

Les obligations de la banque au regard des sommes déposées dans un compte en fidéicommiss

Marc Lacoursière

Volume 46, numéro hors-série, 2016

La protection juridique des personnes âgées contre l'exploitation financière

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036168ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036168ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lacoursière, M. (2016). Les obligations de la banque au regard des sommes déposées dans un compte en fidéicommiss. *Revue générale de droit*, 46, 463–529. <https://doi.org/10.7202/1036168ar>

Résumé de l'article

Le compte bancaire est l'outil privilégié pour effectuer la plupart des opérations financières, puisque les ordres de paiement doivent y transiter. En certaines circonstances, le bénéficiaire d'une transaction mandate une tierce personne, appelée fidéicommissaire ou fiduciaire, pour agir en son nom. Tel est le cas lorsqu'une personne âgée mandate un courtier en placement pour effectuer des transactions ou lorsqu'un client verse des avances à un avocat ou à un notaire. La relation juridique devient alors triangulaire et comprend les intervenants suivants : la banque (détentrice du compte), le mandataire (fidéicommissaire ou fiduciaire, selon le cas) et le bénéficiaire. Comme l'a illustré la célèbre affaire Earl Jones, il peut arriver que le mandataire agisse dans son intérêt personnel au détriment des intérêts du bénéficiaire. Puisque le recours d'un bénéficiaire à l'encontre de ce mandataire fautif peut s'avérer infructueux (insolvabilité ou faillite), la banque devient alors la cible de choix du bénéficiaire lésé. Cette présentation aura pour but d'analyser les droits et les obligations de la banque en de telles circonstances. En nous inspirant de l'obligation de signalement des transactions contrevenant aux lois canadiennes sur le blanchiment de capitaux, nous suggérons d'entamer une réflexion sur l'imposition d'une obligation similaire aux institutions financières dans le cadre des transactions préjudiciables effectuées par un mandataire, lorsque les victimes sont des personnes âgées.

Les obligations de la banque au regard des sommes déposées dans un compte en fidéicommiss*

MARC LACOURSIÈRE**

RÉSUMÉ

Le compte bancaire est l'outil privilégié pour effectuer la plupart des opérations financières, puisque les ordres de paiement doivent y transiter. En certaines circonstances, le bénéficiaire d'une transaction mandate une tierce personne, appelée fidéicommissaire ou fiduciaire, pour agir en son nom. Tel est le cas lorsqu'une personne âgée mandate un courtier en placement pour effectuer des transactions ou lorsqu'un client verse des avances à un avocat ou à un notaire. La relation juridique devient alors triangulaire et comprend les intervenants suivants : la banque (détentrices du compte), le mandataire (fidéicommissaire ou fiduciaire, selon le cas) et le bénéficiaire. Comme l'a illustré la célèbre affaire Earl Jones, il peut arriver que le mandataire agisse dans son intérêt personnel au détriment des intérêts du bénéficiaire. Puisque le recours d'un bénéficiaire à l'encontre de ce mandataire fautif peut s'avérer infructueux (insolvabilité ou faillite), la banque devient alors la cible de choix du bénéficiaire lésé. Cette présentation aura pour but d'analyser les droits et les obligations de la banque en de telles circonstances. En nous inspirant de l'obligation de signalement des transactions contrevenant aux lois canadiennes sur le blanchiment de capitaux, nous suggérons d'entamer une réflexion sur l'imposition d'une obligation similaire aux institutions financières dans le cadre des transactions préjudiciables effectuées par un mandataire, lorsque les victimes sont des personnes âgées.

MOTS-CLÉS :

Banque, compte en fidéicommiss, fraude, responsabilité, aîné/personne âgée.

* Ce texte s'inscrit dans un projet de recherche portant sur l'exploitation financière des personnes âgées, sous la direction de la professeure Raymonde Crête (Université Laval) et financé par l'Autorité des marchés financiers (AMF). L'auteur désire remercier l'AMF pour son soutien financier. Il exprime également sa gratitude envers les professeures Raymonde Crête et Michelle Cumyn pour leurs judicieux commentaires. Sous réserve d'une indication contraire quant à la date d'accès, la consultation des sites Web cités dans le présent article est à jour au 1^{er} septembre 2015.

** Professeur titulaire à la Faculté de droit, Université Laval, Québec (Canada), membre du Centre d'études en droit économique (CÉDE) et avocat.

ABSTRACT

Bank accounts are the main tool used for financial transactions, since payment orders must transfer through them. In some circumstances, the beneficiary of a transaction will ask a third party, called a trustee, to be in charge of the administration of his/her property. This may be the case when an elderly person does business with an investment broker, or advances monies to a lawyer or a notary. The legal relationship then becomes triangular and includes: the bank (where the account is held), the mandatary (trustee) and the beneficiary. As shown by the notorious Earl Jones case, a mandatary may act in his/her own interest and contrary to his/her client's interest. Since the recourse of the beneficiary in such a case may be fruitless (insolvency or bankruptcy), the bank then becomes the preferred target of a beneficiary who has suffered a loss. This paper analyses the rights and obligations of the bank in such circumstances. Based on the duty under Canadian law to report suspicious transactions relating to money laundering, we examine the possibility of imposing a similar duty on financial institutions when a trustee performs improper transactions that result in a loss to an elderly person.

KEY-WORDS:

Bank, trust account, fraud, responsibility/liability, senior/elderly person.

SOMMAIRE

Introduction.....	465
I. Les caractéristiques du compte en fidéicommis	467
A. Les concepts de comptes en fidéicommis et en fiducie	468
B. Le compte en fidéicommis.....	474
1. La qualification du compte bancaire.....	474
2. Le cycle de vie du compte	479
a. L'ouverture du compte	479
b. Les opérations au compte.....	483
c. La saisie du compte.....	484
d. La clôture du compte	488
3. L'indépendance des comptes	490
II. La responsabilité des institutions financières	492
A. L'obligation fiduciaire et l'obligation de loyauté	492
1. Le droit anglo-saxon.....	493
2. La transposition des principes anglo-saxons en droit civil québécois	497
B. La gestion des sommes détenues en fidéicommis	499
1. Le principe de non-ingérence.....	499

2.	Les opérations bancaires suspectes ou irrégulières.	503
a.	Le détournement de fonds dans le compte en fidéicommis	503
b.	Les normes concernant le blanchiment d'argent	516
C.	Quelques pistes de réflexion sur le rôle des institutions financières dans la lutte contre l'exploitation financière des personnes âgées.	519
Conclusion		528



INTRODUCTION

Les opérations financières entre un créancier et un débiteur transitent habituellement par un compte bancaire. Le compte courant est certes le plus connu et le plus utilisé pour les opérations quotidiennes, comme le dépôt et le retrait d'argent (au comptoir, par guichet automatisé, par chèque, par paiement préautorisé ou par Internet). Le compte conjoint est une variante populaire de ce compte. Dans ces cas, la relation juridique est alors bilatérale : le client et son banquier. Le créancier, ou bénéficiaire, peut également mandater une tierce personne pour administrer ses biens, et la situation se présente alors comme suit. Le client de la banque détient un compte courant et donne accès à celui-ci à un mandataire, habituellement en lui fournissant sa carte bancaire et son numéro d'identification personnel. Ou encore, le client peut ouvrir un compte conjoint avec le mandataire pour que celui-ci administre ses affaires. Dans ces deux cas, le mandataire peut être un proche du client, celui-ci pouvant être une personne âgée qui se trouve dans une situation de vulnérabilité. Enfin, il peut arriver que le mandataire ouvre un compte en fidéicommis. Certains professionnels et commerçants doivent d'ailleurs détenir un compte en fidéicommis pour administrer les fonds de leurs clients. À titre d'illustration, ceci est le cas lorsqu'une personne âgée mandate un courtier en placement pour effectuer des transactions ou lorsqu'un client verse des avances à un avocat ou à un notaire. Le cas échéant, la relation juridique est triangulaire et comprend les intervenants suivants : la banque (détentrices du compte), le mandataire (fidéicommissaire ou fiduciaire, selon le cas) et le bénéficiaire.

Au demeurant, il arrive parfois que le mandataire pose des actes dans son propre intérêt et au détriment des intérêts du bénéficiaire.

Cette question est particulièrement délicate lorsque le bénéficiaire est une personne âgée qui se trouve dans une situation de vulnérabilité. Un nombre trop important de situations témoigne de ces cas d'abus de confiance et de détournement de fonds à l'endroit des gens du troisième âge. L'histoire du courtier Earl Jones illustre bien ces cas d'exploitation financière. Jones a escroqué un grand nombre de victimes, dont plusieurs personnes âgées, pour un montant d'environ 50 millions de dollars au moyen d'un système de fraude de Ponzi. Le litige a été réglé à l'amiable pour une somme de 17 millions de dollars¹. En l'espèce, l'utilisation par Jones d'un compte en fidéicommiss à des fins personnelles était au cœur du stratagème. Cette fraude s'inscrit dans l'éventail de déviances financières qui concernent les personnes âgées. Les résultats d'études menées par des membres du Groupe de recherche en droit des services financiers (GRDSF) mettent en relief les diverses manifestations des comportements envers les aînés dans le présent numéro thématique spécial de la *Revue générale de droit*².

Dans ces circonstances, le premier réflexe sera d'exercer un recours contre le mandataire. Si ce dernier n'est pas assuré ou si le montant de l'assurance est insuffisant pour couvrir le préjudice, ou si le mandataire est insolvable ou en faillite, le bénéficiaire devra considérer l'opportunité de se tourner vers la banque. Dans le cas d'un compte en fidéicommiss (*trust account*), l'obligation de base de la banque, tant en common law qu'en droit civil, est de respecter son devoir de non-immixtion, c'est-à-dire de ne pas s'immiscer dans les affaires du client. Néanmoins, au cours des dernières décennies, la jurisprudence a imposé aux banques une obligation de prudence et de diligence dans les cas où elles soupçonnent, ou devrait soupçonner, des activités inhabituelles dans le compte. Cette approche de common law, basée sur la théorie de la fiducie par interprétation (*constructive trust*), a été importée en droit civil québécois en la fondant sur la responsabilité civile extracontractuelle, bien que ce type de fiducie anglo-saxonne ne soit pas reconnu dans notre droit. Ce fondement repose sur le fait que, dans une telle relation triangulaire, la banque n'a aucune relation

1. Ann Sutherland, « Earl Jones Victims Settle for \$ 17 million from Royal Bank of Canada », *The Montreal Gazette* (3 mai 2012), en ligne : <www.montrealgazette.com/news/earl-jones/Royal+Bank+Jones+Victims+Settle+million/6257181/story.html>.

2. Voir, en lien avec notre texte, Raymonde Crête et Marie-Hélène Dufour, « L'exploitation financière des personnes aînées : une mise en contexte » (2016) 46 hors série RGD 13; Marie-Josée Normand-Heisler, « L'encadrement des procurations accordées par les personnes aînées au Québec : une appréciation critique » (2016) 46 hors série RGD 341.

contractuelle avec le bénéficiaire, mais seulement avec le mandataire. Dans le cas d'un compte courant ou d'un compte conjoint, la banque a également un devoir de non-ingérence et elle devra demeurer vigilante au regard des opérations douteuses. La relation demeure alors contractuelle entre la banque et son client.

Ce texte analyse les droits et les obligations de la banque en de telles circonstances. L'attention est focalisée principalement sur le compte en fidéicommis, car le recours du bénéficiaire lésé est plus ardu en ce cas. Cependant, nous évoquons également la situation où un bénéficiaire mandate un administrateur pour gérer ses fonds détenus dans son propre compte courant et que cet administrateur abuse de son mandat, car, en ce cas, les principes bancaires sont généralement similaires à ceux relatifs au compte en fidéicommis.

Dans un premier temps, il convient de présenter le compte en fidéicommis, en le distinguant du compte en fiducie, et de survoler le cycle de vie d'un tel compte, comprenant l'ouverture du compte, les opérations, la saisie et la fermeture. Dans un second temps, seront d'abord analysés le principe de non-ingérence et l'obligation de prudence et de diligence dans la surveillance des opérations douteuses. Ensuite, il y aura lieu de présenter une exception de taille à cette obligation prétorienne, soit l'obligation légale de la banque de divulguer les opérations suspectes qui contreviennent aux lois canadiennes sur le blanchiment de capitaux. Enfin, en nous inspirant de l'obligation de signalement des transactions contrevenant à ces lois, nous suggérons qu'une réflexion doit être entreprise sur la nécessité d'imposer une telle obligation légale aux institutions financières dans le cadre des transactions préjudiciables à une personne jugée vulnérable. Dans cette optique, nous considérons que cette obligation doit s'appliquer à une personne aînée qui se trouve dans une situation de vulnérabilité³.

I. LES CARACTÉRISTIQUES DU COMPTE EN FIDÉICOMMIS

Les opérations bancaires peuvent être effectuées au comptoir, tel l'encaissement d'un chèque ou, comme cela est fréquemment le cas, au moyen d'un dépôt dans un compte bancaire. Parmi les types

3. Crête et Dufour, *supra* note 2.

de comptes, le compte courant est certes essentiel de nos jours, car il permet au client de déposer son salaire et de payer ses factures, que ce soit par chèque, par paiement préautorisé ou par Internet. Une étude du compte en fidéicommiss nécessite donc d'analyser au préalable les notions de compte en fidéicommiss et de compte en fiducie (A), avant d'en saisir le fonctionnement et les caractéristiques (B).

A. Les concepts de comptes en fidéicommiss et en fiducie

Vu les origines en droit de tradition anglaise des concepts de *trust* (fidéicommiss et fiducie) et de comptes *in trust*, leur transposition en droit civil québécois entraîne une confusion lorsqu'il est question de comptes en fidéicommiss et en fiducie, malgré l'idée commune selon laquelle ces comptes sont utilisés pour administrer l'argent d'autrui⁴. Notons que le législateur, de même que les tribunaux et les auteurs, traitent parfois indifféremment de compte en fidéicommiss et de compte en fiducie. Bien que ces comptes puissent s'apparenter au compte courant⁵, il convient de distinguer ces deux types de comptes afin d'éviter toute ambiguïté.

Contrairement au *Code civil du Bas Canada*, qui restreignait la portée de la fiducie⁶, l'article 1260 du *Code civil du Québec* prévoit, d'une manière générale, la possibilité qu'un constituant transfère son patrimoine à un autre patrimoine. Dans cette forme de patrimoine d'affectation, le constituant transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue des biens affectés à une fin particulière et qu'un fiduciaire détient et administre. Pour la gestion des fonds, celui-ci a toute-fois une liberté qui varie selon l'étendue du mandat qui lui est accordé. Par ailleurs, l'emploi de l'expression « en fiducie », de même que celle d'« en fidéicommiss » pour désigner un compte de banque, n'a pas pour

4. MH Ogilvie, *Bank and Customer Law in Canada*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2013 aux pp 255–56 [Ogilvie, *Bank and Customer Law*]. Nous discutons plus loin du concept de *trust* et de celui de rapport fiduciaire, lequel lui est intimement lié : *infra* section II.A.

5. *Infra* notes 51–59 et le texte correspondant.

6. Jacques Deslauriers, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 aux para 1035–36 à la p 314; Québec, Assemblée nationale, Commission des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 5 – Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques » dans *Journal des débats de la Commission des institutions*, vol 36, n° 2 (5 octobre 1999). Il s'agissait en l'occurrence du legs aux fins de bienfaisance (art 869 CcBC) ou comme portant une substitution (art 964 CcBC) ou une fiducie par donation ou testament (art 981a CcBC).

effet de créer une fiducie⁷. Également, l'expression *in trust* ne confère aucune signification juridique en droit québécois⁸.

À l'origine, le fidéicommis était synonyme de substitution fidéicommissaire et désignait « une institution propre au droit des libéralités »⁹. Selon un auteur, le terme fidéicommis « est un concept juridique à géométrie variable qui ne prend son sens que par la recherche de l'intention véritable des parties ou par les régimes particuliers déterminés formellement par le législateur à l'endroit d'une profession ou d'une activité réglementée »¹⁰. D'une manière générale, le terme signifie une personne morale (société de fidéicommis), une sûreté (acte de fidéicommis) ou un outil de gestion (compte en fidéicommis)¹¹.

Le terme fidéicommis et, notamment, le concept de compte en fidéicommis, portent parfois à confusion auprès des autorités juridiques, que ce soit les juges¹², les auteurs¹³ et même le législateur. Cependant, il faut convenir que le compte en fidéicommis est associé à un compte dont l'utilisation est imposée par le législateur. Concrètement, il s'agit soit d'un compte employé par les membres d'un ordre professionnel¹⁴, comme celui des avocats¹⁵ ou des notaires¹⁶, ou par les intermédiaires financiers, ou un compte utilisé par des entreprises commerciales dans certaines circonstances.

7. *Laporte c Lauzon*, 2007 QCCS 6226 au para 71, [2008] RJQ 478 (CA) (règlement à l'amiable) [*Laporte*].

8. Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, coll « Traité de droit civil », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au para 162 aux pp 151–52.

9. Madeleine Cantin Cumyn, « L'origine de la fiducie québécoise » dans Faculté de droit de l'Université McGill, *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997, 199; Éric Labbé, « Fidéicommis » (2007) 109 R du N 333 à la p 336; Erich Genzemer, « La genèse du fidéicommis comme institution juridique » (1962) 40 *Revue historique de droit français et étranger* 319 à la p 331.

10. Labbé, *supra* note 9 à la p 357.

11. *Ibid.*

12. *Laporte*, *supra* note 7; Québec (*Curateur public*) c CP, 2011 QCCQ 11146; *Lemay c Castiglia*, 2008 QCCQ 4979, JE 2008-1390; *Bureau du surintendant des faillites c MacLeod*, 2011 CAF 4.

13. Cantin Cumyn et Cumyn, *supra* note 8 aux para 163–65 aux pp 152–55; Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 à la p 121.

14. *Code des professions*, RLRQ c C-26, art 89.

15. *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, RLRQ c B-1, r 5, art 35 et s.

16. *Règlement sur la comptabilité en fidéicommis des notaires*, RLRQ c N-3, r 5.1.

Dans un premier temps, les ordres professionnels¹⁷, comme celui des avocats¹⁸ ou des notaires¹⁹, obligent leurs membres à détenir un compte en fidéicommis (ou compte séparé) aux fins de leurs activités professionnelles. En ce qui concerne les intermédiaires, il faut nuancer. À titre d'exemple, le représentant autonome et la société autonome sont tenus de détenir un compte en fidéicommis, selon la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*²⁰, ou un compte séparé, selon le *Règlement sur l'exercice des activités des représentants*²¹ et le *Règlement sur la tenue et la conservation des livres et registres*²²; également, une société inscrite (courtier, conseiller ou gestionnaire de fonds d'investissement) qui détient des actifs d'un client doit le faire dans un compte en fiducie désigné auprès d'une institution financière canadienne, d'une banque de l'annexe III ou d'un membre de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières²³. Contrairement aux lois de protection du consommateur, qui ne prévoient que des dispositions de nature générale relativement au compte en fidéicommis, cet encadrement proposé est de loin beaucoup plus explicite, variant selon la nature des professions. Le *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats* en est une illustration intéressante²⁴. Cette question ne pose aucun problème *per se*.

Dans un second temps, il s'agit d'un compte que doivent détenir les commerçants ou les entreprises en vertu de certaines lois particulières.

17. *Code des professions*, supra note 14, art 89.

18. *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, supra note 15, art 35 et s.

19. *Règlement sur la comptabilité en fidéicommis des notaires*, supra note 16.

20. RLRQ c D-9.2, art 198.

21. RLRQ c D-9.2, r 10, art 4.

22. RLRQ c D-9.2, r 19, arts 1, 5-7, 14.

23. *Règlement 31-103 sur les obligations et dispenses d'inscription et les obligations continues des personnes inscrites*, RLRQ c V-1.1, r 10, art 14.6; la version anglaise de cette disposition indique un « trust account ».

24. Supra note 15. Outre l'obligation imposée aux avocats de détenir un compte en fidéicommis, le règlement prévoit les détails pour la tenue des livres et registres comptables — qui doivent être distincts pour chaque compte en fidéicommis —, dont une copie de tout ordre de paiement reçu en fidéicommis et les relevés d'institutions financières. L'avocat doit également rendre compte annuellement de sa comptabilité en fidéicommis au Barreau du Québec, et non à ses clients : *ibid*, arts 32, 36. L'encadrement de la comptabilité par la Chambre des notaires du Québec est sensiblement de la même nature que celle prévue par le Barreau du Québec, bien qu'elle soit plus détaillée en raison des besoins particuliers des notaires : *Règlement sur la comptabilité en fidéicommis des notaires*, supra note 16, arts 32, 36.

Le cas type concerne l'obligation pour le commerçant de déposer dans un compte en fidéicommiss soit les sommes reçues avant l'exécution du contrat, soit celles qui ont été reçues après la conclusion du contrat, dans le cas où celui-ci fait l'objet d'un droit de résolution, obligeant ainsi de conserver les sommes jusqu'à la fin de cette période, soit lorsque le contrat doit être exécuté plus de deux mois après sa conclusion²⁵. À ce principe se juxtapose une confusion engendrée par quelques contradictions législatives. En effet, en 1992, le législateur québécois a indiqué, dans la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, que la notion de compte en fiducie correspond à celle de compte en fidéicommiss, sans toutefois apporter les modifications législatives qui s'imposent dans les circonstances²⁶. Cette démarche s'est concrétisée quelques années plus tard lorsque le législateur a adopté la *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, destinée notamment à substituer la notion de compte en fidéicommiss à celle de compte en fiducie²⁷. Or, il appert que les intentions du législateur ne se sont pas toutes concrétisées, car les modifications apportées n'ont pas entièrement été intégrées dans le corpus législatif québécois.

En effet, en guise d'illustration, notons que le titre III de la *Loi sur la protection du consommateur* (arts 254–260) s'intitule « Sommes transférées en fiducie », et le début de l'article 254 prévoit qu'« [u]ne somme d'argent reçue par un commerçant d'un consommateur avant la conclusion d'un contrat est transférée *en fiducie* » [nos italiques]²⁸. L'article 146 du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur* énonce qu'« un commerçant qui veut être exempté des *comptes en fiducie* exigés par les articles 254 à 256 Lpc, doit fournir au président un cautionnement conformément à la présente section » [nos italiques]²⁹. Or, la seconde phrase de l'article 254 Lpc mentionne que « [l]e commerçant est alors fiduciaire de cette somme et doit la déposer dans un *compte en fidéicommiss* jusqu'à ce qu'il la rembourse au consommateur sur réclamation de ce dernier, ou jusqu'à la conclusion du contrat » [nos italiques]. Ainsi, le législateur utilise l'expression « compte en fidéicommiss » dans la Loi (dans une section portant sur les

25. *Loi sur la protection du consommateur*, RLQ c P-40.1, arts 254–56 [Lpc].

26. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, LQ 1992, c 57, art 423 (2°) (« en matière de droit des biens »).

27. *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, LQ 1999, c 40, art 234.

28. Il en va ainsi des articles 255–56.

29. *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RLQ c P-40.1, r 3. Les articles 147 et s sont au même effet.

sommes transférées en fiducie), alors qu'il privilégie l'expression « compte en fiducie » dans le Règlement. Toujours dans le domaine de la protection des consommateurs, les trois autres lois administrées par l'Office de la protection du consommateur portent également à confusion, traitant indifféremment de compte en fiducie et de compte en fidéicommiss, que ce soit au sujet des commerçants de services d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture³⁰ ou du recouvrement de créances³¹. Toutefois, tel n'est pas le cas pour les agents de voyages, la loi et le règlement les concernant ayant été harmonisés³².

Outre les lois de protection du consommateur, il faut noter que le législateur a prévu une obligation semblable dans d'autres circonstances aussi diverses les unes que les autres. Au Québec, soulignons que l'article 10 de la *Loi sur le courtage immobilier* oblige le courtier à déposer toute somme « qui ne lui appartient pas » dans un compte en fidéicommiss³³. De même, la *Loi sur les sociétés par actions* prévoit que la société doit détenir un « compte distinct » (en fidéicommiss) pour déposer les fonds ou toute autre contrepartie transmis par la personne qui fait une offre publique d'achat au bénéfice des actionnaires dissidents³⁴.

30. Mentionnons que l'article 86 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, RLRQ c A-23.001, prévoit le dépôt de sommes dans un compte en fiducie. L'article 7 du *Règlement d'application de la Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, RLRQ c A-23.001, r 1, qui se trouve dans le chapitre IV intitulé « Dépôt des sommes visées à l'article 86 de la loi », vise le dépôt par le vendeur des sommes en fidéicommiss; l'article 7 de ce règlement prévoit pour sa part le dépôt de sommes, dans certaines circonstances, dans un compte en fidéicommiss.

31. L'article 26 de la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, RLRQ c R-2.2, oblige l'agent à déposer les sommes reçues dans un compte en fidéicommiss. L'article 37 du *Règlement d'application de la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, RLRQ c R-2.2, r 1, oblige le titulaire d'un permis d'agent de recouvrement à déposer toute somme reçue dans un compte en fiducie.

32. L'article 33 de la *Loi sur les agents de voyages*, RLRQ c A-10, est similaire à l'article 254 Lpc, prévoyant l'obligation pour l'agent de transférer les sommes perçues pour le compte d'autrui en fiducie et de les déposer dans un compte en fidéicommiss. Toutefois, il est intéressant de noter que la section IX du *Règlement sur les agents de voyages*, RLRQ c A-10, r 1, traite explicitement de compte en fidéicommiss, et l'article 22 de ce règlement oblige l'agent de voyage à déposer les fonds perçus dans un compte en fidéicommiss. Cette disposition diffère donc des articles 146 et s du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 29.

33. *Loi sur le courtage immobilier*, RLRQ c C-73.2; *Règlement sur les dossiers, livres et registres, la comptabilité en fidéicommiss et l'inspection des courtiers et des agences*, RLRQ c C-73.2, r 4, arts 24 et s.

34. *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ c S-31.1, art 404. Pour d'autres illustrations, voir *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, RLRQ c E-2.2, art 495; *Loi électorale*, RLRQ c E-3.3, art 439.

La législation fédérale crée également une certaine confusion à cet égard. À plusieurs reprises, le législateur associe le compte en fiducie au compte en fidéicommiss. À titre d'exemple, l'article 25(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit que « lorsqu'il exerce les pouvoirs que lui confère la présente loi, le syndic dépose sans délai dans une banque tous les fonds reçus pour le compte de chaque actif dans un compte en fiducie ou en fidéicommiss distinct » (*separate trust account*)³⁵. Il en va de même pour la *Loi sur la protection de l'assurance hypothécaire résidentielle*³⁶.

Notons que les professeurs Cantin Cumyn et Cumyn soulignent que la mention :

en fidéicommiss utilisée dans le cadre de l'exercice d'une profession ou d'une charge exigeant le maintien d'un compte distinct crée une présomption que les actifs qui s'y rattachent ne font pas partie du patrimoine du titulaire du compte. [...]. Ces mentions, dans les mêmes circonstances, ne peuvent légitimement être ignorées par l'institution financière où ces comptes qualitatifs sont ouverts³⁷.

En somme, une confusion s'est installée dans la dénomination de comptes destinés à recevoir des sommes administrées pour autrui, soit le compte en fidéicommiss, le compte en fiducie, le compte séparé, le compte distinct et le compte *in trust*. L'harmonisation de la législation, déjà prévue en 1999, serait certes souhaitable³⁸.

35. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, LRC 1985 c B-3. Dans cette Loi, voir également les articles 66.26(2) et 155, al (g). Voir également *Règlement sur les transports aériens*, DORS/88-58, arts 24.2, 65(3), 91(5).

36. LC 2011 c 15, art 20.

37. Cantin Cumyn et Cumyn, *supra* note 8 au para 163 à la p 153; Reid, *supra* note 13 à la p 121.

38. Aux fins de notre texte, nous ne distinguons pas entre ces divers comptes, car cela nécessiterait une étude approfondie de la relation entre le titulaire du compte et le bénéficiaire de celui-ci. Cette question dépasse les objectifs de notre étude. En effet, nous nous concentrons sur la responsabilité de la banque à l'égard d'une fraude ou d'un abus de confiance commis par le titulaire d'un compte bancaire. La jurisprudence établit certaines distinctions selon qu'il s'agit d'un compte courant, d'une part, ou d'un compte dont le titulaire agit *ès qualités* en tant que mandataire ou administrateur du bien d'autrui, d'autre part. La jurisprudence ne distingue pas, cependant, entre la responsabilité de la banque à l'égard des divers comptes détenus pour autrui. Enfin, dans notre texte, nous utiliserons le terme « compte en fidéicommiss », couramment employé en pratique, pour désigner les comptes détenus *ès qualités*, tout en demeurant conscient des nuances qu'il serait possible de faire entre les différentes utilisations du compte en fidéicommiss ainsi qu'entre les différentes hypothèses de gestion pour autrui.

B. Le compte en fidéicommis

Le compte est un élément fondamental de la relation entre le client et sa banque. Il est même un instrument essentiel de la vie financière d'une personne, physique ou morale, vu son importance incontournable de nos jours. Au fil des ans, les types de comptes se sont multipliés pour répondre aux besoins de la clientèle. Le compte courant peut être offert en devises canadiennes ou américaines et le titulaire peut se prévaloir d'un compte épargne, d'un compte conjoint — à des fins personnelles ou par affaires — ou même d'un compte de succession, lorsqu'il agit à titre de liquidateur. De nos jours, le compte courant est fondamental pour le fonctionnement en société, comme les dépôts, tel le salaire, et les retraits périodiques à partir de ce compte, comme le paiement de factures (électricité, hypothèque, télécommunications) par chèque, par paiement préautorisé ou par Internet³⁹. Le compte courant est similaire au compte en fidéicommis par son fonctionnement, mais en diffère par sa raison d'être. En effet, le compte en fidéicommis est utilisé par son titulaire de la même manière que le compte courant, mais se caractérise par le fait que le titulaire détient l'argent appartenant à autrui. Ainsi, de tous les comptes, le compte en fidéicommis est le seul dont l'argent qui y est déposé n'appartient pas entièrement au titulaire, exception faite du compte conjoint, où les fonds sont partagés par les titulaires du compte au gré de leur apport respectif. Ces raisons dictent l'approche que nous avons adoptée, à savoir l'étude conjointe du compte en fidéicommis et du compte courant.

Aux fins de cette discussion préliminaire, nous présentons le compte bancaire, dont nous examinons la qualification (1), le fonctionnement du cycle de vie (2) et le principe de l'indépendance des comptes (3).

1. La qualification du compte bancaire

Bien que la qualification du compte bancaire soulève plusieurs questions d'ordre juridique, l'approche des institutions financières mérite

39. L'importance est telle que depuis 2003, le gouvernement canadien impose aux banques l'obligation d'offrir des comptes à frais modiques afin de promouvoir l'accès aux services bancaires : *Loi sur les banques*, LC 1991, c 46, art 448.1; *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184, qui a eu pour incidence que le taux de bancarisation canadien est maintenant de l'ordre de 96 % : Association des banquiers canadiens [ABC], « Les banques et les consommateurs », 2011, en ligne : <www.cba.ca/fr/media-room/50-backgrounders-on-banking-issues/127-banks-and-consumers>.

d'abord d'être soulignée. Il est de pratique constante pour ces dernières de qualifier leurs gammes de produits selon une appellation maison. À titre d'illustration, alors que l'expression « compte courant » est reconnue comme telle par les autorités juridiques, ce compte se nomme de diverses manières selon les institutions financières. Ainsi, le Mouvement des caisses Desjardins le désigne, entre autres, par « compte à rendement croissant », « compte à haut rendement » ou « compte stratégique étudiant »⁴⁰; la RBC Banque Royale offre plutôt le « forfait bancaire courant RBC », le « forfait bancaire VIP RBC » ou le « forfait sans limite RBC pour étudiant »⁴¹; pour sa part, la Banque Nationale du Canada opte pour le « compte chèques sans forfait », le « forfait Accès direct » ou le « forfait Le virtuose »⁴².

La stricte dénomination juridique de « compte courant » cède ainsi le pas à des considérations de marketing, tant par la désignation et les diverses options offertes à la clientèle que par la tendance à offrir des prix forfaitaires, c'est-à-dire le droit pour le client d'effectuer un nombre limité (ou parfois illimité) de transactions par mois, moyennant un coût déterminé⁴³. Aussi compréhensible soit-elle, la stratégie marketing des institutions financières ne doit cependant pas constituer un leurre par rapport à une analyse juridique de la qualification du compte courant.

À l'instar de tous les comptes de banque, le compte courant est un document comptable dans lequel sont inscrits les débits et les crédits enregistrés au compte. En effet, chacune des nouvelles entrées modifie le solde existant pour former un seul et nouveau solde. Cette simple opération comptable incite les autorités à reconnaître que les dettes et les créances perdent leur individualité selon un ordre chronologique pour ne constituer qu'une seule dette ou créance identifiée par le solde. Ainsi, une créance n'est pas affectée à une dette spécifique, mais est plutôt confondue dans l'ensemble du compte. Le recouvrement d'une créance à l'encontre du titulaire du compte devra donc viser le

40. Mouvement Desjardins, « Comptes chèques », 2015, en ligne : <www.desjardins.com/particuliers/comptes-services-relies/comptes-cheques/index.jsp>.

41. RBC Banque Royale, « Services et forfaits bancaires », 2015, en ligne : <www.rbcbanqueroyle.com/produits/servicesdedepot/index.html>.

42. Banque Nationale du Canada, « Liste de tous les comptes chèques et forfaits », 2015, en ligne : <www.bnc.ca/fr/particuliers/operations-bancaires/comptes-et-forfaits/tous-les-comptes-et-forfaits.html>.

43. Cette approche est également utilisée pour le compte épargne.

solde du compte, que ce soit par un créancier du titulaire ou par la banque elle-même⁴⁴.

Par nature, le solde du compte sera toujours provisoire, sauf lors de la clôture du compte. Le solde provisoire est-il exigible? S'agit-il d'une dette liquide, certaine et exigible, comme le requiert l'article 1673 CcQ? Cette question commande une analyse du régime juridique du compte avant de l'aborder.

Les auteurs soutiennent généralement que le régime juridique du compte courant est tributaire de l'effet novatoire de la créance passée au compte. Plus précisément, « [l]a créance est absorbée par le compte et s'éteint en ne laissant place qu'à un article, quelle que soit la position du compte, même s'il est débiteur », ce qui explique l'effet extinctif, mais non la naissance d'un lien obligataire déterminé⁴⁵. Toutefois, cette novation s'éloigne partiellement du fondement de cette institution, car la nouvelle créance s'intègre plutôt au solde du compte⁴⁶. Le créancier conserve donc sa créance contre le débiteur, titulaire du compte, pour un montant non identifié de manière précise dans le compte, mais qui fait partie de l'ensemble des créances et des dettes du compte. Vu la nature fongible de l'argent, l'effet demeure le même.

La conséquence de l'application de la théorie de la novation au compte est l'indivisibilité de la créance. Traditionnellement, en France, la Cour de cassation considérait que les opérations portées au compte « formaient un tout indivisible » qui ne pouvait être fractionné que lors de la clôture du compte⁴⁷. Bien que cette école comporte des adeptes en France⁴⁸, il faut mentionner qu'elle est manifestement inadaptée de nos jours.

Les tribunaux québécois s'en sont d'ailleurs éloignés pour favoriser une approche à la fois plus pragmatique et plus conforme à la théorie de common law selon laquelle l'argent déposé dans un compte constitue

44. Les autorités romano-germaniques et de common law sont unanimes sur ce point. Au Québec: Nicole L'Heureux, Édith Fortin et Marc Lacoursière, *Droit bancaire*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 au n° 1.27 aux pp 101-02; Marc Duval, « Le compte courant en droit commercial au Québec » (1997) 57 R du B 453 à la p 456; Antonio Perreault, *Traité de droit commercial*, t 2, coll « Documents juridiques », Montréal, Albert Lévesque, 1936 au n° 916 à la p 356.

45. Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit bancaire: institutions, comptes, opérations, services*, 8^e éd, Paris, Litec, 2010 au n° 452 à la p 273. Voir également Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 1995 à la p 241.

46. Gavalda et Stoufflet, *supra* note 45.

47. Cass civ, 24 juin 1903, D 1903, 1, 472; S 1904, 1, 220.

48. Gavalda et Stoufflet, *supra* note 45 au n° 462 à la p 279.

un prêt par le titulaire du compte à la banque et que la relation entre le client et la banque est de type créancier-débiteur⁴⁹. La banque n'est libérée de sa dette envers le client que lorsqu'elle le rembourse, c'est-à-dire lorsque le client retire l'argent de son compte, ce qui se produit non seulement à la clôture du compte, mais également durant la vie de celui-ci. Le cas échéant, l'argent est puisé à partir du solde provisoire du compte. Pour cette raison, les tribunaux québécois, inspirés par l'approche pragmatique anglo-saxonne, ont conclu que le solde provisoire du compte bancaire constitue une créance liquide et exigible⁵⁰.

Cette approche jurisprudentielle à l'égard du compte courant est transposable à d'autres types de comptes bancaires, pourvu que le dépôt soit à demande et non à terme. Peut-on y voir une analogie entre le compte courant et le compte en fidéicommis?

En common law, comme nous le verrons plus loin⁵¹, la Cour suprême du Canada a déterminé que lorsque la banque sait, ou aurait dû savoir, que son client a ouvert un compte en fidéicommis (*trust account*), elle devient fiduciaire par interprétation (*constructive trustee*)⁵². La qualification du compte est donc examinée sous la loupe de la common law. Dans ce cas, le juge La Forest considère d'abord que la banque a reçu les biens en fiducie ou les a affectés à ses propres usage et profit, c'est-à-dire qu'elle a compensé les fonds contenus dans le compte en fiducie par ceux du compte courant, ce qui la rend responsable envers le mandataire (fiduciaire ou *trustee*) en vertu de la théorie de la réception en connaissance de cause (*knowing assistance*); le juge souligne ensuite que le droit du bénéficiaire sur les fonds est assimilé à une créance, laquelle est un « droit incorporel et, par conséquent, un bien pouvant être assujéti à une fiducie »⁵³; cette réception du « bien », dans le cas précis de la réception en connaissance de cause, doit être qualifiée « sous l'angle du droit en matière de restitution la réception exigée pour ce type de responsabilité »⁵⁴.

49. *Foley v Hill*, (1848) 2 HLC 28, 9 ER 1002. Voir également L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.15 aux pp 65–67; J Michel Deschamps, « Les comptes en banque au Québec » (1986) 65 R du B can 75 à la p 79 [Deschamps, « Les comptes »].

50. *In Re Hil-A-Don Limited: Bank of Montreal c Kwiat*, [1975] CA 157 [*In Re Hil-A-Don*].

51. *Infra* section II.B.

52. *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 RCS 805 au para 24, 1997 CanLII 334 (CSC) [*Citadelle*].

53. *Ibid* au para 29.

54. *Ibid* au para 30.

Si la restitution présente certaines analogies avec l'enrichissement sans cause, il faut la contextualiser dans le cadre strict de la « réception en connaissance de cause », propre à la common law et étranger au droit civil⁵⁵. En droit québécois, dans un cas similaire, la banque est responsable en vertu de l'article 1457 CcQ. Comment qualifier les fonds déposés dans le compte en fidéicommissé?

Comme nous l'avons mentionné, il est reconnu unanimement que l'argent déposé dans un compte courant constitue un prêt consenti par le déposant à la banque, engendrant ainsi une relation entre un créancier (déposant, aussi bénéficiaire) et un débiteur (banque)⁵⁶. L'argent déposé dans un compte en fidéicommissé par un mandataire constitue également une créance en faveur du bénéficiaire, tant en common law, comme l'a d'ailleurs souligné le juge La Forest, qu'en droit civil, comme l'expliquent les professeurs Cantin Cumyn et Cumyn :

[s]i l'administrateur dépose dans un même compte qualitatif des sommes provenant de plusieurs administrations, les bénéficiaires se trouvent en indivision par rapport au solde de ce compte, avec des parts égales s'il est impossible de déterminer quelle part chaque administration y a contribué. Il n'y a aucune priorité entre les bénéficiaires de ces administrations qui sont vis-à-vis de l'institution bancaire des créanciers chirographaires conjoints [italiques dans l'original]⁵⁷.

Cette créance envers la banque peut-elle être assimilée à un dépôt au sens du *Code civil du Québec*? Le refus des autorités juridiques de qualifier le dépôt d'argent dans un compte bancaire comme un dépôt selon les articles 2280 et suivants du *Code civil du Québec* repose sur le fait que « [m]algré les mots utilisés dans le langage courant, un dépôt en banque ne donne pas naissance au contrat de dépôt dont parle le Code civil »⁵⁸. Dans le cas d'un compte en fidéicommissé, comme dans celui des autres comptes, il existe un prêt à la banque (un transfert de

55. 124329 *Canada inc c Banque Nationale du Canada/National Bank Of Canada*, 2011 QCCA 226, [2011] RJQ 295 [Jackson].

56. *Supra* notes 49–50 et le texte correspondant.

57. Cantin Cumyn et Cumyn, *supra* note 8 au para 314 à la p 295.

58. Deschamps, « Les comptes », *supra* note 49 à la p 76; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin : Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 au para 1073 à la p 1302; L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n^o 1.15 à la p 65; GV Nicholls, « The Legal Nature of Bank Deposits in the Province of Quebec » (1935) 13 R du B can 635 à la p 720; Pierre-Basile Mignault, *Le droit civil canadien*, t 8, Montréal, Wilson & Lafleur, 1901 à la p 153.

possession), celle-ci pouvant disposer de cet argent à sa guise sans la permission du déposant, sauf pour compenser une créance douteuse (compte courant déficitaire)⁵⁹. En pratique, cette situation est courante, car la banque affecte immédiatement à d'autres fins l'argent déposé, comme le remboursement des dépôts d'autres clients ou des prêts consentis à des clients. Bien entendu, la banque doit alors remettre une somme équivalente — l'argent étant un bien fongible —, majorée des intérêts s'il y a lieu, à la demande du client ou au terme convenu entre les parties⁶⁰. La banque peut également exiger du client, lorsqu'elle le juge nécessaire, qu'il démontre la propriété des fonds, ce qui survient tacitement lorsqu'il y a un dépôt d'argent par un effet de commerce ou par un virement bancaire (par exemple, le versement d'un salaire)⁶¹. Enfin, en cas de détournement de fonds par le mandataire, la banque peut s'exonérer en démontrant qu'elle a agi avec prudence et diligence⁶². Malgré l'absence de transfert de propriété, les exigences liées au dépôt font manifestement défaut pour qualifier l'argent déposé dans un compte en fidéicommis de dépôt au sens du *Code civil du Québec*.

2. *Le cycle de vie du compte*

La vie du compte bancaire comporte plusieurs caractéristiques. Dans les sections ci-dessous, nous évoquons la naissance du compte, couramment appelée l'ouverture (a), ainsi que les opérations (b), la saisie (c) et la clôture (d).

a. *L'ouverture du compte*

L'ouverture du compte marque généralement le début de la relation entre la banque et le client⁶³, laquelle donne lieu à un ensemble de rapports juridiques, comme lors d'un paiement par chèque ou par virement, ou lors de l'octroi d'un crédit, notamment. La capacité

59. Voir l'article 2283 CcQ.

60. Voir les articles 2285–86 CcQ, qui exigent du déposant qu'il restitue à demande, et même s'il s'agit d'un dépôt à terme, le même bien déposé. Voir : Deschamps, « Les comptes », *supra* note 49 aux pp 76–78.

61. Voir l'article 2284 CcQ, qui interdit d'exiger une telle preuve.

62. Voir l'article 2289 CcQ, qui mentionne que le dépositaire ne peut s'exonérer qu'en cas de force majeure.

63. Il faut noter que cette relation peut exister sans l'ouverture d'un compte bancaire, comme c'est le cas lors de l'émission d'une carte de crédit.

juridique n'est pas requise pour accomplir cette formalité⁶⁴, mais le client doit se soumettre à une vérification d'identité. Cette étape est cruciale pour lutter contre les fraudes financières, tel le blanchiment d'argent. Conséquemment, les développements normatifs du Groupe d'action financière (GAFI), dont le but est d'encourager les politiques nationales de lutte contre le blanchiment de capitaux⁶⁵, sont à la source des récentes approches législatives qui encadrent l'obligation des banques à cet égard. À titre d'illustration, l'article 6.1 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*⁶⁶ oblige les banques et les caisses populaires⁶⁷ à vérifier l'identité des personnes qui désirent ouvrir un compte, en conformité avec les règlements. S'agissant d'une personne physique, celle-ci doit présenter des pièces d'identité officielles⁶⁸ et, en ce qui concerne une personne morale, fournir une copie des actes constitutifs et des règlements⁶⁹.

Lors de l'ouverture du compte, l'institution financière doit informer le client de ses droits et de ses obligations⁷⁰. Concrètement, il s'agit pour la banque de fournir une copie de l'entente, de renseigner le client au

64. Plus précisément, le tuteur au mineur procédera à l'ouverture du compte, mais le mineur pourra déposer l'argent dans son compte : *Loi sur les banques*, supra note 39, art 437; *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ c C-67.3, art 74. Toutefois, l'article 54(2) du *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184, art 54(2), précise que l'institution financière doit vérifier l'identité du père, de la mère ou du tuteur du mineur, lorsqu'elle vérifie l'identité de toute personne qui signe la fiche signature relativement à tout compte qu'elle ouvre. Cette exigence ne s'applique pas dans le cas d'un compte d'affaires dont la fiche signature est signée par plus de trois personnes habilitées à agir à l'égard du compte, si l'institution financière a vérifié l'identité d'au moins trois de ces personnes.

65. GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération – Les Recommandations*, Recommandation n° 10 (obligation de vigilance relativement à l'identité des clients), février 2012, en ligne : <www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf>.

66. LC 2000 c 17.

67. Plus précisément, l'article 5 de cette Loi prévoit que, outre les banques et les caisses populaires, les autres institutions financières fédérales et provinciales, certains professionnels, tels les comptables, ainsi que les casinos, notamment, sont assujettis à la Loi.

68. *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 64, art 65(1); *Loi sur l'accès aux services bancaires de base*, supra note 39, art 4. Lors de l'ouverture d'un compte, l'institution financière est également justifiée de demander le numéro d'assurance sociale aux fins des déclarations qu'elle doit produire à l'Agence de revenu du Canada : *Loi de l'impôt sur le revenu*, LRC 1985, c 1 (5^e suppl), art 237(2).

69. *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 64, art 65(1); *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-1.1, art 115; *Règlement 13-101 sur le système électronique de données, d'analyse et de recherche (SEDAR)*, RLRQ c V-1.1, r 2, arts 2.2-2.3.

70. *Loi sur les banques*, supra note 39, arts 441 et 445.

sujet des frais bancaires⁷¹, du taux d'intérêt⁷², de même qu'en ce qui concerne la retenue de fonds⁷³. D'abord introduite lors de l'ouverture de comptes commerciaux, cette convention d'ouverture de compte a ensuite été offerte aux consommateurs au cours des dernières années. Les clauses usuelles concernent la tarification, l'accès au compte, la retenue de fonds, la désignation d'un fondé de pouvoir, l'obligation pour le client de vérifier le compte, l'inactivité au compte, la responsabilité de la banque et l'utilisation des renseignements personnels du client. Alors que la convention d'ouverture de compte est d'ordre général, d'autres conventions particulières peuvent être conclues et doivent être divulguées au client, comme le contrat de crédit variable (carte de crédit) ou le prêt personnel ou hypothécaire.

Il est reconnu, en jurisprudence et en doctrine, que les obligations des parties à un contrat bancaire découlent de deux sources, soit les stipulations explicites et les stipulations implicites⁷⁴. La convention d'ouverture de compte appartient à la première catégorie, alors que les règles énoncées par les tribunaux, qui complètent les lacunes des conventions, relèvent de la seconde catégorie. Celles-ci concernent habituellement ce qu'il est convenu d'appeler les usages bancaires, comme l'obligation de la banque de rembourser les fonds déposés, d'honorer les ordres de paiement du client ou de préserver le secret des affaires de son client⁷⁵.

La banque conserve la liberté d'accepter ou de refuser un client, puisque la relation bancaire est *intuitu personæ* et, partant, fondée sur une relation de confiance. Toutefois, un refus ne doit jamais être discriminatoire au sens des droits de la personne⁷⁶. Tout en respectant ce principe et afin de favoriser l'accès aux services bancaires à toutes les couches de la population, le gouvernement fédéral oblige les banques à offrir des comptes de dépôt de détail à frais modiques⁷⁷. Ces comptes,

71. *Ibid*, art 440.

72. *Règlement sur la communication de l'intérêt (banques)*, DORS/92-321, art 3.

73. *Loi sur les banques*, *supra* note 39, arts 445(1)e), 458.2; *Règlement sur la communication de la politique de retenue de chèques (banques)*, DORS/2002-39.

74. *Joachimson v Swiss Bank Co*, [1921] 3 KB 110 [*Joachimson*]; *London Joint Stock Bank Ltd v Macmillan*, [1918-1919] All ER 30, [1918] AC 777 (HL).

75. L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.21 à la p 85.

76. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 12.

77. *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, *supra* note 39, art 3. Le refus de la banque d'offrir de tels comptes doit s'appuyer sur des motifs raisonnables de croire que le compte servira à des fins illégales.

sans dépôt initial minimum obligatoire, n'offrent pas toute la gamme de services habituellement offerts aux détenteurs d'autres types de comptes.

Ces principes s'appliquent, *mutatis mutandis*, au compte en fidéicommis. Il faut toutefois noter une première caractéristique de ce compte, à savoir l'obligation d'ouvrir un tel compte, imposée aux membres des ordres professionnels de même qu'aux entreprises en vertu de certaines lois particulières. Bien que les éléments exposés précédemment au sujet de la vérification de l'identité demeurent une condition préalable à l'ouverture de tout compte bancaire, il faut ajouter que le titulaire d'un compte en fidéicommis doit aviser la banque de son intention d'ouvrir un tel compte, car les tribunaux canadiens reconnaissent unanimement que la désignation d'un compte « en fiducie » ne crée pas nécessairement une fiducie⁷⁸. À ce sujet, notons que dans les provinces anglo-saxonnes, les tribunaux peuvent déclarer qu'une fiducie existe même si le mot « fiducie » n'est pas employé expressément. Il s'agit alors de la théorie de la fiducie par interprétation (*constructive trustee*)⁷⁹. Ainsi, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'il peut s'agir de cas où les fonds détenus dans le compte appartiennent à un tiers à la connaissance de la banque et que celle-ci

78. En common law, voir *Transamerica Occidental Life Insurance Co v Toronto-Dominion Bank*, [1998] OJ n° 1273, 22 ETR (2d) 106 (ON Gen Div), inf par [1999] OJ n° 1195, [1999] CanLII 3716 (ON CA); *Byers v Foley*, (1993) 16 OR (3d) 641, [1993] OJ n° 3140 (ON Gen Div); *Re Schebsman*, [1944] 1 Ch 83 (CA). Au Québec, voir L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.31 à la p 110.

79. *Infra* section II.A.1. Il est ambitieux de tenter de définir cette fiducie judiciaire, mais nous pouvons affirmer qu'elle prend forme lors d'un rapport fiduciaire et si le fiduciaire est susceptible de réaliser un profit. Élaborée principalement en matière familiale, elle est maintenant utilisée dans les domaines commercial et bancaire : *Lac Minerals Ltd c International Corona Resources Ltd*, [1989] 2 RCS 574, 1989 CanLII 34 (CSC) [*Lac Minerals*]. Brièvement, la Cour suprême a défini comme suit la fiducie par interprétation :

[e]lle semble plutôt indiquer que la fiducie par interprétation est une institution ancienne et éclectique imposée par le droit non pas seulement pour remédier à l'enrichissement sans cause, mais aussi pour obliger des personnes se trouvant dans diverses situations à se conformer à des normes élevées en matière de confiance et de probité et les empêcher de conserver des biens qu'en toute « conscience » elles ne devraient pas être autorisées à garder. Cette doctrine avait pour but non seulement d'assurer que justice soit rendue dans l'affaire dont le tribunal était saisi, mais aussi de protéger les liens de confiance ainsi que les institutions qui en dépendent.

Soulos c Korkontzilas, [1997] 2 RCS 217 au para 17, 1997 CanLII 346 (CSC). Selon deux auteures, il peut exister notamment « un rapport fiduciaire entre les parties et que la personne qui agit à titre de fiduciaire réalise un profit personnel en raison de cette fonction » : Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, dir, *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 2008 aux pp 227–35. Ce rapport fiduciaire peut aussi exister dans d'autres circonstances. Voir généralement Susan Barkehall Thomas, « When Is a Stranger a Constructive Trustee? A Critique of Recent Decisions » (2001) 39 Alta L Rev 453.

participe à un manquement à une obligation fiduciaire ou utilise les fonds à son propre avantage⁸⁰. Cependant, la fiducie par interprétation n'est pas reconnue en droit québécois⁸¹. Puisque le fidéicommiss ne se présume pas, il va sans dire qu'il est souhaitable de l'exprimer explicitement lors de l'ouverture du compte.

b. Les opérations au compte

Peu importe le type de compte, les opérations touchant le compte bancaire sont essentiellement de deux ordres, soit les dépôts et les retraits. Les dépôts peuvent avoir lieu directement au comptoir ou, depuis les années 1980, dans un guichet automatisé. Le cas échéant, il s'agit habituellement de dépôts de chèques. Les dépôts peuvent également être effectués par un transfert électronique de fonds. Dans ce cas, il peut s'agir d'un paiement préautorisé au crédit, comme le versement d'une paie, un paiement par carte de débit ou un virement bancaire provenant d'un tiers ou d'un autre compte du titulaire.

Les dépôts à vue et les dépôts à terme peuvent produire des intérêts créditeurs⁸². À cet égard, outre ses obligations lors de l'ouverture du compte, la banque doit également divulguer au client les modifications des taux d'intérêt par écrit ou par un affichage dans la succursale ou dans la vitrine Internet⁸³. En ce qui concerne le compte en fidéicommiss, les ordres professionnels prévoient que les intérêts générés par l'argent déposé dans le compte doivent être versés à l'ordre auquel appartient le membre et titulaire du compte⁸⁴. En revanche, les entreprises qui doivent détenir un compte en fidéicommiss en vertu d'une loi particulière peuvent conserver les intérêts⁸⁵.

80. *Citadelle*, *supra* note 52; *Gold c Rosenberg*, [1997] 3 RCS 767, 1997 CanLII 333 (CSC) [*Gold*], décisions commentées par David Stevens, « "Knowing Assistance" and "Knowing Receipt" in the Supreme Court of Canada » (1999) 14 BFLR 407. Sur cette question, voir notre développement : *infra* section II.A.1.

81. *Infra* notes 206–08 et le texte correspondant.

82. *Loi sur les banques*, *supra* note 39, art 442; *Règlement sur la communication de l'intérêt (banques)*, *supra* note 72, art 4. Notons qu'en vertu de l'article 2315 CcQ, le simple prêt d'argent est présumé être à titre onéreux.

83. Les intérêts créditeurs concernent le versement d'intérêts par la banque sur l'argent déposé par les clients. Les intérêts débiteurs visent l'argent prêté par la banque, comme le découvert bancaire ou la marge de crédit. Nous ne traiterons pas de cette question aux fins de ce texte.

84. Pour les membres d'ordres professionnels, voir, entre autres, pour le Barreau du Québec : *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, *supra* note 15.

85. Voir notamment la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 25, art 259.

À l'instar des dépôts, il est également possible de procéder au retrait en se présentant au comptoir ou au guichet automatisé, de même qu'en tirant un chèque ou en ordonnant un transfert électronique de fonds. Les montants autorisés pour le retrait peuvent dans certains cas être limités quotidiennement pour des questions de sécurité, comme les retraits au guichet automatisé.

Les dépôts et les retraits peuvent être effectués par le titulaire du compte ou par un mandataire. Dans le cas d'une personne physique, aucune formalité ne sera exigée pour un simple dépôt d'argent occasionnel, mais le banquier devra agir avec plus de vigilance et vérifier l'identité du donneur d'ordre d'un retrait. Par contre, pour un compte courant (ou conjoint), il faudra se procurer un mandat, appelé procuration bancaire, pour effectuer les opérations bancaires au nom d'un tiers. Typiquement, cette procuration peut être utilisée lorsqu'une personne âgée en perte d'autonomie mandate un membre de sa famille ou de son entourage pour s'occuper de ses affaires bancaires. Ce mandat fait partie intrinsèque du compte en fidéicommiss. En ce qui concerne une personne morale, un extrait des copies des actes constitutifs et des règlements doit être fourni à la banque⁸⁶. Enfin, les dépôts et les retraits effectués dans le compte en fidéicommiss doivent respecter les exigences de l'ordre ou de l'association du titulaire et ils doivent également être comptabilisés dans ses états financiers.

c. La saisie du compte

Puisque l'argent que le client dépose dans son compte bancaire constitue un prêt octroyé à la banque, la saisie des fonds détenus dans ce compte par le créancier saisissant du client (alors son débiteur) oblige la banque (tierce saisie en l'espèce) à remettre cet argent au créancier de son client⁸⁷. La procédure à suivre est fondée, d'une part, sur les articles 625 et suivants du *Code de procédure civile*⁸⁸ et, d'autre part, sur certaines lois particulières, dont les lois fiscales. La procédure de saisie

86. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 66, arts 6.1, 9.2; *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 64, arts 54(1)d), 54.1, 65(1); L'Heureux, Fortin et Lacoursière, supra note 44 au n° 1.25(b) aux pp 97–98.

87. Michel Deschamps, « Droits et obligations des parties » dans JurisClasseur Québec, coll « Droit des affaires », *Droit bancaire*, fasc 6, Montréal, LexisNexis Canada (feuilles mobiles mise à jour 2015), au para 36.

88. RLRQ c C-25 [Cpc]; pour le nouveau Code : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, LQ 2014, c 1, arts 711 et s [Cpc 2014].

visé à la fois les soldes créditeurs du compte, lequel contient des dépôts à vue — compte courant, compte conjoint, compte commercial ou compte en fidéicommiss constituant une créance certaine, liquide et exigible du déposant contre la banque — de même que le solde qui découle d'un dépôt à terme, car la créance existe lors de la date de la saisie⁸⁹. Entre d'autres termes, le dépôt effectué par le client avant la date de la déclaration de la tierce saisie est saisissable à la succursale de la banque concernée, mais non le dépôt qui survient postérieurement à cette date⁹⁰.

La saisie-arrêt doit être signifiée directement à la succursale où le compte est tenu⁹¹. Si l'objet de la saisie concerne les fonds détenus dans un compte en fidéicommiss, la banque n'a pas à déterminer quel créancier a la préférence et elle doit déposer l'argent au tribunal⁹². Un processus d'opposition à la saisie est alors prévu.

Outre les dispositions générales du *Code de procédure civile*, les lois fiscales permettent à la Couronne de saisir sans formalités judiciaires les sommes payables à un débiteur fiscal⁹³. En fait, la Cour suprême a jugé que lors d'une faillite, le fisc préférerait la saisie des sommes sur la garantie de la banque⁹⁴. Le solde du compte est visé par cette procédure.

Par ailleurs, la saisie du compte ne signifie pas qu'il est automatiquement bloqué ou même fermé. Si tel n'est pas le cas, notons, comme

89. Art 639 Cpc [art 715 Cpc 2014]; Deschamps, « Les comptes », *supra* note 49 au pp 88–89.

90. Au Québec : *Banque de Montréal c Niagara Finance Inc*, JE 92-1477 (CQ); Deschamps, « Les comptes », *supra* note 49 à la p 88. En Ontario : *Ontario (AG) v Royal Bank*, [1970] 2 OR 467, 11 DLR (3d) 257 (ON CA). En droit français : Christian Gavalda, *Commentaire d'arrêt : Crédit commercial de France c Institution de retraite des industries de l'habillement*, CA Rouen 2 Chron 14.11.79, « Saisie-arrêt-comptes en banque », DS 1980, Juris 128.

91. *Loi sur les banques*, *supra* note 39, art 462(1); *Parmar c Banque Royale du Canada*, [1992] RRA 931 (QC CA), JE 92-1623. La cession de créances du client signifiée dans les journaux est invalide : *Caisse populaire Desjardins de Laval-des-Rapides c Banque Laurentienne du Canada*, JE 96-90 (CS). La cession de créances prend rang sur une autre, de date antérieure, selon la date de la signification : *Société immobilière Marathon Ltée c Legris*, JE 96-219 (CS).

92. *Garon Realty & Ins Ltd v James*, [1978] 6 WWR 694 (BC SC), [1978] 3 ACWS 325.

93. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, *supra* note 68, telle que modifiée, arts 224(4.2), 274(4), de la *Loi sur les impôts*, RLRQ c I-13, art 1030, et de la *Loi sur le ministère du Revenu*, RLRQ c M-31, arts 13, 15, 15.8; *Sioui c Sous-ministre du Revenu*, [1995] RJQ 2492 (CS), JE 95-1683; *Investissements Baie-Comeis Inc (Syndic d')*, [1995] RJQ 127 (CS), JE 95-50 (désistement d'appel); *Bâtiment Fafard International Inc c Québec (Sous-ministre du Revenu)*, DFQE 97F-9 (QC CS). Voir en doctrine Deschamps, « Les comptes », *supra* note 49 aux pp 89–91.

94. *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 RCS 94.

nous invite M^e Michel Deschamps⁹⁵, que la banque pourrait accepter d'honorer des chèques ou des ordres de virement de fonds du client, s'il reste de l'argent dans le compte.

La saisie du compte ne peut viser que les fonds saisissables. D'une manière générale, le découvert bancaire et la marge de crédit non utilisée ne sont pas saisissables, car l'argent mis ainsi à la disposition du client ne représente pas un solde positif du compte et la banque n'est donc pas débitrice de ces sommes. En d'autres termes, cet argent est exclu du patrimoine du client. Il en va de même de tous les paiements qui ont été transmis au client par chèque ou par virement si, à la date de la saisie, ils n'ont pas été compensés et réglés par la banque centrale⁹⁶. De plus, comme les sommes déposées dans un compte conjoint et dans un compte en fidéicomis sont fongibles par nature, il est parfois difficile de déterminer avec précision la part du créancier.

Depuis quelques années, le législateur a déclaré incessibles et insaisissables les prestations de la Sécurité du revenu et des fonds de pension⁹⁷. Quelques décisions reconnaissent toutefois le caractère insaisissable du solde constitué en totalité de ces prestations ou en partie si elles peuvent être clairement identifiées, en raison du caractère d'ordre public de la loi qui les déclare insaisissables⁹⁸. Tant que le prestataire n'a pas disposé de ces montants, les prestations conserveraient leur caractère insaisissable⁹⁹. Dans le même esprit, le compte de banque d'un Autochtone est en principe insaisissable en vertu du paragraphe 89(1) de la *Loi sur les Indiens*¹⁰⁰.

95. Deschamps, « Les comptes », *supra* note 49 aux pp 88–89.

96. Il est généralement reconnu que le paiement devient final et irrévocable après la compensation interbancaire: Arthur Oulai, « La détermination du moment de l'achèvement du virement: l'apport de l'article 4A du *Uniform Commercial Code* » (2006) 21 BFLR 215; L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.48 aux pp 144–50.

97. *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, RLRQ c S-32.001, arts 7, 31, 40; *Loi sur le régime de rentes du Québec*, RLRQ c R-9, art 145; *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, LRC 1985 c O-9, art 36.

98. *Imprimerie d'Arthabaska Inc c 9041-8955 Québec Inc*, BE 99BE-1194 (CQ).

99. *Sous-ministre du Revenu du Québec c Veillette*, [1987] RJQ 223 (CP), JE 87-44; *Montesano c Cardenas*, JE 87-133 (CP); *Caisse populaire Desjardins de St-Paul d'Abbotsford c Fafard*, [1989] RDJ 356 (QC CA), JE 89-299; *Tardif c Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1994] RDJ 101 (QC CA), JE 93-1889; *Sojolin Ltée c Lussier-Duhamel*, JE 94-387 (CQ), (rente de la Régie des rentes du Québec). Voir cependant *Québec (PG) c Audet*, JE 96-362 (CS); *Hébert c Giguère*, [2003] RJQ 89 (CS), REJB 2002-35107; *Lefebvre c Mazerolle*, REJB 1997-02331 (CQ).

100. LRC 1985, c I-5. Toutefois, un Indien peut saisir un autre Indien. Voir notamment Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Droit commercial les sûretés fédérales 2000*, Victoria (C-B),

S'agissant d'une saisie par le créancier du titulaire du compte en fidéicommiss, il serait malvenu pour celui-ci de procéder ainsi, puisque le contenu n'appartient pas, par nature, au titulaire du compte, car il est un simple administrateur du bien d'autrui. Il en va ainsi du créancier d'un débiteur dont l'argent est détenu par le titulaire d'un compte en fidéicommiss. Dans ces cas, les tribunaux ont affirmé que l'argent, bien fongible par nature, ne peut être saisi, car il est confondu dans la masse monétaire du compte et ne peut donc être identifié¹⁰¹. Il faut ajouter que l'ancien règlement du Barreau du Québec sur les comptes en fidéicommiss prévoyait que l'avocat conservait un recours « par voie de privilège, compensation ou autrement » à l'égard des sommes déposées dans ce compte¹⁰², mais ce droit n'a pas été repris dans le nouveau règlement¹⁰³. Cette situation pourrait s'expliquer par le fait que les tribunaux se sont montrés réticents à reconnaître à un avocat le droit de saisir avant jugement les sommes de son client détenues dans un compte général en fidéicommiss, bien qu'ils soient plus enclins à la saisie de sommes détenues dans un compte spécial¹⁰⁴. Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence nous laisse en quelque sorte perplexe, puisque les méthodes comptables permettent d'identifier avec exactitude la quote-part des sommes détenues en commun dans un compte bancaire. Il va sans dire que cette impossibilité des créanciers de saisir le compte en fidéicommiss du titulaire permet à ce dernier de cesser d'utiliser son compte courant et de se servir de son compte en fidéicommiss comme s'il s'agissait d'un compte courant, ce qui constitue une entorse aux règles actuelles¹⁰⁵.

Notons toutefois l'affaire *Laporte c Lauzon*, dans laquelle des investisseurs avaient transféré des sommes d'argent à un gestionnaire de

Réunion annuelle, juin 2000, en ligne : <www.ulcc.ca/fr/2000-victoria-bc-fr-fr-1/342-documents-de-la-section-civile-2000/339-droit-commercial-les-suretes-federales-2000?start=6>.

101. *Yellow Eagle Mining Inc c Red Falcon Holding Ltd et al*, [1999] RJQ 21 (CA), REJB 1998-09726; *Chua c Von Braun*, [1993] JQ n° 2603, JE 93-1872; *Montgomery Investment Cg Ltd c CFI Operating Co Ltd et al*, [1977] CS 862 (QC CS), JE 77-41. Il a parfois été décidé que seul le créancier du titulaire du compte peut saisir les sommes : *In re Harp Investments Inc : Copropriété Le Montérégien c 2424-8080 Québec inc*, [1992] RJQ 1581 (CS), JE 92-508 (règlement à l'amiable, QC CA); *Joltok c Banque de Montréal*, 2007 QCCQ 947, (obiter dictum) [Joltok].

102. *Règlement sur la comptabilité et les comptes en fidéicommiss des avocats*, RRQ 1981, c B-1, r 3, art 3.09.

103. *Règlement sur la comptabilité et les normes d'exercice professionnel des avocats*, supra note 15.

104. *Goldwater Dubé Inc c ET*, 2010 QCCQ 4689, JE 2010-1236; *Goldwater Dubé c KD*, 2006 QCCQ 9739, JE 2006-2047.

105. Voir « Son compte en fidéicommiss, utilisé comme compte personnel », (1^{er} août 2005) 37:12 *Journal du Barreau*, en ligne : <www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol37/no12/discipline2.html>.

fonds communs de placement¹⁰⁶. Or, celui-ci ayant déclaré faillite, le syndic, le liquidateur et les investisseurs désiraient prendre possession de cet argent. La Cour supérieure a déclaré que le compte en fidéicommis, où reposait l'argent, avait été créé au moyen de l'article 1260 CcQ, et que le transfert du patrimoine constituait un patrimoine d'affectation. Ainsi, elle a d'abord considéré qu'en vertu de l'article 67(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁰⁷, le syndic ne pouvait pas avoir la saisine de ces sommes, car elles n'appartenaient pas à la débitrice (le gestionnaire). Ensuite, puisque ces sommes faisaient partie du patrimoine d'affectation, la Cour a jugé que le liquidateur en avait le contrôle et devait les reprendre pour les redistribuer¹⁰⁸.

d. La clôture du compte

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, le contrat bancaire est un contrat personnel *intuitu personæ* d'une durée indéterminée. Outre le cas d'un compte inactif¹⁰⁹, la relation contractuelle se termine lors de la

106. *Laporte, supra* note 7. Dans cette histoire hautement médiatisée, trois investisseurs avaient remis près de deux millions de dollars à Fonds Évolution inc, gestionnaire de fonds communs de placement offerts par le Groupe Norbourg, pour l'achat de parts dans les Fonds Évolution, et cet argent a été placé dans un compte en fidéicommis. Un certain nombre de parts dans ce fonds a été attribué aux investisseurs le lendemain. Deux jours plus tard, soit avant que cet argent ne soit transmis au gardien des valeurs des fonds communs de placement, l'Autorité des marchés financiers a rendu une ordonnance de blocage de ces fonds. Les investisseurs ont demandé le remboursement intégral de leur investissement, en alléguant que les formalités de l'achat n'avaient pas été remplies. Le liquidateur des biens des Fonds Norbourg et Évolution, ainsi que de vingt-cinq autres Fonds du Groupe Norbourg, prétendait que ces formalités avaient bel et bien été remplies et que ces liquidités faisaient partie du patrimoine d'affectation de ces Fonds, le compte en fidéicommis constituant une fiducie. Le cas échéant, il aurait la responsabilité de la gestion de ce compte et de la distribution du contenu de celui-ci. Enfin, le syndic chargé du dossier de faillite de la gestionnaire des Fonds Évolution (Norbourg Gestion d'actifs Inc) alléguait que l'argent déposé dans le compte en fidéicommis faisait partie des biens de la faillite dont il avait la saisine. Il soutenait que le compte en question ne constituait pas une fiducie au sens du *Code civil du Québec*. Par conséquent, ces sommes constituaient un actif de la (ou des) débitrice(s) précitée(s), selon les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité, supra* note 35, qui devaient être éventuellement distribuées aux créanciers de ces débitrices faillies, selon les principes et les règles de cette Loi. Le liquidateur demandait que soient déterminés les droits des parties sur les sommes en litige.

107. *Ibid.*

108. *Ibid* au para 87.

109. Pour les banques, l'article 438(1) de la *Loi sur les banques, supra* note 39, prévoit que le dépôt dans un compte bancaire doit être versé à la Banque du Canada après une période de dix ans d'inactivité et que ce versement libère la banque de toute responsabilité par la suite. Pour les caisses populaires, l'article 2, al 1(6°) de la *Loi sur les biens non réclamés*, RLRQ c B-5.1, prévoit que le ministre du Revenu devient l'administrateur provisoire des biens non réclamés

clôture du compte par un geste volontaire, ou non, d'un cocontractant. À ce moment prend fin le mandat de la banque d'honorer les ordres de paiement et de recouvrer les effets de commerce. Le solde créditeur du compte devient immédiatement exigible, soit par le client lui-même, soit par ceux qui y ont droit en vertu de la loi. Inversement, si le solde est débiteur, la banque peut en poursuivre le recouvrement dans une action pour dettes. Il peut donc y avoir un règlement de comptes par le jeu de la compensation légale. Par ailleurs, pour les prêts que la banque consent au client, mais qui ne sont pas échus, la clôture du compte pour des causes volontaires n'a pas pour effet d'en précipiter l'échéance.

Le principe de départ est que chaque partie peut mettre fin au contrat unilatéralement en tout temps, notamment en raison de soupçons de blanchiment d'argent¹¹⁰. Le client peut le faire expressément en s'adressant à la succursale de la tenue du compte, mais le plus souvent, toutefois, la clôture sera tacite, le client retirant le solde de son compte et cessant toute opération. La banque n'est alors plus tenue de payer les ordres de paiement présentés postérieurement. Pour la banque, la clôture est expresse lorsqu'elle prend l'initiative de fermer le compte.

Pour le compte d'épargne, la banque n'aurait pas à donner d'avis et pourrait repayer le solde en tout temps, à moins d'une stipulation contraire. Pour le compte courant, à moins de convention contraire, la banque ne pourrait mettre fin aux rapports contractuels avec son client d'une façon brutale ou arbitraire. Il faut considérer qu'en vertu d'une stipulation implicite du contrat bancaire, la banque ne peut fermer le compte de son client sans un avis préalable accompagné d'un délai raisonnable¹¹¹, lequel pourrait être, selon nous, d'un mois, afin que le client puisse réorganiser son service de caisse (c'est-à-dire la gestion des versements préautorisés mensuels et récurrents)¹¹². D'autres causes peuvent entraîner la résiliation d'un contrat bancaire, à partir

en vertu de l'article 3, al 1(1°). Puisque le retrait du contenu d'un compte constitue une clôture implicite de celui-ci, ce transfert consacre la fermeture du compte.

110. *RCG Forex Service Corp v HSBC Bank Canada*, 2011 BCSC 315, [2011] BCWLD 5339; *B-Filer Inc v TD Canada Trust*, 2008 ABQB 749, [2008] AJ n° 1397; *B-Filer Inc v Bank of Nova Scotia*, 2005 ABQB 704, [2005] AWLD 3734.

111. *Joachimson*, *supra* note 74. En droit français, on exige que la banque qui clôture un compte ait des motifs graves pour ce faire : CA Paris, 13 mars 1975.

112. L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.37(a) à la p 125.

du moment où la banque est avisée, tels le décès ou la faillite du client et la dissolution de la société¹¹³.

Outre ces cas usuels de fermeture de compte, la banque peut également fermer un compte sans préavis en cas d'activités frauduleuses¹¹⁴, bien que certains juges aient obligé la banque à accorder un délai avant la fermeture afin que le client puisse procéder au transfert de ses affaires dans une nouvelle institution financière¹¹⁵. En s'appuyant sur l'adage *fraus omnia corrumpit*, nous approuvons la décision de la banque de fermer un compte promptement lorsque le service d'enquête interne conclut à une activité frauduleuse, bien qu'il faille toutefois garder à l'esprit que cette décision de la banque est unilatérale, susceptible de confirmation ou de rejet par un tribunal. Ainsi, la clôture du compte sans avis suffisant et sans motifs pourrait entraîner une réclamation en dommages-intérêts pour les inconvénients et le préjudice subis. Toutefois, le client ne pourrait pas, au moyen d'une injonction, forcer la banque à maintenir le compte ouvert jusqu'à ce qu'il reçoive un avis suffisant¹¹⁶.

Le titulaire d'un compte en fidéicommis devra respecter certaines conditions lors de la fermeture du compte et ne pourra le laisser s'éteindre tacitement.

3. L'indépendance des comptes

Lorsque le client est titulaire de plusieurs comptes à la même institution financière, la banque doit présumer que son intention est que ceux-ci soient administrés indépendamment les uns des autres, à moins de stipulation contraire, ce qui signifie que les soldes et les intérêts seront traités distinctement¹¹⁷. La question d'importance est la suivante : la banque peut-elle compenser les comptes les uns par les autres?

113. Après le délai d'un mois à partir de la date à laquelle la banque a avisé le syndic, si celle-ci n'a reçu aucune instruction du syndic, elle peut reprendre les opérations du compte : *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, *supra* note 35, art 78; *Re DA Bamford (Marine) Ltd*, (1970) 14 CBR ns 307 (ON SC), 1970 CarswellOnt 88.

114. *Inter-City Express Ltd v Toronto-Dominion Bank*, (1976) 66 DLR (3d) 754 (BC SC), [1976] WWR 73.

115. *Prosperity Ltd v Lloyds Bank Ltd*, (1923) 309 TLR 372 (KB).

116. L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.37(a) à la p 125.

117. *Paramount Fabrics Ltd v Imperial Bank of Canada*, [1961] BR 602 (QC BR), (appel à la CSC rejeté); *Garnett v McKewan*, [1872] LR 8 Exch 10.

À titre d'exemple, si le compte courant est déficitaire d'un montant de 100 \$, le client a alors une dette de ce montant envers la banque. Si, de plus, ce client possède un compte d'épargne qui contient la somme de 200 \$, il a donc une créance envers la banque. Dans les faits, le client n'a qu'une créance de 100 \$ contre la banque. Si celle-ci craint que le client ne puisse lui rembourser sa dette de 100 \$, elle sera encline à opérer une compensation entre le compte courant, déficitaire de 100 \$, et le compte d'épargne, créateur de 200 \$. La compensation entre les comptes est possible à certaines conditions. L'article 1634 CcQ prévoit que la compensation légale s'opère en tout temps entre deux créances qui sont liquides, certaines et exigibles. Les tribunaux reconnaissent que la banque a ainsi le droit de compenser lorsqu'elle craint pour sa créance¹¹⁸, de même qu'en cas de faillite¹¹⁹. Si une convention d'ouverture de compte a été conclue entre les parties, ce droit est alors également accordé à la banque¹²⁰, le client autorisant la banque, dans une stipulation, à compenser, quand bon lui semble, le solde créateur éventuel de l'un de ses comptes par le solde débiteur d'un autre compte ou d'une carte de crédit émise.

Toutefois, il faut considérer la finalité des comptes et l'identité du titulaire, pour déterminer le droit de la banque de procéder à une compensation. Si les comptes ont des affectations spécifiques, la compensation légale ne pourra avoir lieu sans le consentement du titulaire¹²¹. Tel sera le cas d'une compensation au moyen d'un transfert de fonds entre un compte courant et un compte conjoint¹²², ou entre un compte courant et un compte en fidéicommiss. Or, s'il existe une convention de compensation par laquelle le client consent à la compensation entre deux comptes de finalité distincte, la banque pourra alors

118. *National Westminster Bank Ltd v Halesowen Presswork & Assemblies Ltd*, [1972] AC 785 [National Westminster]; *Trade Square Properties Inc v Cotecna Canada Inc*, JE 93-446 (CQ); *Clarkson v Dominion Bank*, (1919) 58 SCR 448; *Belows v Dalmy*, [1978] 4 WWR 630, 4 BLR 205 (MB QB).

119. *In Re Hil-A-Don*, *supra* note 50.

120. Il peut notamment s'agir d'une convention de comptes-miroirs, ce qui facilite les opérations pour la banque : *Gestion Panaber Inc c Banque Toronto-Dominion*, JE 2000-1186 (CS); *Arthur Andersen Inc v Toronto-Dominion Bank*, 17 OR (3d) 363, 1994 CanLII 729 (ON CA) [Andersen]; *Granite Insurance Co c Toronto-Dominion Bank*, [2006] OJ n° 5148 (ON SC), 2006 CanLII 42785 [Granite Insurance].

121. *Bradford Old Bank Ltd v Sutcliffe*, [1918] 2 KB 833; *Buckingham & Co v London and Midland Bank Ltd*, (1895) 12 TLR 70 (QB Div).

122. *Laplante (In re) c Banque Royale du Canada*, JE 79-932 (CS), (compte appartenant à trois déposants).

compenser les soldes entre les comptes. Le cas échéant, il n'existe aucune obligation de la part de la banque de notifier le client¹²³.

II. LA RESPONSABILITÉ DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES

À l'instar de tout professionnel, la banque doit démontrer qu'elle possède l'habileté à laquelle on s'attend d'une personne ayant des qualifications conformes aux usages de la profession. Bien que dans le cours normal des activités bancaires, les banques agissent de manière rigoureuse, il arrive que des erreurs surviennent et que le client subisse un préjudice. Les problèmes liés au compte en fidéicommiss tirent habituellement leur source de la fraude commise par le titulaire du compte, celui-ci ayant fait passer ses intérêts personnels avant ceux du bénéficiaire. En ce cas, le recours du bénéficiaire contre le titulaire peut s'avérer impossible lorsque celui-ci n'est pas assuré, que l'assurance ne couvre pas l'entièreté du dommage ou que le titulaire est insolvable ou en faillite. Le cas échéant, le bénéficiaire devra exercer un recours contre la banque pour être indemnisé. Quelle est l'intensité de l'obligation de la banque?

Il faut d'abord analyser l'obligation fiduciaire en common law et l'obligation de loyauté en droit civil (A) avant de se pencher sur les principes de la gestion des sommes détenues en fidéicommiss, soit le principe de non-immixtion et l'exception en cas d'opérations suspectes au compte (B). En raison des origines anglo-saxonnes du droit bancaire québécois, nous présentons les règles de common law et leur transposition en droit québécois.

A. L'obligation fiduciaire et l'obligation de loyauté

Les relations juridiques entre une institution financière et un client sont fondées sur une relation de confiance. Vu la complexité parfois désarmante du secteur des services financiers aux yeux du client *lambda* (consommateur), cette confiance se justifie par la perception qu'a le client du représentant de l'institution financière, selon laquelle celui-ci est un professionnel de cette industrie à qui il peut se

123. *Wallinder v Imperial Bank of Canada*, [1925] 4 DLR 390 (BC CA), [1925] 3 WWR 409; *Daniels v Imperial Bank of Canada*, (1914) 19 DLR 166 (AB SC), 30 WLR 133; *National Westminster*, *supra* note 118.

fier pour obtenir de l'information, des renseignements ou des conseils pertinents. Aussi, le degré de confiance du client envers le professionnel des services financiers sera-t-il plus élevé si le client est un néophyte en ce domaine¹²⁴.

D'une manière générale, cette relation de confiance existe dans le cadre de diverses activités financières, comme la gestion de portefeuille, le secteur du dépôt et celui des assurances¹²⁵. En droit bancaire, cette relation débute dès l'ouverture du compte bancaire et elle s'étend notamment aux activités de prêt et de crédit. Cette relation est d'autant plus importante dans le secteur des services financiers que le contrat bancaire est, par sa nature même, un contrat relationnel, c'est-à-dire que la relation contractuelle est fondée sur une coopération qui s'étend sur un certain laps de temps¹²⁶.

Cette relation de confiance est un élément clé des rapports et des obligations entre la banque et son client, que ce soit en common law (1) ou en droit civil (2).

1. Le droit anglo-saxon

Bien qu'elle soit le plus souvent de nature simplement contractuelle, il peut arriver qu'une relation entre une banque et un client se métamorphose en une relation fiduciaire¹²⁷. La Cour suprême du Canada a souligné que ce type de rapport doit présenter trois caractéristiques : le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire; le fiduciaire peut exercer unilatéralement ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire; et le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la

124. Voir en droit canadien anglais : *Hodgkinson c Simms*, [1994] 3 RCS 377, 1994 CanLII 70 (CSC) [*Hodgkinson*]; en droit québécois : *Markarian c Marchés mondiaux CIBC inc*, 2006 QCCS 3314, [2006] RJQ 2851 (règlement à l'amiable, CA) [*Markarian*].

125. Mario Naccarato, « La juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » dans Raymonde Crête et al, dir, *Courtiers et conseillers financiers – Encadrement des services de placement*, vol 1, coll « CÉDÉ », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 173; Raymonde Crête, Marc Lacoursière et Cynthia Duclos, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement » dans Crête et al, *ibid*, 229.

126. Naccarato, *supra* note 125 aux pp 472–75.

127. Comme le soulignait le juge Dickson, « il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives » : *Guerin c R*, [1984] 2 RCS 335 à la p 384, 1984 CanLII 25 (CSC); *Lac Minerals*, *supra* note 79 à la p 597.

merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire¹²⁸. Il est possible que ces trois caractéristiques ne soient pas présentes, mais la dépendance ou la vulnérabilité est la caractéristique qui a été jugée indispensable¹²⁹. Comme le mentionnait le juge La Forest dans l'arrêt *Lac Minerals c International Corona Ressources Ltd*, « [l]es rapports de confiance qui se sont établis entre Corona et Lac sont un facteur auquel il convient d'accorder un poids considérable lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existait une obligation fiduciaire entre les deux parties »¹³⁰. Considéré comme étant « [t]he hallmark of a trust », la relation fiduciaire consiste essentiellement en l'administration de biens au nom d'autrui¹³¹. Concrètement, un rapport de force déséquilibré entre les parties, ou un rapport de dépendance, sous-entend un rapport fiduciaire. Comme l'a mentionné la professeure Margaret H Ogilvie¹³², les tribunaux ont reconnu l'existence d'une telle relation vers la fin des années 1950¹³³. À titre d'exemple, il peut s'agir de donner un conseil sur un investissement, de réaliser des sûretés et de fournir des références au sujet du crédit (donc, de la réputation) d'un client¹³⁴. Le rapport fiduciaire est contractuel, mais il peut également être implicite et s'inférer des circonstances (*constructively*). Dans ce cas, le consentement n'est pas nécessaire (telle la relation entre un parent et un enfant)¹³⁵.

En common law, le rapport fiduciaire entre la banque et le client mène habituellement à une obligation fiduciaire¹³⁶, bien que ce ne soit pas nécessairement toujours le cas¹³⁷.

En mettant de côté la relation de base entre une banque et son client, il est intéressant de considérer la relation triangulaire entre une

128. *Lac Minerals*, *ibid* à la p 599; *Frame c Smith*, [1987] 2 RCS 99 à la p 102, 1987 CanLII 74 (CSC). Voir également *Lloyds Bank Ltd v Bundy*, [1975] QB 326 (CA) [*Lloyds Bank*]; *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd*, [1964] AC 465 (HL) [*Hedley*]; *Woods v Martins Bank*, [1959] 1 QB 55 [*Woods*]; Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 aux pp 202–03.

129. *Lac Minerals*, *supra* note 79 à la p 599.

130. *Ibid* à la p 656.

131. Donovan WM Waters, Mark R Gillen et Lionel D Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 4^e éd, Toronto, Carswell, 2012 à la p 42.

132. Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 aux pp 202–03.

133. *Woods*, *supra* note 128; *Hedley*, *supra* note 128; *Lloyds Bank*, *supra* note 128.

134. Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 aux pp 219–26.

135. Paul B Miller, « Justifying Fiduciary Duties » (2013) 58:4 RD McGill 969 à la p 986.

136. *Ibid* à la p 973; Waters, Gillen et Smith, *supra* note 131 aux pp 42–46.

137. Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 aux pp 206–07; *Lac Minerals*, *supra* note 79 à la p 647; Waters, Gillen et Smith, *supra* note 131 à la p 45. À l'inverse, il peut arriver qu'un rapport non fiduciaire entraîne une obligation fiduciaire : *Lac Minerals*, *ibid* à la p 631.

banque, un titulaire de compte en fidéicommiss et un bénéficiaire. Présumons qu'il existe une relation fiduciaire entre le client de la banque (par exemple, un avocat, aussi appelé un fidéicommissaire) et un tiers (par exemple, un bénéficiaire); dans cette situation, est-ce qu'il existe une relation fiduciaire entre la banque et son client (fidéicommissaire), ou entre la banque et le bénéficiaire? En d'autres termes, est-ce que la banque est responsable envers le bénéficiaire pour un manquement à une obligation fiduciaire? En droit bancaire canadien, le principe fondamental repose sur l'idée que la banque est un tiers par rapport à la fiducie (fidéicommiss, *trust*) qui existe entre le fiduciaire (fidéicommissaire, *trustee*) et son client (bénéficiaire). Il n'existe peut-être pas une relation fiduciaire entre la banque et le bénéficiaire, mais plutôt une obligation fiduciaire, basée sur la confiance, qui apparaît dans la doctrine de la fiducie par interprétation (*constructive trustee*)¹³⁸.

Le devoir d'une institution financière repose sur la relation entre celle-ci et son client, relation qui est régulière ou parfois fiduciaire. Dans une relation bancaire courante, il existe une norme implicite de prudence, à moins que celle-ci n'ait été écartée par une clause contractuelle explicite¹³⁹. En particulier, dès l'ouverture d'un compte bancaire, il existe sur les épaules du banquier un devoir de prudence, qui lui impose de vérifier l'autorisation de signer du client, notamment lors de l'émission d'un chèque¹⁴⁰. Ce devoir devient plus exigeant dans le cadre d'une relation fiduciaire. La nature de la relation est donc cruciale.

Comme nous l'avons souligné au début de ce texte, l'ouverture du compte marque le début de la relation bancaire entre la banque et son client. Dans la décision phare *Foley v Hill*, rendue en 1848, la Chambre

138. Bradley Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 2014 (feuilles mobiles) au para 9:20.40(2) à la p 9-102 [Crawford, *The Law of Banking*]; Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 aux pp 227–34, 255–56.

139. Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9:20.30(2) aux pp 9-24.12 à 9-24.13; *Groves-Raffin Construction Ltd v Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1975] BCJ n° 1173 au para 13, (1975) 64 DLR (3d) 78 (BC CA) [Groves-Raffin]; *Selangor United Rubber Estates Ltd v Cradock (No 3)*, [1968] 1 WLR 1555 aux pp 118–19, [1968] 2 All ER 1073 [Selangor]; *Hilton v Westminster Bank Ltd* (1926), 135 LT 362 à la p 362 (CA); *Claiborne Industries Ltd et al v National Bank of Canada et al*, [1986] OJ n° 526, 1986 CanLII 2724 (ON SC) [Claiborne]; *Dupont Heating & Air Conditioning Limited v Bank of Montreal*, [2009] OJ n° 386, 2009 CanLII 2906 (ON SC). *A contrario*: *Dynasty Furniture Manufacturing Ltd v Toronto-Dominion Bank*, 2010 ONSC 436 au para 60, conf par 2010 ONCA 514; 2014 ONSC 4933, conf par 2015 ONCA 137 [Dynasty]; *Grossman c Toronto-Dominion Bank*, 2014 ONSC 3578 au para 45, 241 ACWS (3d) 813 [Grossman].

140. Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9:10.10(3) aux pp 9-5 à 9-6.6; Grossman, *supra* note 139 aux para 31, 42.

des Lords a jugé que la relation entre les parties était une relation créancier-débiteur¹⁴¹, excluant ainsi l'existence d'une relation fiduciaire¹⁴². Les paragraphes 437(3) et (4) de la *Loi sur les banques* prévoient que la banque « n'est pas tenue de veiller à l'exécution d'une fiducie à laquelle est assujetti un dépôt effectué sous le régime de la présente loi »¹⁴³. Les autorités juridiques appliquent ces paragraphes, comme le tribunal l'a souligné dans l'affaire *Arthur Andersen Inc v Toronto-Dominion Bank*¹⁴⁴. À titre d'illustration, les sommes déposées dans les comptes en fidéicommiss sont détenues par des tiers, comme l'argent qui se trouve dans des comptes dont les titulaires sont des professionnels (par exemple, les avocats et les notaires) ou des sociétés assujetties à une loi exigeant un tel compte, peu importe que les bénéficiaires soient des clients, des tuteurs et curateurs, des incapables, des insolubles ou des aînés¹⁴⁵. Cependant, bien que ces comptes en fidéicommiss soient détenus dans une banque, la relation ne crée pas nécessairement une relation fiduciaire entre la banque et son client. Cela diffère de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*¹⁴⁶ et des lois provinciales correspondantes¹⁴⁷, qui prévoient que la société de fiducie qui reçoit en dépôt des sommes d'argent est réputée les détenir en fiducie pour le compte de ses déposants et doit en garantir le remboursement.

Enfin, comme le mentionne un auteur :

the substantive difference between a fiduciary duty and a common law duty to exercise reasonable care and skill is that the

141. *Foley v Hill*, *supra* note 49 à la p 1009.

142. Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9-50.10 à la p 9-94.46 : *There is no doubt that, as a general principle, the relation of banker and customer is not one recognized at law as necessarily constituting the banker a fiduciary for the customer, or for that matter, for any other person with whom the bank may deal in the ordinary course of its banking business.*

Voir également *McEachren v Royal Bank*, [1990] AJ n° 1145, 1990 CanLII 2621 (AB QB) [*McEachren*].

143. *Loi sur les banques*, *supra* note 39.

144. À titre d'exemple, *Andersen*, *supra* note 120 au para 40 : *Indeed, s 206(1) and (2) of the Bank Act, RSC 1985, c B-1, specifically states that a bank is not bound to see to the execution of any trust, whether express, implied or constructive, to which any deposit is subject, and that, where a bank has notice of a trust, a receipt or cheque signed by the person in whose name the account stands is a sufficient discharge to all concerned.*

Sur la fiducie par interprétation, voir *supra* note 79.

145. Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 à la p 255.

146. LC 1991 c 45, arts 2 (« dépôt »), 57(2).

147. Voir généralement *Loi sur les sociétés de prêt et de fiducie*, LRO 1990, c L.25, art 155.

*former generally includes the additional duties of loyalty, good faith, avoidance of conflict of duty and self-interest and full disclosure*¹⁴⁸.

Concrètement, la professeure Ogilvie rappelle que cette obligation est présente de nos jours dans trois situations précises : lors de conseils financiers ou d'investissements, lors de la prise d'une sûreté et lors de la fourniture de références de crédit à un tiers¹⁴⁹.

2. La transposition des principes anglo-saxons en droit civil québécois

Il est convenu qu'en droit civil québécois, le contrat bancaire doit être conclu et exécuté de bonne foi¹⁵⁰, l'article 1375 CcQ lui étant d'ailleurs inhérent¹⁵¹. Cependant, bien que l'obligation fiduciaire de common law n'existe pas en droit civil québécois, il faut reconnaître que la norme équivalente, c'est-à-dire le devoir de loyauté¹⁵², gouverne les relations contractuelles entre la banque et son client et existe dans plusieurs contrats fondés sur la confiance¹⁵³. Lorsque cette relation particulière est présente, ce devoir de loyauté interdit à la banque de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts et l'oblige, le cas échéant, à la divulguer loyalement à son client. Une obligation de loyauté pèse sur les banquiers en tant qu'obligation inhérente à l'exercice de leur profession¹⁵⁴. Cette obligation existe, entre autres, dans le contexte de l'administration du bien d'autrui et d'un contrat de mandat¹⁵⁵. Le rapport de confiance qui s'établit entre la banque et son

148. John D Marshall, « The Relationship Between Bank and Customer: Fiduciary Duties and Confidentiality » (1986) 1 BFLR 33 aux pp 40–41.

149. Ogilvie, *Bank and Customer Law*, *supra* note 4 aux pp 219–26, et la jurisprudence citée par cette auteure.

150. *Banque Nationale c Soucisse et autres*, [1981] 2 RCS 339, 1981 CanLII 31 (CSC).

151. *Banque de Montréal c PG (Québec)*, [1979] 1 RCS 565, 1978 CanLII 173 (CSC). Il en est de même pour les sociétés de fiducie : *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ c S-29.01, art 200; *Corp Génasco c Filion*, JE 98-2274 (CS) (juge Dalfond).

152. Michelle Cumyn, « L'administration du bien d'autrui après 20 ans » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité : mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 153 à la p 166.

153. *Markarian*, *supra* note 124.

154. L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.170(b) aux pp 339–40.

155. Arts 1309, 1310, 2138 CcQ. Voir L Hélène Richard, « L'obligation de loyauté des administrateurs de compagnies québécoises : une approche extracontractuelle » (1990) 50 R du B 925. Dans *Hydro Electric Power Commission of Ontario v Brown*, (1959) 21 DLR (2d) 551, [1960] OR 91 (ON CA), le juge Morden s'exprimait ainsi : « [i]l est bien établi qu'un mandat est une relation fiduciaire

client, dans certaines circonstances, peut entraîner des devoirs analogues à ceux auxquels est tenu le mandataire qui ne peut préférer son intérêt personnel à celui de son mandant¹⁵⁶. L'obligation de loyauté signifie que la banque doit être sensible aux situations où le client met sa confiance dans l'expertise et l'intégrité de l'institution. Si elle accepte cette confiance, la banque doit comprendre qu'il en découle des conséquences particulières. Ainsi, ce devoir de loyauté trouve application dans le cas de rapports inégalitaires où les conflits d'intérêts et l'abus de confiance peuvent porter préjudice au client, soit une personne vulnérable en l'espèce.

Le client vulnérable est confronté à l'exercice d'un pouvoir unilatéral susceptible de nuire à ses intérêts. Dans certaines situations, la preuve doit être faite que les parties ont toutes deux compris que l'une d'elles a renoncé à ses propres intérêts et choisi d'agir uniquement dans l'intérêt de l'autre. Dans une telle relation de dépendance, le degré de vulnérabilité n'est qu'un facteur. Cependant, dans d'autres circonstances, la vulnérabilité d'une partie est inhérente à la relation, comme dans la relation fiduciaire-bénéficiaire. Le cas échéant, la compréhension qu'une partie va agir dans l'intérêt supérieur de l'autre devient très importante, ce qui ne peut être établi que par un examen méticuleux des faits¹⁵⁷. Il existe donc une corrélation entre l'obligation de loyauté de la banque et le degré de connaissance du client, qui entraîne une intensité plus grande de l'obligation de loyauté lorsqu'il s'agit d'un

qui impose des obligations bien définies au mandataire lorsqu'il agit pour son mandant» (*ibid* à la p 553). Cette doctrine est plus développée dans le droit des sociétés: *Canadian Aero Service Ltd c O'Malley*, [1974] RCS 592, 1973 CanLII 23 (CSC). Dans *Entreprises Rock Ltée (In Re)*: *Nozetz et Habitations CJC Inc*, [1986] RJQ 2671 aux pp 4-5 (CS), JE 86-1036, le juge Dugas l'exprime ainsi:

La common law tient que l'administrateur d'une compagnie a les mêmes obligations envers les biens d'une compagnie que celles qui incombent à un «*trustee*» sur les biens qui lui sont confiés. Aussi, peut-on dire en common law que l'administrateur assume une obligation fiduciaire ou quasi fiduciaire. Le droit civil ne reçoit la notion de fiducie qu'exceptionnellement et n'admet pas qu'une fiducie s'établisse entre l'administrateur et les biens de la compagnie qu'il administre. Le droit civil définit le lien qui s'établit entre l'administrateur et la compagnie qu'il administre comme un mandat. [...] [c]e n'est pas introduire la common law dans notre système de droit civil que d'exiger de l'administrateur des biens d'autrui une éthique aussi stricte que celle que la common law impose.

156. Art 2138 al 2 CcQ (éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts), art 2146 CcQ (ne pas détourner l'information qu'il obtient), art 2139 CcQ (obligation d'information). Voir Pierre Cimon, «Le mandat» dans Barreau du Québec, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, vol 6, Collection de droit 2015-2016, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 69 aux pp 72-74; Claude Fabien, «Le nouveau droit du mandat» dans Barreau du Québec/Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil: obligations, contrats nommés*, t 2, Ste-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 881 aux pp 883, 895; Naccarato, *supra* note 125.

157. Voir *Hodgkinson*, *supra* note 124 aux pp 413-14.

client plus vulnérable, telle une personne âgée. Les circonstances d'application sont les mêmes que celles prévues en common law¹⁵⁸.

Ainsi, bien que l'obligation fiduciaire ait fait l'objet de multiples débats devant les tribunaux, la question de la relation fiduciaire, ou l'obligation de loyauté, entre l'institution financière et le client, en particulier le titulaire d'un compte en fidéicommiss, a été peu traitée en jurisprudence québécoise¹⁵⁹.

B. La gestion des sommes détenues en fidéicommiss

Les sommes déposées dans un compte en fidéicommiss font l'objet d'une gestion par les banques, conformément au principe de non-ingérence, ou non-immixtion, reconnu en droit bancaire canadien et québécois (1). Cependant, ce principe doit s'éclipser lorsque des opérations suspectes ou irrégulières surviennent dans le compte (2).

1. Le principe de non-ingérence

Lors d'un dépôt bancaire, la banque doit nécessairement se plier à quelques exigences incontournables. Elle doit vérifier l'identité du déposant ou de son mandataire¹⁶⁰ et s'assurer de déposer l'argent dans le bon compte, peu importe le moyen utilisé par le client : au comptoir, par guichet automatisé, par téléphone ou par Internet. Il va sans dire que la banque doit utiliser les méthodes commercialement sécuritaires qu'exigent les règles de l'art dans les circonstances. La banque assume une surveillance externe et formelle du fonctionnement du compte par la vérification de la régularité des signatures apposées sur les ordres de son client¹⁶¹. À la suite du dépôt de l'argent dans le compte bancaire, quelle est l'obligation de la banque?

158. Notons également les principales circonstances où cette obligation se retrouve : lorsqu'elle donne son avis sur un investissement virtuel ou une occasion d'affaires, lorsqu'elle prend une sûreté sur les actifs de son client ou d'un tiers; et lorsqu'elle est en conflit d'intérêts dans une opération particulière. À ce sujet, voir L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 aux n^{os} 1.172–1.174 aux pp 342–49.

159. *Joltok*, *supra* note 101.

160. S'il apparaît que, en raison de la nature de l'opération, le mandataire n'avait pas l'autorité d'agir, la banque doit s'informer, sinon elle sera tenue responsable : *Rainville c Banque Canadienne Nationale*, [1972] CS 849 (QC CS); *Dominion Gresham Guarantee & Casualty Co v Bank of Montreal*, [1929] RCS 572; *Begley v Imperial Bank*, [1935] RCS 89.

161. *239199 Alberta Ltd v Patel*, [1993] 8 WWR 199, 105 DLR (4th) 739 (AB QB).

Au regard de la relation bancaire, *stricto sensu*, les paragraphes 437(3) et (4) de la *Loi sur les banques* nient-ils l'existence d'une relation fiduciaire ou d'une obligation fiduciaire¹⁶²? Tel que le mentionnent trois auteurs, « *despite these provisions, a bank is still subject to the general law of knowing receipt and knowing assistance* »¹⁶³. Dans la décision *Arthur Andersen Inc v Toronto-Dominion Bank*, la Cour d'appel de l'Ontario a traité spécifiquement de cette question :

*it is not contended in this action that s. 206 [437] represents protection to banks in all circumstances. The real question is: at what stage in its dealings with a customer with trust funds on deposit does a bank's knowledge of its customer's affairs impose a duty on the bank to inquire as to the misapplication of trust funds*¹⁶⁴?

Dans l'arrêt *Citadelle (La), Compagnie d'assurances générales c Banque Lloyds du Canada*¹⁶⁵, le point de vue du juge La Forest est limpide, lorsqu'il mentionne que :

162. Ces paragraphes prévoient ce qui suit :

437(3) La banque n'est pas tenue de veiller à l'exécution d'une fiducie à laquelle est assujéti un dépôt effectué sous le régime de la présente loi.

(4) Le paragraphe (3) s'applique que la fiducie soit explicite ou d'origine juridique et s'applique même si la banque en a été avisée si elle agit sur l'ordre ou sous l'autorité du ou des titulaires du compte dans lequel le dépôt est effectué.

Loi sur les banques, *supra* note 39.

163. Waters, Gillen et Smith, *supra* note 131 à la p 524.

164. *Andersen*, *supra* note 120 au para 41. Voir également *Pardhan v Bank of Montreal*, 2012 ONSC 2229 au para 135, [2012] OJ n° 1629 (requête pour action collective), 2013 ONSC 355 au para 15, [2013] OJ n° 329 [*Pardhan*]; *Kherani v Bank of Montreal*, 2012 ONSC 2230 au para 121, [2012] OJ n° 1623 (requête pour action collective), 2013 ONSC 355 au para 15, [2013] OJ n° 329 [*Kherani*]; *Jer v Royal Bank of Canada*, 2014 BCCA 116 au para 82, [2014] 7 WWR 251; *Fonthill Lumber Ltd c Anger (cob Anger Construction Co) (Trustee of)*, [1959] OJ n° 17 au para 3 (ON CA) [*Fonthill Lumber*].

165. Dans cet arrêt, une entreprise vendait à des marchands d'automobiles des produits d'assurance sur la vie, des assurances contre les accidents et des assurances contre le chômage. Les marchands percevaient les primes et les remettaient à l'entreprise. Celle-ci leur versait une commission, réglait les indemnités et remettait le reste des primes à l'assureur (La Citadelle, compagnie d'assurance-vie) dans son compte bancaire régulier (non en fiducie). L'entreprise était donc le gestionnaire des fonds. Grâce à ses principaux dirigeants, la banque savait que des primes d'assurance étaient déposées dans ce compte. À compter du 1^{er} juin 1987, l'entreprise a cessé de régler les demandes d'indemnité fondées sur les polices d'assurance, de sorte que les primes mensuelles à verser aux appelantes se sont trouvées considérablement augmentées. En juin, la banque a reçu des signataires autorisés de La Citadelle, qui étaient également signataires autorisés de l'entreprise, des directives lui enjoignant de transférer tous les fonds du compte de l'entreprise à celui de la compagnie mère à la fin de chaque jour ouvrable. En juillet et en août, les virements de fonds entre les comptes ont entraîné une réduction globale du découvert de la compagnie mère. À la fin d'août, l'entreprise a informé les appelantes que les primes de juillet et d'août ne pourraient pas être remises et s'est engagée à payer ces primes dues au moyen d'un billet à ordre. Après que l'entreprise et La Citadelle eurent cessé leurs activités, celle-ci a intenté une action contre la banque à l'égard des primes d'assurance

[n]éanmoins, cette disposition n'exonère pas la banque de toute responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation ou n'empêche pas de reconnaître que la banque a le devoir de s'informer. En effet, dans certaines circonstances, une banque sera tenue, du fait qu'elle connaît les affaires de son client, de s'informer de la possibilité qu'il y ait détournement de fonds en fiducie¹⁶⁶.

Ainsi, la question est de savoir à quel moment ou dans quelles circonstances une relation fiduciaire est créée ou naît une obligation fiduciaire¹⁶⁷.

En principe, en vertu du droit bancaire canadien, la banque n'a aucune obligation de vérifier le contenu du compte, à moins d'une obligation prévue dans une convention expresse par laquelle la banque s'est engagée à exercer une telle surveillance de l'utilisation des fonds ou lorsque les fonds déposés ont reçu une affectation particulière à la connaissance de la banque¹⁶⁸. Plus précisément, selon le principe de non-ingérence, également appelé principe de non-immixtion ou de neutralité de la banque, celle-ci ne doit pas, en théorie, surveiller les mouvements de fonds dans le compte du client. Le principe de non-ingérence lui interdit de contrôler les activités du compte¹⁶⁹ et, en principe, la banque n'est pas tenue de surveiller les mouvements de fonds dans le compte du client. Ce principe vaut pour toutes les formes de comptes bancaires. Il convient de lire les propos de Crawford et de Falconbridge au sujet des comptes en fidéicommiss :

The bank is not a watchdog of a trust account. Where a customer who is known by the bank to be a trustee, draws a cheque upon a trust account in favour of a third person, the bank will only rarely have its attention drawn to the object or purpose of the payment. It is certainly under no obligation to inquire about the purpose for which a cheque is drawn, and as it is not likely that the customer

impayées. Selon le paragraphe 124(1) de l'*Insurance Act*, RSA 2000 c I-3, de l'Alberta, l'agent qui reçoit de l'assuré une somme comme prime relativement à un contrat d'assurance est réputé détenir cette prime en fiducie pour l'assureur. La Cour suprême a conclu qu'il y avait une fiducie par interprétation et que la banque était responsable à l'égard du bénéficiaire, La Citadelle, en vertu de la théorie de la réception en connaissance cause, car elle avait la connaissance présumée.

166. *Citadelle*, *supra* note 52 au para 52.

167. *Lac Minerals*, *supra* note 79 à la p 666.

168. Voir la jurisprudence citée par L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.150 à la p 309 n 1174.

169. *Joltok*, *supra* note 101; *Number 10 Management Ltd v Royal Bank*, (1977) 69 DLR (3d) 99 (MB CA), 1976 CarswellMan 113.

*will voluntarily disclose that he is about to misapply trust funds, it will obviously be very seldom that the bank will have notice of the intended breach*¹⁷⁰.

Bien qu'en pratique, les tribunaux de common law soient plus frileux qu'au Québec pour reconnaître le devoir de prudence et de diligence (*duty of care*), ce principe se transpose sans problème en droit québécois, comme le rappellent deux auteurs :

Le principe de non-ingérence veut que, dans le cours normal des affaires, l'institution ne soit pas tenue de s'immiscer dans celles de son client. Elle n'a pas à assurer un suivi quotidien du compte de son client. De même, elle n'a pas à enquêter pour déterminer la provenance des fonds déposés au compte de son client, ni la raison qui motive un retrait. De la même façon, elle n'a pas l'obligation générale de se renseigner à propos de la nature de la convention liant son client à un tiers, ni de la licéité d'un investissement projeté, ni de l'étendue des obligations de son client, sauf situations exceptionnelles¹⁷¹.

Les autorités jurisprudentielles¹⁷² et doctrinales¹⁷³ sont unanimes sur cette question.

En d'autres termes, le simple fait que la personne qui ouvre le compte bancaire « *occupies a position which renders it probable that he has moneys of other persons in his hands* », tel un professionnel, ne donne pas à la banque des raisons d'ouvrir une enquête¹⁷⁴. L'obligation de la banque de ne pas s'immiscer dans les affaires de son client s'étend au-delà de la seule obligation de ne pas s'ingérer dans les comptes de banque, c'est-à-dire que cette interdiction vise les affaires de son client, incluant ainsi les prêts, donc, en l'espèce, la marge de crédit¹⁷⁵.

170. Bradley Crawford et John D Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, vol 1, 8^e éd, Toronto, Canada Law Book, 1986 à la p 538. Voir également, plus récemment, Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au n° 9.40.80(1) à la p 9-94.21.

171. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, vol 2, *Responsabilité professionnelle*, 8^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au para 2-425.

172. *Jackson*, *supra* note 55; *Court 1 Sports Inc c Banque Toronto Dominion*, 2013 QCCQ 4280, JE 2013-1106.

173. Marc Lemieux, « Fraudulent Deposits in Bank Accounts » (2002) Meredith Lectures 141; L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.149 aux pp 308–09.

174. *Banque Romande c Mercantile Bank of Canada*, [1971] 3 OR 433 (ON CA), conf par [1973] RCS v. Voir également *Greenwood Teale v William Williams Brown & Co*, (1894) 11 TLR 56; *Thomson v Clydesdale Bank, Ltd*, [1893] AC 282.

175. L'Heureux, Fortin et Lacoursière, *supra* note 44 au n° 1.149 aux pp 308–09; Crawford et Falconbridge, *supra* note 170 à la p 538 [notes omises].

2. Les opérations bancaires suspectes ou irrégulières

Malgré le principe de non-immixtion, la banque doit demeurer vigilante et en alerte à l'égard des opérations bancaires suspectes ou irrégulières, lesquelles sont susceptibles de nuire au contenu du compte en banque de ses clients, et la méfiance de la banque doit s'éveiller en cas de doute. Le cas échéant, celle-ci doit enquêter pour découvrir l'auteur des transactions suspectes, louches ou frauduleuses. Cette question est particulièrement délicate lorsqu'il est question d'un compte en fidéicommis, puisque l'argent déposé appartient à autrui. Le problème fondamental, au moment où la banque doit procéder à une vérification à la suite d'une suspicion, concerne l'intensité de l'obligation de la banque et la détermination de la notion de suspicion elle-même. Cette question est au cœur de l'exploitation financière, notamment des aînés.

Si l'approche préconisée en common law diffère sensiblement de la règle de droit civil correspondante, les principes se rejoignent à plusieurs égards.

En pratique, la banque ne peut suspecter une utilisation à mauvais escient du compte en fidéicommis qu'en présence de mouvements de fonds, et non lorsque le compte demeure statique. Ces mouvements ont lieu à l'occasion d'ordres de paiement, par chèques ou par transferts électroniques de fonds, ou par un cumul de ces deux moyens, effectués par le titulaire du compte. Il est possible de dégager des critères permettant de repérer les signes de transactions suspectes, d'aider la banque à procéder à une enquête sur les activités du compte et d'élaborer une grille d'analyse. Ces critères tirent leur source, d'une part, de la jurisprudence concernant les détournements de fonds détenus dans des comptes en fidéicommis (a) et, d'autre part, des normes établies par le législateur dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent (b).

a. Le détournement de fonds dans le compte en fidéicommis

Les tribunaux de common law ont été confrontés à la question du détournement de fonds dans un compte en fidéicommis (*trust*) depuis de nombreuses années¹⁷⁶. D'une manière générale, les tribunaux et

176. Voir la trilogie *Air Canada c M & L Travel Ltd*, [1993] 3 RCS 787, 1993 CanLII 33 (CSC) [*Air Canada*]; *Citadelle*, *supra* note 52; *Gold*, *supra* note 80. Voir également *Potter (Carl B) c Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 RCS 343, 1980 CanLII 213 (CSC) [*Potter*]; *Barnes v Addy*, [1873-74]

les auteurs considèrent qu'il existe trois types de responsabilité pour un tiers à la fiducie¹⁷⁷ : le fiduciaire de son tort (*trustee de son tort*), l'aide en connaissance de cause (*knowing assistance*) et la réception en connaissance de cause (*knowing receipt*).

Dans le premier cas, lequel se produit rarement, le tiers à la fiducie (*stranger to a trust*), telle la banque, est responsable si celui-ci « *took possession and control of property that was subject to a trust, and took it on [him] to administer it as such* »¹⁷⁸. Dans le deuxième cas, le tiers peut être tenu responsable du « manquement à une obligation fiduciaire s'il aide sciemment les fiduciaires à réaliser un dessein frauduleux et malhonnête ("aide apportée en connaissance de cause") »¹⁷⁹. Dans le troisième cas, les tribunaux reconnaissent que le tiers à la fiducie doit avoir « reçu les biens en fiducie ou qu'il les ait affectés à ses propres usage et profit » pour engendrer sa responsabilité¹⁸⁰, et « non en qualité de mandataire des fiduciaires »¹⁸¹. Il est intéressant de reprendre les paroles d'un auteur, qui précise :

La caractéristique essentielle de la partie qui reçoit [...] est qu'elle aurait dû recevoir les biens pour ses propres usage et profit. C'est pourquoi ni la banque de paiement ni la banque d'encaissement ne peuvent normalement être tenues responsables à titre de partie qui reçoit. En payant ou en encaissant des sommes pour un client, la banque ne fait qu'agir comme mandataire de ce client. Elle n'acquiert aucun titre propre. Toutefois, il en va autrement si la banque d'encaissement utilise l'argent pour réduire ou couvrir le découvert du client. En agissant ainsi, elle reçoit l'argent pour son propre profit [renvois omis]¹⁸².

LR 9 Ch App 244 aux pp 251–52 [Barnes]. Une analyse approfondie de cette question en common law dépasse le cadre de la présente étude; pour d'excellents textes sur la question, voir MH Ogilvie, « (Un)Knowing Assistance by the Ontario Court of Appeal » (2004) 40:3 CBLJ 399; MH Ogilvie, « Deconstructing the Un-Constructive Constructions of the Supreme Court of Canada » [2000] JBL 36; Stevens, *supra* note 80; Lionel Smith, « W(h)ither Knowing Receipt? » (1998) 114 LQR 394; Bradley Crawford, « Constructive Thinking? The Supreme Court's Extension of Constructive Trusts to Banks on the Basis of Constructive Notice of a Breach of Trust by a Customer » (1998) 31 Can Bus LJ 1; Barkehall Thomas, *supra* note 79.

177. Voir généralement Fonthill Lumber, *supra* note 164; Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9:40.50 aux pp 9-100 et s.

178. Crawford, *ibid* au para 9:50.40(4) à la p 9-107.

179. Citadelle, *supra* note 52 au para 19.

180. *Ibid* au para 25.

181. Air Canada, *supra* note 176 aux pp 810-11.

182. Peter J Millett, « Tracing the Proceeds of Fraud » (1991) 107 LQR 71 aux pp 82–83, cité et traduit en français dans Citadelle, *supra* note 52 au para 25.

En l'espèce, le degré requis est la connaissance actuelle de l'acte frauduleux¹⁸³, mais l'insouciance ou l'ignorance volontaire peuvent aussi rendre la banque responsable¹⁸⁴. Un auteur ajoute que « *[t]he personal liability of the stranger is justified because he or she has acted in a way that equity considers unconscionable* »¹⁸⁵. Le juge La Forest souligne qu'il existe une distinction traditionnelle entre la « banque qui reçoit des fonds en fiducie pour son propre profit, afin de couvrir un découvert ("réception en connaissance de cause"), et la banque qui reçoit et verse des fonds en fiducie à titre de mandataire du fiduciaire ("aide apportée en connaissance de cause") »¹⁸⁶. Tel que nous l'avons exprimé, dans le premier cas, la banque est tenue responsable en raison de sa connaissance actuelle du manquement à l'obligation fiduciaire; dans le second cas, puisque cette connaissance actuelle n'existe pas, la banque ne peut qu'avoir la connaissance présumée. Le degré de connaissance constitue l'élément clé de l'équation¹⁸⁷. Ainsi, en common law, il est donc plus difficile de tenir une banque responsable selon la doctrine de l'aide en connaissance de cause que selon la doctrine de la réception en connaissance de cause, car le fardeau de preuve est plus lourd¹⁸⁸.

183. Voir la décision phare *Selangor*, *supra* note 139 à la p 104, où le tribunal a jugé que :

[t]he knowledge required to hold a stranger liable as constructive trustee in a dishonest and fraudulent design, is knowledge of circumstances which would indicate to an honest, reasonable man that such a design was being committed or would put him on enquiry, which the stranger failed to make, whether it was being committed.

Les décisions subséquentes ont relevé le standard requis de la part du bénéficiaire qui allègue que la banque a commis une faute. Par ailleurs, comme le mentionne Perell, la connaissance est l'ingrédient clé : Paul Perell, « Intermeddlers or Strangers to the Breach of Trust or Fiduciary Duty » [1998] 21 Advocates Q 94 à la p 107.

184. *Air Canada*, *supra* note 176 à la p 811. Voir également *Citadelle*, *supra* note 52 aux para 19, 23. Un bénéfice reçu par un tiers à la fiducie pourrait constituer une violation de l'obligation fiduciaire et peut devenir un indice de cette connaissance : *Air Canada*, *ibid* à la p 812. Voir également *Ontario Wheat Producers' Marketing Board v Royal Bank of Canada et al*, [1983] OJ n° 2980 (ON HC), 1983 CanLII 1608, conf par [1984] OJ n° 3212 (CA), 1984 CanLII 2004; *Giles v Westminster Savings Credit Union*, 2006 BCSC 141 au para 460, conf par 2007 BCCA 411, [2007] BCJ n° 1762, appel à la CSC refusé, [2008] 1 RCS viii [Giles]; *Pardhan*, *supra* note 164; *Kherani*, *supra* note 164; *Carriere Industrial Supply Ltd v Toronto Dominion Bank*, 2014 ONSC 6489, [2014] OJ n° 5461 (rejeté); *HSBC Bank Canada v Lourenco*, 2012 ABQB 380, [2012] AJ n° 609 (rejeté); *Dynasty*, *supra* note 139.

185. Perell, *supra* note 183 à la p 106.

186. *Citadelle*, *supra* note 52 au para 26.

187. Perell, *supra* note 183 à la p 107. Voir *Giles*, *supra* note 184; *Ansell v LaPrairie et al*, [1989] AWLD 426, 1989 CanLII 3046 (AB QB) [Ansell].

188. *Citadelle*, *supra* note 52 au para 48; Perell, *supra* note 183 aux pp 107, 113.

Au demeurant, cette règle de droit n'est pas immuable. Les tribunaux et les auteurs apportent un tempérament lorsque des circonstances suspectes n'ont pas incité la banque, soit le tiers à la fiducie, à amorcer une enquête¹⁸⁹. Rejetant une approche fondée sur la responsabilité stricte¹⁹⁰, le juge La Forest encourage une approche fondée sur l'équité, c'est-à-dire qui ne dépend pas du seul enrichissement, mais qui tient compte de l'enrichissement injustifié, soit, en l'espèce, « la connaissance, par le tiers, du manquement à une obligation fiduciaire »¹⁹¹.

Bien que cette règle de common law n'existe pas en droit québécois, les règles québécoises de la responsabilité civile extracontractuelle admettent une démarche similaire à la doctrine de la réception en connaissance de cause et permettent de tenir un tiers à la fiducie responsable de la non-exécution de son obligation de diligence envers le bénéficiaire, victime d'un mandataire sans scrupule.

Lorsque la fraude émane du titulaire du compte, les tribunaux québécois ont tenté d'imputer à la banque une responsabilité fondée sur la connaissance que celle-ci avait, ou aurait dû avoir, de la fraude¹⁹². Dans une décision importante de la Cour d'appel¹⁹³, les frères Jackson, quatre hommes d'affaires aguerris, désiraient investir une somme de 500 000 \$ dans la relance d'une entreprise et ont été floués dans cette aventure par un certain M^e Blanchet, un avocat (maintenant radié), et par MM Farr et Muro. Sous un angle technique, la transaction financière s'est matérialisée comme suit. Dans un premier temps, l'avocat a tiré un chèque de son compte en fidéicommis, payable à une entreprise dont il avait déjà été membre auparavant. Le chèque portait un endossement restreint : « pour dépôt seulement au crédit

189. Crawford indique que :

it is not necessary to show that the stranger had guilty knowledge of the breach of trust; it is sufficient that the stranger had knowledge of "suspicious circumstances" and made no inquiry, or was satisfied with a reply that would have alerted a reasonable person to the probability of a breach of trust occurring.

Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9:40.50(3) à la p 9-102.

190. Peter Birks, « Misdirected Funds: Restitution from the Recipient » [1989] LMCLQ 296.

191. *Citadelle*, *supra* note 52 au para 58.

192. *Barnes*, *supra* note 176 aux pp 251-52 :

strangers are not to be made constructive trustees merely because they act as the agents of trustees in transactions within their legal powers, transactions, perhaps of which a Court of Equity may disapprove, unless those agents receive and become chargeable with some part of the trust property, or unless they assist with knowledge in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees.

Selangor, *supra* note 139; *Belmont Finance Corporation Ltd v Williams Furniture Ltd*, [1979] Ch 250.

193. *Jackson*, *supra* note 55.

de M^e Martin Blanchet ». En réalité, l'endossement avait été contrefait par M^e Blanchet et celui-ci n'avait pas l'intention que le bénéficiaire obtienne l'argent. Dans un deuxième temps, le chèque a été déposé par M^e Blanchet dans son compte courant. À ce moment, comme le chèque portait un double endossement, la banque a « garanti l'endossement et honoré la transaction »¹⁹⁴. Dans un troisième temps, et au cours de la même journée où eurent lieu les transactions précédentes, M^e Blanchet a ordonné que les fonds soient virés dans son autre compte en devises américaines. Dans un quatrième temps, près de deux mois plus tard, M^e Blanchet a tiré une traite bancaire de 500 000 \$ US, payable à une tierce compagnie. Comme le rappelle le juge Kasirer de la Cour d'appel, comme l'argent est un bien fongible, il était pratiquement impossible pour les Jackson d'en faire le suivi¹⁹⁵.

En l'espèce, le juge Kasirer pose la question pertinente dès l'introduction : « *[w]hen in Quebec law should a bank—strictly speaking, a “stranger” to obligations imposed on the administrator of property of others—be obliged to make inquiries as to the appropriateness of dealings in a trust account based on its duties to third parties?* »¹⁹⁶. L'analyse se déroule en deux temps : d'abord, l'examen de la responsabilité de la banque au sens de l'article 48 de la *Loi sur les lettres de change*¹⁹⁷, et l'admission ou non de la défense du bénéficiaire fictif selon l'article 20(5) de cette Loi; ensuite, l'examen de la responsabilité de la banque en vertu de son obligation de diligence.

Après avoir réglé la première question, la Cour s'est penchée sur la seconde question concernant la responsabilité extracontractuelle de la banque à l'égard des déposants¹⁹⁸, soit les frères Jackson. À ce sujet,

194. *Ibid* aux para 17 et 19.

195. *Ibid* au para 28.

196. *Ibid* au para 5.

197. LRC 1985 c B-4.

198. La première question est rapidement réglée. La Cour d'appel est d'accord avec la décision de première instance pour accepter la défense du bénéficiaire fictif, invoquée par la banque à l'égard du tireur et des autres parties liées à l'effet, puisque celui-ci était réputé payable au porteur; il s'agit de l'application de la quatrième proposition élaborée par le doyen Falconbridge : John D Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange: Including the Bank Act and the Relation of Banker and Customer, Negotiable Instruments and the Bills of Exchange Act, Bills of Lading, Factors Act, Agency, Legislative Power and Conflict of Laws*, Toronto, Canada Law Book, 1956 aux pp 468–69; *Boma Manufacturing Ltd c Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 RCS 727, 1996 CanLII 149 (CSC). Sur ce point, le juge Kasirer franchit un pas intéressant, rarement abordé par la jurisprudence cambiaire canadienne, lorsqu'il affirme que « *[t]he rules under subsection 20(5) of the [Bills of Exchange] Act and those of article 1457 CCQ are distinct because they speak to different legal relationships* » : *Jackson*, *supra* note 55 au para 57.

la Cour d'appel tient la banque responsable de n'avoir pas agi en personne raisonnable et pour n'avoir pas respecté son obligation de diligence (*duty of care*) dans les circonstances. Plus précisément, la Cour note que la banque aurait dû être alertée par la conduite de M^e Blanchet, et relève les erreurs commises par la banque dans sa conduite à l'égard des frères Jackson : le retrait d'une somme substantielle de son compte en fidéicommis, le nombre important de transactions qui se sont produites au même moment (rendant difficile la traçabilité des fonds), le transfert d'une part substantielle des fonds détenus en fidéicommis au compte courant, le chèque payable à une tierce partie inconnue de la banque et deux chèques d'un montant substantiel portant un double endossement¹⁹⁹.

Ce type de comportement est particulièrement pertinent dans le contexte de fraudes commises à l'égard de bénéficiaires vulnérables, comme les personnes âgées, qu'elles soient causées par les avocats, les notaires, les courtiers ou, plus généralement, par les administrateurs du bien d'autrui. Nonobstant les précautions législatives destinées à encadrer les professionnels détenant un compte en fidéicommis, le recours des victimes peut devenir illusoire en cas de faillite de ces mandataires. Le cas échéant, et malgré l'opinion contraire²⁰⁰, il est justifié d'exercer un recours contre la banque, si celle-ci a manqué à son devoir de diligence.

La Cour suprême du Canada a conçu un test analytique pour déterminer le moment propice où une banque doit enquêter sur une appropriation des fonds par un tiers lors de la réception en connaissance de cause²⁰¹ :

199. *Ibid* au para 69.

200. Le point de vue de Bradley Crawford sur cette question s'écarte de la norme recherchée pour mieux protéger les bénéficiaires vulnérables et, surtout, les personnes âgées :

[I]n what can only be described as an excess of zeal, plaintiffs' counsel have begun to file claims against banks for negligence in the operation of the banks' account for particular customers who have been discovered to have used the accounts in the course of operating various financial schemes and victimizing the plaintiffs in various ways. The claims take two forms: (i) an allegation that the bank actually knew that the customer was operating the account for fraudulent purposes, but did nothing to stop that; and (ii) an allegation that the bank ought to have known, or was negligent in not making effective inquiries when the operations on the account by the customer ought reasonably to have aroused the bank's suspicions.

Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9:40.80(1) à la p 9-94.20.

201. Voir également Andersen, *supra* note 120 au para 41; Perell, *supra* note 183 à la p 110.

1. les biens étaient sujets à une fiducie en faveur du demandeur²⁰²;
2. les biens que le défendeur a reçus ont été enlevés au demandeur en violation d'une obligation fiduciaire, peu importe si cette violation est frauduleuse ou non²⁰³;
3. le défendeur n'a pas acquis les biens à titre d'acquéreur de bonne foi moyennant contrepartie et sans connaissance de cause. Le défendeur sera réputé avoir eu connaissance si les circonstances étaient propres à inciter une personne raisonnable à demander des renseignements et qu'elle n'en a pas demandés, ou si elle s'est contentée d'une réponse qui n'aurait pas satisfait une personne raisonnable²⁰⁴;
4. la banque a reçu les biens en fiducie pour son propre profit et, ce faisant, elle s'est enrichie aux dépens du bénéficiaire²⁰⁵.

Bien que ce test ait été conçu pour le contexte anglo-saxon, il y a lieu de considérer sa pertinence en droit québécois. Dans l'arrêt *Jackson*, le juge Kasirer a indiqué que la théorie du fiduciaire par interprétation ne s'applique qu'en common law²⁰⁶. À l'inverse, dans la décision *Toronto-Dominion Bank v Storr et al*²⁰⁷, la Cour ontarienne a indiqué que l'arrêt *Jackson* et, par extension, le droit québécois, ne s'appliquent pas en droit anglo-saxon. Plus précisément, le juge Kasirer indique qu'une fiducie doit être créée en vertu de l'article 1261 CcQ pour qu'existe une relation fiduciaire en droit québécois, car le simple dépôt de fonds ne fait pas présumer une telle relation²⁰⁸. Le titulaire du compte, soit le fiduciaire selon les critères de la common law, est assujéti aux règles de l'administration du bien d'autrui, dont les articles 1309, 1310, 1313 et 1314 CcQ, lesquels lui imposent d'agir avec prudence et diligence, de ne pas exercer ses pouvoirs dans ses propres intérêts ou ceux d'un tiers et de ne pas utiliser à son profit les biens qu'il administre. Ces obligations ne visent que le titulaire du compte, et non la banque. Selon le juge Kasirer, « *[i]t would be unfair and indeed profoundly disruptive of ordinary banking practice to hold the Bank to the*

202. *Gold*, *supra* note 80 au para 53.

203. *Citadelle*, *supra* note 52 au para 24; *Gold*, *supra* note 80 aux para 48, 53.

204. *Gold*, *ibid* au para 48; *Citadelle*, *supra* note 52 au para 53.

205. *Citadelle*, *ibid* aux para 25, 31, 39; *Gold*, *supra* note 80 au para 54.

206. *Jackson*, *supra* note 55 aux para 61–62.

207. 2014 ONSC 4278 au para 97, 100 ETR (3d) 237.

208. *Supra* notes 78–80 et le texte correspondant.

same standards», car la banque n'a aucune obligation de vérification des activités au compte en l'absence d'indices, de doutes ou de suspicions de malversation. Le juge s'en remet au consensus québécois sur la question, qui tient la banque responsable en vertu des principes de la responsabilité extracontractuelle prévue à l'article 1457 CcQ. Ainsi, le fondement de la responsabilité de la banque, selon la Cour d'appel, repose sur une approche qui diffère sensiblement de celle qui existe en common law.

Si des allégations de fraude constituent un motif sérieux qui doit encourager la banque à mener une enquête, l'intensité de son obligation ne fait certes pas l'unanimité dans la jurisprudence. Comme le mentionne un tribunal britannique, avec une certaine pointe d'humour, «[a] *Hercule Poirot would have made the connection: the law demands a lesser standard of bankers. This point is in my judgment a classic illustration of the application of hindsight*»²⁰⁹.

Les juges divergent d'opinion quant à la connaissance que doit avoir la banque lors d'un comportement frauduleux. En Angleterre, la décision *Baden, Delvaux and Lecuit c Société générale pour favoriser le développement du commerce et de l'industrie en France SA* présente cinq différentes intensités d'état mental en matière de connaissance (*knowledge*) : (i) connaissance actuelle; (ii) aveuglement volontaire devant ce qui est évident; (iii) insouciance et aveuglement volontaire qui empêchent d'entreprendre une enquête comme une personne raisonnable le ferait en de semblables circonstances; (iv) connaissance de circonstances qui indiqueraient les faits à une personne raisonnable; (v) connaissance de circonstances qui mèneraient une personne raisonnable à entreprendre une enquête²¹⁰. L'importance de cet éventail se reflète dans la jurisprudence.

Le premier cas concerne l'opinion selon laquelle le fardeau de preuve civile doit respecter une «*clear probability of fraud*», un standard moins élevé pouvant être injuste à l'égard de la banque²¹¹. Au Canada, il a également été jugé que le devoir de diligence oblige la banque à agir uniquement lorsqu'elle acquiert une connaissance actuelle de

209. *Barclays Bank PLC v Quincecare*, [1992] 4 All ER 363 aux pp 380–81 [*Barclays Bank*].

210. *Baden, Delvaux and Lecuit c Société générale pour favoriser le développement du commerce et de l'industrie en France SA*, [1983] BCLC 325 aux pp 408–09. Voir EP Ellinger, «Reflections on Recent Developments Concerning the Relationship of Banker and Customer» (1988) 14 Can Bus LJ 129 à la p 161.

211. *Semac Industries Ltd v 1131426 Ontario Ltd*, [2001] OJ n° 3443 (ON SC), 2001 CanLII 28375.

l'utilisation de ses lieux à des fins frauduleuses, et non lorsqu'elle a connaissance d'activités suspectes²¹². Ces opinions sont minoritaires et l'opinion générale est plus tempérée.

Les deux cas suivants, qui traitent de l'aveuglement volontaire et de l'insouciance, font l'objet pour leur part d'un certain appui, notamment celui du juge Iacobucci dans l'arrêt *Air Canada c M & L Travel Ltd*²¹³. Dans cette décision de principe provenant du Canada anglais et qui concerne une fiducie par interprétation, la Cour suprême du Canada a déclaré que la connaissance de fait attribuée à l'administrateur (fiduciaire par interprétation), de même que l'insouciance et l'ignorance volontaire (*willful blindness*), sont suffisantes pour engendrer la responsabilité de ce dernier²¹⁴. Ces deux circonstances se rapprochent de l'obligation de vérification en cas de soupçons.

Enfin, les deux derniers points, soit la connaissance de circonstances qui indiqueraient les faits à une personne raisonnable ou qui conduiraient une personne raisonnable à entreprendre une enquête, constituent l'application de la vérification en cas de soupçons. Sur ce point, il faut mentionner la célèbre décision britannique *Barclays Bank plc v Quincecare*, dans laquelle le juge a précisé que la banque doit avoir des motifs raisonnables (*reasonable grounds*), et pas nécessairement une preuve, de croire qu'il y a eu une tentative d'appropriation des fonds²¹⁵.

Dans l'affaire *Jackson*, le juge Kasirer suggère qu'il convient de rechercher des « *strong signs of misdealing before deciding a bank can be held liable for not having taken measures to prevent it* »²¹⁶, afin d'éviter que le droit québécois se trouve en porte à faux avec les normes des provinces canadiennes-anglaises. Nous approuvons cette prise de position et soulignons, si cela est nécessaire, que la norme de conduite de la banque en droit québécois ne diffère donc pas sensiblement de la norme de common law en pareille matière, comme le souligne le juge Kasirer : « *[n]ot only would too low a standard impose untenable transactions costs on banks, it would set Quebec law out of step with*

212. *Dynasty*, *supra* note 139. Sur l'obligation de connaissance, voir *Claiborne*, *supra* note 139; *Thomas v Barnhardt*, [1997] OJ n° 4945 (ON CIJ), 58 CTC 135 [Thomas]; *Ross c Chandler*, (1911) 45 RCS 127.

213. *Air Canada*, *supra* note 176.

214. *Ibid*; *Andersen*, *supra* note 120.

215. *Barclays Bank*, *supra* note 209. Voir également *Groves-Raffin*, *supra* note 139; *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164; *Citadelle*, *supra* note 52; *Potter*, *supra* note 176.

216. *Jackson*, *supra* note 55 au para 67.

authorities elsewhere in the country when the transactions in question are not substantively different or easier to police [nos caractères romains]²¹⁷. Il importe, sur ce point, de nuancer deux points de vue divergents en common law. D'une part, l'auteur Bradley Crawley adopte une position restrictive selon laquelle la norme est élevée²¹⁸. D'autre part, dans l'arrêt *Citadelle (La), Compagnie d'assurances générales c Banque Lloyds du Canada*, le juge La Forest ne semble pas favoriser une norme aussi élevée²¹⁹. Par conséquent, bien que la théorie du fiduciaire par interprétation et, donc, de la réception en connaissance de cause ne s'appliquent pas en droit québécois, les critères fournis par les tribunaux anglo-saxons peuvent tout de même servir d'indices révélateurs en droit québécois, compte tenu de la similitude des normes de conduite de la banque en droit civil québécois et en common law.

La personne raisonnable doit être le critère de référence lorsqu'il faut évaluer si une banque doit réagir aux éléments de suspicion énoncés ci-dessus²²⁰. Ceux-ci constituent des questions de fait qui doivent tenir compte du contexte. Outre l'affaire *Jackson*, qui résume bien l'état des lieux, nombre de décisions ont traité de cette question. Sur la base de la jurisprudence, les éléments suivants constituent des indices qui doivent alerter la banque qu'un titulaire du compte est

217. *Ibid.*

218. Crawford, *The Law of Banking*, *supra* note 138 au para 9:40.80(1) à la p 9-94.20.

219. Dans l'arrêt *Citadelle*, le juge de procès a conclu qu'il existait des faits très suspects en raison de la connaissance par la banque de la nature des fonds déposés et ultimement transférés par le fiduciaire, car la seule source de revenus de celui-ci était les primes d'assurances payables au bénéficiaire; le juge du procès a indiqué que «[t]he Bank shut its eyes in circumstances which should have caused it to inquire of its customer at least. It did not do so. The Bank had constructive knowledge and is a constructive trustee within the cases»: *Citadel General Assurance Co c Lloyd's Bank of Canada*, [1993] AJ n° 680 au para 33. Le juge La Forest a approuvé ce point de vue: *Citadelle*, *supra* note 52 aux para 9, 56.

220. *Jackson*, *supra* note 55 au para 66; *Citadelle*, *supra* note 52 au para 56:

[v]u que la banque connaissait la nature des fonds, le fait de vider quotidiennement le compte a été jugé [TRADUCTION] «très suspect» par le juge de première instance. Ces circonstances auraient incité une personne raisonnable à s'informer de la possibilité que des fonds soient détournés. Bien qu'il se puisse que la banque ait ignoré les conditions exactes de la relation fiduciaire entre La Citadelle et Drive On, elle aurait dû prendre des mesures, sous la forme d'une demande raisonnable de renseignements, pour déterminer si les primes d'assurance étaient détournées. Plus précisément, la banque aurait dû s'informer si l'utilisation des primes pour réduire les découverts bancaires constituait un manquement à une obligation fiduciaire. En raison de son omission de faire les demandes de renseignements appropriées, la banque avait une connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire commis par Drive On. Dans ces circonstances, il est évident qu'il y a eu enrichissement sans cause de la banque, ce qui la rend responsable envers La Citadelle à titre de fiduciaire par interprétation.

Voir également: *McEachren*, *supra* note 142.

susceptible d'adopter un comportement suspicieux : des transactions inhabituelles²²¹, dont le retrait d'un montant d'argent substantiel²²² et le grand nombre de transactions²²³; le paiement des dettes personnelles du titulaire du compte à partir du compte en fidéicommiss²²⁴; le comportement du client²²⁵; la connaissance par la banque de la nature des fonds²²⁶, qui peut équivaloir à de l'aveuglement volontaire si elle n'agit pas²²⁷; le transfert de sommes d'un compte en fidéicommiss dans

221. *Titan West Warehouse Club Inc v National Bank of Canada*, [1997] SJ n° 58, 1997 CanLII 9783 (SC CA) [*Titan West*]; *Claiborne*, *supra* note 139; *Thomas*, *supra* note 212; *Dynasty*, *supra* note 139; *Kherani*, *supra* note 164; au Québec : *Jackson*, *supra* note 55.

222. *Groves-Raffin*, *supra* note 139. Ce cas ne concerne pas un compte en fidéicommiss, mais le transfert d'un compte commercial à un compte courant personnel pour rembourser un découvert; le montant du chèque était important, ce qui aurait dû alerter la banque. Puisque le compte commercial a une finalité distincte du compte courant personnel, cette situation peut être assimilée au compte en fidéicommiss par rapport au compte courant. Voir également au Canada anglais : *Titan West*, *supra* note 221; *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164; au Québec : *Jackson*, *supra* note 55.

223. *Aird c Banque Royale du Canada*, [1999] RJQ 321 (CA), 1999 CanLII 13612 [*Aird*] : dans cette cause, le fraudeur avait contrefait 29 chèques et avait tiré un chèque sans fonds. Outre les cas de multiples transactions dans un compte en fidéicommiss, ou dans un compte en fiducie, il faut noter, au passage, plusieurs décisions impliquant des comptes courants ou des comptes commerciaux, lesquels ont fait l'objet de plusieurs transactions illégales, habituellement commises par des employés ou des agents du titulaire du compte. Puisque ces cas n'impliquent pas la détention de fonds au nom de tiers dans un compte en fidéicommiss ou en fiducie, comme dans l'affaire *Aird*, les tribunaux ont habituellement validé les clauses de non-responsabilité opposées par les banques lors d'une poursuite pour négligence : *Dotcom inc c Banque Toronto-Dominion*, 2005 CanLII 40601 (QC CQ), JE 2006-130; *Association de la publicité par l'objet du Canada inc c Toronto Dominion Bank*, [2002] RRA 228, JE 2002-136 (CS); *Productions Mark Blandford inc c Caisse populaire St-Louis de France*, [2000] RJQ 1696 (CA), 2000 CanLII 10274; *Arrow Transfer Co c Banque Royale du Canada*, [1972] RCS 845, [1972] 4 WWR 70; *Canadian Imperial Bank of Commerce Mortgage Corp v Lloyds Bank Canada*, [1989] OJ n° 626, 68 OR (2d) 310 (ON HJ) [*Mortgage Corp*].

224. *Mortgage Corp*, *ibid*.

225. *Toronto Dominion Bank v General Glass & Aluminum Co*, [1992] OJ n° 2504, (1992) 5 CLR (2d) 31 (ON Gen Div) [*General Glass & Aluminum*]. Cet élément est relativement large. À titre d'illustration, mentionnons un cas où le fiduciaire a perçu les primes d'assurance du bénéficiaire, lesquelles provenaient de la vente d'un réseau de vendeurs d'automobiles établi par le fiduciaire. Or, durant une certaine période de temps, celui-ci n'a pas remis les sommes dues aux vendeurs et a fait faillite. Puisque l'article prévoyait qu'un agent est réputé détenir les primes en fiducie au nom de l'assureur, le tribunal s'est montré d'accord avec l'arbitre qui avait mentionné que la banque aurait dû mener une enquête sur les mesures mises en place : *Granite Insurance*, *supra* note 120.

226. *Citadelle*, *supra* note 52; *Potter*, *supra* note 176; *Ansell*, *supra* note 187; *McEachren*, *supra* note 142; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd v Canadian Imperial Bank of Commerce*, (1987) 42 DLR (4th) 375, 1987 CanLII 4146 (ON SC); *A & A Jewellers Ltd v Royal Bank of Canada*, (2001) 53 OR (3d) 97, 2001 CanLII 24012 (ON CA) [*Jewellers*].

227. *McEachren*, *supra* note 142. Dans cette décision, il y avait une relation d'affaires qui datait de plusieurs années, une connaissance par la banque de l'argent dans le compte en fiducie, un rapport de la banque précédente du fiduciaire selon lequel l'argent était détenu en fiducie et une discussion entre les représentants de la banque et du fiduciaire sur le type de compte géré

un compte personnel²²⁸; la nature de l'entreprise²²⁹; la connaissance par la banque des difficultés financières de son client²³⁰; la connaissance par la banque de l'existence de plaintes de la part d'investisseurs²³¹; dans le cas d'un paiement par chèque, un double endossement²³²; le nombre de contrordres effectués²³³; le transfert de fonds à l'extérieur du Canada²³⁴; le non-respect par la banque de ses procédures, dans le cas où celles-ci lui auraient permis de connaître la fiducie²³⁵; la durée de la relation entre la banque et le client²³⁶, dont la connaissance du client par le personnel de la banque²³⁷; et la réputation du client²³⁸.

Au-delà de ces éléments contextuels, il importe de considérer qu'en pratique, une banque ne dispose que de peu de temps pour prendre une décision dans le cours ordinaire de ses affaires²³⁹.

Dans cette perspective, qu'en est-il des défenses de la banque? Il n'est pas certain qu'une banque puisse opposer une défense fondée sur une clause exonératoire, habituellement sous la forme d'un accord de vérification, pour le non-respect d'une obligation fiduciaire²⁴⁰. Également, malgré l'opinion du professeur Ellinger sur le fait que la banque qui « *assists its customer in a fraudulent design* » doit y trouver

par ce dernier. Voir également *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164; *Fraser Valley Credit Union v Brown*, [1991] BCWLD 1264, 41 ETR 164 (BC SC). Sur la durée de la relation d'affaires, voir *Andersen*, *supra* note 120.

228. Au Canada anglais : *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164; au Québec : *Jackson*, *supra* note 55.

229. *General Glass & Aluminum*, *supra* note 225; *Mortgage Corp*, *supra* note 223.

230. *General Glass & Aluminum*, *supra* note 225.

231. *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164.

232. *Aird*, *supra* note 223; *Jackson*, *supra* note 55.

233. *Aird*, *supra* note 223.

234. *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164.

235. *Jewellers*, *supra* note 226.

236. *McEachren*, *supra* note 142; *Glenko Enterprises Ltd v Ernie Keller Contractors Ltd*, [1994] 10 WWR 641, 98 Man R (2d) 141 (QB) [*Glenko Enterprises*].

237. *Jackson*, *supra* note 55.

238. *Glenko Enterprises*, *supra* note 236.

239. *Royal Bank of Canada v Royal River Enterprise Ltd*, 2010 BCSC 488, [2010] BCWLD 6605; *Selangor*, *supra* note 139.

240. *Claiborne*, *supra* note 139. D'ailleurs, dans la décision *Don Bodkin Leasing Ltd v Toronto Dominion Bank*, (1993) 10 BLR (2d) 94, 1993 CanLII 8512 (ON SC), la défense, fondée sur un accord de vérification, a été acceptée puisque le demandeur n'avait pas démontré un non-respect de l'obligation fiduciaire par la banque.

son compte²⁴¹, les autorités canadiennes contemporaines divergent d'opinion sur ce point et affirment que pour retenir la responsabilité de la banque, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle a bénéficié des conséquences du comportement frauduleux de la part du fiduciaire²⁴². De plus, une banque ne peut se défendre en se fondant sur le paragraphe (3) de l'article 437 de la *Loi sur les banques*²⁴³, qui mentionne que « [l]a banque n'est pas tenue de veiller à l'exécution d'une fiducie à laquelle est assujetti un dépôt effectué sous le régime de la présente loi », et du paragraphe (4), qui indique que « [l]e paragraphe (3) s'applique que la fiducie soit explicite ou d'origine juridique et s'applique même si la banque en a été avisée si elle agit sur l'ordre ou sous l'autorité du ou des titulaires du compte dans lequel le dépôt est effectué »²⁴⁴. En effet, comme le mentionne la Cour suprême dans l'affaire *Citadelle (La), Compagnie d'assurances générales c Banque Lloyds du Canada*:

[D]ans certaines circonstances, une banque sera tenue, du fait qu'elle connaît les affaires de son client, de s'informer de la possibilité qu'il y ait détournement de fonds en fiducie. Comme nous l'avons vu, le degré de connaissance requis est la connaissance présumée d'une possibilité de manquement à une obligation fiduciaire. Il s'ensuit qu'une banque, qui s'enrichit par la réception de biens en fiducie et connaît des faits qui inciteraient une personne raisonnable à demander des renseignements, est tenue de demander à son client des renseignements au sujet de la possibilité qu'il y ait manquement à une obligation fiduciaire. Si la banque omet de demander les renseignements appropriés, elle aura une connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire. Dans ces circonstances, il y a enrichissement sans cause de la banque et elle doit donc rendre l'avantage qu'elle a obtenu aux dépens du demandeur²⁴⁵.

241. Ellinger, *supra* note 210 aux pp 166–67.

242. Barkehall Thomas, *supra* note 79 aux pp 474–75.

243. *Supra* note 39.

244. *Glenko Enterprises*, *supra* note 236; *Kherani*, *supra* note 164; *Pardhan*, *supra* note 164. Au Québec, voir *Loi sur les coopératives de services financiers*, *supra* note 64, art 76; *Joltok*, *supra* note 101; *Drolet c Caisse populaire Notre-Dame-du-Chemin*, [1986] RJQ 1521 (CP).

245. *Citadelle*, *supra* note 52 au para 52. L'article 206(1) de la *Loi sur les banques*, LRC 1985 c B-1, dont il est question dans cette décision, est substantiellement repris dans son esprit, bien que la phraséologie ait été modifiée par l'article 437(3) de la *Loi sur les banques* de 1991, *supra* note 39.

En somme, la théorie anglo-saxonne qui requiert que la banque ait une connaissance réelle des activités frauduleuses, appliquée notamment dans la décision *Dynasty Furniture Manufacturing Ltd v Toronto-Dominion Bank*²⁴⁶, cadre difficilement avec les obligations des banques de rapporter les opérations suspectes en vertu de l'encadrement normatif concernant le blanchiment d'argent. Les décisions *Air Canada c M & L Travel Ltd*²⁴⁷ et *Barclays Bank plc v Quincecare*²⁴⁸ établissent la règle de droit en cette matière. Bien que ces deux décisions ne s'appliquent pas *stricto sensu* au droit québécois, rien ne paraît s'opposer, à nos yeux, à ce que l'intensité de l'obligation de diligence imposée à la banque y soit adoptée, comme l'a d'ailleurs démontré le juge Kasirer dans l'arrêt *Jackson*²⁴⁹.

b. Les normes concernant le blanchiment d'argent

À la suite de la mise en œuvre des 40 recommandations du GAFI en 1989 pour lutter contre le blanchiment de capitaux²⁵⁰, le Canada a élaboré un encadrement législatif pour détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité²⁵¹. Puisque les banques sont naturellement, et involontairement, au cœur des opérations financières de blanchiment d'argent, de nombreuses mesures visent les opérations bancaires, telles que la vérification de l'identité du déposant²⁵², la

246. *Dynasty*, *supra* note 139.

247. *Air Canada*, *supra* note 176.

248. *Banque de Nouvelle-Écosse c Angelica-Whitewear*, [1987] 1 RCS 59 au para 16, 1987 CanLII 78 (CSC):

[i]l n'y a à mon avis aucun motif de principe pour lequel l'exception de fraude ne devrait pas être appliquée au Québec sur le même fondement qu'elle a été appliquée dans les juridictions de *common law*. Elle repose sur un principe commun aux deux systèmes de droit, qui est habituellement exprimé en droit civil par la maxime *fraus omnia corrumpit* et en *common law* par la maxime *ex turpi causa non oritur actio*.

249. *Supra* note 55.

250. GAFI, *supra* note 65.

251. La première loi d'importance majeure concerne la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, LC 1991, c 26. En 2000, une nouvelle loi a été adoptée: *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, dont le titre et le contenu ont été modifiés en 2001 à la suite des attentats du 11 septembre 2001, le nouveau titre abrégé étant: *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, *supra* note 66: *Loi antiterroriste*, LC 2001 c 41, art 48.

252. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, *supra* note 66, arts 5, 6.1, 9.2–9.5; *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, *supra* note 64, arts 54–55.2.

tenue de comptes²⁵³, la déclaration obligatoire d'opérations bancaires dépassant la somme de 10 000 \$ et d'opérations suspectes²⁵⁴. À l'instar des autres entités assujetties à cette Loi, les banques qui soupçonnent l'existence d'opérations illégales doivent transmettre une dénonciation au centre de contrôle, soit le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE)²⁵⁵. La coopération internationale est également encouragée²⁵⁶.

La pertinence de l'analyse de cette question tient à ce que cette réglementation et certaines lignes directrices visant à encourager la détection d'opérations douteuses peuvent être en partie transposées, par analogie, à la vérification des opérations suspectes qui concernent les comptes en fidéicommis.

Outre l'obligation de déclaration d'opérations financières supérieures à 10 000 \$²⁵⁷, celle de vérification d'opérations suspectes est d'abord encadrée d'une manière générale par l'article 7 de la Loi et par les articles 53.1 et 53.2 du règlement d'application²⁵⁸. Cependant, les dispositions particulières, et pertinentes à notre étude, se trouvent dans le *Règlement sur la déclaration des opérations douteuses*²⁵⁹ et, surtout, dans une ligne directrice élaborée par le CANAFE, soit la *Ligne directrice 2 : opérations douteuses*²⁶⁰.

Parmi les éléments permettant de suspecter une opération douteuse, il est intéressant de noter que la *Ligne directrice 2* énonce généralement que « [l]es “motifs raisonnables de soupçonner” sont établis

253. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 66, art 6; *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 64, arts 14–15.1, 68–69.

254. *Infra* notes 257–60 et texte correspondant.

255. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 66, art 7.1. Pour de l'information sur CANAFE, voir le site Web : <www.fintrac.gc.ca/intro_f.asp>.

256. *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 66, art 3.

257. *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, supra note 64, art 13.

258. *Ibid.*

259. *Règlement sur la déclaration des opérations douteuses — recyclage des produits de la criminalité et financement des activités terroristes*, DORS/2001-317, arts 9, 53.1–53.2.

260. CANAFE, *Ligne directrice 2 : opérations douteuses*, Décembre 2010, en ligne : <www.canafe.gc.ca/publications/guide/Guide2/2-fra.pdf> [*Ligne directrice 2*]. Voir également CANAFE, *Ligne directrice 3A : déclaration des opérations douteuses à CANAFE par voie électronique*, mai 2011, en ligne : <www.canafe.gc.ca/publications/guide/Guide3A/str-fra.pdf>.

en fonction de ce qui est raisonnable dans [les] circonstances, y compris en fonction de[s] pratiques d'affaires courantes et des systèmes en place dans [le] secteur d'activité »²⁶¹. Cette ligne directrice ajoute que, si plusieurs facteurs peuvent paraître anodins lorsqu'ils sont pris individuellement, il faut s'attarder à la combinaison de certains d'entre eux²⁶², comme l'a d'ailleurs souligné la jurisprudence étudiée à la section précédente. De plus, le CANAFE note qu'il faut prendre en compte le contexte de l'opération, lequel est susceptible de varier d'une entreprise à une autre, ainsi que le niveau de connaissance des affaires du client et ses antécédents financiers²⁶³. Enfin, il faut noter que cette ligne directrice établit des listes d'opérations, générales et particulières, qui touchent les comptes bancaires et, si elles concernent principalement le blanchiment d'argent, ces listes peuvent certes servir d'indicateurs dans le cas d'une fraude dans un compte en fidéicommis.

Concernant la liste d'indicateurs généraux, il faut souligner les éléments suivants : le client est nerveux alors que l'opération ne devrait normalement pas causer de nervosité; la vérification de routine des antécédents du nouveau client s'avère difficile; le client insiste pour que l'opération s'effectue rapidement; il y a des incohérences dans la façon dont le client présente l'opération; celle-ci ne semble pas logique ou ne correspond pas aux activités du client; le client tente d'établir des relations étroites avec le personnel; la banque sait qu'un nouveau client possède une réputation douteuse sur le plan juridique ou des antécédents criminels²⁶⁴.

De plus, il faut noter des opérations particulières quant au compte : plusieurs opérations sont effectuées le même jour à la même succursale, mais avec l'intention évidente de faire affaire avec des caissières ou caissiers différents; des transferts inexplicables sont effectués entre les produits et les comptes d'un client²⁶⁵. Également, concernant les indicateurs sectoriels, notons ceux qui concernent les entités financières : le client donne une procuration à une personne qui n'est pas un parent afin que celle-ci effectue des opérations importantes;

261. *Ligne directrice 2*, *supra* note 260, art 3.1 à la p 11.

262. *Ibid*, art 6.1 à la p 16.

263. *Ibid*, art 6.1 à la p 17.

264. *Ibid*, art 7.1 aux pp 21–22.

265. *Ibid*, art 7.6 à la p 25.

un grand nombre de virements électroniques sont effectués ou reçus dans le compte²⁶⁶.

Enfin, mentionnons une évaluation d'un point de vue économique : l'opération ne semble pas cadrer avec l'apparente situation financière du client ou avec ses activités habituelles²⁶⁷.

C. Quelques pistes de réflexion sur le rôle des institutions financières dans la lutte contre l'exploitation financière des personnes âgées

Les fraudes bancaires touchant les personnes âgées se produisent de plusieurs manières. Habituellement, elles ont été effectuées sous l'influence d'une tierce personne et concernent normalement une opération dans le compte en banque. Le cas échéant, il existe une structure qui comprend trois intervenants : la banque, le titulaire ou le mandataire (fidéicommissaire ou fiduciaire; détenteur d'une procuration bancaire) et le bénéficiaire (victime). La nature du compte peut cependant différer. Dans le présent texte, nous avons analysé les obligations de la banque quant à une fraude commise par le titulaire d'un compte en fidéicommiss. Lorsqu'une personne âgée en est la victime, il peut s'agir généralement d'opérations de placement frauduleuses. La célèbre affaire Earl Jones est éloquent à cet égard. Ce représentant, non inscrit à l'Autorité des marchés financiers (AMF ou Autorité), avait utilisé un système de fraude de Ponzi pour escroquer des victimes pour un montant d'environ 50 millions de dollars. Le litige a été réglé à l'amiable pour une somme de 17 millions de dollars²⁶⁸. Dans une autre histoire impliquant directement une personne âgée²⁶⁹, un comptable avait offert à une veuve des occasions de placement au rendement alléchant. Le comptable utilisait les montants reçus pour prêter à des clients, d'autres comptables, et a remboursé la cliente jusqu'au jour où, quelques années plus tard, il n'a pu poursuivre ce subterfuge. Sur la foi d'une procuration bancaire, le comptable avait également reçu la somme de 170 000 \$ dans son compte personnel, provenant d'une marge de crédit de la victime, garantie par son appartement. Le tribunal a tenu le comptable responsable en se fondant sur les violations

266. *Ibid*, art 8.2 aux pp 29–30.

267. *Ibid*, art 7.5 à la p 24.

268. Sutherland, *supra* note 1.

269. *Handman c Reinblatt*, 2012 QCCS 6342, JE 2013-271.

aux règles des articles 1304, 1313, 1339 et 1343(2) CcQ concernant l'administration d'autrui²⁷⁰.

Il convient de s'interroger sur l'intensité de l'obligation de la banque qui administre un compte en fidéicommiss. Alors que son devoir de non-ingérence était presque intact à une certaine époque, la réalité contemporaine a amené les tribunaux anglo-saxons à tenir la banque responsable des actes posés par le titulaire du compte lorsqu'elle suspecte, ou devrait suspecter, des actes répréhensibles de la part du titulaire. S'appuyant sur les principes de la responsabilité civile extra-contractuelle au Québec, les tribunaux québécois ont importé cette idée. Ainsi, un bénéficiaire, victime du comportement frauduleux ou abusif d'un mandataire, a la possibilité de poursuivre la banque sur ce fondement.

Un autre cas d'espèce concerne l'utilisation d'un compte courant ou d'un compte conjoint par le mandataire, qu'il ait ou non une procuration bancaire²⁷¹. Il peut s'agir, par exemple, d'un proche parent qui, éprouvant des difficultés financières, abuse de la confiance de la victime²⁷². Le principe de non-immixtion de la banque dans les affaires de son client vaut non seulement pour le compte en fidéicommiss, mais également pour le compte courant et le compte conjoint. En corollaire, la banque doit également agir avec diligence lors d'opérations suspectes dans le compte courant et le compte conjoint. En conséquence, les principes exposés précédemment au sujet du compte en fidéicommiss sont transposables au compte courant ou au compte conjoint.

270. Les sociétés du comptable ont également été condamnées pour avoir aidé et encouragé le comptable, et le tribunal a octroyé des dommages punitifs en vertu de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 76, puisque la veuve était une personne âgée : *ibid* au para 70.

271. D'autres situations peuvent se rencontrer. À titre d'exemple, mentionnons l'arnaque des grands-parents : Association des banquiers canadiens (ABC), « Comment les aînés peuvent éviter l'arnaque des grands-parents », 25 septembre 2015, en ligne : <www.cba.ca/fr/consumer-information/42-safeguarding-your-money/533-grandparent-scam>. Voir plus généralement Forum fédéral, provincial et territorial des ministres responsables des aînés, *Ce que tous les Canadiens âgés devraient savoir au sujet des procurations (pour la gestion des finances et des biens) et comptes conjoints*, 2013, en ligne : <www.seniors.gc.ca/fra/service/ffpt/pdf/brochure_procurations.pdf>; Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC), « L'exploitation financière des aînés et la fraude : protéger sa propriété et ses biens », 3 septembre 2014, en ligne : <www.fcac-acfc.gc.ca/Fra/consommateurs/evenementsVie/vieRetraite/Pages/financia-lexploit.aspx>; Gouvernement du Canada, Mesures destinées aux aînés, 2014, en ligne : <www.aines.gc.ca/fra/rapport/pdf/mesures_destinees_aux_aines.pdf>.

272. *Services financiers Avco Canada ltée c Tessier*, JE 95-2070 (CS) (appel rejeté).

Enfin, il faut noter que la fraude peut parfois être le fait d'un employé de la banque²⁷³. Le tribunal tiendra l'institution financière responsable si elle juge que le client (victime) ne pouvait soupçonner, selon le critère de la personne raisonnable, l'existence d'un stratagème de fraude. La Cour supérieure a souligné que l'obligation de prudence et de diligence de la banque lui impose d'assurer un contrôle efficace de son employé²⁷⁴.

En conséquence, devrait-on forcer les banques à intervenir lors d'opérations douteuses?

Les rapports continus et *intuitu personæ* que tissent les institutions financières avec leurs clients peuvent favoriser le repérage des signes d'exploitation financière. Compte tenu des problèmes liés aux coûts et aux délais inhérents au système judiciaire traditionnel, plus particulièrement au regard de la situation des personnes âgées, il apparaît opportun de favoriser une approche préventive des abus ou des fraudes commis à l'égard de celles-ci, tout en considérant la possibilité d'une approche axée sur les interventions judiciaires visant l'imposition d'obligations²⁷⁵.

Dans une étude sur la protection des aînés contre l'exploitation financière, des auteurs ont exploré et analysé le comportement d'intervenants en matière de détection et de signalement de situations potentielles d'exploitation financière envers les aînés au Canada²⁷⁶. Parmi les intervenants interrogés, il faut noter que quelques banquiers ont rapporté leurs expériences lorsqu'ils ont été confrontés à ces situations. Dans une étude similaire, une auteure américaine, Sandra Hughes constate que les mesures dites volontaires sont en général bien reçues, contrairement aux mesures contraignantes²⁷⁷. Hugues note que ces mesures volontaires concernent l'assistance par des professionnels (dont parfois des banquiers retraités), la formation et des

273. Markarian, *supra* note 124; Ménard c St-Germain, BE 98BE-396 (QC CS) (appel rejeté); Patenaude c Caisse populaire Desjardins de Ville-Émard, 2011 QCCS 6086, JE 2011-2114 (désistement d'appel) [Patenaude]; Lachance-Patry c Caisse populaire Desjardins de Stadacona, [1998] RRA 871, JE 98-1207 (CQ).

274. Markarian, *supra* note 124; Patenaude, *supra* note 273.

275. Dans le présent numéro spécial de la *Revue générale de droit*, plusieurs membres de notre groupe de recherche ont étudié les mesures préventives de lutte contre l'exploitation financière des aînés, ce qui nous dispense de reprendre ces explications en détail. Nous nous en tiendrons à l'essentiel sur cette question.

276. Catherine Rossi et al, « L'exploitation financière des personnes âgées au Québec : le point de vue des professionnels » (2016) 46 hors série RGD 99.

277. Sandra L Hughes, *Can Bank Tellers Tell? Legal Issues Relating to Banks Reporting Financial Issues of the Elderly*, Chicago, 2003, American Bar Association, en ligne : <www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/2011/2011_aging_ea_bank_rpg_paper_long.authcheckdam.pdf>.

trousses pour aider les employés de banque, ainsi que la dénonciation d'actes douteux²⁷⁸.

Globalement, il ressort de notre étude que les banquiers sont proactifs dans leur démarche, mais malheureusement, ils se butent à l'occasion à divers obstacles. D'abord, à cette étape, il importe d'avoir la confiance de la victime pour obtenir une meilleure collaboration, ce qui peut se révéler relativement ardu en pratique, comme l'a d'ailleurs démontré l'étude de Rossi et al²⁷⁹. Dans celle-ci, les auteurs ont noté qu'une rencontre en personne avec l'ainé, hors de la présence de ses proches, est souhaitable afin de valider ses décisions financières²⁸⁰. Le banquier peut même désirer rencontrer le mandataire, abuseur potentiel, pour mieux détecter les signes d'une situation douteuse. Ces collaborations peuvent s'avérer difficiles. Ensuite, lorsqu'il exprime un doute, le banquier est proactif et a le réflexe naturel de dénoncer la situation²⁸¹. La réalité le contraint toutefois à agir contre sa volonté pour diverses raisons. Il peut s'agir de la crainte de violer une obligation de confidentialité prévue par les lois sur la protection des renseignements personnels²⁸² et, plus généralement, par le « secret bancaire »²⁸³. Le banquier peut également rencontrer des embûches administratives au sein de sa propre institution ou de son service, tel un manque de collaboration ou de coordination, ou encore se heurter aux barrières institutionnelles. En effet, tant les employés en « première ligne » (caissiers) que ceux en seconde ligne (conseillers, comptables) éprouvent diverses difficultés au moment de mettre en œuvre la démarche nécessaire : difficulté d'accès au compte (pour les premières lignes), positionnement hiérarchique, difficulté de démontrer le fondement des allégations (et donc, d'entreprendre des poursuites judiciaires)²⁸⁴.

278. *Ibid.*

279. Rossi et al, *supra* note 276 aux pp 142–43.

280. *Ibid* à la p 143. Il arrive parfois que le professionnel rencontre la personne aînée à son domicile, si son état de santé le requiert.

281. Les auteurs Rossi, Grenier, Crête et Stylios rapportent cet extrait d'une entrevue d'un professionnel d'une institution financière :

À la minute qu'on a un doute, il faut arrêter, il faut se poser la question. Les filles en bas sont obligées d'avertir leur gestionnaire et moi, dans mon cas, si j'ai un doute, je vais suivre et si je vois que ça persiste, je vais avertir ma gestionnaire [...] : mais la gestionnaire, elle va dire « suit le dossier » [...] parce que c'est ma responsabilité. C'est mon client. Sauf que si j'ai encore un doute [...], ben là... je pourrai dénoncer à la police. (Rossi et al, *ibid* à la p 128).

282. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, LC 2000 c 5; *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1.

283. Rossi et al, *supra* note 276 aux pp 128–30; Hughes, *supra* note 277.

284. Rossi et al, *supra* note 276 à la p 128.

Les mesures volontaires, prisées par les banquiers, peuvent se révéler insuffisantes et, le cas échéant, certaines circonstances sensibles exigent une intervention législative. Depuis le début des années 1990, le législateur canadien oblige les banques à lutter contre le blanchiment d'argent, comme nous l'avons souligné ci-dessus, étant donné l'intérêt de la société à lutter contre ce fléau. Les banques ont donc l'obligation de dénoncer les opérations suspectes. D'une manière générale, il est inutile d'insister sur le fait que le législateur protège plus étroitement les personnes vulnérables que l'ensemble de la société : les mineurs, les incapables et les consommateurs, notamment, dans leurs opérations financières. Si les personnes âgées sont également protégées en certaines occasions, l'intervention du législateur pour les protéger contre la maltraitance financière demeure timide.

En conséquence, bien qu'il soit nécessaire de tenir compte de la recherche de l'équilibre entre l'autonomie et la dignité de la personne âgée et sa protection²⁸⁵, il convient d'entreprendre une réflexion quant à la possibilité d'inciter ou d'obliger les institutions financières à vérifier les opérations suspectes dans le compte et à divulguer cette information lorsque les victimes sont des personnes âgées.

Dans un premier temps, les banques ont récemment adopté des politiques pour gérer les fraudes touchant les aînés²⁸⁶. Il s'agit d'une initiative intéressante et encourageante. Dès 2001, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse avait d'ailleurs recommandé que les banques « forment leur personnel afin que celui-ci soit en mesure de déceler les signes d'exploitation financière et connaisse les recours disponibles »²⁸⁷. Cependant, il faut noter deux faiblesses dans les politiques des banques. D'abord, elles varient selon les institutions financières concernées et ensuite, elles ne sont pas contraignantes pour la banque.

285. Christine Morin, « Libéralités et personnes âgées : entre autonomie et protection » (2013) 59:1 RD McGill 141; Maurice Drapeau, *Contre l'exploitation des personnes âgées ou handicapées*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 75.

286. À titre d'illustration, voir Mouvement Desjardins, « L'exploitation financière des aînés », 2015, en ligne : <www.desjardins.com/particuliers/projets-evenements/retraite/je-profite/premunir-contre-fraude/exploitation-financiere/index.jsp>; Association des banquiers canadiens (ABC), « Exploitation financière : protégez-vous », 2015, en ligne : <www.cba.ca/fr/component/content/category/92-protecting-yourself-from-financial-abuse>.

287. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *L'exploitation des personnes âgées : vers un filet de protection resserré*, Rapport de consultation et recommandations, octobre 2001, Recommandation n° 22 à la p 152.

Dans un deuxième temps, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, l'intervention législative en matière de blanchiment d'argent représente une excellente illustration de la lutte contre les fraudes bancaires. La participation des banques est d'ailleurs exemplaire, considérant les programmes de formation que les banques offrent à leurs employés et la collaboration des banques avec le CANAFE. Cette forme d'intervention législative convainc de l'utilité de redresser les forces du marché lorsque nécessaire. L'analogie entre la lutte contre l'exploitation financière des aînés et celle contre le blanchiment de capitaux est patente. Dans les deux cas, l'institution financière doit prévenir, repérer, intervenir et coordonner. Plus précisément, la prévention prend la forme de la sensibilisation à l'égard du problème de la fraude; le repérage consiste à déceler les indices de maltraitance, dont les interactions entre l'aîné et le mandataire; l'intervention vise à établir d'abord un lien de confiance avec la personne âgée, puis à lui expliquer la nature du problème, à la diriger vers les ressources adéquates, à sécuriser ses avoirs et à l'aviser que la procuration — si elle existe — peut être retirée; enfin, la coordination consiste à assurer la cohésion entre les divers organismes impliqués²⁸⁸.

Dans un troisième temps, le consommateur et, en particulier, la personne âgée vulnérable sont protégés par des dispositions d'ordre public dans certaines circonstances²⁸⁹. La jurisprudence comporte plusieurs illustrations de recours judiciaires exercés par des consommateurs lésés, et notre étude a présenté les circonstances où la jurisprudence impose aux banques un devoir de vérification des transactions douteuses. Si certains cas ont été couronnés de succès, comme dans la décision classique *Aird c Banque Royale du Canada*²⁹⁰, il en va autrement pour de nombreux autres. Qu'ils se concluent par une réussite ou par un échec, les recours judiciaires, qui sont longs et coûteux, freinent les élans de plusieurs personnes désirant accéder à la justice²⁹¹. Idéalement, il serait souhaitable que la personne âgée puisse

288. Direction des communications du ministère de la Santé et des Services sociaux, *Guide de référence pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées*, 2013 aux pp 294–96, en ligne : <www.maltraitanceaines.gouv.qc.ca>.

289. Voir notamment Marie-Hélène Dufour, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées » (2014) 44:2 RGD 235 aux pp 244 et s.

290. *Aird*, *supra* note 223. Avec perspicacité, la victime (bénéficiaire) a compris que son mandataire avait falsifié les endossements des chèques d'assurance-vie à la suite du décès de son mari. La Cour d'appel a jugé que la banque avait été fautive.

291. L'hésitation des consommateurs peut être due au stress occasionné par de telles démarches, par la crainte de se présenter en cour, par le peu d'espoir de succès dans une poursuite contre

recourir à des modes alternatifs de résolution des conflits, soit au fédéral, l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (mieux connu sous le nom d'OSBI)²⁹² et l'ADR Chambers²⁹³, et au Québec, l'AMF²⁹⁴. Au demeurant, un meilleur encadrement, joint à la possibilité de sanctionner la banque fautive, favorise un meilleur accès à la justice.

Dans un quatrième et dernier temps, une telle démarche n'est pas novatrice, considérant les développements législatifs survenus aux États-Unis et, dans une moindre mesure, au Canada. Cette question a d'ailleurs été étudiée de manière très détaillée dans un texte publié par notre groupe de recherche²⁹⁵. Rappelons simplement qu'au Canada, les législateurs fédéral et provinciaux sont de loin plus frileux que leurs homologues américains lorsque vient le temps d'encadrer les obligations des institutions financières concernant l'exploitation financière des aînés. En Saskatchewan, il faut noter une mesure de protection des personnes vulnérables²⁹⁶, mise en place en 2001 : lorsqu'elle soupçonne l'existence d'un abus financier à l'encontre d'une personne vulnérable, qui inclut un aîné²⁹⁷, l'institution financière peut bloquer le compte du client pour un maximum de cinq jours, sauf pour permettre certains paiements jugés appropriés²⁹⁸. Elle devra également avertir le « *public guardian and trustee* », soit l'administrateur du bien d'autrui²⁹⁹. Enfin, cette mesure octroie une forme d'immunité

une entreprise d'une certaine importance et réputation — notamment les institutions financières — ainsi que par le temps et l'énergie nécessaires pour mener à bien de telles démarches judiciaires; il faut également tenir compte des variables sociodémographiques : Louise Rozon, « L'accès à la justice et la réforme de la Cour des petites créances » (1999) 40:1 C de D 243 aux pp 250 et 249–55; Seana C McGuire et Roderick Macdonald, « Small Claims Courts Cant » (1996) 34 Osgoode Hall LJ 509 à la p 546.

292. Voir le site Internet de l'OSBI : <www.obsi.ca/fr/home>.

293. Voir le site Internet d'ADR Chambers : <adrchambers.com/ca>.

294. AMF, « Porter plainte », 2015, en ligne : <www.lautorite.qc.ca/fr/porter-plainte-conso.html>.

295. Raymonde Crête et al, « Les mesures de signalement des situations d'exploitation financière ou matérielle des personnes adultes vulnérables aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie, en France, en Belgique et au Canada » dans Raymonde Crête, Ivan Tchoutourian et Marie Beaulieu, dir, *L'exploitation financière des personnes aînées – Prévention, résolution et sanction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 123 à la p 123.

296. *Public Guardian and Trustee Act*, SS 1983 c P-36.3, art 40.5.

297. *Ibid* art 40.5(1)c) : « "vulnerable adult" means an individual, 16 years of age or more, who has an illness, impairment, disability or aging process limitation that places the individual at risk of financial abuse ».

298. *Ibid*, art 40.5(2) et (4).

299. *Ibid*, art 40.5(3).

à l'institution financière qui agit en conformité avec le paragraphe 40.5(2) de la *Public Guardian and Trustee Act*³⁰⁰.

En 2015, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les renseignements personnels et les documents électroniques* afin de mieux protéger la victime d'exploitation financière³⁰¹. Plus particulièrement, le nouvel article 7(3)(d.3) de cette Loi autorise un organisme, soit une institution financière fédérale, à communiquer des renseignements personnels sans le consentement de l'intéressé (l'ainé) à une institution gouvernementale, au plus proche parent ou à son représentant autorisé (mandataire), si elle a des motifs raisonnables de croire que cet intéressé a été « victime d'exploitation financière », si la communication est faite uniquement à des fins liées à la prévention de l'exploitation ou à une enquête y ayant trait et s'il est raisonnable de s'attendre à ce que la communication effectuée avec le consentement de l'intéressé compromettrait la capacité de prévenir l'exploitation ou d'enquêter sur celle-ci. Cette mesure constitue une exception au principe de la Loi énoncé à l'article 4.3 de l'annexe 1, qui prévoit que « [t]oute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire ».

D'une manière générale, les banquiers ne sont pas friands d'encadrements juridiques de quelque nature que ce soit, mais ils s'y plient de bonne grâce³⁰². En l'espèce, l'imposition de mesures de vérification d'activités suspectes dans un compte et de divulgation (signalement) de comportements abusifs contre des aînés peut être reçue avec scepticisme par la communauté financière. Les banquiers éprouvent des inquiétudes quant à la responsabilité juridique à laquelle ils peuvent être assujettis et craignent d'être poursuivis en raison de la divulgation de renseignements personnels à des clients, tant au civil par ces derniers, qu'au criminel par un procureur, en raison d'une infraction³⁰³. Cependant, les législateurs de tous les États ont établi des mesures pour amoindrir, en quelque sorte, les effets de l'obligation de divulgation, lesquelles prévoient une forme d'immunité lorsque la divulgation

300. *Ibid*, art 40.5(5).

301. *Supra* note 282, modifiée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels numériques*, LC 2015 c 32.

302. Hughes, *supra* note 277 à la p 11.

303. *Ibid* à la p 9.

est faite de bonne foi³⁰⁴. Le législateur de la Saskatchewan prévoit également une forme d'immunité pour les institutions financières³⁰⁵. De même, il est permis de croire qu'une institution financière qui se conforme à la nouvelle modification de la *Loi sur les renseignements personnels et les documents électroniques*³⁰⁶ bénéficie d'une immunité de poursuite. À ce sujet, Hughes soutient que ces mesures ont pour conséquence de protéger le banquier contre une poursuite judiciaire, car la banque « *is in a better position to defend itself in such a suit if the bank made the report under a mandatory reporting law than under a voluntary reporting law—that is, the bank would have the defense that it was legally obligated to make the report* »³⁰⁷. L'auteure indique enfin qu'aucune poursuite n'a eu lieu sur ce fondement³⁰⁸.

Dans un document visant à réduire la vulnérabilité de personnes nécessitant une assistance pour gérer leurs avoirs, l'AMF a noté qu'une certaine confusion entoure les comptes en fiducie, moins encadrés que les comptes en fidéicommiss, et que cela risque de créer un « faux sentiment de sécurité »³⁰⁹. L'Autorité a énoncé quelques pistes de solution pour tenter de remédier à la situation, dont certaines touchent les banques. D'abord, l'AMF favorise un meilleur contrôle lors de l'ouverture et de la gestion du compte et l'adoption de normes au sujet de la production de rapports de gestion par les banques. Concrètement, cela se manifeste comme suit : contrôler les personnes qui accèdent au compte et la nature des opérations effectuées, limiter le montant des opérations, imposer des contrôles externes, prévoir un second signataire dans certains cas, identifier les dépôts individuellement et obliger « tout détenteur d'un compte en fiducie qui effectue des transactions pour autrui à divulguer à ceux avec qui il fait affaire l'existence

304. *Ibid* aux pp 20–21.

305. *Public Guardian and Trustee Act*, *supra* note 296, art 40.5(5).

306. *Loi sur les renseignements personnels et les documents électroniques*, *supra* note 282.

307. À titre d'illustration, voir la mesure suivante :

Any financial institution, or officer, employee, or agent thereof, making a disclosure of information and documentation pursuant to this paragraph shall not be liable to the customer under any law or regulation of the United States or any constitution, law, or regulation of any State or political subdivision thereof, for such disclosure. (Hughes, *supra* note 277 à la p 25).

308. *Ibid*. Voir récemment *Lucca v Wells Fargo Bank*, 2015 WL 3883893 (NJ Super 28 janvier 2015), en ligne : <www.judiciary.state.nj.us/trial_court_opinions/Lucca-v-Wells%20Fargo.pdf>.

309. AMF, *Groupe de travail visant à réduire la vulnérabilité des personnes ayant recours à une assistance dans la gestion de leurs biens*, Rapport, 21 janvier 2011, p iii, en ligne : <www.lautorite.qc.ca/files/pdf/publications/autorite/rapport_groupe-travail-vulnerabilite.pdf>.

d'un tel compte, ses limites et conditions d'utilisation »³¹⁰. Ensuite, l'Autorité prévoit la création d'un registre des comptes en fidéicomis pour certains comptes commerciaux³¹¹. Ces propositions constituent certes une bonne initiative. Les situations relevées en jurisprudence et par la ligne directrice du CANAFE sur les opérations douteuses³¹², telles que les transactions inhabituelles, le comportement du client (nervosité, empressement, etc.) et la connaissance par la banque des difficultés financières du bénéficiaire devraient également être considérées. Cela est d'ailleurs le cas à certains endroits, comme aux États-Unis et en Saskatchewan, et dans une récente modification de la *Loi sur les renseignements personnels et les documents électroniques*³¹³.

CONCLUSION

À l'aune de ces développements, le spectre d'un prochain Earl Jones plane toujours. Le raffinement des fraudes bancaires, conjugué au vieillissement de la population, exige une réflexion sur les usages bancaires actuels, consacrés par la jurisprudence. Si un pas a été franchi lors de la lutte contre le blanchiment d'argent, l'équité dans les rapports financiers commande une remise en question des règles de droit actuelles.

Comme nous l'avons démontré dans ce texte, les tribunaux font preuve d'une certaine ouverture lorsqu'une victime d'exploitation financière par son mandataire poursuit l'institution financière où ce dernier détient son compte, faisant fi du sacro-saint principe bancaire de non-ingérence. La banque qui soupçonne, ou aurait dû soupçonner, une activité anormale au compte du mandataire peut donc engager sa responsabilité envers une victime, peu importe qu'il y ait une relation contractuelle (compte courant ou conjoint) ou non (compte en fidéicomis). Le problème est simple. Si l'accès à la justice représente en général une expérience pénible pour plusieurs contribuables, il va sans dire que cette expérience peut être particulièrement éprouvante pour une personne âgée.

310. *Ibid* aux pp 13–14.

311. *Ibid* à la p iii.

312. CANAFE, *supra* note 260.

313. *Supra* note 282.

L'éventail des mesures non judiciaires peut aider à secourir un aîné aux prises avec cette situation, en particulier lorsque la banque collabore. La formation des banquiers représente une illustration intéressante. Volontairement, un banquier pourrait bloquer les fonds en cas de soupçons sur les transactions, que sa décision soit fondée ou non sur une politique de son institution financière. Néanmoins, comme l'a bien expliqué Sandra Hughes, cette démarche volontaire peut gagner en efficacité lorsqu'elle est conjuguée à une intervention législative. Les premiers pas législatifs canadiens, qui obligent, dans un cas, un banquier à bloquer un compte bancaire et qui, dans un autre cas, permettent la communication de renseignements confidentiels sans l'autorisation de la personne concernée en accordant une immunité au banquier, constituent une avancée intéressante. Il y aurait lieu de réfléchir à la possibilité d'inciter ou d'obliger les institutions financières à vérifier les opérations douteuses dans un compte bancaire et à y dénoncer une situation suspecte lorsqu'une personne âgée en est la victime. Cette dérogation au principe de non-immixtion connaît un précédent, soit la lutte contre le blanchiment d'argent. Dans ce cas, comme dans celui de l'exploitation financière d'une personne âgée, il s'agit de criminalité financière. L'expérience américaine a démontré que les réticences des banquiers face à une telle approche peuvent être sérieusement tempérées par l'octroi d'une immunité judiciaire lorsque le banquier agit de bonne foi. Cette voie devrait être encouragée.