveillance et au contrôle de toutes les personnes qu'elle s'adjoit à l'exécution des services d'investissement offerts aux clients. Ce devoir de supervision trouve son fondement dans le devoir général de diligence de l'entreprise⁹⁶,

la responsabilité pour la faute commise par le représentant envers le client varie. Pour le planificateur financier, le premier alinéa de l'article 80 LDPSF prévoit expressément « [qu'un] cabinet est responsable du préjudice causé à un client par toute faute commise par un de ses représentants dans l'exécution de ses fonctions. » Pour un cas d'application jurisprudentielle, voir *Certain Underwriters at Lloyd's c. Rhind*, 2007 QCCA 1206, par. 6). Pour les courtiers, conseillers et gestionnaires de portefeuille, on fait appel aux règles du droit commun. Si le représentant est employé, la responsabilité du commettant pour la faute de son préposé prévue à l'article 1463 C.c.Q. permet de retenir la responsabilité de l'entreprise (sur les critères de la responsabilité du commettant appliqués dans le contexte de la prestation de services d'investissement, voir *Gestion Clermont Pedneault inc. c. Bonneau*, précité, note 27, par. 126 et 127 (C.S.). Si le représentant est le mandataire de l'entreprise, des dispositions spécifiques au contrat de mandat permettent de retenir la responsabilité de l'entreprise également (articles 2157 et 2158 C.c.Q.). Certaines décisions ont également appliqué la théorie du mandat apparent prévue à l'article 2163 C.c.Q. afin de retenir la responsabilité de l'entreprise. Cela étant, l'exercice de qualification juridique de la relation qui lie le représentant à l'entreprise pour qui il agit n'est pas toujours amplement articulé en jurisprudence. Pour un énoncé des enjeux que représente cet exercice, voir R. CRÊTE, C. DUCLOS, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », précité, note 8, aux p. 369 à 375. Voir également *Groupe Albatros International Inc. c. Financière McLario Inc.*, 2003 CanLII 14547 (C.A.), par. 22.

⁹⁶ *Gulfstream Financial Ltd. c. Financière Banque Nationale*, 2010 QCCS 2839, par. 153, appel accueilli par 2013 QCCA 1888 afin de retenir, en

mais aussi dans la législation particulière et dans les règles élaborées par les organismes d'autoréglementation.

Dans le cas du planificateur financier ou du courtier en épargne collective, les articles 85 et 86 de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers* prévoient en ces termes l'obligation de contrôle et de surveillance qui incombe au cabinet et à ses dirigeants :

85. Un cabinet et ses dirigeants veillent à la discipline de leurs représentants. Ils s'assurent que ceux-ci agissent conformément à la présente loi et à ses règlements.

86. Un cabinet veille à ce que ses dirigeants et employés agissent conformément à la présente loi et à ses règlements.⁹⁷

Pour ce qui est des courtiers, des conseillers et des gestionnaires de portefeuille, le devoir de surveillance s'infère également du *Règlement 31-103*, lequel prévoit la nomination d'un chef de la conformité qui a notamment les responsabilités suivantes :

a) établir et maintenir des politiques et des procédures d'évaluation de la conformité de la conduite de la société et des personnes agissant pour son compte avec la législation en valeurs mobilières;

b) surveiller et évaluer la conformité de la conduite de la société et des personnes agissant pour son compte avec la législation en valeurs mobilières;⁹⁸

Par ailleurs, la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres* prévoit de nombreux aspects des mesures de supervision qui

sus de la responsabilité de la Financière Banque Nationale, celle de Gulfstream Financial Ltd.

⁹⁷ Articles 85 et 86 de la LDPSF.

⁹⁸ Article 5.2 du *Règlement 31-103*.

devraient être mises en place au sein de l'entreprise prestataire de services d'investissement⁹⁹. Il est important de considérer ces règles comme des exigences minimales qui peuvent en réalité s'avérer insuffisantes en regard de la norme de faute civile. Comme le prévoit en introduction la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres* :

Cette Règle : [...]

- (b) n'empêche pas les courtiers membres d'établir des normes plus strictes de surveillance et, dans certains cas, de telles normes peuvent s'avérer nécessaires pour assurer une surveillance adéquate.¹⁰⁰

Pour s'acquitter adéquatement de leur devoir de supervision, les entreprises de services d'investissement doivent fournir des ressources et du personnel compétent qui pourra veiller à ce que leurs obligations envers les clients soient respectées¹⁰¹. Elles doivent instaurer un système de surveillance prenant la forme de procédures contrôlées exécutées par des surveillants compétents qui disposent d'instructions pour la réalisation de leur tâche¹⁰². L'entreprise retrouve dans la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres* un guide d'éléments à mettre en place et à surveiller, ainsi que des indications en termes de fréquence. Par contre, comme l'illustre l'arrêt *Financière Banque Nationale c. Canonne*, où la Cour d'appel retient la faute de l'entreprise qui

⁹⁹ Règle 2500 des *Règles des courtiers membres* intitulée « Normes minimales de surveillance des comptes clients de détail ».

¹⁰⁰ Introduction de la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres*.

¹⁰¹ Introduction de la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres*.

¹⁰² Article I de la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres*.

« disposait de la structure et des outils d'analyse nécessaires »¹⁰³, mais qui « n'a pas exercé, en temps opportun, le contrôle qui s'imposait sur le travail du courtier responsable du compte de l'intimée »¹⁰⁴, ces lignes directrices demeurent insuffisantes au regard du sens et de la portée véritables du devoir de surveillance en droit civil.

Les normes sont exigeantes et nombreuses, mais au moment d'établir la faute civile de l'entreprise, il demeure une part d'incertitude due au fait que la portée pratique du devoir de supervision est susceptible de varier selon la nature des affaires de l'entreprise¹⁰⁵. Autrement dit, la détermination du caractère inadéquat et fautif des mesures mises en place dans un cas donné dépend partiellement d'une composante factuelle. Bien que les motifs écrits des tribunaux qui sous-tendent la reconnaissance d'une faute civile de l'entreprise de services d'investissement soient quelques fois laconiques, le recours aux autorités jurisprudentielles est tout de même susceptible d'illustrer et de préciser le sens et la portée de ce devoir.

2.3.2 L'interprétation et l'application du devoir de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement par les tribunaux

Les manquements au devoir de surveillance s'inscrivent dans divers

¹⁰³ *Financière Banque Nationale c. Canonne*, précité, note 42, par. 6.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Selon l'introduction de la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres* : « Le courtier membre doit établir les ressources et les surveillants nécessaires en fonction de la nature de ses affaires. »

contextes. L'affaire de principe *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Ltd.* est un exemple où les tribunaux ont reconnu le défaut de surveillance de l'entreprise prestataire de services d'investissement¹⁰⁶. Le « surveillant » du représentant fautif, directeur de sa succursale d'affaires, était également son associé et recueillait 50 % de toutes les commissions¹⁰⁷. Le véritable surveillant était en poste à distance, à Toronto, et gérait, avec une assistante, 2000 transactions quotidiennes exécutées par 350 représentants répartis à travers le Canada¹⁰⁸. Dans ces circonstances, la faute personnelle de la firme pour défaut de surveillance adéquate a été établie.

Dans l'arrêt *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, la Cour d'appel conclut qu'au-delà des fautes commises par leur représentant, les cabinets eux-mêmes ont commis une faute civile en faisant défaut de mettre en place des mesures de surveillance efficaces de leurs représentants de manière à ce que ces derniers respectent la loi et les limites de leur certification professionnelle¹⁰⁹. Dans cette affaire, une seule personne était chargée de superviser 150 représentants et aucune mesure ne permettait de contrôler efficacement les produits qui étaient vendus par ceux-ci¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, [1996] R.J.Q. 2694 (C.S.), [1996] SOQUIJ AZ-96021617 (C.S.), p. 8, conf. par [2000] 1 R.C.S. 638, par. 13.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis & Mario Guillemette inc.*, précité, note 42, par. 16, 17 et 91. La Cour d'appel applique plus particulièrement l'article 85 LDPSF.

¹¹⁰ *Id.*, par. 70. Dans cette affaire, la Cour d'appel qualifie la faute commise par les cabinets de faute simple, car la preuve administrée ne permettait

Dans l'arrêt *Caron c. Voyer*, la Cour d'appel a reconnu en appel la faute de l'entreprise pour une défaillance de son système de surveillance, laquelle aurait dû prévoir un mécanisme permettant de prévenir l'avènement de situations où les représentants effectuent des placements privés, alors que c'est interdit¹¹¹. Ce manquement particulier, dans les circonstances, était causal et a donc entraîné la responsabilité personnelle de l'entreprise¹¹².

Enfin, il vaut de se référer aux propos du juge Sénéchal dans la décision *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, lequel a prononcé un jugement éloquent dans le domaine de la responsabilité professionnelle des prestataires de services d'investissement, notamment au chapitre du devoir de surveillance de

pas de conclure que l'insuffisance des mesures de surveillance se démarquait à ce point des standards de l'industrie que l'on puisse conclure à une faute lourde (par. 91). La qualification d'une faute civile comme étant une « faute lourde » peut avoir une incidence au niveau de la couverture d'assurance des prestataires de services d'investissement, ainsi qu'au niveau des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité.

¹¹¹ *Caron c. Voyer*, précité, note 17, par. 13, 93 et 129 à 131.

¹¹² Voir également *Gulfstream Financial Ltd. c. Financière Banque Nationale*, précité, note 96, afin de retenir, en sus de la responsabilité de la Financière Banque Nationale, celle de Gulfstream Financial Ltd. Dans cette affaire, le compte de l'investisseur a été malencontreusement mélangé à celui d'autres investisseurs, ce qui a ultimement entraîné une perte financière (par. 16 de l'arrêt de la Cour d'appel). Si le représentant a fait preuve de négligence dans la gestion de ses comptes clients (par. 19 de l'arrêt de la Cour d'appel), la faute personnelle de l'entreprise Financière Banque Nationale a également été retenue pour ne pas avoir supervisé adéquatement les actes posés par ses représentants (par. 153 du jugement de première instance et par. 20 de l'arrêt de la Cour d'appel).

l'entreprise ¹¹³. Dans cette affaire, le tribunal conclut que la firme a « dramatiquement failli à son obligation de surveiller étroitement et efficacement les activités de Migirdic », son représentant, « et d'avoir en tout temps un système opérationnel efficace de surveillance et de contrôle à cette fin » ¹¹⁴. Plusieurs reproches sont formulés à l'endroit de la conduite adoptée par la firme, dont l'intervention insuffisante, tardive et sans suivi adéquat du service de conformité ¹¹⁵, ainsi que les manquements du directeur de la succursale à toutes les mesures de surveillance qui lui incombent (notamment examiner et surveiller les opérations de compte irrégulières, examiner quotidiennement les opérations et questionner toute annulation d'opération, transfert d'action d'un compte à un autre et tout autre ajustement de transaction par le représentant) ¹¹⁶. C'est dire que les comportements adoptés par le personnel du service de conformité et par le directeur de la succursale ont grandement contribué à la reconnaissance de la faute personnelle de la firme.

La décision rendue dans l'affaire *Markarian* présente également l'intérêt d'ajouter à la compréhension du sens de ce devoir de surveillance de l'entreprise qu'elle qualifie de devoir « accru » dans le cas où l'un des représentants présente des antécédents comportementaux douteux ¹¹⁷. Les mesures mises en place

doivent alors être plus strictes que dans le cas où tous les représentants d'une entreprise ont toujours fait preuve d'une conduite exemplaire ¹¹⁸.

L'entreprise n'est pas tenue à une obligation de résultat, à savoir prévenir et déceler tout manquement commis par ses représentants et employés. L'insuffisance des mesures mises en place ou du personnel responsable doit être établie.

Cela étant, les tribunaux interprètent libéralement ce devoir de surveillance dont ils n'hésitent pas à moduler l'intensité selon les circonstances particulières qui se présentent ¹¹⁹. Les règles précises des règlements et des normes élaborées par les organismes d'autoréglementation deviennent ainsi un guide de pratiques minimales, mais qui ne rendent pas compte de la portée exacte de la norme de conduite civile de l'entreprise, laquelle peut être plus exigeante et étendue.

Conclusion

Le premier devoir du prestataire de services d'investissement est d'agir avec prudence et diligence. Les concepts de prudence et diligence réfèrent à la norme de conduite qu'appliquent les tribunaux afin de déterminer si le professionnel a commis une faute civile : cet intermédiaire s'est-il comporté comme un autre prestataire de services d'investissement avisé raisonnablement

¹¹³ *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314.

¹¹⁴ *Id.*, par. 274.

¹¹⁵ *Id.*, par. 315 et 316.

¹¹⁶ *Id.*, par. 351 à 385.

¹¹⁷ *Id.*, par. 386. L'article I C. 4 de la Règle 2500 des *Règles des courtiers membres* prévoit que le courtier doit surveiller plus étroitement les opérations des personnes autorisées ayant des

antécédents de conduite douteuse Sur l'obligation de surveiller le représentant Voir également *Certain Underwriters at Lloyd's c. Rhind*, précité, note 95, par. 9.

¹¹⁸ *Id.*, par. 387 et 388.

¹¹⁹ *Certain Underwriters at Lloyd's c. Rhind*, précité, note 95, par. 9 et 10.

prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances?

Les tribunaux interprètent ce devoir général à la lumière des dispositions réglementaires et autres normes élaborées par les organismes d'autoréglementation œuvrant dans le domaine des services d'investissement. Le manquement à l'une de ces normes spécifiques ne correspond pas nécessairement à une faute civile, mais il demeure qu'elles permettent de préciser le comportement attendu du prestataire de services d'investissement. En fait, l'analyse combinée de ces normes et des cas d'application judiciaire permet de mettre en exergue de façon plus complète et détaillée le sens et la portée du devoir de diligence.

Ainsi, le prestataire de services d'investissement doit-il veiller au respect des principaux devoirs spécifiques qui composent le devoir de diligence : agir conformément à la règle de bien connaître son client, de bien connaître les produits, de convenance, d'information et de conseil.

Pour ce qui est de l'entreprise qui dispense les services d'investissement, s'ajoute l'obligation de mettre en place des mesures de supervision et de contrôle adéquates des représentants et du personnel par qui elle agit. On ne peut que saluer cette obligation, laquelle met en lumière l'impératif de responsabiliser l'entreprise elle-même. En effet, les politiques internes de l'entreprise peuvent avoir impact considérable sur l'incitatif au respect (ou au manquement...) de leurs devoirs par les représentants. L'immixtion dans les mesures de supervision et dans l'organisation des services de conformité

est une force de l'encadrement de l'industrie des services d'investissement. Ce volet du devoir de diligence ajoute une perspective systémique à la philosophie d'action de l'encadrement, ce qui constitue une piste de réflexion et d'analyse prometteuse.

Dans leur interprétation et leur application de ces diverses règles, les tribunaux adoptent une posture protectionniste à l'égard des investisseurs. Ils reconnaissent l'ascendance que peut avoir le professionnel sur son client, intensifient les exigences des professionnels et amenuisent, dans une certaine mesure, celles des clients. Cette tendance est d'autant plus accrue que l'épargnant est vulnérable et profane. À l'inverse, des décisions récentes montrent une certaine sévérité à l'endroit de l'investisseur plus aisé financièrement et plus aguerri aux affaires. On pourrait voir dans ces constats un particularisme de l'encadrement juridique de la prestation des services d'investissement. Mais au-delà des nuances plus théoriques sur le sens et la portée des devoirs imposés aux prestataires de services d'investissement, il vaut de mentionner en terminant l'importance de la crédibilité des témoins et des experts, laquelle transparaît des motifs des tribunaux et qui, on le devine, influence considérablement l'issue des litiges.



Plaidoyer pour un droit pénal économique plus favorable à la conformité en entreprise

Amissi M. Manirabona*

Table des matières

Résumé

Introduction

1. La notion de conformité (*compliance*)
 2. Insensibilité du droit criminel classique à l'égard de la conformité (*compliance*)
 - 2.1 Le cas d'infractions de *mens rea* subjective
 - 2.2 Quelques cas exceptionnels de la promotion de la conformité par le droit pénal
 - 2.2.1 Exception informelle découlant de la discrétion des poursuivants
 - 2.2.2 Possible prise en compte de la conformité en cas d'infractions de négligence
 3. Vers un règlement alternatif de la criminalité économique
 - 3.1 De timides modalités alternatives de traitement des infractions relatives à la concurrence
 - 3.2 Pour un renforcement et une extension du traitement alternatif de la criminalité économique
- Conclusion : pour une solution contextualisée

Résumé

Le présent texte discute de la propension du droit pénal économique canadien à favoriser la conformité (compliance) au sein des entreprises. Après avoir défini la notion de conformité, le texte montre comment le droit pénal actuel n'encourage pas les entreprises à y adhérer malgré l'existence de quelques rares exceptions. Par la suite, le texte propose le changement d'approche au Canada en adoptant de nouveaux mécanismes susceptibles de promouvoir la responsabilisation et la coopération des entreprises dans la lutte contre la criminalité économique. Compte tenu de la difficulté de lutter efficacement contre cette forme de criminalité, il est grand temps de penser à d'autres types de mécanismes qui sont en train de faire leurs preuves aux États-Unis et au Royaume-Uni.

* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Cet article a préalablement été présenté lors d'une conférence tenue par l'auteur dans le cadre du colloque « Governance and Compliance in Companies: Constraints or Opportunities? » tenu à la Toulouse Business School les 3 et 4 décembre 2015. L'auteur remercie M^{me} Sophie Lefebvre pour son assistance à la collecte de la documentation utilisée dans ce texte.

Introduction

Depuis les années '90, on assiste, surtout aux États-Unis, à l'émergence d'une nouvelle forme de régulation de la criminalité économique basée sur la conformité (*compliance*). L'idée centrale est que la criminalité au sein des entreprises est souvent l'œuvre d'une ou quelques personnes isolées. Dans ce cas, imposer aux entreprises la rigueur des sanctions criminelles contribuerait à les punir indûment et à défavoriser les parties prenantes. Dès lors, il est dans l'intérêt public d'encourager les entreprises à mettre en place une gestion interne qui puisse permettre la prévention et la détection des crimes sans subir toute la rigueur du système criminel.

Alors que plusieurs réformes ont vu le jour aux États-Unis et très récemment en Angleterre pour favoriser davantage de conformité, la question est de savoir si le droit pénal actuellement en vigueur au Canada est suffisant pour favoriser la conformité. N'a-t-on pas besoin de réformes afin d'amener les entreprises à coopérer dans la détection et la prévention de la criminalité économique?

Pour bien répondre à ces questions, la présente étude va d'abord apprécier les lacunes de l'actuel régime de responsabilité pénale au Canada quant à sa propension à favoriser la conformité. Plus précisément, il s'agira de montrer qu'à l'état actuel du droit, la menace de responsabilité pénale est loin de pouvoir influencer les entreprises à adopter des mécanismes de conformité. D'un côté, cette étude montrera qu'en général, les programmes de conformité n'ont pas d'impact sur la responsabilité pénale en ce qui concerne les infractions d'intention

subjective comme la corruption, le blanchiment de capitaux ou la fraude. Cette catégorie d'infractions, qui est la plus fréquente au sein des entreprises, ne favorise donc pas la conformité bien qu'il y ait deux exceptions : l'une informelle et l'autre formelle. L'exception informelle concerne les cas où les procureurs qui poursuivent peuvent décider d'abandonner les poursuites à l'encontre de l'entreprise fautive, compte tenu de l'existence d'un programme de conformité. Cette possibilité peut donc pousser les entreprises à développer une culture de conformité en leur sein. Le problème est qu'au Canada, en l'absence de règles écrites, contrairement aux États-Unis, cette pratique repose sur le bon vouloir des poursuivants. L'exception formelle concerne le cas d'infractions de négligence dont l'entreprise ne peut pas se rendre coupable si elle a exercé un niveau de diligence voulue pour l'éviter. Ces infractions peuvent donc favoriser la conformité, étant donné que l'entreprise qui aura mis en place un programme de conformité et qui l'aura appliqué adéquatement ne pourra pas être poursuivie.

Il en découle que les entreprises ont beaucoup d'incitatifs pour adopter des programmes de conformité afin d'éviter les poursuites. Le problème est que la plupart d'infractions économiques sont de *mens rea* subjective. En outre, la question de savoir si les entreprises vont réellement adopter et mettre en œuvre ces programmes de conformité dépendra de la probabilité que les infractions éventuelles soient détectées ainsi que du coût associé aux sanctions prévues ¹. Sans

¹ En application de la théorie du choix rationnel, il est attendu que les entreprises se conformeront à la réglementation si elles ont beaucoup à perdre

la menace et la certitude de la responsabilité criminelle et les conséquences néfastes qui s'ensuivent, les entreprises feraient le calcul rationnel que le coût d'investissement dans de telles règles internes serait plus élevé que le bénéfice escompté². Or, en droit criminel, le degré de preuve très élevé ne facilite pas la tâche des poursuivants quant au dépôt des accusations, ce qui comporte le risque de favoriser des comportements illégaux.

Dès lors, il est proposé l'adoption en droit pénal canadien des mécanismes de coopération avec les entreprises fautives notamment ceux accordant l'opportunité aux entreprises d'éviter une condamnation criminelle en payant une compensation à l'État et en instaurant un programme de conformité sous la supervision d'un observateur neutre afin d'éviter que l'illégalité se reproduise. L'adoption de ces mécanismes est nécessaire au moins pour les entreprises impliquées dans la criminalité pour la première fois. Ce genre de mécanismes de traitement alternatif des infractions n'est pas totalement inconnu au Canada car on les rencontre notamment en matière de concurrence où on prévoit des immunités pouvant être offertes aux entreprises en échange de leur collaboration à la lutte efficace contre la criminalité. Rien n'empêche donc aux autorités

en cas de non-conformité. Jillian DORRIAN & Kevin PURSE, « Deterrence and Enforcement of Occupational Health and Safety Law » (2011) 27 *International Journal of Comparative Labour Law* 23.

²Jennifer ARLEN, « Removing Prosecutors from the Boardroom. Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms », dans Anthony S. BARKOW et Rachel E. BARKOW (DIR.), *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York and London, New York University Press, 2011.

canadiennes de les adopter pour d'autres formes d'infractions économiques.

En définitive, après avoir défini la notion de conformité (*compliance*), nous montrerons que le droit criminel actuel ne l'encourage pas malgré quelques exceptions. Nous tenterons ensuite de proposer l'adoption de nouveaux mécanismes susceptibles de promouvoir ce mécanisme qui, après tout, favorise l'efficacité et l'efficience par la coopération et l'auto-réglementation. Autrement dit, l'approche visant à améliorer la conformité à l'intérieur des entreprises est la mieux à même d'amener les acteurs à procéder aux changements requis et à créer une culture du respect de la loi.

1. La notion de conformité

La conformité (*compliance*) est perçue comme étant l'ensemble des actions, politiques et procédures mis en œuvre au sein des entreprises pour se conformer à la loi conçue au sens large (règles internationales, nationales, locales, professionnelles, coutumières, ou normes internes aux entreprises ou aux associations d'entreprises, etc.³. Elle exige que l'entreprise s'approprie les règles qui la régissent et adopte, en conséquence, des mécanismes internes visant à les observer afin d'éviter non seulement des sanctions monétaires mais aussi d'autres conséquences éventuelles comme les atteintes à son image, la perte de licences, de permis, de marchés, de clientèle, etc.⁴.

³ Oliver DEBAT, « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », (2014) *Actes pratiques et ingénierie sociétariaire* 4, p.6.

⁴ *Id.*

Cette approche considère qu'une application rigide de la loi n'est pas désirable en matière de criminalité économique. Il faut appliquer les règles à travers la collaboration et la persuasion pour pouvoir espérer qu'elles soient suivies⁵. De fait, la *compliance* incite les entreprises à agir comme des curateurs publics qui, dans une approche d'intérêt public, ont la responsabilité de promouvoir la conformité à la loi et une bonne administration de la justice⁶. Il s'agit d'une nouvelle forme de collaboration entre les entreprises et les autorités publiques dans le but de diminuer la survenance de la criminalité par l'auto-discipline. D'après Barkow, cette approche montre que les entreprises ne sont plus traitées comme étant uniquement des cibles privilégiées pour les autorités de poursuites pénales. Elles sont surtout considérées comme des alliés importants pour le contrôle et la lutte contre la criminalité en leur sein⁷. En d'autres termes, en poussant les entreprises à investir dans la prévention de la criminalité, on les transforme en mandataires des autorités publiques sans que les ressources publiques soient mises à contribution⁸.

⁵ Tom TYLER, « Reducing Corporate Criminality: The Role of Values » (2014) *American Criminal Law Review* 267.

⁶ Richard S. GRUNER, « Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities » dans Henry N. PONTELL & Gilbert GEIS (EDS.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer, 2007, p. 279-308.

⁷ Voir Rachel E. BARKOW, « Organizational Guidelines for the Prosecutor's Office » (2010) 31 (6) *Cardozo L. Rev.* 2089, p. 2100.

⁸ Philippe TAUZIN, « La gouvernance bancaire dans la lutte contre le blanchiment de capitaux » (2014)/1 (6) *Revue internationale d'intelligence économique* 37-49; Richard S. GRUNER, précité, note 6, p. 279-308.

Accorder à l'entreprise les pouvoirs de police promeut l'efficacité car l'entreprise est souvent mieux placée pour détecter les auteurs des violations à l'interne. De plus, ce mécanisme évite une intrusion excessive de l'État dans les affaires de l'entreprise. Pour que ce mécanisme fonctionne efficacement cependant, il faut non seulement la bonne volonté des dirigeants de l'entreprise mais aussi des incitations et une pression tant externe qu'interne⁹. Les entreprises ont besoin d'incitatifs afin de procéder à l'identification et à la punition des auteurs des crimes économiques ainsi qu'à insuffler une culture de respect de la loi dans leurs affaires¹⁰. Il faut donc initier des mécanismes incitant les entreprises à mettre en place une bonne gestion interne permettant la prévention et la détection des irrégularités afin d'éviter toute la rigueur du système criminel. Comme on va le constater, si des réformes sont intervenues ailleurs afin d'inciter les entreprises à aménager leurs politiques internes pour mettre en place une gestion préventive de la criminalité, peu de choses ont été faites au Canada et le droit criminel existant reste toujours fermé aux initiatives de *compliance*¹¹.

2. Insensibilité du droit criminel classique à l'égard de la conformité (*compliance*)

Nous partons du postulat selon lequel, malgré quelques atténuations (2.2), les infractions d'intention subjective comme la corruption, la fraude, le vol, les ententes de cartel ou le blanchiment de l'argent ne favorisent pas la conformité et l'existence

⁹ Geoffrey MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

¹⁰ Rachel E. BARKOW, précité, note 7.

¹¹ Richard S. GRUNER, précité, note 6, p. 279-308.

de programmes prévoyant celle-ci n'a pas d'impact sur la question de la responsabilité (2.1).

2.1 Le cas d'infractions de *mens rea* subjective

Les infractions de *mens rea* subjective sont des infractions qui nécessitent que l'existence d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, soit « prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique »¹². En d'autres termes, en ce qui concerne ces infractions, « le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager »¹³. Dans ce sens, l'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation va au-delà de la simple négligence. Autrement dit, un accusé ayant eu connaissance des circonstances entourant la commission d'une infraction de connaissance pourra être condamné même s'il a pris des mesures préventives qu'une personne raisonnable aurait prises dans la même situation.

Un système de droit criminel qui maintient la preuve d'une *mens rea* subjective passe à côté de la possibilité d'intéresser les entreprises dans la prévention et la détection des crimes¹⁴. En refusant à l'accusé de se disculper par l'invocation de la diligence raisonnable exercée pour éviter la survenance de

l'infraction, le droit pénal décourage les entreprises à investir dans la conformité alors même que les caractéristiques de la criminalité économique moderne montrent que ce sont les entreprises et leurs dirigeants qui sont les mieux placés pour les prévenir¹⁵. Le droit pénal érige ainsi une barrière à la naissance d'une approche de la responsabilité criminelle mettant l'accent sur la prévention telle qu'elle émerge aux États-Unis¹⁶. En écartant de « récompenser » la diligence, le droit criminel bloque les incitatifs aux entreprises pour entreprendre des efforts de prévention et de détection de la criminalité en leur sein¹⁷. En effet, il n'est pas économiquement rationnel d'investir dans une initiative qui ne servira à rien dans la minimisation des coûts et l'accroissement des profits.

Par ailleurs, ce niveau de faute subjective constitue un fardeau trop lourd et difficile à prouver pour la poursuite. Cela a pour conséquence de rendre ardue, voire impossible, une condamnation des entreprises pour ce type de crimes. Selon la Cour suprême, la preuve de la *mens rea* est un travail énorme susceptible d'encombrer les rôles des tribunaux et de gêner l'application de la loi¹⁸. Sachant que la preuve de cette forme d'infractions est difficile à obtenir, l'entreprise n'appréhendera pas de menaces sérieuses la poussant à se conformer à la loi. Au contraire, comme la criminalité au sein des organisations fait partie de la délinquance cachée et secrète¹⁹ et que ses

¹² R. c. *Sault Ste. Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1325.

¹³ *Id.*, p. 1309.

¹⁴ Richard S. GRUNER, précité, note 6, p. 297.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ R. c. *Sault Ste. Marie*, précité, note 12, p. 1311.

¹⁹ Darryl K. BROWN, « The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement » (2004) 1 *Ohio State Journal of Criminal Law* 521, p. 526.

effets sont généralement diffus²⁰, l'entreprise à laquelle on refuse la coopération peut être tentée de cacher toute trace susceptible de constituer un début de preuve²¹. La dissimulation des éléments de preuve devient plus facile pour une grosse entreprise ou celle dont les opérations sont transnationales. En effet, au sein de grandes entreprises ou celles transnationales, les actions et les décisions sont fragmentées entre plusieurs groupes d'entités²². De plus, comme Griffin le relève, les responsabilités peuvent être partagées entre plusieurs départements et la preuve nécessaire peut être éparpillée dans plusieurs endroits. Il peut donc arriver que les poursuites interviennent au moment où les employés impliqués ont déjà été remplacés²³. Dans ce cas, il est pratiquement impossible de rassembler des éléments de preuve suffisants relativement aux crimes commis au sein des entreprises²⁴, une tâche rendue

²⁰ Barbara A. BELBOT, « Corporate Criminal Liability » dans Michael Blankenship (dir.) *Understanding Corporate Criminality*, New York: Garland Publishing, 1995, 211, p. 229.

²¹ En effet, il n'est pas très rare de trouver des entreprises ayant recours à la falsification ou à la tromperie pour cacher les éléments de preuve des infractions. Voir Darryl K. BROWN, précité, note 19, p. 527.

²² Harry GLASBEEK, *Wealth by Stealth: Corporate Crime, Corporate Law, and the Perversion of Democracy*, Toronto: Between the Lines, 2002, p. 147, « More Criminalisation in Canada: More of the Same? » (2005) 8(1) *Flinders Journal of Law Reform* 39, p. 42.

²³ Lisa KERN GRIFFIN, « Inside-Out Enforcement » dans Anthony S. BARKOW & Rachel E. BARKOW (DIR.) *Prosecutors in The Boardroom: Using Criminal Law To Regulate Corporate Conduct*, New York, NYUP, 2011, 110, p. 113. Voir aussi Barbara A. BELBOT, précité, note 20, p. 212.

²⁴ Joseph F. DIMENTO, « Criminal Enforcement of Environmental Law » (1993) 525 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 134, p. 145.

complexe par l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable, l'implication d'un cadre supérieur dans la survenance de l'infraction²⁵.

En définitive, les infractions de *mens rea* subjective pèchent par leur incapacité à encourager la conformité. Il est difficile pour une personne rationnelle de prendre des précautions raisonnables visant à prévenir la commission du crime alors qu'elle ne fait pas l'objet de menaces sérieuses d'être poursuivies ou qu'elle ne pourra pas s'en prévaloir pour se défendre.

2.2 Quelques cas exceptionnels de la promotion de la conformité par le droit pénal

Il existe des exceptions au principe énoncé plus haut tant du point de vue informel que du point de vue formel. L'exception informelle concerne les cas où les procureurs qui poursuivent peuvent décider d'abandonner les poursuites à l'encontre de l'entreprise soupçonnée compte tenu de l'existence d'un programme de conformité. L'exception formelle concerne le cas des infractions de négligence pour lesquelles la conformité constitue l'une des défenses de diligence raisonnable susceptible de mener à un acquittement.

2.2.1 Exception informelle découlant de la discrétion des poursuivants

À la suite de la survenance d'un fait méritant des poursuites criminelles, les décisions de poursuivre ou de ne pas

²⁵ Michael L. BENSON & Francis T. CULLEN, *Combating Corporate Crime: Local Prosecutors at Work*, Boston: Northeastern University Press, 1998, p. 161.

poursuivre relèvent des procureurs de la poursuite. La discrétion du ministère public est prévue aux articles 40 et 40-1 du *Code de procédure pénale* français²⁶. Au Canada, la discrétion des poursuivants a été définie par la Cour suprême notamment quant à sa nature et à son étendue. Pour le plus haut tribunal du pays, il s'agit de la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Plusieurs décisions peuvent être prises en vertu de ce pouvoir discrétionnaire : la décision de répudier une entente sur le plaidoyer; la décision de procéder par voie de mise en accusation directe; la décision de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions; la décision de négocier sur un plaidoyer; la décision de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation; la décision d'interjeter appel²⁷. En France, les motifs de classer sans suite un dossier peuvent, entre autres, inclure « la médiocrité du préjudice, l'honorabilité du délinquant, le

²⁶ Art. 40 *al.* 1 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 ». Art. 40-1 : « Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° Soit d'engager des poursuites ; 2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient. »

²⁷ *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65 et *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41.

caractère exceptionnel de son manquement, la sincérité de son regret et ses efforts pour assurer une réparation à la victime, la faute de cette dernière, etc. »²⁸.

Selon la pratique, la décision de ne pas poursuivre peut être prise dans un sens favorable à l'entreprise en cas d'existence d'un programme de conformité. Plus précisément, lorsqu'une entreprise a mis en place un programme de conformité pour traiter des cas de violations de la loi, le recours au droit criminel sera de moins en moins préféré. En 1969, le rapport Ouimet en faisait écho : « aucune conduite ne devait être décrite comme criminelle, sauf si elle constitue une grave menace pour la société et s'il est impossible de la redresser par d'autres moyens sociaux ou légaux »²⁹. Par la suite, la Commission de réforme du droit du Canada a insisté sur le fait que le droit criminel doit demeurer un outil de dernier ressort auquel il ne faut recourir qu'avec une certaine modération³⁰. Par le biais du ministère de la Justice, le gouvernement du Canada a aussi affirmé qu'« on ne doit recourir au droit pénal que lorsque le préjudice causé ou susceptible d'être causé à la société est grave, et que les autres moyens moins coercitifs et moins interventionnistes n'ont pas fonctionné ou apparaissent

²⁸ Pierre BELIVEAU et Jean PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français*, 2^e édition, Bruxelles / Bruylant, Cowansville / Éditions Yvon Blais, 2007, p. 479.

²⁹ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Justice pénale : un lien à forger*, Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle : Ottawa, 1969.

³⁰ Canada, Commission de réforme du droit, *Notre droit pénal*, rapport no 3, Ottawa, 1976, p. 16, 18, 28 et 31; Canada, Commission de réforme du droit, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, rapport no 31, Ottawa, p. 8; Canada, Commission de réforme du droit, *Notre procédure pénale*, rapport no 32, Ottawa, 1988, p. 28.

contre-indiqués³¹. Pour le gouvernement, étant donné que de nombreuses actions peuvent être « nuisibles », et qu'il existe dans la société plusieurs autres moyens de maîtriser ces comportements ou de les combattre, l'usage du droit criminel doit de moins en moins être préféré. En d'autres termes, lorsqu'il existe d'autres moyens sociaux ou légaux moins coercitifs, il ne serait pas approprié de recourir au droit pénal. Il existe par ailleurs une directive du Directeur des poursuites criminelles et pénales³² selon laquelle lorsqu'il existe un conflit entre des dispositions criminelles et celles réglementaires, la priorité doit être accordée à ces dernières³³.

Aux États-Unis³⁴ et au Royaume-Uni³⁵, l'existence d'un réel et efficace programme de conformité constitue l'un

des facteurs d'intérêt public militant contre le lancement des poursuites pénales à l'encontre de l'entreprise. Cela permet aux entreprises d'initier la création de ce programme afin de s'en prévaloir en cas de poursuites éventuelles.

2.2.2 Possible prise en compte de la conformité en cas d'infractions de négligence

Au Canada, les infractions de négligence peuvent être de *mens rea* (objective) ou de responsabilité stricte³⁶. En droit français, on parle d'infractions non intentionnelles et de celles de faute pénale d'imprudence ou contraventionnelle³⁷.

Quelle que soit sa nature, l'infraction de négligence suppose que l'accusé n'a pas satisfait à la norme objective du comportement attendu d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Il y a négligence lorsqu'on a omis d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendue compte. La condamnation interviendra lorsque le juge des faits sera convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement adopté par l'accusé³⁸. Contrairement aux infractions de *mens rea* subjective, la faute en matière de négligence réfère à ce qui aurait dû se passer dans l'esprit de l'accusé s'il avait agi raisonnablement; on ne sanctionne pas un état d'esprit subjectif mais les conséquences d'une action irréfléchie. Comme le précise la Cour suprême du Canada, dans de tels cas, l'élément de

³¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère de la Justice, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982, p. 48-49.

³² Directeurs des Poursuites criminelles et pénales, *ACC-4 DM Accusation - Choix de poursuite entre une infraction criminelle ou pénale*, en ligne : <http://www.dpccp.gouv.qc.ca/ressources/pdf/envoi/ACC-4-DM.pdf>

³³ Il est vrai que la même directive indique que la priorité doit revenir aux poursuivants en vertu du *Code criminel* si, entre autres, il y a eu atteinte à l'intégrité physique des individus ou en cas de gravité des circonstances ayant donné lieu à l'infraction ou de comportements visant l'établissement d'un système de commission d'infractions sur une grande échelle. Cependant, la réalité est que les poursuivants semblent tellement habitués à renvoyer les cas d'accidents de travail à la CSST qu'ils oublient que la loi C-21 a finalement été adoptée.

³⁴ DOJ, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations, en ligne : <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/08/28/corp-charging-guidelines.pdf>

³⁵ SFO, Guidance on Corporate Prosecutions, en ligne : http://www.sfo.gov.uk/media/65217/joint_guidance_on_corporate_prosecutions.pdf.

³⁶ Voir *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5.

³⁷ Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 20^e édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 248-256.

³⁸ *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5.

faute réside dans le fait qu'une personne placée dans les circonstances où se trouvait l'accusé, aurait été consciente du risque de commission du crime, et s'il avait été en mesure de le faire, aurait agi avec diligence afin de l'éviter³⁹.

Le bien-fondé de ces infractions est que la preuve est facile à faire étant donné que la poursuite n'a pas à prouver un état d'esprit blâmable lorsqu'on est en matière pénale réglementaire. Dans ces cas, la réalisation de l'acte matériel emporte une présomption de culpabilité. En contrepartie, l'entreprise pourra s'exonérer si elle a mis en place un système visant à assurer la conformité. Comme le précise le droit français, « il n'y a pas faute si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu de la nature des missions ou des fonctions, des compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait »⁴⁰.

Toutefois, en matière criminelle, l'esprit blâmable doit être prouvé. Il doit s'agir d'un manque de diligence constituant un écart marqué par rapport à la norme qu'observerait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé⁴¹. Cette exigence peut rendre moins préventif cet aspect du droit pénal de négligence.

En cas d'infractions pénales réglementaires de responsabilité stricte, la faute dans l'omission n'a pas besoin de constituer un écart marqué. Il s'agit juste d'un simple écart (négligence simple) par rapport à la norme de comportement d'une personne raisonnablement prudente. En droit français, la négligence

simple se rapproche de la notion de faute contraventionnelle qui est présumée dès que l'infraction est commise⁴². Il n'est pas cependant clair si le droit pénal français reconnaît la défense de diligence raisonnable pour l'auteur de cette catégorie d'infractions.

Comme on peut le constater, le droit pénal fondé sur la négligence est favorable à la conformité. En effet, les entreprises qui ont mis en place des programmes de conformité et qui les appliquent adéquatement ne peuvent pas être poursuivies même si une infraction est commise en leur sein. Comme les tribunaux l'ont reconnu, en ne sanctionnant pas ceux qui ont exercé une diligence raisonnable en vue de respecter la loi, les infractions de négligence encouragent les citoyens à être vigilants quant au risque de porter atteinte aux valeurs protégées⁴³. Bien évidemment, la diligence raisonnable n'est pas synonyme de passivité. Pour s'en prévaloir, il faut établir l'existence des démarches effectuées en vue de se conformer à la loi⁴⁴. Il faut donc plus qu'un acquiescement passif.

Afin de favoriser la conformité, il est nécessaire que les législations en matière de criminalité économique multiplient ce genre d'infractions de négligence surtout celle de responsabilité stricte⁴⁵. Au

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Art. 121-3 *Code de procédure pénal* français.

⁴¹ *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5.

⁴² Bernard BOULOC, précité, note 37, p. 254-255.

⁴³ *R. v. Kanda*, 2008 ONCA 22 (CanLII), par. 44.

⁴⁴ *Lévis (City) v. Tétreault; Lévis (City) v. 2629-4470 Québec inc.*, [2006] 1 SCR 420, 2006 SCC 12 (CanLII).

⁴⁵ Les infractions de négligence en matière criminelle restent difficiles à prouver car elles exigent la preuve hors de tout doute raisonnable de l'*actus reus* et de la *mens rea*. La difficulté devient plus grande lorsqu'il faut attribuer l'infraction à l'entreprise en vertu de la doctrine de l'identification qui requiert la preuve préalable de

Canada, plusieurs infractions pour manque de diligence sont prévues par les différentes lois réglementant les activités économiques comme les lois sur la protection de l'environnement ou celle portant sur les valeurs mobilières. Cependant, ces infractions sont toujours considérées comme mineures et les sanctions applicables reflètent cette approche. Or, pour pouvoir entraîner des changements de gouvernance au sein des entreprises, il est nécessaire, à travers des sanctions sévères, de stimuler les entreprises à investir dans des politiques internes de prévention de la criminalité. Sans la menace d'une sanction sévère et les conséquences néfastes qui s'ensuivent, les entreprises ont tendance à faire le calcul rationnel que le coût d'investissement dans de telles règles internes serait plus élevé que le bénéfice retiré ⁴⁶.

Par ailleurs, au Royaume-Uni, la nouvelle loi relative à la lutte contre la corruption prévoit une infraction de défaut de prévenir la corruption pour laquelle l'entreprise pourra être exonérée si elle prouve l'existence des procédures adéquates visant à empêcher la survenance de la violation ⁴⁷. Cette infraction de responsabilité stricte en matière de lutte anticorruption n'existe pas encore pour le moment au Canada où ce domaine relève uniquement du droit criminel. Un régime semblable aiderait beaucoup le Canada à encourager la prévention de la criminalité au sein des entreprises. Le Canada devrait envisager des modifications législatives à cette loi car la *Loi sur le recyclage des produits de la*

criminalité et le financement des activités terroristes ⁴⁸ nous montre qu'un régime criminel peut bel et bien coexister avec un régime de responsabilité stricte dans une même loi.

D'autres modifications législatives ou réglementaires sont aussi nécessaires pour encourager la co-régulation à travers les mécanismes de traitement alternatif des infractions pénales économiques.

3. Vers un règlement alternatif de la criminalité économique

Dans cette partie, il s'agira de voir comment le droit pénal économique peut favoriser davantage la conformité ou l'autorégulation par les entreprises. Nous verrons en premier lieu les innovations intéressantes, mais limitées, dans le domaine de la concurrence. En deuxième lieu, nous procéderons à une démarche prospective visant à inviter le législateur à étendre le modèle de la concurrence aux autres infractions économiques en s'inspirant de l'expérience des autres pays.

3.1 De timides modalités alternatives de traitement des infractions relatives à la concurrence

Au Canada, le Bureau de la concurrence (ci-après le Bureau), un organisme indépendant chargé, entre autres, d'appliquer les dispositions de la *Loi sur la concurrence* ⁴⁹ a élaboré les programmes d'immunité et de clémence afin de lutter efficacement contre les cartels criminels. Ces programmes permettent de détecter

l'implication d'un cadre supérieur dans la commission de l'infraction. Voir *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

⁴⁶ Jennifer ARLEN, précité, note 2, p.67.

⁴⁷ UK, *Bribery Act 2010*, article 7.

⁴⁸ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (L.C. 2000, ch. 17), articles 77 et 79.

⁴⁹ *Loi sur la concurrence* (L.R.C. (1985), ch. C-34).

et de démanteler les activités de cartel qui, autrement, passeraient inaperçues⁵⁰. L'idée centrale de ces programmes est que « [l]es parties sont plus susceptibles de communiquer avec le Bureau, de coopérer et de plaider coupables (plutôt que de se défendre devant les tribunaux) si elles connaissent les facteurs pertinents à la clémence et si elles ont confiance que le Bureau les respectera dans ses recommandations ...»⁵¹.

En ce qui concerne le Programme d'immunité, il est disponible seulement pour la première entreprise ou le premier particulier qui dénonce au Bureau une infraction liée aux cartels qui n'est pas encore décelée ou qui lui fournit une preuve menant au dépôt d'accusations. Dans ce cas, le dénonciateur, personne morale ou physique, « peut se voir octroyer l'immunité contre les poursuites par le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) »⁵². Afin d'être admissible à l'immunité, une partie doit mettre fin à sa participation à l'activité illégale, elle ne doit pas avoir forcé d'autres parties à y prendre part et elle doit, tout au long de l'enquête du Bureau et de toute instance subséquente, assurer sans réserve, en temps opportun et de façon continue, son entière coopération, à ses frais⁵³. La coopération d'une partie vise à faciliter les

enquêtes et poursuites à l'encontre d'autres individus ou parties impliqués dans les mêmes activités criminelles. Cela veut dire qu'une partie qui participe seule à l'infraction n'est pas admissible en vertu de ce programme⁵⁴. Lorsqu'une entreprise est admissible à l'immunité, tous ses administrateurs, dirigeants, agents et employés actuels qui reconnaissent leur participation à l'activité anticoncurrentielle illégale dans le cadre de l'aveu de l'entreprise, et qui coopèrent sans réserve, en temps opportun et de façon continue, ont aussi droit à la même recommandation d'immunité⁵⁵. Il s'agit d'un programme très intéressant qui permet aux autorités de mettre la main sur les responsables de certaines activités de cartel qui, autrement, seraient restées inconnues.

Quant au Programme de clémence du Bureau, il s'agit d'un mécanisme complémentaire destiné aux parties qui ne sont pas admissibles au Programme d'immunité. Plus précisément, il concerne les personnes morales ou physiques « qui s'engagent à coopérer après le moment où une autre partie a commencé à coopérer dans le cadre du Programme »⁵⁶. Concrètement, le Bureau de la concurrence, qui reçoit la coopération d'une partie, émet des recommandations au SPPC afin de « reconnaître l'aide diligente et pertinente apportée par les demandeurs admissibles à une enquête du Bureau ou aux poursuites en découlant » dont les aveux et la collaboration précoces « peuvent fortement justifier un traitement de clémence au moment de la détermination

⁵⁰ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Programmes d'immunité et de clémence, Fiche de renseignements, 26 mars 2015, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03896.html>.

⁵¹ *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 34.

⁵² Précité, note 50.

⁵³ BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, Le Programme d'immunité et la *Loi sur la concurrence*, *Bulletin*, 7 juin 2010, par. 14-18, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03248.html>.

⁵⁴ *Id.* par. 16.

⁵⁵ *Id.* par. 20-21.

⁵⁶ *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 34, par. 33.

de la peine »⁵⁷. Comme exemples des avantages accordés, « le premier demandeur de clémence peut obtenir une réduction de 50 pour cent de l'amende qui aurait par ailleurs été recommandée, pourvu qu'il réponde aux exigences du Programme de clémence, notamment qu'il plaide coupable et qu'il offre une coopération entière, franche, rapide et sincère »⁵⁸. De même, « le deuxième demandeur peut obtenir une réduction de 30 pour cent de l'amende que le Bureau aurait par ailleurs recommandée au SPPC, et que l'importance de la réduction du demandeur suivant dépendra, d'une part, du moment où celui-ci s'est adressé au Bureau par rapport au « deuxième » demandeur et, d'autre part, de la diligence de sa coopération »⁵⁹.

Par ailleurs, si la première partie à faire une demande de clémence est une organisation commerciale, « le Bureau recommandera qu'aucune accusation distincte ne soit portée à l'encontre de ses administrateurs, dirigeants ou employés pourvu que ceux-ci coopèrent de façon complète, franche, rapide et sincère »⁶⁰. Lorsque la première partie à demander la clémence est un particulier se manifestant à titre indépendant, la même politique est suivie ; mais « en ce qui concerne la deuxième partie ou les parties suivantes à demander la clémence, les

administrateurs, dirigeants, employés et agents actuels et anciens peuvent faire l'objet d'accusations, tout dépendant de leur rôle dans l'infraction »⁶¹.

Bien qu'ils constituent un progrès indéniable dans le traitement non traditionnel de la criminalité en matière de cartels, ces programmes présentent toutefois des limites importantes. La plus grande faiblesse est que ces programmes n'imposent pas aux entreprises des engagements visant à instaurer des dispositifs de conformité afin d'éviter d'autres violations de la loi. Par ailleurs, ces programmes d'immunité et de clémence présentent des faiblesses découlant du fait que les poursuivants et les juges ont l'option de respecter ou non les termes de l'entente entre les parties et le Bureau⁶².

En outre, pour ce qui est du programme d'immunité, une partie à l'origine de la violation n'est pas admissible. Une partie ayant agi seule est aussi exclue. Il serait intéressant que ce programme soit disponible pour toute partie peu importe son rôle pour autant qu'elle exprime sincèrement son intention de coopérer et de se conformer à la loi à l'avenir. Enfin, le programme de clémence s'insère dans le processus de plaidoyer de culpabilité, ce qui suppose qu'une condamnation devra, malgré tout, intervenir⁶³. Au bout du

⁵⁷ Précité, note 50.

⁵⁸ CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Programmes d'immunité et de clémence, Fiche de renseignements, 26 mars 2015, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03896.html> ; *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 36.

⁵⁹ BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, Le programme de clémence, *Bulletin*, 29 septembre 2010, par. 12, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03288.html>.

⁶⁰ *Id.*, par. 21.

⁶¹ *Id.*, par. 22.

⁶² En vertu du paragraphe 5, le SPPC garde une entière discrétion quant à l'acceptation ou au rejet des recommandations du Bureau à l'égard de la détermination de la peine. Quant au paragraphe 7, il prévoit que le juge a toute autorité de déterminer la peine appropriée sans égard à la proposition conjointe des parties.

⁶³ En effet, même s'il est dit qu'il « est dans l'intérêt public d'éviter les poursuites inutiles avec les coûts et les incertitudes qui en découlent », le paragraphe 6 du *Bulletin* apporte une nuance

compte, l'entreprise aura sa peine et cela peut la dissuader à se prévaloir du Programme.

Ces obstacles peuvent empêcher les entreprises et les individus à aller de l'avant dans l'auto-dénonciation des activités illégales dans lesquelles elles sont impliquées. D'où l'importance d'adopter au Canada des mécanismes qui ne comportent pas ces faiblesses.

3.2 Pour un renforcement et une extension du traitement alternatif de la criminalité économique

Les Programmes d'immunité et de clémence que nous venons de voir n'existent au Canada qu'en matière d'infractions de cartels criminels⁶⁴. Mais rien n'empêche aux autorités publiques de les généraliser pour qu'ils s'appliquent aux autres formes de criminalité économique. Le législateur pourrait adopter une loi ou une politique semblable à celle du Bureau de la concurrence afin de favoriser la coopération des entreprises dans la répression de la criminalité économique et ainsi encourager la conformité. Mieux, le législateur pourrait s'inspirer de la pratique de certains pays comme les États-Unis et le Royaume-Uni et adopter les mécanismes non judiciaires qui ne comportent pas de faiblesses qu'on remarque actuellement au niveau des programmes d'immunité et de clémence. Ces sont les fameux *Non-Prosecution Agreements* (ententes de non poursuites - NPA) et *Differred Prosecution Agreements* (ententes de poursuites différées - DPA).

selon laquelle les parties doivent être « tenues pour responsables de leurs activités criminelles ».

⁶⁴ *Loi sur la concurrence* (L.R.C. (1985), ch. C-34), articles 45 et 46.

Les *Non-Prosecution Agreements* permettent aux témoins de collaborer, de leur propre chef, avec l'accusation en échange de la promesse de ne pas être poursuivis pour certains faits. Ce faisant, ils renoncent à leurs droits de ne pas contribuer à leur propre incrimination⁶⁵. De leur côté, les *Differred Prosecution Agreements* sont des accords par lesquels une entreprise suspectée d'avoir commis une infraction va faire reporter les poursuites pour un délai déterminé en reconnaissant certains faits et en acceptant de payer une amende. À ce stade, l'entreprise ne plaide pas coupable mais reconnaît juste des faits qui pourraient éventuellement mener à un plaidoyer de culpabilité et elle paie une amende conséquente afin d'éviter les poursuites. L'entreprise va alors s'engager à poser des gestes pour remédier à la situation, par exemple mettre en place de nouveaux systèmes de conformité, changer les pratiques ou les politiques potentiellement illégales. L'entreprise va ensuite nommer un contrôleur (*monitor*) afin de superviser la mise en œuvre de l'accord pour une période déterminée et faire rapport au procureur sur l'efficacité des modifications entreprises et le changement de la culture interne aux entreprises. À la fin de la période du report, si le contrôleur donne une réponse favorable à l'effet que l'entreprise a réussi à se conformer aux exigences, l'accord prend fin sans aucune autre conséquence pour l'entreprise. Si la compagnie ne s'est pas conformée, immédiatement le procureur a le droit de déposer des accusations qui, en fait, sont considérées

⁶⁵ Kenneth S. GALLANT et al. « La lutte contre la criminalité en droit fédéral américain (États-Unis) » dans Maria Luisa CESONI (ED.) *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruxelles, Bruylant, 123, p. 170.

comme ayant été immédiatement suivies d'un plaidoyer de culpabilité.

Ces mécanismes du « donnant-donnant », symbole de la politique de « la carotte et le bâton » sont, de nos jours, très importants dans la lutte contre la criminalité économique. En effet, si l'entreprise est menacée de poursuite sans aucun autre aménagement, elle n'aura aucun intérêt à coopérer. Elle sera plutôt amenée à se battre, même pendant des années⁶⁶. Or, d'un point de vue de politique publique, cette longue bataille judiciaire est préjudiciable pour toutes les parties.

Ces mécanismes permettent aux procureurs d'éviter un procès, de régler vite des affaires et de pouvoir épargner des ressources pour les affecter aux autres besoins. En conséquence, les poursuivants ont des résultats concrets, rapides et à moindre coût : en diminuant la nécessité d'utiliser certaines ressources judiciaires et en évitant les délais onéreux liés à des procès, les procureurs préservent les biens publics. D'autre part, en dehors des frais liés aux procès, il peut y avoir une perte de temps si les poursuivants sont ultimement incapables de prouver hors de tout doute raisonnable la commission de l'infraction et la participation de l'entreprise. De même, le règlement financier qu'ils obtiennent peut

⁶⁶ Il est rapporté que l'entreprise SNC-Lavalin avait elle-même signalé les actes de corruption à la police en espérant un traitement de faveur. Or, après que la police a décidé de déposer des accusations, l'entreprise a engagé de gros moyens pour se défendre. Voir Theresa TEDESCO, SNC-Lavalin board goes into full combat mode after RCMP lays bribery and fraud charges, *Financial Post*, 19 février 2015, en ligne : <http://business.financialpost.com/news/fp-street/snc-lavalin-board-goes-into-full-combat-mode-after-rcmp-lays-bribery-and-fraud-charges>.

être utilisé pour compenser les dommages et/ou modifier les comportements non conformes dans une perspective de réhabilitation. Grâce à des programmes de conformité supervisés que ces mécanismes imposent, les procureurs contribuent indéniablement à l'instauration d'une nouvelle culture de respect de la loi au sein des entreprises⁶⁷.

Pour les entreprises, non seulement elles s'en sortent à moindre coût, mais le risque lié à une atteinte sérieuse à la réputation de l'entreprise est évité. En effet, comme il ne s'agit pas de plaidoyer de culpabilité qui doit nécessairement aboutir à une condamnation, la capacité de l'entreprise à faire ses affaires est préservée⁶⁸. L'entreprise ne perdra pas l'argent dans les procès et continuera à employer ses salariés et à honorer ses engagements envers ses créanciers. Quant aux parties prenantes innocentes, (employés, créanciers, collectivités, etc.), elles ne souffriront pas indûment des conséquences d'une condamnation criminelle. En ce qui concerne l'effectivité, il est attendu qu'un mécanisme qui fait la promotion de la confiance et la coopération au sein des entreprises a plus de chance de donner des résultats satisfaisants comparativement à l'approche traditionnelle basée sur le commandement et le contrôle⁶⁹.

⁶⁷ David M. UHLMANN, « Deferred Prosecution and Non-prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability », (2013) 72 (4) *Maryland L. Rev.* 1295-344.

⁶⁸ Certains gouvernements ou certaines institutions financières disqualifient les entreprises poursuivies ou condamnées pour crimes économiques lors des processus d'offres de marchés publics.

⁶⁹ Tom TYLER et al. « The Ethical Commitment to Compliance – Building Value-Based Cultures » (2008) 50 (2) *California Management Review* 31, p. 42.

À titre d'illustration, prenons le cas récent de l'entreprise SNC-Lavalin qui a été empêchée de soumissionner aux offres de la Banque mondiale relatives à la participation à la construction d'un nouveau barrage sur le fleuve Congo en RD Congo. Comme l'entreprise est sur la liste noire de la Banque mondiale pour implication dans des scandales de corruption par ses anciens directeurs, elle ne pouvait pas participer à ce marché de plusieurs milliards de dollars (plus de 13 milliards)⁷⁰. SNC-Lavalin dont un ancien vice-président a été condamné en Suisse pour corruption et fraude et qui est actuellement poursuivie au Canada pour corruption nationale et internationale, ne peut pas non plus soumissionner aux marchés publics des gouvernements fédéral et provinciaux⁷¹. Si cette situation perdure, l'entreprise pourrait être amenée à cesser ses activités étant donné que ses affaires reposent essentiellement sur l'exécution des marchés publics offerts par les gouvernements ou financés par les institutions internationales. Si tel devait être le cas, les impacts se feraient sentir non seulement au niveau de l'entreprise et ses actionnaires mais aussi sur les employés. Pourtant, après la survenance des scandales et avant même le début des enquêtes, l'entreprise a fourni beaucoup d'efforts pour sanctionner les responsables et corriger les irrégularités. Elle a ainsi mis fin à

⁷⁰ Jean-Thomas LÉVEILLÉ, *Un projet colossal échappe à SNC-Lavalin*, *La Presse*, 17 octobre 2014, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca/economie/quebec/2014/10/17/01-4809995-un-projet-colossal-echappe-a-snc-lavalin.php>.

⁷¹ TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX CANADA, *Le régime d'intégrité du gouvernement du Canada*, en ligne : <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ci-if-fra.html>.

l'emploi de plusieurs cadres supérieurs à l'origine des manquements y compris son président-directeur général. Elle a aussi mis en place plusieurs programmes de conformité et engagé d'éminentes personnalités aux départements nouvellement créés pour promouvoir l'éthique et la conformité⁷². Mais tous ces efforts n'ont pas pu ralentir la progression des poursuites criminelles à l'encontre de cette entreprise.

Compte tenu des conséquences fâcheuses qui peuvent suivre une condamnation criminelle de cette entreprise, il est temps de réfléchir à l'admission des moyens alternatifs de traitement de la criminalité économique au sein des entreprises afin de ne pas menacer leur existence. Toute approche qui incite à la coopération dans la réduction des erreurs humaines est toujours efficace par rapport à une approche qui a pour objectif de punir, dénoncer et imposer des sanctions draconiennes aux fautifs. En exigeant à l'entreprise de payer pour le mal causé et de s'assurer que les moyens en place éviteront qu'il y ait un cas similaire, on imprime le changement de façon durable.

Conclusion : pour une solution contextualisée

Malgré leur importance, les NPA et les DPA sont critiquées. La principale critique est celle qui considère qu'il s'agit d'un achat de la justice par les entreprises⁷³ au

⁷² Theresa TEDESCO, précité, note 66.

⁷³ Paul PEACHEY, *Justice for sale: Big companies could soon escape prosecution for corporate corruption - by paying their way out*, *Independent*, 24 juillet 2015, en ligne : <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/justice-for-sale-big-companies-could-soon-escape-prosecution-for-corporate-corruption-by-paying-10414792.html>.

mépris du principe de l'égalité de tous devant la loi. Il est reproché à ces programmes aussi de limiter le potentiel punitif et dissuasif des autorités d'application de la loi pénale et d'annihiler ainsi la réprobation sociale qui devrait accompagner toute condamnation pénale⁷⁴. Leur multiplication aurait sapé la force de la dissuasion générale et de l'impact de la publicité négative qui résulte de poursuites criminelles, ce qui représenterait une victoire des grandes entreprises qui, pendant des décennies, auraient cherché à affaiblir ou éliminer le régime de responsabilité pénale qui leur est applicable⁷⁵. On estime aussi qu'ils éroderaient les protections les plus élémentaires accordées par le droit pénal en élevant le procureur en juge et jury, portant ainsi atteinte au principe de séparation des pouvoirs⁷⁶. Les NPA et les DPA sont considérés comme conférant un pouvoir disproportionné aux poursuivants allant même au-delà du pouvoir qu'ils ont en matière de plaidoyers de culpabilité⁷⁷. Ces mécanismes alternatifs présenteraient par ailleurs le défaut de ne pas prévoir un contrôle judiciaire de leur mise en œuvre ou de toute violation alléguée, en plus d'imposer aux entreprises poursuivies des

obligations de coopération permanente⁷⁸. Il est aussi rapporté que par le biais de ces accords, on a augmenté la portée de l'application de la loi pénale dans des domaines qui, autrement, seraient soumis uniquement à des actions de conformité administrative ou de litiges privés⁷⁹. De même, une crainte est exprimée à l'effet que ces accords risquent d'être utilisés sans limite même lorsque les délits sont graves au lieu de s'appliquer uniquement aux cas d'infractions mineures⁸⁰. Il est aussi dit que les NPA et les DPA peuvent créer des possibilités de conflits d'intérêts dans la mesure où les contrats de surveillance sont souvent attribués par les entreprises à des anciens procureurs pour des montants exorbitants⁸¹. Par ailleurs, les pénalités liées aux NPA et aux DPA peuvent souvent être plus grandes et déraisonnables que celles qui découlent

⁷⁴ David M. UHLMANN, note 67, 1302.

⁷⁵ Russell MOKHIBER, « Speech Delivered at the National Press Club: Crime without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements, Corporate Crime Reporter », 28 décembre 2005, en ligne : <http://www.corporatecrimereporter.com/deferredreport.htm>.

⁷⁶ Richard A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, *Wall Street Journal*, 28 novembre 2006, <http://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160>.

⁷⁷ Voir des exemples dans *The Changing Role of the Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, p. 62-63.

⁷⁸ Brandon L. GARRETT, « Structural Reform Prosecution », (2007) 93 *Virginia Law Review* 853, 857.

⁷⁹ Cindy R. ALEXANDER & Mark A. COHEN, « The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements » (2015) 32 *American Criminal Law Review* 537, p. 540.

⁸⁰ David M. UHLMANN, précité, note 67, p. 1306. L'auteur donne l'exemple d'affaire Massey (Massey Energy's Upper Big Branch mine (West Virginia) en 2010. L'entreprise avait un très mauvais historique concernant la sécurité et la protection de l'environnement, après la tragédie qui a fait 29 morts, le MSHA (Mine Safety and Health Administration) a identifié plus de 300 violations à la *Mine Safety and Health Act* dont 9 ont été directement reliées à l'explosion. Plutôt que d'inculper l'entreprise, le DOJ a annoncé la signature d'un NPA avec le nouveau propriétaire et n'a pas retenu de charge criminelle contre l'entreprise, David M. Uhlmann, précité, note 67, p. 1296 à 1300.

⁸¹ Mais depuis 2008, le DOJ doit approuver ces contrats de surveillance.

d'une condamnation traditionnelle⁸². Il y aurait aussi un problème de discrimination car ces ententes sont surtout disponibles pour de grosses compagnies locales et non pour les entreprises étrangères ou celles qui sont de petite ou moyenne taille⁸³.

Mais ces critiques sont-elles suffisantes pour écarter l'adoption des NPA ou des DPA au Canada? Nous pensons que non. En effet, il est possible d'adopter une version canadienne de ces mécanismes tout en évitant les faiblesses répertoriées. Pour ceux qui tiennent aux principes traditionnels de droit pénal, il importe de rappeler que depuis plusieurs années, ces principes sont souvent sacrifiés pour des raisons d'efficacité. C'est ainsi qu'il existe au Canada le programme de traitement non judiciaire de certaines infractions criminelles commises par des adultes⁸⁴. Le Service fédéral canadien des poursuites pénales prévoit aussi des ententes d'immunité suivant lesquelles « le ministère public s'engage à s'abstenir

de poursuivre un délateur pour un ou plusieurs crimes, ou à mettre fin à des poursuites en échange d'un témoignage, de renseignements utiles ou d'une autre forme d'aide ou de collaboration⁸⁵. Les Programmes d'immunité et de clémence que nous avons évoqués précédemment en ce qui concerne les infractions en matière de concurrence contreviennent aussi au principe de l'égalité de tous devant la loi mais sont très bien implantés au Canada. En France, le *Code de procédure pénale* consacre la déjudiciarisation des infractions en offrant la possibilité de mettre en branle les modalités alternatives⁸⁶. Selon l'article 41-1, plutôt qu'engager des poursuites, le procureur de la République peut, rappeler au respect de la loi, demander de régulariser la situation, de réparer le dommage ou d'entrer dans un processus de médiation s'il apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits. Ce n'est que lorsque l'auteur des actes illégaux refuse d'exécuter ses obligations que le procureur pourra engager des poursuites. Il s'agit ici des mécanismes proches des DPA américains qu'une partie de la doctrine française considère comme une forme de « contractualisation de la justice pénale »⁸⁷.

Il est par ailleurs recommandé de prévoir la nomination des autorités civiles spécialisées dans la supervision de la conformité en entreprise à la place des

⁸² À titre d'exemple, le DPA négocié avec Bristol-Myers Squibb concernant une violation des Securities Law incluait l'obligation de dépenser 5 millions \$ pour créer une chaire de recherche en éthique des affaires à Seton Hall Law School – l'Université où le procureur en charge du dossier avait fait ses études. Voir Jennifer ARLEN, précité, note 2, p. 67. Pour sa part, le DPA négocié avec Wal-Mart concernant la bousculade mortelle ayant eu lieu dans ses magasins à la fin de l'année 2008, incluait non seulement des compensations pour les victimes mais aussi des bourses importantes aux montants de 1.5 millions \$ (au Nassau County's Youth Board) et de 300 000 \$ (au United Way's Youth Build Program). Voir Richard A EPSTEIN, « Deferred Prosecution Agreement on Trial - Lesson from the Law of Unconstitutional Conditions », p. 41.

⁸³ David M. UHLMANN, précité, note 67, p. 1327.

⁸⁴ JUSTICE QUEBEC, *Programme de traitement non judiciaire de certaines infractions criminelles commises par des adultes*, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/non-judic.htm>.

⁸⁵ SERVICE DES POURSUITES PENALES DU CANADA, *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, en ligne : http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/p3/ch03.html#section_2.

⁸⁶ Article 40-1 *Code de procédure pénale* français.

⁸⁷ Pierre BELIVEAU et Jean PRADEL, précité, note 28, p. 480.

procureurs. Ce rôle peut bien être joué par des agents de l'Autorité des marchés financiers. Selon Arlen ⁸⁸, une nomination de ces autorités serait plutôt efficiente économiquement parlant. Ces autorités seraient mieux en position de concevoir des programmes de conformité car elles ont généralement une meilleure compréhension des industries réglementées et ont des mécanismes pour évaluer et permettre que ces programmes soient en harmonie avec leur propre réglementation. Par ailleurs, compte tenu du contexte constitutionnel canadien, une collaboration entre les procureurs provinciaux et fédéraux sera nécessaire afin que l'entente entérinée puisse différer toutes les poursuites lorsque les actes répréhensibles reprochés sont interdits par des lois relevant de ces deux paliers de gouvernement. À l'instar de ce que vient de faire les États-Unis, il pourrait aussi être beaucoup plus acceptable pour l'opinion d'offrir la possibilité de se prévaloir de ces mécanismes uniquement aux entreprises qui dénoncent volontairement leur implication dans la criminalité. Enfin, il importe que si le Canada opte pour les DPA, on prévoie que le juge les entérine ultimement afin de procurer une surveillance additionnelle et une transparence nécessaire pour que le public garde la confiance dans l'administration de la justice ⁸⁹. Comme le soutient Uhlmann, l'implication d'un arbitre neutre, dans un processus public, permettrait d'assurer que les ententes soient équitables et emportent une responsabilité pour les entreprises ⁹⁰.

⁸⁸ Jennifer ARLEN, précité, note 2.

⁸⁹ Jamens M. ANDERSON & Ivan WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, Rand Corporation, California, 2014, p. 102.

⁹⁰ David M. UHLMANN, précité, note 74, p. 1329.

Investir dans un autre futur : un ambitieux discours sur l'État de l'Union

*Ivan Tchotourian** et
*Jean-Christophe Bernier***

Table des matières

Résumé

1. Un testament pour l'avenir
2. Les entreprises et leur gouvernance au service d'une économie différente
3. Les enjeux environnementaux au prisme du changement climatique
4. Croire et œuvrer au changement

Résumé

Au début de l'année, le Président américain Barak Obama a prononcé son discours sur l'État de l'Union, moment fort de la vie politique en nord-Amérique. Si ce dernier y a abordé de nombreuses questions, nous nous intéressons dans le cadre de cet article à deux thématiques qui font l'objet d'une grande actualité : la gouvernance d'entreprise et l'environnement.

L'objectif est de présenter les grands axes qui se dégagent du discours en les mettant en perspective avec la plus récente actualité juridique.

* Professeur adjoint et codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ), Faculté de droit, Université Laval.

** Avocat inscrit au Barreau de Québec et étudiant à la maîtrise de droit des affaires, Faculté de droit, Université Laval.

1. Un testament pour l'avenir

« *We have a moral obligation to leave our children a planet that's not polluted or damaged* »¹.

À l'instar de ce qu'illustre son Président, les États-Unis s'intéressent de manière grandissante aux préoccupations non financières et de long terme aussi bien en matière de gouvernance d'entreprise², que dans le domaine de la finance³.

¹ THE WHITE HOUSE – OFFICE OF THE PRESS SECRETARY, *President Obama to Announce Historic Carbon Pollution Standards for Power Plants*, August 3rd 2015, en ligne : <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/08/03/fact-sheet-president-obama-announce-historic-carbon-pollution-standards>> (site consulté le 25 avril 2015).

² Voir récemment: THE CONFERENCE BOARD, *Is Short-Term Behavior Jeopardizing the Future Prosperity of Business?*, CEO Strategic Implications, New-York, 2015. En 2010, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) a offert aux entreprises un outil pour appréhender les exigences qui pèsent sur elles en matière de divulgation concernant le changement climatique (SEC, *Commission Guidance Regarding Disclosure Related to Climate Change*, 17 CFR PARTS 211, 231 and 241, Release Nos. 33-9106 and 34-61469, February 8th 2010). Rappelons également que le droit des sociétés de plusieurs états américains a consacré des entreprises qui se sont vues doter d'une mission d'intérêt général en parallèle de leur but lucratif (*Benefit corporation*, *Flexible purpose corporation*). Voir : Ivan TCHOTOURIAN, « *Benefit Corporation et Delaware : de nouvelles perspectives pour la RSE ?* », (2013) 11 *Bulletin Joly Sociétés* 767.

³ Le *Forum for Sustainable and Responsible Investment* a indiqué que l'investissement socialement responsable a crû de 929 % entre 1995 et 2014, ce qui représente une augmentation de 13,1 % par an. Dans le même sens, le rapport 2014 de cette organisation mentionne que : « *US sustainable, responsible and impact investing (SRI) has grown substantially over the past two years. The total US-domiciled assets under management using SRI strategies expanded from \$3.74 trillion at the start of 2012 to \$6.57 trillion at the start of 2014, an increase of 76 percent. These assets now account for more than one out of every six dollars under professional management in the United States* » (US SIF FOUNDATION, *Report on US Sustainable, Responsible*

Depuis 2013, le Président américain fait également de la question climatique une priorité absolue de son second mandat. Sa promesse à l'issue de la COP21 qui s'est tenue à Paris à l'automne 2015 que les États-Unis réduiront d'ici 10 ans leurs émissions de 26 à 28 % par rapport à la situation de 2005 est un signe fort. Au plan réglementaire, le *Clean Power Plan* présenté en août 2015 par Barack Obama atteste de cette volonté politique⁴. Au mois de janvier, le président américain a été invité par le Congrès (la Chambre des représentants et le Sénat) à lui adresser, ainsi qu'au reste de la nation, un discours portant sur son programme pour l'année en cours.

C'est ainsi que le 12 janvier dernier, le président Obama a prononcé pour la dernière fois ce discours sur l'État de l'Union à ses compatriotes⁵. Deux sujets retiennent notre attention : la

and Impact Investing Trends, Rapport, 10^e édition, 2014, en ligne : <http://www.ussif.org/Files/Publications/SIF_Trends_14.F.ES.pdf> (site consulté le 25 avril 2015)). Récemment, le président d'un des plus grands gestionnaires d'actifs du monde (*BlackRock*) a demandé, dans une lettre publiée au *New York Times*, que la création de valeur à long terme soit encouragée par les autorités publiques, les conseils d'administration et les investisseurs (Laurence D. FINK, « *Laurence D. Fink's 2016 Corporate Governance Letter* », (February 2nd 2016) *The New York Times*, en ligne : <http://www.nytimes.com/interactive/2016/02/02/business/dealbook/document-larry-finks-2016-corporate-governance-letter.html?_r=1> (site consulté le 25 avril 2015)).

⁴ Ce plan prévoit que les émissions de CO2 des centrales à charbon du pays seront réduites de 32 % d'ici à 2030 par rapport à leur niveau de 2005.

⁵ Pour accéder à ce discours : CABLE NEWS NETWORK - POLITICS, en ligne : <<http://edition.cnn.com/2016/01/12/politics/state-of-the-union-2016-transcript-full-text/index.html>> (site consulté le 25 avril 2015).

gouvernance d'entreprise et l'environnement.

2. Les entreprises et leur gouvernance au service d'une économie différente

Tout au long de son discours, le Président Obama n'a pas hésité à rappeler que de vrais défis attendent le prochain président et que celui-ci ne doit pas les négliger. L'économie américaine doit continuer à avancer. Elle doit ainsi s'assurer que l'avenir de cette économie réside dans une chance équitable pour tous de bénéficier d'opportunités et de sécurité. Si l'économie est en profond changement depuis plusieurs décennies, notamment quant à la délocalisation des entreprises et la compétition sur les marchés internationaux, les travailleurs et les petits investisseurs ne devraient pas être les seuls à en subir les aléas⁶. Une responsabilisation des entreprises est de mise afin que ces dernières se montrent plus loyales vis-à-vis des communautés dans lesquelles elles œuvrent. Toutes devraient bénéficier d'une croissance économique, plutôt que seulement celles de grande taille. La négligence de certains acteurs du marché amène une situation difficile pour les familles tentant de se sortir de la pauvreté, pour les jeunes entrepreneurs tentant de percer le milieu et pour les travailleurs tentant de planifier sans crainte une retraite pleinement méritée. Bien que cette situation ne soit

⁶ Dans son discours, le Président Obama a souligné que la gestion des retraites des travailleurs américains devait être une priorité dans un contexte de contestation d'un projet de loi visant à responsabiliser les courtiers et les conseillers financiers (Yuka HAYASHI, « Obama Emphasizes Need to Protect Workers' Retirement Savings », (January 13th 2016) *The Wall Street Journal*, en ligne: <<http://blogs.wsj.com/washwire/2016/01/12/obama-emphasizes-need-to-protect-workers-retirement-savings/>> (site consulté le 25 avril 2015)).

pas propre aux États-Unis, le Président a rappelé qu'elle s'attaquait au noyau même de l'économie américaine : une même chance pour tous. Pour contrer une telle situation, il a soutenu en parallèle que de profonds changements doivent être apportés à l'encadrement des systèmes financiers pour que ceux-ci ne bénéficient plus exclusivement aux plus importantes et aux plus riches entreprises.

Selon le Président Obama, un secteur privé florissant demeure la base d'une économie solide, mais de grands changements doivent être apportés à son encadrement. En effet, ce ne sont pas les utilisateurs de timbres alimentaires qui ont causé la crise, mais bien l'imprudence des acteurs de *Wall Street*. Ainsi après des années d'accumulation de profits⁷, il est grand temps que les banques, les entreprises pétrolières et les fonds de placement partagent leurs bénéfices avec les travailleurs et leur famille. Dans ce cadre, les conseils d'administration devraient cesser d'espérer le profit pour chaque trimestre, mais plutôt se dévouer à leurs fonctions : obtenir des bénéfices à long terme pour tous. Dans cette nouvelle approche de l'économie américaine, les petits investisseurs et les salariés⁸ doivent avoir voix au chapitre : « *The rules*

⁷ Le montant des dividendes versés par les entreprises de l'indice américain S & P500 a atteint en 2015 un sommet qu'il n'avait plus atteint depuis 2009.

⁸ Voir not. : Aditi BAGCHI, *Who Should Talk? What Counts as Employee Voice and Who Stands to Gain*, *Faculty Scholarship Paper* 381, University of Pennsylvania Law School, Philadelphia (PA), 2011, en ligne: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/381> (site consulté le 25 avril 2015); Kenneth G. DAU-SCHMIDT, « Promoting Employee Voice in the American Economy: A Call for Comprehensive Reform », (2011) 94-3 *Marquette Law Review* 766; Kent GREENFIELD, « The Place of Workers in Corporate Law », (1998) 89 *Boston College Law Review* 283.

should work for them. And this year I plan to lift up the many businesses who've figured out that doing right by their workers ends up being good for their shareholders, their customers, and their communities, so that we can spread those best practices across America ».

3. Les enjeux environnementaux au prisme du changement climatique

Le Président américain a soutenu que le changement dans le domaine environnemental serait le fruit d'une même énergie et d'un dévouement semblable à la résolution des problématiques économiques : *« Look, if anybody still wants to dispute the science around climate change, have at it. You'll be pretty lonely, because you'll be debating our military, most of America's business leaders, the majority of the American people, almost the entire scientific community, and 200 nations around the world who agree it's a problem and intend to solve it ».* La situation n'étant plus au stade des constatations, des engagements doivent être pris. Un aspect important de ce changement serait de développer des sources d'énergies propres.

Ralliant l'enjeu environnemental à l'enjeu économique, le Président Obama s'est demandé comment les États-Unis pourraient ne pas devenir le chef de file dans le développement et la commercialisation de ces prochaines sources d'énergies propres : *« But even if the planet wasn't at stake; even if 2014 wasn't the warmest year on record – until 2015 turned out even hotter – why would we want to pass up the chance for American businesses to produce and sell the energy of the future? ».* Le changement doit se traduire par l'abandon des autres sources d'énergie qui se veulent plus

polluantes. En parallèle, le Président Barack Obama a souligné qu'il serait temps de faire assumer à l'industrie du pétrole et à celle du charbon les coûts qu'elles imposent aujourd'hui aux Américains.

4. Croire et œuvrer au changement

Bien que les États-Unis soient sujets à une éreintante campagne électorale, un tel discours représente un événement très particulier, non seulement pour l'Amérique de demain, mais également pour le monde des affaires de demain. Le prochain président devra soutenir, avec le même effort, l'arrivée des États-Unis dans le 21^e siècle. Le Président américain a mentionné qu'il ne s'agissait plus de subventionner le passé, mais bien d'investir dans l'avenir.

Cet avenir s'écrit dorénavant en conjuguant entreprise, long terme, responsabilité sociétale et prise en compte des parties prenantes⁹. À l'image

⁹ Dans sa comparaison des principes et lignes directrices en matière de gouvernance d'entreprise aux États-Unis, le cabinet Weil, Gotshal & Manges LLP relève que dorénavant : *« (...) the board must understand the diverse interests of stakeholders and investors, and consider competing demands and pressures as necessary and appropriate while ensuring that the corporation is positioned to create the long-term value that all shareholders have an interest in as a unified body »* (Holly J. GREGORY et Rebecca C. GRAPSAS, « Comparison of Corporate Governance Principles & Guidelines : United States », Weil, Gotshal & Manges LLP, New York, January 2012, en ligne : http://corpgov.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2012/02/Weil_Comparison-of-Corp-Gov-Practices.pdf (site consulté le 25 avril 2015), p. 3). En droite ligne, dans un rapport publié en 2009, l'American Bar Association a relevé que : *« Boards should take seriously their responsibility to act in the long-term best interests of the corporation »* (BUSINESS LAW CORPORATE GOVERNANCE COMMITTEE, *Report of The Task Force on*

de ce discours, beaucoup de pays devraient être plus ambitieux¹⁰ au travers de politiques innovantes ouvertes à l'environnement et au sociétal, et ce, intégrées de manière transversale dans tous les secteurs de la vie économique.

Delineation of Governance Roles & Responsibilities, Task Force Report, American Bar Association, Chicago (IL), August 1st 2009, en ligne: <<http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL260000pub/materials/20090801/delineation-final.pdf>> (site consulté le 25 avril 2015), p. 25).

¹⁰ La France démontre sur ce point une certaine audace comme l'illustre l'adoption par l'Assemblée nationale le 26 mai 2015 de l'article 48 de la [Loi de programmation pour la transition énergétique relative à la transition énergétique pour la croissance verte](#) qui oblige les investisseurs institutionnels en général (dont les gestionnaires de portefeuille) à intégrer dans leur rapport annuel une évaluation de la contribution de leurs portefeuilles d'investissement au financement de la transition énergétique et de l'économie verte dans la perspective de contribuer à la limitation du réchauffement climatique à +2°C. L'Inde est également à signaler. Depuis la réforme de son droit des sociétés qui a eu lieu en 2013, l'article 135 prévoit que toute société ayant un actif net supérieur à 5 milliards de roupies, un chiffre d'affaires de plus de 10 milliards de roupies ou un profit de plus de 50 millions de roupies établisse un conseil responsabilité sociale des entreprises (« RSE ») au sein du comité de direction. Or, ce conseil se voit doté d'une mission particulière : affecter 2 % de la moyenne des profits de l'entreprise réalisés sur les trois dernières années à des activités de RSE (éradication de la faim et de la pauvreté, promotion de l'éducation, promotion de l'égalité des genres et autonomisation des femmes, réduction de la mortalité infantile et amélioration de la santé des mères, lutte contre les grandes épidémies, protection de l'environnement...).