



## Araignée du matin, chagrin: le projet de loi 141 et la protection des consommateurs

Mémoire soumis à la Commission des finances publiques  
Assemblée nationale

17 janvier 2018

© Coalition des associations de consommateurs du Québec

1600, rue de Lorimier, bureau 393  
Montréal, Qc  
H2K 3W5

Tél.: (514) 362-8623

Courriel: [coordo@cacq.ca](mailto:coordo@cacq.ca)

Site web: <https://defensedesconsommateurs.org/>

Rédaction: Jacques St Amant

Le contenu de ce mémoire ne peut faire l'objet d'une reproduction à des fins commerciales. Toute autre utilisation est encouragée, à condition d'en citer la source.



*Petite mouche au corps subtil & mince  
 Volant fut prise aux rais d'une araignée:  
 Mais le bourdon d'autres mousches le prince,  
 Passa tout outre & rompit la traînée*

Pierre Coustau (1560)

[Les lois] ne diffèrent en rien des toiles  
 d'araignée: elles garderont captifs les plus  
 faibles et les plus petits de ceux qui s'y feront  
 prendre; mais les puissants et les riches les  
 déchireront.

Anacharsis (VI<sup>e</sup> siècle av. J.C.)

[Le marché est] un lieu où l'on se trompe  
 mutuellement et où l'on s'enrichit par le vol.

Anacharsis (VI<sup>e</sup> siècle av. J.C.)

## Sommaire

Le ministre des Finances du Québec a déposé le 5 octobre 2017 le projet de loi 141 (le «PL 141»), qui vise à réformer l'encadrement du secteur financier québécois. Selon l'article premier du projet, il viserait «principalement une meilleure protection du consommateur». Nous constatons toutefois que, dans l'ensemble, le PL 141 n'améliore pas la protection du consommateur de services financiers québécois; dans certains cas, il la détériore.

L'analyse proposée repose d'abord sur une mise en contexte, puis sur le recours à des concepts économiques et juridiques appliqués aux dispositions proposées. En matière économique, on s'arrêtera notamment aux problématiques des externalités négatives, des asymétries, de l'économie comportementale, de la capture et de l'efficacité. Au plan juridique, on mettra entre autres l'accent sur la problématique de l'architecture réglementaire et sur celle du risque juridique. Nous recourons également aux résultats d'une enquête que nous avons menée en décembre 2017 auprès des associations de consommateurs québécoises et qui visait à obtenir des données préliminaires sur des éléments comme l'accès aux services financiers de base, la représentation en assurance et le niveau de familiarité avec les organismes réglementaires. Plus généralement, nos observations se fondent sur la longue expérience sur le terrain des membres de la Coalition.

Nous concluons que le PL 141 ne fait rien pour améliorer l'accès des consommateurs aux services financiers de base. Il réduit les obligations imparties aux représentants en matière d'assurance. Il réduit l'information disponible pour la consommatrice en matière de distribution d'assurance sans représentant et il propose un régime d'encadrement inadéquat et imprécis en matière de distribution d'assurance en ligne. Il ouvre la porte à un produit d'assurance néfaste en matière de services funéraires prépayés. Il aggrave les difficultés associées aux processus de traitement des plaintes des institutions financières. En abolissant la Chambre de l'assurance de dommages et la Chambre de la sécurité financière, il élimine des organismes qui sont utiles et il accentue la concentration des pouvoirs réglementaires au sein d'un seul organisme, l'Autorité des marchés financiers, alors que ce type d'architecture réglementaire est remis en cause un peu partout dans le monde et sans qu'ait été menée la réflexion qui s'impose à cet égard.

Par contre, nous constatons également que le PL 141 met en place un nouveau régime de résolution en cas de difficulté financière majeure, dont ne pouvons sans doute pas faire l'économie. Nous notons d'autre part la présence de quelques autres initiatives plus heureuses, dont l'extension de l'éventail des situations où un consommateur pourra faire appel au Fonds d'indemnisation des services financiers, l'amélioration du régime de dénonciation et la mise sur pied d'un comité consultatif des consommateurs.

Néanmoins, nous devons conclure que, pour l'essentiel, le PL 141 ne tient pas sa promesse originelle. Il nous paraît que ses auteurs ont porté une grande attention aux préoccupations exprimées du côté de l'offre: on a cherché à éliminer pratiquement tous les irritants que les fournisseurs ont pu recenser. Par contre, l'analyse du texte rend inévitable la conclusion que ces auteurs connaissent assez mal les préoccupations du côté

de la demande. On se trouve ainsi avec un projet de loi profondément déséquilibré. Nous inclinons donc à croire qu'il aurait été utile, après les consultations de l'été et du début de l'automne 2015, que le ministre propose une synthèse de ses conclusions et, peut-être, un énoncé d'intention synthétique où il aurait présenté l'orientation législative qu'il entendait mettre en œuvre. Un tel livre blanc aurait inspiré une discussion globale dont nous croyons qu'elle aurait été fort utile.

Nous formulons par conséquent trois orientations générales, que voici en forme sommaire:

- A- nous soutenons l'adoption des mesures entourant la *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts*, ainsi que des mesures relatives à la dénonciation, à l'amélioration du Fonds d'indemnisation des services et à la création d'un comité consultatif des consommateurs au sein de l'AMF, sous réserve des préoccupations ci-exprimées;**
- B- nous invitons le ministre à retirer du PL 141 toutes les mesures ayant un impact, direct ou indirect, sur les pratiques dans le marché des services financiers ou les marchés connexes et nous invitons l'Assemblée nationale à surseoir à l'adoption de ces mesures, et**
- C- nous invitons le ministre à tenir une consultation globale sur l'encadrement des pratiques de marché dans le secteur financier québécois, afin de proposer une vision globale d'un tel encadrement qui corresponde pleinement au contexte du vingt-et-unième siècle.**

Nous formulons également quarante-trois (43) recommandations spécifiques, relatives à divers aspects du projet.

## Table des matières

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| 1.0 Un premier rayon dans la toile.....                            | 1  |
| 1.1 La problématique .....                                         | 1  |
| 1.2 La Coalition des associations de consommateurs du Québec ..... | 2  |
| 1.3 Nos observations .....                                         | 3  |
| 1.4 La méthodologie.....                                           | 4  |
| 1.5 Quelques orientations.....                                     | 5  |
| 2.0 Le contexte socio-démographique .....                          | 6  |
| 3.0 Principes et approches réglementaires .....                    | 10 |
| 3.1 Poser des fondations.....                                      | 10 |
| 3.2 Quelques apports économiques.....                              | 11 |
| 3.2.1 Un prélude.....                                              | 11 |
| 3.2.2 La problématique des externalités négatives.....             | 12 |
| 3.2.3 La problématique des asymétries .....                        | 16 |
| 3.2.3.1 un problème? .....                                         | 16 |
| 3.2.3.2 l'asymétrie informationnelle .....                         | 16 |
| 3.2.3.2.1 les causes de l'asymétrie informationnelle .....         | 16 |
| 3.2.3.2.2 quelques remèdes .....                                   | 18 |
| 3.2.3.2.2.1 l'information .....                                    | 18 |
| 3.2.3.2.2.2 le contenu des contrats .....                          | 19 |
| 3.2.3.2.2.3 l'éducation .....                                      | 20 |
| 3.2.3.2.2.4 le conseil .....                                       | 21 |
| 3.2.3.2.2.5 la conception des produits.....                        | 23 |
| 3.2.3.3 d'autres asymétries .....                                  | 24 |
| 3.2.4 Les mystères de la rationalité.....                          | 25 |
| 3.2.5 Pris dans la toile .....                                     | 29 |
| 3.2.6 L'efficience .....                                           | 33 |
| 3.2.6.1 structures de marché, concurrence et réseaux .....         | 34 |
| 3.2.6.2 des effets sur les consommateurs .....                     | 35 |
| 3.3 Quelques apports juridiques .....                              | 36 |
| 3.3.1 Prologue .....                                               | 36 |
| 3.3.2 La perspective structurelle .....                            | 36 |

|                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------|----|
| 3.3.2.1 la forme de la toile .....                             | 36 |
| 3.3.2.1.1 l'éruption du modèle intégré.....                    | 37 |
| 3.3.2.1.2 les modèles Twin Peaks .....                         | 38 |
| 3.3.2.1.2.1 des cimes émergeant du brouillard .....            | 38 |
| 3.3.2.1.2.2 le Royaume-Uni: après le smog.....                 | 44 |
| 3.3.2.1.2.3 l'Australie: une ascension laborieuse .....        | 47 |
| 3.3.2.1.2.4 la France: trois pics, bien sûr .....              | 49 |
| 3.3.2.1.2.5 quelques autres cas.....                           | 50 |
| 3.3.2.1.3 opérer un choix .....                                | 51 |
| 3.3.2.2 les techniques: la soie ou le venin? .....             | 52 |
| 3.3.2.3 dans la bulle: l'enjeu des processus consultatifs..... | 55 |
| 3.3.3 La perspective substantive .....                         | 56 |
| 3.3.3.1 la nature et les sources du risque juridique .....     | 56 |
| 3.3.3.1.1 un risque spécifique .....                           | 56 |
| 3.3.3.1.2 les sources du risque juridique .....                | 57 |
| 3.3.3.1.2.1 l'absence de norme .....                           | 57 |
| 3.3.3.1.2.2 l'imprécision de la norme .....                    | 58 |
| 3.3.3.1.2.3 l'inadéquation de la norme .....                   | 60 |
| 3.3.2.1.2.4 l'invisibilité de la norme .....                   | 61 |
| 3.3.2.1.2.5 l'inapplication de la norme .....                  | 63 |
| 3.3.3.1.3 la pénombre.....                                     | 65 |
| 3.3.3.2 la notion de «consommateur» .....                      | 65 |
| 3.3.3.3 des innovations juridiques? .....                      | 67 |
| 4.0 Des mailles dans la toile .....                            | 69 |
| 4.1 Un cadre de classification .....                           | 69 |
| 4.2 La stabilité financière .....                              | 69 |
| 4.2.1 Renforcer la toile.....                                  | 69 |
| 4.2.2 La notion de «dépôt».....                                | 70 |
| 4.2.3 Le montant de l'assurance-dépôts.....                    | 71 |
| 4.2.4 Le processus de résolution .....                         | 71 |
| 4.2.5 D'autres questions.....                                  | 72 |
| 4.3 L'encadrement des pratiques des fournisseurs.....          | 74 |
| 4.3.1 Des fils rompus .....                                    | 74 |
| 4.3.2 L'accès aux services de base.....                        | 74 |
| 4.3.2.1 l'ouverture d'un compte .....                          | 75 |
| 4.3.2.2 la mise à disposition des fonds.....                   | 77 |

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| 4.3.2.3 la fermeture de points de service.....              | 79  |
| 4.3.2.4 l'accès à l'assurance.....                          | 80  |
| 4.3.2.5 l'accès au micro-crédit.....                        | 82  |
| 4.3.3 L'assurance .....                                     | 83  |
| 4.3.3.1 la distribution par représentant .....              | 83  |
| 4.3.3.2 la distribution sans représentant.....              | 88  |
| 4.3.3.3 la distribution en ligne.....                       | 91  |
| 4.3.3.4 les unions réciproques.....                         | 94  |
| 4.3.4 L'assurance de frais funéraires.....                  | 95  |
| 4.3.4.1 un bref historique .....                            | 95  |
| 4.3.4.2 le régime actuel et ses avantages .....             | 96  |
| 4.3.4.3 le régime proposé .....                             | 98  |
| 4.3.4.4 les avanies de la distribution .....                | 104 |
| 4.3.4.5 des allures de veuve noire .....                    | 107 |
| 4.3.4 L'industrielle abeille .....                          | 110 |
| 4.3.5 Le traitement des plaintes et l'indemnisation.....    | 114 |
| 4.3.5.1 le traitement des plaintes .....                    | 114 |
| 4.3.5.1.1 le régime actuel.....                             | 113 |
| 4.3.5.1.2 la proposition du PL 141.....                     | 117 |
| 4.3.5.2 le régime d'indemnisation.....                      | 120 |
| 4.3.6 Les sanctions .....                                   | 121 |
| 4.3.7 Le grenier .....                                      | 122 |
| 4.4 La concurrence et la modernisation .....                | 123 |
| 4.5 Le cadre réglementaire.....                             | 124 |
| 4.5.1 Introduction.....                                     | 124 |
| 4.5.2 L'AMF .....                                           | 125 |
| 4.5.2.1 la bonne toile? .....                               | 125 |
| 4.5.2.2 les missions de l'AMF .....                         | 127 |
| 4.5.2.3 la structure de l'AMF.....                          | 131 |
| 4.5.3 Le Tribunal administratif des marchés financiers..... | 134 |
| 4.5.4 L'abolition des Chambres .....                        | 137 |
| 4.5.4.1 les petites bêtes qui font peur .....               | 137 |
| 4.5.4.2 arguments arachnides.....                           | 138 |
| 4.5.4.3 de l'utilité écologique des arachnides .....        | 142 |
| 4.5.5 Le Comité consultatif des consommateurs... ..         | 145 |
| 4.5.6 Le Fonds d'éducation à la saine gouvernance.....      | 150 |

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 4.6 Une synthèse .....                   | 151 |
| 5.0 Araignée du soir, espoir .....       | 152 |
| 5.1 絡新婦 .....                            | 152 |
| 5.2 Orientations et recommandations..... | 153 |

# Araignée du matin, chagrin: le projet de loi 141 et la protection des consommateurs

## 1.0 Un premier rayon dans la toile

### 1.1 La problématique

Dès son article premier, le projet de loi 141<sup>1</sup> assure que les modifications qu'il édicterait visent principalement une meilleure protection du consommateur tout en permettant aux institutions financières et aux intermédiaires de marché d'adapter leurs pratiques à l'évolution du secteur et aux nouveaux besoins de leur clientèle.

Nous nous croyions comblés. Hélas, nous dûmes déchanter. À l'analyse, nous voyons bien peu de choses dans ce texte qui améliorent la protection des consommateurs de services financiers, et nous en trouvons trop qui l'érodent. Nous peinons à voir en quoi le projet contribuerait à une véritable modernisation du secteur financier québécois; nous craignons par contre qu'il conforte les fournisseurs actuels dans le doux cocon qui assure leur rentabilité.

La promesse brisée que formule cet article premier nous chagrine, tout comme l'araignée affairée dès l'aurore, dont l'adage veut qu'elle annonce de la pluie. Le projet de loi 141 n'augure en effet rien de bon pour les consommateurs québécois.

On ne fait rien pour améliorer l'accès aux services financiers de base. On ne s'ajuste pas adéquatement à l'évolution des services financiers en ligne. On ouvre la porte à un produit d'assurance délétère en matière de services funéraires prépayés. On ne remédie pas aux difficultés que comportent les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges entre consommateurs et institutions financière; au contraire, on risque d'aggraver les choses dans ce domaine. On réduit potentiellement les obligations qui incombent présentement à divers intermédiaires. On propose une réforme de l'architecture

---

<sup>1</sup> Assemblée nationale; 41<sup>e</sup> législature; 1<sup>ère</sup> session. *Loi visant principalement à améliorer l'encadrement du secteur financier, la protection des dépôts d'argent et le régime de fonctionnement des institutions financières*. Projet de loi 141. Présenté le 5 octobre 2017. 485 p. (741 articles). Ci-après le «PL 141».

réglementaire dont on ne voit pas les avantages, mais dont on pressent les périls. On fait, à bien des égards, beaucoup moins que d'autres législateurs.

Nous formulerons par conséquent une critique sévère du PL 141. Elle sera étayée par les travaux de recherche les plus récents dans les domaines de l'économie, du droit et du design d'architectures réglementaires. Mais elle repose aussi sur notre expérience: on trouve de tout dans les marchés, et pas que du meilleur, et les lois n'ont pas toujours les vertus qu'on leur prête.

Solon, nous dit Plutarque (46 – 125) fut l'un des premiers et des plus grands législateurs d'Athènes, et il professait une grande foi en l'efficacité des lois afin de corriger les mœurs. Il dût par la suite admettre que son ami Anarcharsis le Scythe, nettement plus cynique, avait raison: trop souvent, les lois prennent des allures de toiles d'araignée, facilement déchirées<sup>2</sup> par ceux que Pierre Coustau, dans son épigramme inspirée de ce commentaire, qualifiait de princes et de bourdons<sup>3</sup>. Ce même Anacharsis ne se montrait pas plus indulgent pour les marchés<sup>4</sup>.

Nous inclinons hélas à partager le scepticisme du sage Anacharsis. Si on n'y prend garde, les marchés se montreront iniques avec les plus faibles et les lois, à moins qu'on ne les conçoive avec la plus grande rigueur, ne sauront les protéger. À cet égard, le PL 141 nous inspire bien davantage de défiance que de confiance.

## 1.2 La Coalition des associations de consommateurs du Québec

La Coalition des associations de consommateurs du Québec (la «CACQ») œuvre depuis plus de vingt ans à la promotion et à la défense des intérêts des consommateurs par la pleine reconnaissance et l'application des droits humains. Regroupant vingt (20) associations de consommateurs membres<sup>5</sup> qui desservent la population grâce à vingt-et-un (21) points de service, qui interviennent dans onze (11) régions administratives du Québec, elle agit à titre de représentante de ses membres, dans le respect de l'autonomie particulière de chacun d'entre eux. C'est en s'appuyant sur l'expertise développée depuis plus d'une cinquantaine d'année par les associations de consommateurs (associations

<sup>2</sup> Plutarque. *Vies parallèles*. Coll. Quarto. Paris, Gallimard, 2001. 2292 p. Pp. 202-203.

<sup>3</sup> Coustau, Pierre *Le Pegme de Pierre Coustau*. New York, Garland Publishing, 1979. 416 p. L'ouvrage a d'abord été publié en 1555; l'édition que nous citons est un fac-similé de celle publiée à Lyon en 1560. On notera d'autre part que, zoologiquement, la notion de «bourdon» ne renvoie pas à un sens précis. On qualifie de «bourdons» diverses espèces qui sont, en fait, des espèces d'abeilles, mais qui sont plus grosses que d'autres.

<sup>4</sup> Diogène Laërce. *Vies, doctrines et sentences de philosophes illustres*. Tome I, livre I. Paris, GF Flammarion, 1965. 314 p. P. 88. Diogène Laërce aurait écrit durant la première moitié du troisième siècle.

<sup>5</sup> Sont membres l'ACEF de la Péninsule, l'ACEF de l'Outaouais, l'ACEF de Québec, l'ACEF des Basses-Laurentides, l'ACEF des Bois-Francs, l'ACEF Rimouski-Neigette et Mitis, l'ACEF Rive-sud de Montréal, l'APIC Côte-Nord, le Carrefour d'entraide Drummond, le Centre d'information et de recherche en consommation de Baie-St-Paul, le CRIC de Port-Cartier, le Groupe de recherche en animation et planification économique de Québec, le Service alimentaire et d'aide budgétaire de Charlevoix-Est, le Service budgétaire Lac-St-Jean-Est, le Service budgétaire communautaire de Chicoutimi, le service budgétaire communautaire de Jonquière, le Service budgétaire populaire de La Baie et du Bas Saguenay, le Service budgétaire populaire des Sources, le Service budgétaire populaire de St-Félicien et Solutions Budget Plus.

coopérative d'économie familiale ACEF, Services budgétaires et autres) que la Coalition mène ses interventions et ses représentations, en favorisant une meilleure cohésion du mouvement des consommateurs québécois.

Les membres de la CACQ offrent notamment des services d'aide et d'information en matière budgétaire. Ils connaissent par conséquent fort bien les défis que les consommateurs doivent relever dans le domaine des services financiers, qu'il s'agisse des activités à caractère bancaire, de l'assurance ou de l'obtention de crédit, y compris le crédit hypothécaire. Ils sont d'autre part bien enracinés dans leurs régions, et savent par conséquent à quel point l'accès à des services financiers de qualité peut parfois y être difficile.

Les membres de la CACQ s'adressent à toute la population des régions qu'ils desservent. Ils sont toutefois particulièrement préoccupés par la situation des consommateurs à faible revenu.

### 1.3 Nos observations

Le titre du PL 141 renvoie principalement à des notions reliées à l'encadrement du secteur financier (et il nous paraît d'ailleurs à cet égard plus fidèle au contenu du texte que ne l'est la promesse de l'article premier). On ne peut toutefois réfléchir au cadre sans s'arrêter d'abord à ce qu'on veut y faire figurer. Si l'objectif est bien de protéger les consommateurs, il faut alors établir en quoi ils auraient besoin de protection, puis par quelles structures on peut le mieux y parvenir, et c'est à cette aune que nous jugerons d'abord le projet.

D'autre part et alors qu'il réforme plusieurs aspects du fonctionnement du mouvement Desjardins, le PL 141 ne dit pratiquement rien des relations entre cette institution et les consommateurs. Cela nous paraît constituer une lacune que nous comblerons partiellement, en abordant également des questions qui ne figurent actuellement pas dans le projet.

Nos observations seront par conséquent organisées en cinq (5) sections. Après cette introduction, nous toucherons un mot du contexte socio-économique dans lequel s'inscrit la réforme proposée (section 2), nous proposerons un certain nombre de principes et d'approches réglementaires qui serviront de fondation à notre critique (section 3), nous analyserons plus précisément certaines dispositions du PL 141 et certaines de ses lacunes (section 4), puis nous formulerons enfin quelques recommandations (section 5).

Au plan terminologique, nous désignerons par «produit» tout ce qui pourrait constituer un produit ou un service financier. Nous désignerons par «fournisseur» toute entreprise fournissant des services visés par le PL 141 et les lois qu'il entend modifier. Nous désignerons par «AMF» l'Autorité des marchés financiers québécoise, présentement établie en vertu de la *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*<sup>6</sup>. Nous désignerons enfin par «consommateur» la personne physique, agissant à des fins personnelles, qui est susceptible de se procurer des produits; si nous recourons généralement à la forme épiciène, il nous arrivera aussi de féminiser le vocabulaire.

---

<sup>6</sup> L.R.Q., c. A-33.2.

Bien sûr, l'absence de commentaire de notre part à l'égard de l'un ou l'autre des aspects du PL 141 ne doit être interprétée ni comme un appui, ni comme une critique à l'égard de tel élément du projet. Cela dit, nous tenons à souligner la convergence de nos recommandations avec celles formulées par ailleurs par Option consommateurs.

Compte tenu enfin de la nature de cette consultation, il ne fait bien sûr pas de doute que nous consentons à la publication de ce mémoire, à condition que la source en soit identifiée.

## 1.4 La méthodologie

Les observations que nous formulons dans ce mémoire sont fondées sur trois approches complémentaires.

D'une part, les questions que nous abordons ont évidemment fait l'objet d'échanges avec les dirigeants de la CACQ et avec du personnel oeuvrant au sein de certains de nos membres, de sorte que nos commentaires bénéficient de l'expérience de personnes qui travaillent sur le terrain et se trouvent en contact quotidien avec des consommateurs québécois.

Ensuite, nous avons recouru à une recherche documentaire et à une analyse de nature juridique.

D'autre part et afin d'obtenir quelques indications quantitative un peu plus précises, nous avons effectué une petite enquête en ligne, avec la collaboration de l'Union des consommateurs et d'Option consommateurs. Au total, trente-quatre (34) associations de consommateurs québécoises ont par conséquent été invitées à répondre à cette enquête, qui comportait une dizaine de questions, entre le 12 et le 22 décembre 2017. Nous avons reçu des réponses provenant de dix-sept (17) équipes ou points de service, associés à quinze (15) membres et desservant la population de dix (10) des dix-sept (17) régions administratives du Québec. On recourra à diverses reprises aux résultats de cette enquête dans la section 4. Nous n'avançons évidemment pas que ces résultats dressent un portrait statistiquement complet et représentatif de la situation québécoise, et ce n'était pas l'ambition de cette enquête; les données que nous avons recueillies permettent toutefois de cerner quelques problématiques qui nous paraissent dans certains cas requérir des recherches plus poussées, ou même des interventions réglementaires plus précises. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

On notera d'autre part dans la section 4 que nous avons établi une grille sommaire d'analyse qui permet en un coup d'œil de synthétiser notre évaluation des divers aspects du PL 141 que nous analyserons. Cette grille recourt à six (6) critères d'évaluation, en plus d'un résultat global, et à trois symboles: le ▲ dénote une évaluation positive, le ◇ indique une évaluation neutre ou que le critère ne nous paraît pas pertinent en l'occurrence, et le ▼ marque une évaluation négative. Pour donner un exemple, notre évaluation de la proposition formulée en matière d'assurance de frais funéraires prend la forme suivante:

### **Assurance de frais funéraires**

|              |   |
|--------------|---|
| externalités | ▼ |
| asymétries   | ▼ |

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

Il va de soi qu'il s'agit là d'une analyse qualitative, fondée sur la méthodologie établie dans les paragraphes précédents. On trouvera également à la fin de la section 4 une grille cumulative reprenant les évaluations globales relatives à chaque aspect que nous aurons analysé.

### 1.5 Quelques orientations

Pour les raisons que nous examinerons plus précisément dans les pages suivantes, il nous paraît que le PL 141, dans sa forme actuelle, soulève des difficultés telles que nous ne pouvons en soutenir l'adoption.

Notre analyse s'inspire de principes économiques et juridiques bien établis, en plus de l'expérience pratique de nos organismes membres. Elle nous mène à la conclusion qu'on ne s'est pas soucié suffisamment, dans la conception du PL 141, d'aspects comme

- la prise en compte des diverses formes d'asymétrie entre fournisseurs et consommateurs;
- l'importance des externalités négatives;
- les enseignements des travaux des trois dernières décennies en économie comportementale;
- la gestion adéquate du risque juridique et
- l'architecture de la structure réglementaire.

Il en résulte que le PL 141 ne contribue pas à l'amélioration de la protection des consommateurs québécois dans les domaines qui relèvent du fonctionnement des marchés et des risques qui lui sont reliés. Dans certains cas, les mesures proposées diminuent même le niveau de protection dont ils jouissent actuellement.

Nous inclinons à croire que ce regrettable résultat aurait pu être évité si, entre les consultations menées en 2015 et le dépôt du PL 141, le ministre avait publié un document de la nature d'un livre blanc qui aurait permis de tenir un véritable débat sur ces questions. La tenue d'une telle consultation nous paraît impérative, afin qu'on mette au point un cadre réglementaire prenant adéquatement en compte à la fois la situation des consommateurs et des fournisseurs, ainsi que les meilleures pratiques réglementaires observées ailleurs dans le monde et les recherches les plus pertinentes.

Par contre, nous prenons acte de la volonté du ministre de raffermir l'encadrement des fournisseurs en matière de gestion du risque systémique et de stabilité du secteur financier, ainsi que des motifs qui la sous-tendent et des mesures qui visent à concrétiser cette volonté.

Nous formulons par conséquent trois orientations générales, qui inspireront des recommandations plus précises auxquelles nous reviendrons *infra*:

- D- nous soutenons l'adoption des mesures entourant la *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts*, qu'on trouve aux articles 315 à 359 du PL 141, et de mesures corrélatives disséminées ailleurs dans le projet visant une meilleure gestion du risque systémique, systémique ainsi que des mesures relatives à la dénonciation, à l'amélioration du Fonds d'indemnisation des services et à la création d'un comité consultatif des consommateurs au sein de l'AMF, sous réserve des préoccupations ci-exprimées;**
- E- nous invitons le ministre à retirer du PL 141 toutes les mesures ayant un impact, direct ou indirect, sur les pratiques dans le marché des services financiers ou les marchés connexes et nous invitons l'Assemblée nationale à surseoir à l'adoption de ces mesures, et**
- F- nous invitons le ministre à tenir une consultation globale sur l'encadrement des pratiques de marché dans le secteur financier québécois, y compris l'évolution du mouvement Desjardins et l'architecture réglementaire, afin de mieux cerner les mesures qui permettraient véritablement de protéger les consommateurs, tout en permettant aux fournisseurs de s'adapter à l'évolution de ce secteur et à l'évolution des besoins des consommateurs québécois, et de proposer une vision globale d'un tel encadrement qui corresponde pleinement au contexte du vingt-et-unième siècle.**

## 2.0 Le contexte socio-démographique

Le Québec compte désormais plus de huit millions d'habitants<sup>7</sup>. C'est autant de consommateurs, avérés ou potentiels. Leurs situations personnelles diffèrent immensément. Pourtant, on évoque sans cesse un consommateur mythique, aux contours indéfinis, comme s'il n'existait qu'un modèle qui servirait d'étalon à l'égard de l'efficacité d'un régime législatif. La catégorie «consommateur» est au contraire hautement hétérogène: les besoins et les ressources de l'ingénieur en réseautique vivant dans l'ouest de l'île de Montréal, du ménage de réfugiés syriens récemment arrivé à Sherbrooke ou de l'exploitante d'une ferme d'oviculture en Gaspésie ont peu en commun.

Près de quatorze pour cent des Québécois sont des immigrants<sup>8</sup>, et font donc face à des besoins particuliers<sup>9</sup>; leur nombre s'accroît d'environ cinquante mille par an. Huit pour

<sup>7</sup> Institut de la statistique du Québec. *Population du Québec, 1971-2017*. Consulté au [http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/structure/qc\\_1971-20xx.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/structure/qc_1971-20xx.htm).

<sup>8</sup> Statistique Canada. *Statut d'immigrant et période d'immigration, chiffres de 2016, les deux sexes, âge (total), Canada, provinces et territoires, Recensement de 2016 –Données-échantillon (25%)* Ottawa, Statistique Canada, 2017. Consulté au <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/dp-pd/hlt-fst/imm/Tableau.cfm?Lang=F&T=11&Geo=00>. On notera également que près de 20% des immigrants au Québec sont arrivés depuis 2011.

<sup>9</sup> D'une part et selon le moment de leur arrivée et leur origine, ils ne maîtrisent peut-être pas encore le fonctionnement du système financier québécois. D'autre part, beaucoup de membres de communautés culturelles expédient régulièrement des fonds vers leur pays d'origine, souvent par des réseaux informels, qui jouent néanmoins un rôle économique important: on verra par exemple Kelly, Deirdre. *Massive money-transfer industry disrupted by startups*. The Globe and Mail, 30 mai 2106. Consulté au <http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/massive-money-transfer->

cent des Québécois sont âgés de soixante-quinze et plus<sup>10</sup> et cette proportion ne fera qu'augmenter. La population urbaine constitue plus de quatre-vingts pour cent de la collectivité québécoise<sup>11</sup> et cette proportion tend à s'accroître<sup>12</sup>. Le revenu total médian des Québécois est l'un des plus bas au Canada<sup>13</sup>. Le quintile supérieur de la population détient à lui seul les deux tiers (68%) de l'avoir net des ménages québécois<sup>14</sup>, tandis que seize pour cent (16,2%) des ménages se trouvent sous le seuil de faible revenu après impôt, proportion qui a augmenté de deux pour cent depuis 2011<sup>15</sup>. On estime par ailleurs que le tiers des salariés québécois éprouveraient de la difficulté à respecter leurs obligations financières courantes si le versement de leur salaire était retardé ne serait-ce que d'une semaine<sup>16</sup>. Beaucoup de Québécois ne sont pas très riches.

D'autre part, plus de la moitié (53,2%) des Québécois affichent un niveau de littératie relativement bas et cinquante-six pour cent (56%) affichent un niveau de numératie relativement bas<sup>17</sup>. On ne s'étonne pas dans ce contexte que, par exemple, les trois quarts

---

[industry-disrupted-by-startups/article30193454/](http://industry-disrupted-by-startups/article30193454/). On voit d'autre part émerger, au Québec comme ailleurs, de nouveaux types de services, comme ceux qu'on regroupe sous l'étiquette de «finance islamique», qui sont dans ce cas d'espèce conformes aux prescriptions du Coran, mais qui ne correspondent pas au cadre juridique occidental traditionnel. On verra par exemple à cet égard Thomson Reuters. *Canada Islamic Finance Outlook 2016*. Toronto, Thomson Reuters, 2016. 73 p. Consulté au [http://www.tfsa.ca/storage/reports/Canada Islamic Finance 2016.pdf](http://www.tfsa.ca/storage/reports/Canada%20Islamic%20Finance%202016.pdf).

<sup>10</sup> Institut de la statistique du Québec. *Population par groupe d'âge, Canada et régions*, 1<sup>er</sup> juillet 2017. Consulté au <http://www.midi.gouv.qc.ca/fr/recherches-statistiques/index.html>.

<sup>11</sup> Statistique Canada. *Population urbain et rurale, par province et territoire (Québec)*. Ottawa, Statistique Canada, 2013. La donnée vaut pour 2011. Consulté au <https://www.statcan.gc.ca/tables-tableaux/sum-som/102/cst01/demo62f-fra.htm>.

<sup>12</sup> Binette Charbonneau, Anne. *Démographie*. In *Panorama des régions du Québec 2017*. Québec, Institut de la statistique du Québec, 2017. 193 p. Pp. 21-22. Consulté au <http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/profils/panorama-regions-2017.pdf>.

<sup>13</sup> Statistique Canada. *Nombre de ménages, revenu médian et rang du revenu médian, Canada, provinces et territoires*. Ottawa, Statistique Canada, 2017. Les données valent pour 2016. Consulté au <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/170913/t001a-fra.htm>.

<sup>14</sup> Statistique Canada. *Tableau 205-0004 – Enquête sur la sécurité financière (ESF), actifs et dettes selon les quintiles d'avoir net, Canada, provinces et certaines régions métropolitaines de recensement (RMR), occasionnel (dollars constants de 2016 x 1 000 000)*. Ottawa, Statistique Canada, 2017. Les données valent pour 2016. Consulté au <http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>.

<sup>15</sup> Statistique Canada. *Tableau 265-0041 – Statistiques du faible revenu selon l'âge, le sexe et le type de famille économique, Canada, provinces et certaines régions métropolitaines de recensement (RMR)*. Ottawa, Statistique Canada, 2017. Les données valent pour 2015. Consulté au <http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>.

<sup>16</sup> L'Association canadienne de la paie administre chaque année un sondage auprès de salariés canadiens et pose systématiquement cette question; on trouve les résultats pour le Québec en 2017 au

[http://members.payroll.ca/cpadocs/npw/2017/CPA\\_271084\\_NPW\\_Infographic\\_Quebec\\_ENG.pdf](http://members.payroll.ca/cpadocs/npw/2017/CPA_271084_NPW_Infographic_Quebec_ENG.pdf).

<sup>17</sup> Statistique Canada. *Les compétences au Canada: Premiers résultats pour l'évaluation internationale des compétences des adultes (PEICA)*. Ottawa, Ministère de l'Industrie, 2013. 109 p. Tableau B.1.2, page 87 et tableau B.1.4, p. 89. Consulté au <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-555-x/89-555-x2013001-fra.pdf>. On a additionné les répondants classés aux niveaux 1, 2 et 3, et donc qui n'atteignent pas le seuil de littératie où une personne peut accomplir «[d]e nombreuses tâches [qui] nécessitent de repérer et de comprendre une ou plusieurs idées spécifiques non centrales dans le texte, afin d'interpréter ou d'évaluer des affirmations fondées sur les faits ou des rapports au sein de

(76%) des consommateurs québécois estiment que l'assurance de dommages constitue un produit complexe et que la moitié admettent ne pas comprendre tous les éléments de leur contrat d'assurance<sup>18</sup>. Le niveau de compréhension des consommateurs est relativement bas (ne parlons même pas d'un niveau d'«expertise») et l'information écrite, sur papier ou en ligne, n'est pas vraiment utile pour une bonne moitié d'entre eux. Les consommateurs sont conscients de la complexité des marchés financiers et ils hésitent à s'y aventurer<sup>19</sup>, même s'ils surévaluent leur niveau de compétence dans ce domaine<sup>20</sup>.

Selon une enquête réalisée pour le compte du Centre facilitant la recherche et l'innovation dans les organisations, à l'aide des technologies de l'information et de la communication (TIC) (le «CEFRIO»), les trois quarts (74%) des adultes québécois effectuent régulièrement des opérations bancaires en ligne et la moitié auraient «comme premier réflexe d'utiliser ce moyen pour faire l'acquisition de ces produits et services»; on notera toutefois que plus de la moitié ne sont pas intéressés par les services d'institutions de nature bancaire qui ne disposent pas d'un réseau de succursales et que cinquante-sept pour cent (57%) demeurent en désaccord avec l'énoncé selon lequel ils aimeraient ne plus avoir besoin de se rendre physiquement en succursale<sup>21</sup>.

Encore faut-il peut-être nuancer. Tant les résultats de cette enquête que de celle menée pour le compte de la Chambre de l'assurance de dommages distinguent entre recherche d'information en ligne et conclusion du contrat à distance. Selon les données publiées par cette dernière, par exemple, près des deux tiers (61%) des consommateurs font des recherches préalables en ligne avant d'obtenir de l'assurance en raison notamment de la rapidité et de la possibilité de comparer des offres, mais les trois quarts (74%)

---

discours persuasifs» alors que «[de]s informations conditionnelles, qui doivent être prises en compte par le répondant, sont souvent présentes dans les tâches de ce niveau» et que «[d]es informations concurrentes sont présentes et semblent parfois aussi importantes que les informations correctes (p. 16) ou le seuil de numératie où une personne peut comprendre des informations mathématiques complexes dans un contexte non familier. En somme, les répondants des niveaux 1, 2 et 3 ne peuvent probablement pas évaluer une proposition relative à un produit financier le moins complexe.

<sup>18</sup> Chambre de l'assurance de dommages. *La distribution d'assurance en ligne – Qu'en pensent les consommateurs?* Montréal, Chambre de l'assurance de dommages, 2016. Consulté au <http://docs.chad.ca/SiteCollectionDocuments/sondage-vente-assurance-en-ligne-2016.pdf>. Il s'agit des résultats d'un sondage réalisé en janvier 2016 par la firme Léger Marketing auprès de 500 Québécois de 18 ans et plus.

<sup>19</sup> CGI. *Perturbations liées aux technologies dans le secteur des services financiers*. Montréal, CGI, 2016. P. 6. Sondage disponible par l'entremise du <https://www.cgi.com/fr/cgi-consommateurs-services-financiers-numeriques-institution>.

<sup>20</sup> Léger recherche-stratégie-conseil. *Étude sur le niveau de connaissances des Québécois de différents concepts financiers*. Sondage réalisé pour l'Ordre des comptables professionnels agréés du Québec. Montréal, 2016. Disponible au <http://cpaquebec.ca/~media/docs/public-medias/salle-presse/actualites/rapport-leger-cpa-oct-2016.pdf>.

<sup>21</sup> CEFRIO. *Services bancaires en ligne*. NetTendances, 2017, vol. 8, no 3.24 p. Pp. 5, 6, 8, 11, 12. Consulté au [https://www.cefrio.qc.ca/media/uploader/services\\_bancaires\\_en\\_ligne\\_2017.pdf](https://www.cefrio.qc.ca/media/uploader/services_bancaires_en_ligne_2017.pdf). On notera que l'enquête a été réalisée par sondage téléphonique auprès de 1 000 adultes québécois en juin 2017 (p. 4).

hésiteraient à conclure un contrat en ligne sans la collaboration d'un représentant, en raison de la complexité du produit et du risque de se trouver mal assuré<sup>22</sup>.

Et si les consommateurs québécois effectuent de plus en plus d'opérations bancaires en ligne, c'est sans doute qu'on ne leur en laisse guère le choix. Depuis vingt ans, les institutions financières ont en effet sabré dans leurs réseaux de succursales ou de points de service, comme l'indiquent ces quelques données<sup>23</sup>:

**Tableau 1**  
**Évolution du nombre de points de service au Québec**  
**de deux types d'institutions de dépôt (1997-2016)**

| Type       | 1997  | 2016  | écart (%) |
|------------|-------|-------|-----------|
| Desjardins | 1 324 | 1 030 | -22,2     |
| Banques    | 1 616 | 1 110 | -31,3     |
| Total      | 2 940 | 2 140 | -27,2     |

En vingt ans, le Québec a perdu plus du quart de ses points de service de nature bancaire. Ajoutons que la Banque Laurentienne, non contente de fermer une cinquantaine de succursales supplémentaires, entend tout simplement supprimer la prestation de services courants au comptoir dans toutes ses succursales<sup>24</sup>. Mais, rappelons-le, les données susmentionnées du CEFRIO indiquent que plus de la moitié des consommateurs ne sont pas prêts à renoncer au service en succursale. Pour ces consommateurs, l'éloignement de la succursale, l'obligation de recourir à des solutions qui ne leur conviennent pas ou celle de choisir un nouveau fournisseur constituent des inconvénients

<sup>22</sup> Chambre de l'assurance de dommages, *op. cit.*

<sup>23</sup> On a tiré les données de 1997 de St Amant, Jacques. *Les portes closes – l'état alarmant des réseaux des institutions financières*. Montréal, Option consommateurs, 1998. 160 p. Tableau 1. Ces données avaient elles-mêmes été extraites directement du Fichier des institutions financières de l'Association canadienne des paiements par l'auteur. On a tiré les données de 2016 relatives aux banques de Association des banquiers canadiens. *Total des succursales bancaires au Canada et par province*. Toronto, Association des banquiers canadiens, 29 août 2017. Consulté au <https://cba.ca/bank-branches-in-canada?l=fr>. On a enfin tiré les données relatives au réseau québécois de Desjardins de Mouvement Desjardins. *Au cœur de votre vie – Rapport de responsabilité sociale et coopérative 2016*. Lévis, Mouvement Desjardins, s.d. 114 p. Pp. 18-19. Consulté au <https://desjardins.com/ressources/pdf/d50-rapport-sociale-2016-f.pdf?resVer=1505140505000>. Desjardins indique compter 1 080 points de service au Québec et en Ontario, et 50 (ou peut-être davantage) en Ontario; nous avons retenu l'interprétation la plus favorable à Desjardins; il serait toutefois utile que le mouvement ventile les données relatives à sa présence géographique de manière plus claire et plus précise.

<sup>24</sup> Banque Laurentienne. *La Banque Laurentienne franchit une nouvelle étape de son plan de transformation*. Communiqué de presse, 28 septembre 2016. Consulté au <https://www.banquelaurentienne.ca/pdf/16-09-28-La-Banque-Laurentienne-du-Canada-franchit-une-nouvelle-tape.pdf>. *Mécontentement après la fermeture de succursales de la Banque Laurentienne*. 8 septembre 2017. Consulté au <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1054943/mecontentement-fermeture-succursales-banque-laurentienne-gaspesie>. *La Banque Laurentienne annonce la fin des services au comptoir et élimine 150 emplois*. 30 août 2017. Consulté au <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1053187/banque-laurentienne-numerique-services-banque-emploi-perde>.

qui peuvent être appréciables : on reviendra à la sous-section 3.2.2 à la notion d'externalités négatives. Pour le développement économique d'une région ou d'un quartier, d'autre part, une fermeture de succursale peut s'avérer catastrophique.

On sait par ailleurs à quel point l'univers des paiements se transforme rapidement. À l'échelle canadienne, près des deux tiers (65%) des opérations de paiement de détail sont désormais réalisées par voie électronique, plutôt qu'en numéraire ou par chèque<sup>25</sup>. Divers intermédiaires, comme PayPal, jouent un rôle de plus en plus important dans les opérations de paiement des consommateurs. Le cadre juridique entourant ces opérations, lui, stagne, tandis que s'accroissent les risques encourus par les consommateurs.

L'essor du socio-financement et de l'assurance de pair à pair semblent d'autre part indiquer que beaucoup de consommateurs recherchent (à tort ou à raison, c'est un autre débat) des services financiers que les fournisseurs traditionnels ne leur offrent pas, ou qu'ils ne veulent plus obtenir de leur part<sup>26</sup>. Dans certaines régions du Canada au moins, on assiste à la croissance de fournisseurs non traditionnels de crédit hypothécaire, ce qui pourrait avoir un impact sur le rôle et les responsabilités des courtiers dans ce domaine.

La société change, et les marchés aussi. Mais ces phénomènes se reflètent-ils vraiment dans un projet de loi qui promet pourtant de permettre aux fournisseurs «d'adapter leurs pratiques à l'évolution du secteur et aux nouveaux besoins de leur clientèle»?

## 3.0 Principes et approches réglementaires

### 3.1 Poser des fondations

Le PL 141 repose sur une conception globale que se fait le ministre de l'évolution du secteur financier québécois. Pour que l'analyse soit à la hauteur de cette vision, elle doit elle aussi reposer sur un certain nombre de principes généraux, qu'il faut d'abord poser avant d'en examiner l'application à certaines des mesures que propose le projet de loi.

Ces principes d'évaluation qui retiennent notre attention relèvent pour certains de l'économie et, pour d'autres, du droit – encore que ces catégories ne soient pas parfaitement étanches et que certains domaines, comme l'efficacité et la concurrence, se caractérisent par une certaine mixité conceptuelle. Aux fins de l'exposition toutefois, nous les rattacherons principalement à l'un ou l'autre de ces vastes domaines dans les pages qui suivent.

Ces principes reposent d'autre part sur une critique d'ordre philosophique. L'*homo economicus* et le sujet de droit, envisagés par l'économie classique et notre régime

<sup>25</sup> Tompkins, Michael; Galociova, Viktoria. *Canadian Payment Methods and Trends 2017*. Ottawa, Association canadienne des paiements, décembre 2017. 32 p. P. 13, tableau 2. Disponible au [https://www.payments.ca/sites/default/files/14-d%C3%A9c-17/paymentscanada\\_trendsreport2017\\_french\\_final.pdf?\\_ga=2.129399439.2074413046.1513872829-1221620479.1513872829](https://www.payments.ca/sites/default/files/14-d%C3%A9c-17/paymentscanada_trendsreport2017_french_final.pdf?_ga=2.129399439.2074413046.1513872829-1221620479.1513872829).

<sup>26</sup> Des consommateurs qui se sentent exclus auraient peut-être tendance à migrer davantage dans le marché, surtout si c'est vers des solutions qui paraissent leur accorder davantage de contrôle sur les services fournis. On verra à cet égard Su, Lei; Jiang, Yuwei; Zhansheng, Chen; Dewart, C. Nathan. *Social Exclusion and Consumer Switching Behavior: A Control Restoration Mechanism*. Journal of Consumer Research 44 (2017) 99-117.

juridique, posent fondamentalement la même conception de l'être humain. D'abord, il est rationnel<sup>27</sup> et il prend ses décisions rationnellement – ne serait-ce que parce que le recours à la rationalité constitue la méthode la plus rationnelle. Ensuite et puisque tous les humains sont rationnels, ils sont foncièrement semblables et donc égaux. *Tertio* et puisqu'ils sont égaux, aucun ne peut dominer les autres sans leur consentement mutuel: tous sont libres. D'où l'étiquette de «libéralisme».

Il s'agit d'une conception d'une admirable noblesse. Elle ne comporte qu'un seul défaut: elle ne correspond pas très bien à la réalité.

Dans les faits, les humains n'agissent pas toujours de manière «rationnelle», au sens classique du terme. Dans les marchés, tous ne disposent pas des mêmes ressources et l'égalité formelle ne se traduit pas par l'égalité réelle des acteurs socio-économiques. En pratique, il existe des produits et des biens essentiels, des contrats inéquitables, des écarts de richesse et des oligopoles qui font en sorte que la liberté de l'acteur est trop souvent grandement limitée. En termes économiques, les marchés ne sont jamais parfaits; il est donc légitime de remédier à leurs carences.

Les économistes le constatent et s'efforcent de plus en plus d'adapter leurs modèles pour prendre en compte les écarts entre le modèle libéral et le monde réel. Les juristes le savent également et ont inventé des mécanismes comme les règles du droit de la consommation pour atténuer ces écarts.

Les principes sur lesquels repose notre analyse sont empruntés à ces travaux en économie et en droit, qui se sont surtout développés au cours du dernier demi-siècle. En somme, nous posons comme *a priori* que, dans les marchés financiers québécois, les consommateurs n'agissent pas toujours de manière «rationnelle» au sens classique du terme (et qu'il ne s'agit pas de fautes de leur part), qu'ils ne sont pas égaux aux autres acteurs du marché et qu'ils ne sont pas toujours parfaitement libres, parce que la demande de certains produits est relativement inélastique et que certains marchés sont oligopolistiques, pour des raisons par ailleurs fort explicables pour la plupart. Certaines techniques juridiques peuvent par contre contribuer, si elles sont utilisées à bon escient, à remédier à ces dérèglements.

Or il nous paraît que le PL141 sous-estime assez systématiquement ces défis auxquels le consommateur fait face, et parfois gravement. Notre critique sera donc sévère. Il importe par conséquent d'autant plus qu'elle repose sur quelques principes relativement simples, mais fermement établis.

### 3.2 Quelques apports économiques

#### 3.2.1 un prélude

L'étude de l'économie se penche notamment sur la production, la distribution et la consommation de produits. Il va de soi que ses apports peuvent contribuer à la

---

<sup>27</sup> René Descartes postulait déjà la rationalité du sujet, le *cogito*, dans le *Discours sur la méthode*, en 1637. Bentham, Mills et d'autres ont ajouté par la suite que ce sujet rationnel prend des décisions en fonction de l'utilité des résultats auxquels il s'attend, élément retenu pour sa part davantage par les économistes que par les juristes.

compréhension des interactions entre fournisseurs et consommateurs de produits financiers.

On sait que la variante néo-classique de cette discipline postule l'existence de marchés concurrentiels au sein desquels des acteurs égaux entre eux peuvent, par le jeu de l'offre et de la demande, établir un prix juste pour les produits. Ce prix tiendra compte des coûts reliés à la production, y compris les coûts de transaction, les coûts d'opportunité et les coûts de sortie.

Ces marchés sont toutefois imparfaits. L'analyse de leurs dérèglements et des facteurs qui les causent a progressé notablement au cours du dernier demi-siècle, mais les perspectives qu'offre cette analyse renouvelée tardent parfois à être intégrées dans les processus décisionnels déterminant les grandes politiques publiques. Il s'agit dès de rappeler brièvement certains de ces apports plus récents à la réflexion en matière économique, qu'on utilisera dans la section 4 afin d'évaluer les impacts que pourraient avoir certaines des mesures proposées dans le PL 141.

### 3.2.2 La problématique des externalités négatives

La décision que prend un acteur socio-économique comporte des conséquences – sans quoi elle serait sans objet. Quelques-unes de ces conséquences s'avèreront positives et d'autres... moins. Surtout, certaines s'imposeront à l'acteur qui les a prises, mais d'autres auront un impact sur des tiers, qui sera parfois négatif.

La pollution en fournit l'exemple classique. L'exploitant de l'usine choisit un processus de fabrication plus polluant, parce qu'il est moins coûteux pour lui. Les conséquences de la pollution sont éprouvées par les voisins et elles leur imposent des coûts<sup>28</sup>. Ces coûts représentent pour l'exploitant de l'usine des «externalités»: ils ne figurent pas dans ses états financiers parce qu'ils demeurent hors du périmètre de son entreprise. Ils ne l'incitent donc pas à polluer moins. Les voisins, toutefois, font les frais de ces externalités, qui sont pour eux négatives.

Si on obligeait systématiquement cet exploitant à acquitter toutes les factures de réparation des bâtiments des voisins et le coût des soins qu'ils doivent recevoir en raison de cette pollution, il ne tarderait pas à modifier ses processus de fabrication pour polluer moins et réduire par conséquent ses coûts. Contraint à internaliser les coûts résultant de ses décisions, il en jaugerait mieux toutes les conséquences et chercherait à réduire les coûts totaux, ce qui accroîtrait en principe l'efficacité au plan économique. Rien de cela ne pose de problème conceptuel.

Le défi est ailleurs. Comment, en effet, convaincre l'exploitant de l'usine d'internaliser ces coûts? On peut envisager deux grandes techniques. D'une part, tous les voisins pourraient chercher à s'entendre avec l'exploitant, ou pourraient tenter contre lui des recours juridiques pour obtenir réparation. Il s'agit cependant là de méthodes relativement inefficaces, et qui imposent ce que les économistes qualifient de coûts de transaction. Autre solution, la puissance publique pourrait imposer des règles obligeant l'exploitant à internaliser les coûts qu'il impose à ces voisins. Dans tous les cas, les

<sup>28</sup> La pollution de l'air peut provoquer une détérioration des immeubles ou de la santé, par exemple, ce qui induit une perte de valeur des biens, des coûts de réparation des bâtiments et des frais reliés au rétablissement de la santé, qui seront encourus par les voisins ou par la société en général.

économistes préféreront que l'on retienne la solution qui, à la fois, permette de réduire les coûts (y compris les externalités) et qui soit elle-même la méthode de réduction la moins coûteuse.

En 1960, le professeur Ronald Coase publiait *The Problem of Social Cost*<sup>29</sup>, l'une des contributions pour lesquelles on lui a décerné en 1991 le prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel. Coase y cherchait à établir comment fixer la responsabilité quand la décision d'un acteur économique comporte des effets négatifs pour d'autres acteurs ou, dans ses termes, quand les *actions of business firms [...] have harmful effects on others*<sup>30</sup>. À son avis, l'analyse doit prendre en compte les coûts encourus par toutes les parties, y compris ceux reliés aux transactions reliées à la mise en place de solutions réduisant les externalités négatives, et qui sont inévitables dans les marchés réels<sup>31</sup>. Il s'agit donc à la fois de réduire les externalités négatives et de réduire les coûts de transaction induits par le processus. Le marché pourra parfois fournir des solutions adéquates, mais ce ne sera pas toujours le cas; on pourra alors se tourner vers l'intervention gouvernementale afin de mettre en place des solutions juridiques, notamment, qui permettront d'encadrer les externalités négatives au moindre coût:

In the standard case of a smoke nuisance, which may affect a vast number of people engaged in a wide variety of activities, the administrative costs might well be so high as to make any attempt to deal with the problem within the confines of a single firm impossible. An alternative solution is direct Government regulation. Instead of instituting a legal system of rights which can be modified by transactions on the market, the government may impose regulations which state what people must or must not do and which have to be obeyed. Thus, the government (by statute or perhaps more likely through an administrative agency) may, to deal with the problem of smoke nuisance, decree that certain methods of production should or should not be used (e.g. that smoke preventing devices should be installed or that coal or oil should not be burned) or may confine certain types of business to certain districts (zoning regulations).<sup>32</sup>

L'intervention gouvernementale peut donc réduire à la fois les externalités négatives et les coûts de transaction. Le Pr Coase n'était pas pour autant un tenant de l'intervention étatique systématique; il admettait toutefois qu'elle constitue parfois la meilleure solution, et qu'on ne peut l'écarter dogmatiquement:

But the governmental administrative machine is not itself costless. It can, in fact, on occasion be extremely costly. Furthermore, there is no reason to suppose that the restrictive and zoning regulations, made by a fallible

<sup>29</sup> Coase, Ronald. *The Problem of Social Cost*. (1960) 3 Journal of Law and Economics 1-44.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 17.

administration subject to political pressures and operating without any competitive check, will necessarily always be those which increase the efficiency with which the economic system operates. Furthermore, such general regulations which must apply to a wide variety of cases will be enforced in some cases in which they are clearly inappropriate. From these considerations it follows that direct governmental regulation will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm. But equally there is no reason why, on occasion, such governmental administrative regulation should not lead to an improvement in economic efficiency. This would seem particularly likely when, as is normally the case with the smoke nuisance, a large number of people are involved and in which therefore the costs of handling the problem through the market or the firm may be high.<sup>33</sup>

À peine un an plus tard<sup>34</sup>, un juriste qui se penchait sur la distribution du risque entre divers acteurs entamait des travaux qui allaient converger avec ceux de Coase, même s'il provenait d'un horizon différent en termes de philosophie politique<sup>35</sup>. En 1972, ce juriste, Guido Calabresi, co-rédigeait un article devenu classique, qui proposait

(1) that economic efficiency standing alone would dictate that set of entitlements which favors knowledgeable choices between social benefits and the social costs of obtaining them, and between social costs and the social costs of avoiding them; (2) that this implies, in the absence of certainty as to whether a benefit is worth its costs to society, that the cost should be put on the party or activity best located to make such a cost-benefit analysis; (3) that in particular contexts like accidents or pollution this suggests putting costs on the party or activity which can most cheaply avoid them; (4) that in the absence of certainty as to who that party or activity is, the costs should be put on the party or activity which can with the lowest transaction costs act in the market to correct an error in entitlements by inducing the party who can avoid social costs most cheaply to do so; " and (5) that since we are in an area where by hypothesis markets do not work perfectly - there are transaction costs - a decision will often have to be made on whether market transactions or

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>34</sup> Calabresi, Guido. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. [1961] 70 (4) Yale L.J. 499-553.

<sup>35</sup> On verra Marciano, Alain. *Guido Calabresi's economic analysis of law, Coase and the Coase theorem*. (2012) 32 International Review of Law and Economics 110-118.

collective fiat is most likely to bring us closer to the Pareto optimal result the "perfect" market would reach.<sup>36</sup>

Cet énoncé, et surtout le troisième élément numéroté, constitue pour plusieurs le fondement de l'analyse fondée sur la frugalité en matière d'évitement des coûts<sup>37</sup>. On saisit d'emblée les parallèles avec les préoccupations de Coase, dont on sait d'ailleurs que Calabresi l'avait lu<sup>38</sup>.

Plus exactement peut-être, on devrait parler de complémentarité des analyses. Coase se penche sur la source du mécanisme de réduction des coûts et il compare les caractéristiques du marché et de la réglementation à cet égard. Calabresi et Melamed s'intéressent quant à eux à l'effet du mécanisme: qu'il relève du marché ou de la réglementation, que devrait-il accomplir? Tous s'entendent toutefois pour conclure qu'il faut chercher à réduire les coûts.

Par conséquent, on s'efforcera de réduire les externalités négatives. Le plus souvent, selon Calabresi et Melamed, l'acteur socio-économique qui peut au moindre coût éviter la création d'une externalité négative devrait en assumer les coûts si elle se concrétise, de façon à l'inciter à mettre en œuvre des mécanismes d'atténuation.

Or, dans des marchés complexes comme ceux du secteur financier, qui peut en général réduire au moindre coût des externalités négatives? Des millions de consommateurs agissant individuellement, ou quelques fournisseurs dotés de l'expertise requise et se chargeant déjà de la conception des produits offerts à la clientèle? Poser la question, c'est y répondre. Pour des raisons reliées à leur expertise, à des économies d'échelle et à l'efficacité de solutions préventives, plutôt que curatives, les fournisseurs seront le plus souvent mieux placés pour prévenir au moindre coût l'apparition d'externalités négatives.

D'autre part, les marchés ne parviennent pas à eux seuls à enrayer ces externalités négatives, notamment parce qu'ils sont insuffisamment concurrentiels et qu'ils se caractérisent par des asymétries informationnelles importantes, deux concepts auxquels on revient *infra*. Suivant la logique proposée par Coase, il faut alors envisager des interventions réglementaires pour favoriser un fonctionnement optimal des marchés. Suivant la logique proposée par Calabresi et Melamed, ce seront le plus souvent les fournisseurs qui pourront le plus frugalement mettre en œuvre des mécanismes ainsi déterminés par voie réglementaire et permettant de réduire ces externalités négatives.

Il ne reste qu'à établir s'il existe des externalités négatives dans le marché des services financiers québécois. Nous y revenons à la section 4 – mais ne prolongeons pas indûment le suspense: notre réponse sera positive.

<sup>36</sup> Calabresi, Guido; Melamed, Douglas. *Property Rules, Liability Rules, And Inalienability: One View of the Cathedral*. [1972] 85 (6) Harv. L.R. 1089, 1096-1097. Le titre de l'article évoque la série de 28 tableaux de Claude Monet représentant chacun la cathédrale de Rouen dans une lumière différente et selon des angles légèrement différents, allusion permettant aux auteurs d'indiquer clairement qu'ils ne prétendaient pas proposer dans leur article une analyse exhaustive des questions qu'ils y abordaient.

<sup>37</sup> On traduira par «frugalité en matière d'évitement des coûts» la notion de *least-cost avoidance*.

<sup>38</sup> Marciano, *op. cit.*

### 3.2.3 La problématique des asymétries

#### 3.2.3.1 Un problème?

Comme on l'a déjà noté, l'analyse économique classique repose notamment sur le postulat de l'égalité des participants au marché. En cas d'égalité parfaite, on admirera le fonctionnement d'un marché parfait, où la demande et l'offre atteindront spontanément le point d'équilibre optimal.

Mais, comme le rappelaient en 1986 les professeurs Greenwald et Stiglitz, l'information ne circule (pratiquement) jamais parfaitement dans un marché réel<sup>39</sup>. Il en résulte que certains en savent plus que d'autres, et donc qu'il y a asymétrie informationnelle. Il n'y a donc pas égalité parfaite ni, par conséquent, marché parfait. Tous les marchés sont, peu ou prou, dérégés par des asymétries informationnelles. On cherchera par conséquent à les atténuer, de diverses manières.

Il faut cependant noter aussi l'existence d'une autre forme d'asymétrie: dans des marchés comme ceux des services financiers, les ressources financières des divers acteurs sont démesurément inégales. Il suffit de comparer le revenu net moyen d'un ménage et celui du mouvement Desjardins ou d'un assureur pour le constater. On y revient, ainsi qu'à ses conséquences, dans la sous-section 3.2.3.3.

#### 3.2.3.2 L'asymétrie informationnelle<sup>40</sup>

##### 3.2.3.2.1 les causes de l'asymétrie informationnelle

Nous ne croyons pas devoir faire la démonstration de la complexité des marchés financiers: elle est largement admise. Elle a pour conséquence que les consommateurs se trouvent moins informés que les fournisseurs, et ce à bien des égards.

D'abord, les consommateurs ne peuvent pas toujours identifier adéquatement les fournisseurs, parce qu'ils en ignorent l'existence ou qu'ils n'en connaissent pas les caractéristiques. Dans certains marchés financiers, les choses s'avéreront relativement simples: la consommatrice saura par exemple assez facilement qu'il existe dans sa région ou son quartier un, deux ou trois fournisseurs de services de nature bancaire, au sens étendu du terme. Même alors, elle ne connaîtra peut-être pas l'existence de fournisseurs offrant leurs services presque exclusivement en ligne comme, par exemple, Tangerine. Dans d'autres marchés toutefois – pensons à l'assurance et, par exemple, à des créneaux d'assurance visant des risques particuliers, comme la pratique de certains sports extrêmes, il est nettement plus difficile pour la consommatrice moyenne d'identifier tous les participants au marché.

<sup>39</sup> Greenwald, Bruce; Stiglitz, Joseph. *Externalities in economies with imperfect information and imperfect markets*. Quarterly Journal of Economics (1986) 101:2 229-264, 230. On verra bien sûr aussi la contribution classique dans ce domaine: Rothschild, Michael; Stiglitz, Joseph. *Equilibrium in competitive insurance markets: an essay on the economics of imperfect information*. Quarterly Journal of Economics (1976) 90:4 629-649. On sait évidemment que le Pr Stiglitz a reçu en 2001 le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel.

<sup>40</sup> Notons au passage que si la formule est récente, on sait depuis longtemps que marchands et consommateurs ne sont pas égaux: on verra par exemple Hamilton, Walton. *The ancient maxim caveat emptor*. [1931] Yale L.J. 1133-1187.

Surtout, il est fort ardu pour cette consommatrice d'évaluer la fiabilité d'un fournisseur. Il faut en effet pour y parvenir consulter des registres publics (ce fournisseur a-t-il pignon sur rue au Québec? détient-il les permis requis?), examiner des états financiers, supputer les risques reliés à son modèle d'affaires... L'expertise des divers fournisseurs concurrents leur permet d'avoir à cet égard une compréhension du marché qui échappera toujours aux consommateurs.

Ensuite, les consommateurs doivent comprendre et comparer les caractéristiques des divers produits qui leur sont offerts. Là encore, le défi est considérable. Prenons l'un des marchés les plus simples (au moins en apparence), soit celui des services de nature bancaire, et envisageons les cinq (5) fournisseurs qui détiennent sans doute les principales parts de marché au Québec, soit Desjardins, la Banque Nationale, la Banque Laurentienne, la Banque Royale et la Banque de Montréal. On constate que ces concurrents proposent en tout quarante-neuf (49) types de comptes différents offerts aux consommateurs<sup>41</sup>, et soixante-deux (62) types de cartes de crédit<sup>42</sup>. Le coût d'opportunité imposé au consommateur qui, pour faire un choix éclairé, étudierait en détail toutes ces offres paraît à première vue démesuré, d'autant que les caractéristiques décrites sur les sites web des diverses institutions ne sont pas toutes les mêmes; le consommateur se fiera plutôt à la réputation et à quelques variables, comme la proximité d'un point de service ou le coût mensuel, pour fixer son choix, qui ne sera donc peut-être pas le meilleur. En matière d'assurance, la comparaison systématique des polices proposées par divers fournisseurs et de leurs innombrables avenants n'est tout simplement pas envisageable. Par contre, les quelques concurrents présents dans un marché donné, et dotés de l'expertise requise, connaissent fort bien les offres de leurs rivaux.

En troisième lieu, la consommatrice moyenne devrait surmonter la complexité des règles de droit s'appliquant aux fournisseurs de services financiers. Lois fédérales ou provinciales, droit commun énoncé dans le *Code civil* ou règles particulières dans des lois sectorielles, codes de pratique, règles de l'Association canadienne des paiements,

<sup>41</sup> On a consulté le 26 décembre 2017 le <https://desjardins.com/particuliers/comptes-services-relies/forfaits/index.jsp#avantages-membres>, le <https://desjardins.com/particuliers/vous-etes/etudiants/gerer-comptes-budget/gerer-operations-courantes/forfait-etudiants/>, le <https://www.bnc.ca/content/public/fr/particuliers/operations-bancaires/comptes-et-forfaits/tous-les-comptes-et-forfaits.html>, le [https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services\\_particuliers/mon\\_argent/comptes\\_depargne.html](https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services_particuliers/mon_argent/comptes_depargne.html), le <https://www.rbcbanqueroyle.com/comptes/index.html> (y compris les liens vers les comptes courants, d'épargne, pour étudiants et pour nouveaux arrivants), le <https://www.rbcbanqueroyle.com/comptes/compare-savings-accounts.html>, le <https://www.bmo.com/principal/particuliers/comptes-bancaires/?icid=tl-FEAT1367EDB4-RHBM015> et le <https://www.bmo.com/principal/particuliers/comptes-bancaires/compte-d-epargne/>.

<sup>42</sup> On a consulté le 26 décembre 2017 le <https://desjardins.com/particuliers/prets-marges-cartes-credit/cartes-credit/comparer-cartes/index.jsp?navigMW=mm&>, le <https://www.bnc.ca/content/public/fr/particuliers/cartes-de-credit/toutes-les-cartes.html?type=personnelle> (y compris les liens vers les cartes pour étudiants et travailleurs autonomes), le [https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services\\_particuliers/mes\\_idees/cartes\\_de\\_credit.html](https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services_particuliers/mes_idees/cartes_de_credit.html), le [https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services\\_particuliers/mes\\_idees/idees\\_carte\\_visu\\_stm.html](https://www.banquelaurentienne.ca/fr/services_particuliers/mes_idees/idees_carte_visu_stm.html), le <http://www.rbcbanqueroyle.com/cartes/toutes-cartes/index.html#/all-cards> et le <https://www.bmo.com/principal/particuliers/cartes-de-credit/outil-de-comparaison/>.

juxtaposition de règles relatives au produit, à sa distribution et au règlement des différends, décisions des tribunaux ou de diverses autorités... La jungle normative est impénétrable pour cette consommatrice. Par contre, le fournisseur devrait – en principe – en maîtriser tous les mystères et se conformer à leurs enseignements.

#### 3.2.3.2.2 quelques remèdes

##### 3.2.3.2.2.1 l'information

Divers mécanismes ont vocation à pallier cette monstrueuse asymétrie. Ils ne fonctionnent eux-mêmes que bien imparfaitement.

D'abord, nous dira-t-on, il faut informer. Nous ne saurions plaider contre la vertu, mais il faut aussi se montrer pragmatique.

Le niveau persistant d'analphabétisme fonctionnel rend inefficace le recours à l'écrit à l'égard de centaines de milliers, sinon de millions de Québécois. Le constat vaut tant à l'égard des supports papier conventionnels que des supports numériques. Les consommateurs consulteront peut-être l'information disponible, mais ils ne la comprendront pas. Pire, ils auront peut-être la fausse sensation de la comprendre au moins un peu.

Ce constat d'incompréhension vaut même à l'égard des consommateurs qui maîtrisent adéquatement l'écrit. Dans la seconde moitié des années 2000, le *Federal Reserve Board* états-unien, à qui incombent certaines responsabilités en matière de réglementation du crédit à la consommation offert par les banques, a voulu tester la compréhension des consommateurs à l'égard des mécanismes de divulgation et de nouvelles versions de la documentation requise qu'il envisageait de rendre obligatoires<sup>43</sup>. Les résultats sont éclairants – mais troublants. Les consommateurs comprennent souvent peu et mal, et se fient fréquemment davantage à leurs impressions – à ce qu'ils croient savoir – qu'à l'information écrite qu'on leur fournit. Parfois, l'ajout d'informations supplémentaires, si pertinentes soient-elles, réduit la compréhension<sup>44</sup>. Nous avons tout lieu de croire qu'on obtiendrait des résultats similaires au Québec. Informer par écrit, et informer plus, ne garantissent assurément pas la compréhension et la formulation de choix rationnels et éclairés.

<sup>43</sup> On s'intéressera entre autres à Macro International Inc. *Design and Testing of Effective Truth in Lending Disclosures – Findings from Experimental Study*. Calverton, MD, December 15 2008. 43 p. et app. Disponible au [www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/bcreg20081218a8.pdf](http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/bcreg20081218a8.pdf); Macro International Inc. *Design and Testing of Effective Truth in Lending Disclosures – Findings from Qualitative Consumer Research*. Calverton, MD, December 15 2008. 37 p. et appendices. Disponible au [www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/bcreg20081218a7.pdf](http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/bcreg/bcreg20081218a7.pdf). On trouve une liste complète de ces recherches dans le *Federal Reserve Bulletin* du mois d'août 2011 (vol. 97, no 3), au <https://www.federalreserve.gov/pubs/bulletin/2011/pdf/designingdisclosures2011.pdf>, où on propose également une brève synthèse de leur contenu.

<sup>44</sup> On verra par exemple ICF Macro Inc. *Summary of Findings: Design and Testing of Truth in Lending Disclosures for Reverse Mortgages*. Calverton, MD, July 2010. 37 p. et app. P. iv. Disponible au [https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/files/bcreg20100816\\_Reverse\\_Mortgage\\_Report\\_\(7-28\)\\_FINAL.pdf](https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/files/bcreg20100816_Reverse_Mortgage_Report_(7-28)_FINAL.pdf).

### 3.2.3.2.2 le contenu des contrats

Par ailleurs, soyons lucides. Pratiquement personne ne lit les documents et les contrats que l'on nous propose, et la décision de ne pas les lire est remarquablement rationnelle<sup>45</sup>.

Pourquoi, en effet, consacrer du temps à la lecture d'un contrat? Le vocabulaire et la syntaxe rendent souvent l'exercice ardu, sinon inutile: nombre de contrats dans le secteur financier sont pratiquement illisibles ou incompréhensibles pour une personne raisonnable<sup>46</sup>. La consommatrice ne comprendra tout simplement pas. Qui plus est, on trouve assez fréquemment dans les contrats d'adhésion proposés par des fournisseurs des clauses tout bonnement illégales<sup>47</sup>. La consommatrice qui les lit pourra croire par exemple qu'elle a contractuellement renoncé à certains droits alors que ce ne serait pas le cas: les contrats fournissent parfois de l'information fausse. *Tertio*, les clauses de ces contrats ne peuvent faire l'objet de négociations: l'offre est à prendre ou à laisser. Mais renoncer à une entente en raison de clauses léonines oblige à chercher un autre fournisseur: la consommatrice avisée constatera rapidement qu'il existe en fait très peu de concurrence réelle entre fournisseurs à l'égard du contenu de leurs contrats. En somme, le coût d'opportunité associé à l'examen d'un document incompréhensible et non négociable est tout simplement trop élevé. Rationnellement, la consommatrice épargne sa peine et se croit (parfois à tort) adéquatement protégée par notre système juridique en cas de difficulté avec son fournisseur. De toute manière, les problèmes et les litiges, ça n'arrive qu'aux autres...

<sup>45</sup> On verra notamment Ayres, Ian; Schwartz, Alan. *The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*. [2014] 66 Stanford Law Rev. 544-609. Disponible au [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5881&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5881&context=fss_papers); Bakos, Yannis; Marotta-Wurgler, Florencia; Trossen, David. *Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts*. Working Paper #09-04. Août 2009. 44 p. Disponible au [http://www.netinst.org/Bakos\\_Marotta-Wurgler\\_Trossen\\_09-04.pdf](http://www.netinst.org/Bakos_Marotta-Wurgler_Trossen_09-04.pdf); Becher, Shmuel. *Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to Be Met*. [2008] 54 :4 American Business Law Journal 723-744; Ben-Shahar, Omri. *The Myth of the Opportunity to Read in Contract Law*. [2009] 5 ERCL 1-28. Disponible au [http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/The\\_Myth\\_Of\\_Opportunity\\_To\\_Read.pdf](http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/The_Myth_Of_Opportunity_To_Read.pdf); Faure, Michael G.; Luth, Hanneke A. *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms – Cautions and Considerations*. J Consum Policy (2011) 34 337-358. Disponible au <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10603-011-9162-9.pdf>.

<sup>46</sup> Nous empruntons ici délibérément au libellé de l'article 1436 du *Code civil du Québec*, qui établit dans ces cas la nullité de la clause insérée dans un contrat de consommation ou d'adhésion, sauf exceptions.

<sup>47</sup> L'Office de la protection du consommateur a d'ailleurs intenté en 2013 et 2014 des poursuites pénales visant des fournisseurs du secteur de la téléphonie mobile en raison des clauses illégales que comporteraient leurs contrats, qui sont toujours pendantes devant les tribunaux. On verra notamment le <https://www.opc.gouv.qc.ca/consommateur/se-renseigner/liste-des-resultats-de-recherche/details/commercant/598819/> et le <https://www.opc.gouv.qc.ca/consommateur/se-renseigner/liste-des-resultats-de-recherche/details/commercant/633275/>. Plusieurs contrats établis par des fournisseurs du secteur financier contiennent des clauses similaires, et notamment des clauses d'exclusion de responsabilité, des clauses imposant des frais non quantifiés, des clauses attributives de discrétion et des clauses de modification unilatérale. On en trouve par exemple une collection intéressante dans les *Conditions d'utilisation – Carte d'accès Desjardins –particulier*, formulaire 67 006420F (04/2017), consulté au <https://desjardins.com/ressources/pdf/h00-condi-util-carte-acces-f.pdf?resVer=1499194561000>.

### 3.2.3.2.2.3 l'éducation

En plus d'informer, il faudrait éduquer. Nos membres, comme les autres associations de consommateurs, constatent que des efforts éducatifs ciblés, visant des questions relativement simples et directement liés à des problèmes éprouvés par les consommateurs, sont efficaces. Par contre, des initiatives plus globales et relatives à des questions relativement complexes ont peu d'effet<sup>48</sup> et, surtout, peu d'effet à long terme: il faut ou éduquer très précisément et au bon moment, ou s'attendre à bien peu de retombées.

Une difficulté supplémentaire est liée à la nature des produits financiers. Il s'agit fréquemment de «biens expérientiels», dont la consommatrice moyenne ne peut évaluer la qualité en procédant simplement à une recherche préalable<sup>49</sup>. Des éléments comme la qualité du service à la clientèle, ou le traitement d'une réclamation en cas de sinistre, par exemple, ne peuvent qu'être éprouvés. Cette caractéristique rend plus aléatoires encore les choix posés par les consommateurs, puisque la divulgation d'informations ne peut y remédier parfaitement<sup>50</sup>.

Pour reprendre l'image d'un auteur ayant grandement contribué à la distinction entre biens dits «de recherche» et biens expérientiels, il est relativement facile pour les

<sup>48</sup> On verra par exemple Fernandes, Daniel; Lynch, John; Netemeyer, Richard. *Financial Literacy, Financial Education and Downstream Financial Behaviors*. (2014) Management Science 60 (8): 1861-1883. Le texte est également disponible au <http://pubsonline.informs.org/doi/pdf/10.1287/mnsc.2013.1849>. On trouvera aussi un texte produit par l'un des auteurs à la suite d'une conférence donnée à Toronto: Lynch, John. *Financial Literacy & Financial Education: Just-in-time or Just too late?* Financial Literacy and Well-Being Forum, University of Toronto, November 24 2015. 30 p. Consulté au <http://inside.rotman.utoronto.ca/behaviouraleconomicsinaction/files/2015/11/JohnLynch-BEARFinLit.pdf>.

<sup>49</sup> On n'a pu recenser beaucoup d'études significatives sur cette question en français; pour un compte rendu analytique intéressant, bien qu'il vise une question très différente de la nôtre (l'environnement), on verra Lupton, Sylvie. *Incertitude sur la qualité et économie des biens controversés – Le marché d'épandage des boues de stations d'épuration urbaines*. École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2002. Thèse de doctorat. 261 p. Pp. 35-44 notamment. Consulté au <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00420846/document>.

<sup>50</sup> D'aucuns opposeront que la multiplication de sites web donnant aux consommateurs l'occasion de formuler leurs commentaires à l'égard de leurs expériences avec divers fournisseurs peut compenser dans une certaine mesure cette asymétrie informationnelle. Encore faut-il trouver ces sites et les consulter, ce qui requiert du temps, et s'assurer qu'ils sont fiables, ce qui ne va pas de soi, puisque des entreprises paient parfois des individus afin qu'ils publient des évaluations positives frauduleuses (on verra par exemple Belton, Pdraig. *Navigating the potentially murky world of online reviews*. BBC News, 23 juin 2015, au <http://www.bbc.com/news/business-33205905>) ou intimident les consommateurs publiant des évaluations négatives (Hetter, Katia. *A \$500 fine for bad reviews? Inn's policy pummeled*. CNN.com, mis à jour le 5 août 2014, consulté au <http://www.cnn.com/2014/08/04/travel/bad-hotel-review-fine-backlash/index.html?iref=allsearch>. On verra aussi Lestch, Corinne. *English hotel fines couple for writing bad review on Trip Advisor*, New York Daily News, 19 novembre 2014, consulté au <http://www.nydailynews.com/news/world/english-hotel-fines-couple-writing-bad-review-article-1.2016715>) Le législateur états-unien s'est à ce point ému de telles pratiques d'intimidation qu'il les a interdites par l'adoption le 14 décembre 2016 du *Consumer Review Fairness Act of 2016*, Pub. L. 114-258, disponible au <https://www.congress.gov/114/plaws/publ258/PLAW-114publ258.pdf>.

consommateurs de comparer avant achat les prix de plusieurs téléviseurs, mais nettement plus difficile de comparer leurs caractéristiques et leur qualité<sup>51</sup>. La consommatrice pourrait donc s'en remettre au seul signal de prix, plus facile à décrypter, pour fonder son achat. Elle pourrait, ce faisant, acheter un appareil de moins bonne qualité<sup>52</sup>. En somme, le prix agit parfois comme un masque. On reviendra d'ailleurs à la sous-section 3.2.4 à la problématique du prix et au phénomène de l'escompte hyperbolique.

La nature, la diversité et la complexité des caractéristiques des produits financiers en font le plus souvent des biens expérientiels, dont on ne peut éprouver la qualité avant de les acquérir, en comparant simplement certaines données quantitatives. La consommatrice fait toutefois face à une autre difficulté encore: elle conclut rarement des contrats liés à des produits financiers et on lui souhaite de n'éprouver qu'exceptionnellement de graves difficultés qui leur seraient reliées, de sorte qu'elle accumule relativement peu d'expérience à leur égard. On peut en effet acheter tous les jours un café dans un estaminet différent pendant une semaine, puis choisir l'expérience qui nous convient le plus. Par contre, on ne change pas de banquier ou d'assureur toutes les semaines. À toutes fins pratiques, tout est à recommencer chaque fois. En somme, la consommatrice est à la fois peu informée et peu expérimentée.

Si l'information et l'éducation remédient donc mal aux asymétries informationnelles en matière d'offre de produits financiers, reste-t-il d'autres avenues susceptibles d'être explorées? On peut en envisager deux: le conseil et la prévention.

#### 3.2.3.2.2.4 le conseil

On entend par «conseil», nous dit la Cour suprême du Canada, une information «orientée» dont la pertinence sera d'autant plus grande qu'il existe une asymétrie entre celui dont on attend des conseils et celui qui voudra s'y fier:

- 33 Ce devoir de conseil exige de la part du gestionnaire qu'il fasse part au client de ses connaissances et de son expertise, et les utilise dans le but de mieux servir les intérêts de ce dernier eu égard aux objectifs visés. Ce devoir de conseil se distingue cependant de l'obligation d'informer dont le contenu revêt plutôt une certaine précision objective. Comme l'indique Pétel, *op. cit.*, aux pp. 155 et 156, «le conseil n'est pas n'importe quelle information. C'est une information orientée, destinée à guider son destinataire vers une décision conforme à ses intérêts». Ce devoir porte non seulement sur les risques que comportent certaines initiatives, mais aussi sur la nature même des engagements entre le mandataire et le mandant, surtout lorsque profane. [...]

<sup>51</sup> Nelson, Philip. *Information and Consumer Behavior*. Journal of Political Economy 78:2 (1970) 311-329, 312. Il s'agit de l'article classique à l'égard de cette problématique.

<sup>52</sup> Cette difficulté a aussi un impact négatif sur les fournisseurs et la concurrence: ceux qui veulent offrir un produit de meilleure qualité éprouveront de grandes difficultés à communiquer l'information idoine aux consommateurs et risquent par conséquent d'être évincés du marché par les vendeurs de camelote.

- 34 L'étendue et la nature de ce devoir varieront en fonction des circonstances. En particulier, on note l'importance de la personnalité du client. Comme l'a fait remarquer René Savatier, «donné par un profane à un initié, tout mandat est générateur d'un devoir de conseil» («Les contrats de conseil professionnel en droit privé», D. 1972.chron.137, à la p. 140). L'intensité du devoir de conseil sera d'autant plus importante que les connaissances du client en matière d'investissements sont faibles (*Mines c. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx c. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121). Le courtier, gestionnaire, est d'ailleurs tenu de bien connaître son client [...].<sup>53</sup>

Le fournisseur qui détient le savoir peut conseiller. Bien sûr, il se trouvera parfois lui-même dans une situation de conflit d'intérêts, puisqu'il sera peu tenté de recommander à un client potentiel les produits d'un concurrent, même s'ils étaient plus appropriés. Plus les produits seront complexes, puis il sera utile que la consommatrice puisse se fier à un expert relativement indépendant, qui pourra la conseiller. La compétence et l'indépendance de cet expert devront toutefois être soigneusement encadrées.

Écartons au passage une objection qui semble avoir été formulée au cours des derniers mois à l'égard de l'encadrement requis de certains conseillers indépendants, comme des courtiers. Cette objection prend la forme générale suivante : «Puisque n'importe qui peut donner des conseils en matière de [...], il n'est ni possible, ni souhaitable d'encadrer l'activité de conseil.» Dans cette logique et puisqu'une belle-sœur peut nous prodiguer des conseils à l'égard de notre divorce ou que notre beau-frère peut nous recommander un traitement exceptionnel à l'égard des maux de dos, on n'aurait pas non plus à faire de la pratique du droit ou de l'exercice de la médecine des activités réservées à des groupes de personnes dont la compétence et le comportement déontologique sont strictement régis par la loi.

C'est à l'encadrement des conseils donnés dans le cadre de l'activité d'une entreprise et faisant l'objet d'une rémunération qu'on s'intéresse ici, parce que la personne qui agit dans ce cadre est généralement présumée détenir une certaine expertise, à laquelle le consommateur devrait légitimement pouvoir se fier. Le consommateur moyen fait la distinction entre les suggestions de sa belle-famille et l'avis d'un courtier immobilier ou d'un courtier d'assurances pour qui la prestation de conseils fait partie de son activité professionnelle (au sens large du terme), et le cadre réglementaire peut parfaitement opérer la même nuance sans brimer la liberté d'expression des beaux-parents.

Par contre et si, comme nous le soupçonnons, les marchés financiers continuent à se complexifier, l'encadrement des activités professionnelles de conseil devra s'accroître et s'améliorer, parce que les consommateurs auront besoin du soutien d'experts de plus en plus compétents et, idéalement, de plus en plus indépendants. On pourrait même émettre

<sup>53</sup> *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638. Il s'agissait d'une affaire où un investisseur (par ailleurs relativement inexpérimenté en matière de placements) reprochait notamment à un conseiller en valeurs mobilières de n'avoir pas obéi à ses instructions et d'avoir effectué des placements indûment risqués.

l'hypothèse qu'il conviendrait de réviser à la hausse les exigences actuelles, afin qu'elles correspondent à l'évolution des marchés.

### 3.2.3.2.2.5 la conception des produits

On pourrait toutefois réduire la dépendance des consommateurs à l'égard des experts si les fournisseurs concevaient des produits plus simples et plus compréhensibles. Quand on observe les tendances actuelles du marché, cela ne paraît toutefois pas constituer une tendance dominante; peut-être alors faut-il les y obliger.

L'idée n'a rien de farfelu. L'article 25 du Règlement pris en 2016 par les autorités européennes en matière de gestion des renseignements personnels<sup>54</sup> prescrit en effet que, dès la conception de processus de traitement de données, les responsables doivent «mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées» afin de se conformer aux principes et aux obligations établis par le Règlement et «garantir que, par défaut», les divers processus mis en place seront conformes au cadre réglementaire.

Plus près de nos préoccupations, en matière de distribution d'assurance, la récente refonte du droit de l'Union européenne en matière de distribution d'assurance impose également des obligations préventives aux assureurs et à certains intermédiaires<sup>55</sup>. L'article 25 de la Directive requiert en effet de ceux qui conçoivent des produits qu'ils «appliquent et révisent un processus de validation de chaque produit» qui soit approprié et qui, entre autres, «détermine un marché cible défini pour chaque produit, garantit que tous les risques pertinents [...] sont évalués et que la stratégie de distribution prévue convient au marché cible défini». L'industrie évoque désormais le *Product Oversight and Governance*, ou «POG»: on devra être certain que le produit que l'on conçoit correspond au marché<sup>56</sup>. Il reste à voir jusqu'où les autorités compétentes pousseront leurs exigences en matière de compatibilité entre les caractéristiques de ces produits et la situation des consommateurs.

C'est aussi dans cette perspective que les auteurs Thaler et Sunstein ont publié *Nudge*, un ouvrage où ils se penchent sur l'architecture des choix offerts au public, y compris aux

<sup>54</sup> *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)*, J.O. L 119/1, 4 mai 2016. Le Règlement sera applicable sur tout le territoire de l'Union européenne à compter du 25 mai 2018, en vertu de son article 99.

<sup>55</sup> *Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (refonte)*, J.O. L 26/19, 2 février 2016. La Directive doit être transposée dans les divers droits nationaux à compter du 23 février 2018, en vertu de son article 42.

<sup>56</sup> *Directive sur la distribution d'assurances: POG, le cœur de la machine*. Argus de l'assurance, no 7453, 14 avril 2016. Consulté au <http://www.argusdelassurance.com/institutions/directive-sur-la-distribution-d-assurances-pog-le-c-ur-de-la-machine.105882>. Le dossier de ce numéro de l'Argus de l'assurance est consacré à la mise en place de la nouvelle directive et contient d'autres articles intéressants. Nous remercions nos collègues d'Option consommateurs, qui ont attiré notre attention sur cet aspect dans le cadre de Bélanger Krams, Annik. *Protection des consommateurs et distribution de produits d'assurance en ligne – Des enjeux inconciliables?* Montréal, Option consommateurs, novembre 2016. 118 p. P. 39. Consulté au <https://option-consommateurs.org/wp-content/uploads/2017/08/oc-dpal-final-pdf.pdf>. Notre analyse n'engage toutefois que nous.

consommateurs<sup>57</sup>. Il est possible de concevoir des systèmes – ou des produits – qui contribueront à l’efficacité des choix qui seront opérés par des acteurs socio-économiques. Nous y reviendrons dans la sous-session 3.3.3.3.

Par ailleurs, toute l’information et toute l’éducation du monde ne compenseront pas des problèmes fondamentaux liés à la structure du marché, comme l’insuffisance de la concurrence en général ou à l’égard d’aspects spécifiques des produits offerts.

### 3.2.3.3 D’autres asymétries

C’est une lapalissade que de constater que consommateurs et fournisseurs de produits financiers ne sont pas égaux. Les ressources financières des uns et des autres n’ont pas de commune mesure, et cela entraîne une kyrielle de conséquences.

On le constate notamment lorsqu’un litige oppose l’un à l’autre. Le fournisseur dispose de son propre service juridique, ou fait régulièrement affaire avec un cabinet, tandis que le consommateur doit soudain se dépêtrer dans un univers qu’il ne connaît pas, et dont les coûts lui paraissent astronomiques<sup>58</sup>. Ce consommateur doit aussi composer avec un stress que ne connaît guère le fournisseur aguerri<sup>59</sup>. Le plus souvent, le temps joue contre le consommateur, qui ne dispose pas des ressources que requièrent d’interminables processus judiciaires.

Plus généralement, la situation du fournisseur lui permet le plus souvent de mieux gérer le risque de liquidité, le risque de solvabilité, le risque juridique et la dimension temporelle de ces risques. Davantage, il le sait, ce qui le conforte dans sa position.

Hors du cadre particulier des litiges, l’avantage des fournisseurs ne se dément pas. Les grandes entreprises, surtout, peuvent se permettre de sacrifier des centaines ou des milliers de consommateurs qui ne leur paraissent pas tout à fait assez rentables. La consommatrice individuelle, elle, dépend du seul banquier dans sa région pour obtenir des services dont elle a besoin, ou de l’assureur qui accepte de garantir un type de risque particulier<sup>60</sup>. La concurrence imparfaite rend donc captifs nombre de consommateurs,

<sup>57</sup> Thaler, Richard; Sunstein, Cass. *Nudge* Revised and Expanded Edition. Londres, Penguin, 2009. 312 p. La première édition avait été publiée en 2008. On sait que le Pr Thaler a reçu le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques à la mémoire d’Alfred Nobel en 2017 et il enseigne à la *University of Chicago’s Graduate School of Business*, tandis que le Pr Sunstein enseigne à la *Harvard Law School*.

<sup>58</sup> Pour un tour d’horizon sommaire de la problématique, des perceptions des consommateurs et des solutions, Tison, Marc. *Combien coûte un avocat?* La Presse+, 22 octobre 2017. Consulté au [http://plus.lapresse.ca/screens/1a0f8af2-005a-4618-b37a-9982aa113943\\_7C\\_0.html](http://plus.lapresse.ca/screens/1a0f8af2-005a-4618-b37a-9982aa113943_7C_0.html).

<sup>59</sup> Incidemment, on parle beaucoup actuellement d’accessibilité à la justice, mais il nous paraît que cette dimension bien réelle demeure mésestimée. C’est toutefois un autre débat.

<sup>60</sup> On sait par exemple que tous les régimes privés d’assurance-médicaments ne couvrent pas le remboursement de médicaments liés à des maladies dites «orphelines» et que des assureurs-vie refusent toujours d’assurer les personnes atteintes du VIH ou leur conjoint: on verra par exemple Regroupement québécois des maladies orphelines. *Pour un meilleur accès aux traitements pour les maladies rares: une question d’équité*. Montréal, février 2015. 4 p. Consulté au [http://rqmo.org/wp-content/uploads/2015/02/Acces-medicaments-maladies-rares\\_RQMO.pdf](http://rqmo.org/wp-content/uploads/2015/02/Acces-medicaments-maladies-rares_RQMO.pdf); on verra également la page <https://pvsq.org/où-en-est-le-québec-en-terme-de-droits-et-obligations-des-pvvi> du Portail VIH-SIDA, et Nelson, Jacqueline. *Manulife to become first Canadian insurer to offer HIV life coverage*. *Globe & Mail*, 22 avril 2016, mis à jour le 24 mars 2017. Consulté au

tandis que les fournisseurs peuvent dans une certaine mesure cibler les clientèles qui leur conviennent davantage et abandonner les autres, quitte à créer ce faisant d'importantes externalités négatives

Bref, les acteurs socio-économiques ne sont clairement pas égaux. Mais sont-ils, au moins, rationnels? Rien n'est moins sûr.

### 3.2.4 Les mystères de la rationalité

L'analyse économique néo-classique postule que l'*homo economicus* agit rationnellement et vise à maximiser son intérêt, et définit dans ce cadre les comportements qu'il devrait adopter. Comme le notait le Pr Thaler dans un article publié en 1980, cette analyse est normative ou prescriptive, et non descriptive<sup>61</sup>. Elle établit ce que l'acteur économique devrait faire idéalement, et non ce qu'il fait effectivement. C'est là que le bât blesse, puisqu'il paraît manifeste que les consommateurs, notamment, n'appliquent pas toujours ces méthodes rationnelles et maximisant l'utilité que leur imputent normativement les économistes<sup>62</sup>. Or les modes de prise de décision appliqués par les consommateurs s'avèrent en fait, à la réflexion, éminemment rationnels, mais ils le sont autrement.

Reprenons l'exemple que nous évoquions à la sous-section 3.2.3.2.1. La consommatrice veut choisir les services bancaires (compte et carte de crédit) qui conviennent le mieux à ses besoins. Nous avons noté que, même si elle se concentre sur les cinq acteurs principaux dans le marché québécois, elle devrait examiner cent onze (111) offres différentes. Il va de soi que cela lui prendrait des heures. Le jeu en vaut-il la chandelle? L'analyse néo-classique prescrit qu'elle jauge toutes les caractéristiques de chaque produit afin de faire le meilleur choix. Dans les faits, notre consommatrice se basera sans doute sur la proximité du fournisseur, son image de marque, le prix mensuel et quelques autres facteurs simples pour arrêter sa décision. Ce faisant, elle évalue intuitivement son coût d'opportunité: elle estime qu'il ne vaut tout simplement pas la peine pour elle d'accorder un temps démesuré au choix de son fournisseur de services bancaires, ne serait-ce que parce qu'elle doit quotidiennement opérer aussi des dizaines d'autres choix<sup>63</sup>. Qui plus est, beaucoup de ces choix comportent une part d'incertitude,

---

[https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/manulife-to-become-first-canadian-insurer-to-offer-hiv-life-coverage/article29716676/;](https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/manulife-to-become-first-canadian-insurer-to-offer-hiv-life-coverage/article29716676/)

<sup>61</sup> Thaler, Richard. *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*. Journal of Economic Behavior and Organization 1 (1980) 39-60.

<sup>62</sup> Il s'agit donc d'intégrer une perspective psychologique à l'étude des comportements économiques. Cela n'a après tout rien de nouveau, ni de choquant. Quand Adam Smith concluait en 1776 que l'intérêt individuel des agents économiques agirait dans le marché un peu comme une main invisible qui en optimiserait le fonctionnement, il s'en remettait à leurs motivations et à leurs processus décisionnels, et donc à des aspects psychologiques. Plus récemment, des théoriciens comme Herbert Simon (1978), Daniel Kahneman (2002) et Richard Thaler (2017) ont reçu le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel pour leurs contributions dans ce domaine.

<sup>63</sup> Ce matin, compte tenu des conditions climatiques et de mon emploi du temps, prendre la voiture ou utiliser le transport collectif? Acheter un café (meilleur) chez le vendeur A, ou un café (un peu moins bon) et un (excellent) muffin chez le vendeur B? On pourrait multiplier à l'infini la recension des décisions de la vie courante que nous prenons sommairement, sans procéder à une analyse systématique de toutes les options et de toutes leurs conséquences prévisibles.

de sorte qu'il est de toute manière impossible d'être assuré dans tous les cas qu'on aura fait le bon choix, quoi qu'il arrive. Il serait par conséquent totalement inefficace d'appliquer à toutes nos décisions une analyse rationnelle exhaustive et, logiquement, on s'arrêtera au premier choix qui paraît satisfaisant<sup>64</sup>, afin de respecter les limites posées par nos capacités, notre temps et l'information disponible.

Les consommateurs recourent donc fréquemment à une rationalité limitée<sup>65</sup>. Ils prennent leurs décisions en tenant compte d'un nombre restreint de variables et en appliquant des méthodes d'analyse simplifiées, qui suffisent généralement à leurs fins. Ces «heuristiques de jugement» facilitent rationnellement la prise de décision – mais ils peuvent aussi en compromettre l'exactitude.

Le consommateur utilisant une heuristique peut en effet être induit en erreur. On tend à surestimer le risque que survienne un événement spectaculaire mais, en fait, rarissime (comme un écrasement d'avion, nettement moins probable qu'une collision sur l'autoroute). On peut être influencé par des concepts qui servent en quelque sorte d'«ancrage» à l'analyse<sup>66</sup>, tout comme par la manière dont on présente un produit: sans surprise, les consommateurs préfèrent le bœuf «75% maigre» à celui décrit comme «25% gras»<sup>67</sup>. Autre exemple: on donne à un groupe d'individus le choix entre deux opérations, étant entendu que, dans tous les cas, l'individu qui pige une bille rouge gagne un prix:

- piger dans une boîte qui contient 8 billes rouges, sur 100 billes au total, ou
- piger dans une boîte qui contient une bille rouge, sur 10 billes au total.

<sup>64</sup> L'économiste Herbert Simon a repris de l'Écossais le terme *satisficing*. On verra notamment Simon, Herbert. *Theories of Bounded Rationality*. In McGuire, C.B.; Radner, Roy, eds. *Decision and Organization*. Amsterdam, North-Holland Publishing, 1972. Chap. 8. P. 168. Consulté au [http://innovbfa.viabloga.com/files/Herbert\\_Simon\\_theories\\_of\\_bounded\\_rationality\\_1972.pdf](http://innovbfa.viabloga.com/files/Herbert_Simon_theories_of_bounded_rationality_1972.pdf). Simon, a qui a été attribué le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques à la mémoire d'Alfred Nobel en 1978, a été un précurseur dans l'étude des processus relatifs à la rationalité limitée, et on verra par exemple *A Behavioral Model of Rational Choice*. (1955) *Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, pp. 99-118.

<sup>65</sup> Faut-il le dire, les spécialistes du marketing, eux, ne prétendent pas prescrire aux consommateurs comment prendre des décisions «rationnelles»: ils prennent acte de cette rationalité limitée et de ses caractéristiques, et ils les exploitent fort efficacement. On en verra un aperçu dans Tuan Pham, Michel. *Heuristiques et biais décisionnels en marketing*. Recherche et applications en marketing, (1996) 11:4 53-69.

<sup>66</sup> Dans une expérience désormais classique, deux chercheurs ont demandé à des groupes distincts d'évaluer le produit l'un de 8x7x6x5x4x3x2x1 et l'autre, de 1x2x3x4x5x6x7x8. Les résultats sont évidemment identiques et les deux groupes ont nettement sous-estimé la réponse, mais le second l'a sous-estimé nettement plus parce qu'il était influencé par le fait que la multiplication commençait par les plus petits nombres entiers. Qui s'attendrait d'ailleurs à ce que le résultat soit en fait de 40 320? On trouve la relation de cette expérience dans Tversky, Amos; Kahneman, Daniel. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science (n.s.) vol. 185, no 4157 (27 septembre 1974) 1124-1131, 1128.

<sup>67</sup> Levin, Irwin; Gaeth, Gary. *How Consumers Are Affected by the Framing of Attribute Information Before and After Consuming the Product*. Journal of Consumer Research (1988) 15:4 374-378. On notera que les chercheurs ont aussi constaté que l'effet de cette mise en contexte s'atténuait après que les participants à leur expérience aient eu l'occasion de goûter des échantillons, ce qui nous ramène à la problématique des biens expérientiels que sont souvent les produits financiers, qu'on ne peut juger adéquatement qu'après avoir conclu le contrat.

En général, de trente (30%) à quarante pour cent (40%) des répondants choisissent la pige dans la boîte contenant cent billes, même si leur probabilité de piger une bille rouge est plus faible. C'est qu'ils négligent inconsciemment le dénominateur de la fraction et s'arrêtent au numérateur le plus élevé. La manière dont on présente des données influe considérablement sur les choix que font les humains<sup>68</sup>. Globalement, on fait également preuve d'un assez haut niveau d'aversion au risque de perte, mais aussi d'un haut niveau d'attraction au risque de gain (d'où la bonne fortune de Loto-Québec).

Ces constats – et bien d'autres – sont reliés à ce que le Pr Kahneman et son collègue Tversky ont qualifié de «théorie de la perspective», ou *prospect theory*. En pratique, les humains décident fréquemment non en fonction de l'utilité du résultat souhaité, mais en fonction de la perspective dans laquelle ils abordent le choix qu'ils doivent opérer. Ils en donnent l'exemple suivant, qu'on peut diviser en deux situations hypothétiques:

- dans la situation A, on vous donne 1 000\$; en plus, on vous offre d'opter entre faire un choix où vous avez une probabilité de 50% de gagner une somme additionnelle de 1 000\$ (et de 50% de ne rien gagner), ou recevoir une somme de 500\$;
- dans la situation B, on vous donne 2 000\$; en plus, on vous offre d'opter entre faire un choix où vous avez une probabilité de 50% de perdre 1 000\$ (et de 50% de ne rien perdre), ou verser une somme de 500\$.

Logiquement, les deux situations s'avèrent identiques, puisqu'on a le choix entre se trouver enrichi avec certitude de 1 500\$, ou opter pour le jeu du hasard et se trouver par conséquent plus riche, en proportions égales, de 1 000\$ ou de 2 000\$ au total. Mais, majoritairement, les humains préfèrent la certitude dans la situation A afin d'être assurés de gagner 500\$ de plus, mais préfèrent l'option plus risquée dans la situation B, en espérant ne rien perdre. Selon que le problème est posé sous la forme d'un gain ou d'une perte, la perspective change, et le choix qu'on opère aussi<sup>69</sup>.

Il ne s'agit donc pas simplement de fournir toute l'information pertinente aux gens qui doivent prendre des décisions (et on a déjà noté qu'il s'agit là de toute manière d'une chimère). Il faut aussi prendre en compte leurs processus réels de prise de décision, si on veut que la majorité des individus fassent les bons choix.

La problématique de l'épargne hyperbolique en fournit un bon exemple, qui est pertinent pour nos fins. Elle peut être schématisée très simplement. Si on donne à des individus le choix entre recevoir une pomme dans cent jours ou deux pommes dans cent un jours, ils préféreront attendre un jour de plus mais, si on leur offre le choix entre une pomme maintenant et deux pommes demain, ils la prendront tout de suite<sup>70</sup>. Le temps joue un rôle dans nos prises de décision, et nous sommes impatients à l'égard des gains: nous préférons gagner moins, mais immédiatement.

<sup>68</sup> Kahneman, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Toronto, Doubleday Canada, 2011. 499 p. Pp. 328-329. Kahneman donne d'autres exemples, dont celui-ci: quelle maladie est la plus dangereuse, celle qui tue 1 286 personnes sur 10 000 ou celle qui tue 24,14% des gens touchés? La plupart des répondants opinent là encore pour la première réponse. L'ouvrage de Kahneman a été traduit sous le titre *Système 1, système deux: les deux vitesses de la pensée*. Flammarion, novembre 2012.

<sup>69</sup> Kahneman, Daniel, *ibid.*, pp. 280-281.

<sup>70</sup> Thaler, Richard. *Some empirical evidence on dynamic inconsistency*. *Economic Letters* 8 (1981) 201-207.

Il en résulte par exemple que les consommateurs tendent à peu épargner. D'autre part et puisqu'un prix moins élevé à court terme prend toutes les apparences d'un gain, les consommateurs tendent également à préférer un produit assorti d'une mensualité moins coûteuse, qui offre une gratification immédiate (la somme épargnée), même si ce produit s'avère au total plus onéreux ou de moins bonne qualité<sup>71</sup>. Dans une logique hyperbolique, plus le gain est lointain, moins il est attirant, et plus le produit à très bas prix paraîtra attrayant. En somme, le consommateur satisfait maintenant ne prend pas en compte l'insatisfaction du consommateur qu'il sera dans plusieurs années. Le modèle décisionnel rationnel classique ne prédit pas de tels comportements.

On ne saurait mieux illustrer la problématique qu'en empruntant à Thaler et Sunstein ce dialogue entre le truculent Homer Simpson et un vendeur de véhicules<sup>72</sup>:

- Vendeur: *Okay, here's how your lease breaks down. This is your down payment, then here's your monthly, annnnnnnnnnd, there's your weekly.*
- Homer: *And that's it, right?*
- Vendeur: *Yup... oh, then after your final monthly payment, there's the routine CBP, or Crippling Balloon Payment.*
- Homer: *But that's not for a while, right?*
- Vendeur: *Right!*
- Homer: *Sweet!*

Tout petit paiement (mais hebdomadaire), et paiement ballon dévastateur en fin de contrat. L'économiste rationnel refuserait évidemment une telle offre. Il suffit pourtant de jeter un coup d'œil sur l'évolution de la publicité télévisée en matière de vente de voitures au Québec depuis une décennie pour constater à quel point on met désormais l'accent non sur un paiement mensuel, mais sur des paiements bimensuels ou hebdomadaires<sup>73</sup>, qui paraissent moins inabordables que la mensualité équivalente. Et n'était-ce de l'article 87 de la *Loi sur la protection du consommateur*, on soupçonne fort que les paiements ballon seraient courants. Les spécialistes du marketing comprennent fort bien comment décident les consommateurs.

On peut contrer les effets défavorables des heuristiques de jugement que les consommateurs utilisent le plus souvent, et on a tout intérêt à le faire si on veut que les marchés fonctionnent sainement, sans que les consommateurs soient exploités. Pour y arriver toutefois, il faut renoncer à deux mythes: celui de la rationalité et celui, concomitant, qu'il suffirait d'informer davantage pour assainir les marchés. Ni l'un, ni l'autre n'est fondé. Les problèmes de fonctionnement des marchés et de prise de décision

<sup>71</sup> On trouvera une analyse de cette problématique en matière de consommation dans Harris, Christopher; Laibson, David. *Hyperbolic discounting and consumption*. In Dewatripont, M.; Hansen, LP; Turnovsky, S. *Advances in Economics and Econometrics : Theory and Applications*. Vol. 1 Eighth World Congress. 2002. Pp. 258-298. Consulté en version originale par l'entremise du <https://scholar.harvard.edu/laibson/publications/hyperbolic-discounting-and-consumption>.

<sup>72</sup> *Op. cit.*, p. 134.

<sup>73</sup> Dont le nombre n'est évidemment jamais indiqué lisiblement; on le trouve à la rigueur en tout petits caractères affichés pendant deux secondes au bas de l'écran, ce qui contrevient à tout le moins à l'esprit de l'article 247 LPC – mais c'est là encore un autre débat.

du côté des utilisateurs ne relèvent pas principalement de l'incompétence ou de l'insouciance des consommateurs. Ils relèvent d'abord d'une offre qui excède les capacités d'analyse du consommateur moyen.

Il faut par conséquent encadrer certains comportements de la part des fournisseurs, en proscrire quelques-uns et encourager d'autres. Diverses techniques permettent d'atteindre ces fins, et certaines relèvent du domaine juridique. On y reviendra à la sous-section 3.3.

### 3.2.5 Pris dans la toile

But I think that mindsets can be shaped by people you associate with, and you come to think that what's good for Wall Street is good for America.

Joseph Stiglitz<sup>74</sup>

L'économiste George Stigler manifestait un scepticisme certain à l'égard de l'État, puisqu'il estimait que l'activité réglementaire était le plus souvent «capturée» par les entreprises qu'on entendait réglementer<sup>75</sup>. On a depuis nuancé, puis raffiné l'intuition que le Pr Stigler avait formulée, mais le constat fondamental demeure<sup>76</sup>. La nature même d'un organisme réglementaire et des rapports politiques dans lesquels il baigne font en sorte que son indépendance et son efficacité se trouvent constamment menacées. Les dangers, souvent sournois, viennent de toutes parts:

Agencies are denominated “captured” (or, if you prefer, “dominated”) when they depend too much on the industries they regulate for information, political support, or guidance; when the “revolving door” between agency and industry allows industry groups to influence agency appointments and tempt regulators with benefits; when industry effectively leverages its influence with those elected officials responsible for overseeing the agency; and so on and so forth. The moral is that capture can take hold in myriad ways.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> Becker, Jo; Morgenson, Gretchen. *Geithner, Member and Overseer of Finance Club*. New York Times, 26 avril 2009. Consulté au <http://www.nytimes.com/2009/04/27/business/27geithner.html>.

<sup>75</sup> Stigler, George. *The Theory of Economic Regulation*. The Bell Journal of Economics and Management Science. (1971) 2:1 3-21. On sait que le Pr Stigler, l'une des figures de proue du courant économique dit de l'«école de Chicago», a reçu en 1982 le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel.

<sup>76</sup> On trouvera un sommaire de l'histoire du concept dans Bagley, Nicholas; Revesz, Richard. *Centralized oversight of the regulatory state*. [2006] 106 Columbia Law Rev. 1260-1329, 1284-1296. On trouvera une analyse approfondie dans Laffont, Jean-Jacques; Tirole, Jean. *The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture*. The Quarterly Journal of Economics, novembre 1991. Pp. 1089-1127. Le Pr Tirole a reçu le prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel en 2014.

<sup>77</sup> Bagley, Nicholas. *Agency hygiene*. U of Michigan Public Law Working Paper No. 224. 2010. Consulté au [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1729247](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1729247). Notes infrapaginales omises.

L'organisme capturé ne jouera pas le rôle pour lequel il a été créé. Dans la perspective inaugurée par Stigler, il sera utilisé par l'industrie que cet organisme devrait réglementer afin de lui assurer une rente. Si on sait maintenant que les modes de capture sont plus subtils que ceux qu'envisageait Stigler, le risque relié à l'inefficience demeure le même.

De l'avis de Stigler, la capture réglementaire comporte plusieurs avantages pour une industrie. Elle peut lui valoir des subventions (mais le trésor est par nature restreint), la mise en place d'obstacles à l'entrée de concurrents sur le marché, la mise en place de mesures plus favorables à ses produits qu'à ceux d'industries concurrentes<sup>78</sup>, ou l'instauration de règles de fixation des prix. Dans tous ces cas, les concurrents qui parviennent à influencer indûment l'organisme réglementaire afin qu'il les favorise s'assureront d'un rendement supérieur à celui que commanderait un marché parfaitement efficient.

Stigler n'envisageait toutefois que des mécanismes de capture relativement grossiers, comme le soutien des fournisseurs à des partis politiques. On ne s'étonne donc pas qu'au cours des dernières décennies du vingtième siècle, on se soit notamment efforcé de préserver l'indépendance des organismes réglementaires en mettant l'accent sur des mécanismes maintenant une distance entre les élus et ces organismes. Il est depuis devenu clair que cela ne saurait suffire, en raison de la diversité des mécanismes de capture.

La culture des «portes tournantes» constitue l'un des plus pernicleux de ces mécanismes. L'individu associé à un organisme réglementaire, qui sait qu'il pourrait obtenir de meilleures conditions de travail s'il migre bientôt vers un fournisseur qu'il réglemente, ne se montrera pas particulièrement zélé lorsqu'il s'agira de sanctionner une firme dont il aimerait devenir l'employé. D'autre part, les ex-collègues de l'individu qui agit maintenant pour un fournisseur lui donneront le bénéfice du doute: comment pourrait-on imaginer que notre ancien confrère contribuerait à des activités illicites? Ce n'est sûrement qu'une petite erreur... De tels phénomènes ont été documentés, aux États-Unis notamment<sup>79</sup>. Si on ne dispose pas de données précises à cet égard concernant l'AMF et qui confirmeraient qu'il existe un problème réel, on ne peut pour autant en négliger le risque, ni ignorer que d'anciens membres de son personnel oeuvrent maintenant pour des fournisseurs de services financiers ou des entités qui leur sont associées.

<sup>78</sup> Stigler en donne un exemple qu'il qualifie lui-même de simpliste: les producteurs de beurre veulent éliminer les producteurs de margarine et favoriser les boulangers. *Op. cit.*, p. 6. Au Canada, les conflits réglementaires entre producteurs de beurre et de margarine se sont rendus au moins deux fois jusqu'en Cour suprême et une fois jusqu'au Comité judiciaire du Conseil privé, ce qui corrobore au moins un peu l'exemple : *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 143, 2005 CSC 10; *Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Québec*, [1951] A.C. 179.

<sup>79</sup> On verra par exemple Perri, Frank; Brody, Richard. *The sleeping watch dog : aka the Securities and Exchange Commission*. Journal of Financial Regulation and Compliance. Vol. 19, no. 3, 2011, 208-221. Pp. 212-213, 217-218. Empiriquement, on notait en 2010 aux États-Unis l'enregistrement de 148 nouveaux lobbyistes pour l'industrie financière qui oeuvraient auparavant dans des organismes réglementant cette industrie: Lichtblau, Eric. *Ex-Regulators Get Set to Lobby on New Financial Rules*. New York Times, 27 juillet 2010. Consulté au <http://www.nytimes.com/2010/07/28/business/28lobby.html>.

Ce n'est toutefois sans doute pas là le principal risque de capture dans le contexte qui nous intéresse. Il faut en effet se préoccuper bien davantage – ici encore – de l'asymétrie des ressources entre les fournisseurs, d'une part, et les représentants de la société civile, d'autre part. Ces derniers, dont les associations de consommateurs, ne disposent tout simplement pas des ressources qui leur permettraient de participer vigoureusement à tous les débats réglementaires<sup>80</sup>. Ils sont même parfois – et de plus en plus – victimes d'un effet pervers des mécanismes réglementaires: tout comme les décideurs eux-mêmes, ils se noient dans les torrents de documentation que les fournisseurs peuvent produire, et dans lesquels les quelques éléments déterminants sont savamment disséminés<sup>81</sup>.

Ils peuvent aussi être désavantagés par un problème de perception:

Professor Coleman maintains that business groups in general have a more attentive audience within governmental circles than do other groups because "the demands of business leaders, given their overall responsibility for the economy, take on the appearance of being in the general interest of society. By comparison, those opposing business often appear to be arguing on the basis of a narrow or special interest." While this may not always tip the balance in favour of business interests, it is claimed that more often than not, business will arrive at a favourable outcome and their representations will be listened to very carefully. Moreover,

[...] interchanges between the state and business will usually appear to be *technical in character*.... Discussions between the two often centre on... the best approach for maximizing economic growth... while not harming unduly other individuals or groups in society individuals. Problems to be resolved are thus practical, demanding specialized discussions and knowledge.

This specialized knowledge may be beyond the reach of consumer groups.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Cette carence s'explique économiquement. Un organisme tel qu'une association de consommateurs vise à maximiser le bien commun; tous les consommateurs bénéficieront de son activité, mais aucun d'entre eux n'a d'intérêt particulier à investir des ressources. On assiste donc, en raison de la nature même de l'objectif de l'organisme, à un phénomène de resquille (ou de *free riding*). En somme, tout le monde applaudit, mais personne ne participe. On verra entre autres à cet égard Olson, Mancur. *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard Economic Studies Volume CXXIV. Cambridge, Harvard University Press, 1965. 186 p. Pp. 12-16, 20-36. Consulté au [https://moodle.drew.edu/2/pluginfile.php/225050/mod\\_resource/content/2/Olson%20%281967%29%20Logic%20of%20Collective%20Action%20%28book%29.pdf](https://moodle.drew.edu/2/pluginfile.php/225050/mod_resource/content/2/Olson%20%281967%29%20Logic%20of%20Collective%20Action%20%28book%29.pdf).

<sup>81</sup> Wagner, Wendy. *Administrative law, filter failure and information capture*. [2010] 59 Duke L.J. 1321-1432, 1325, 1326.

<sup>82</sup> Kianieff, Muharem. *Looking for Cover: A Public Choice Critique of the Canadian Debit Card Code*. [2005-2006] 37 Ottawa Law Rev. 101-142, 125-126, citant Coleman, William. *One Step Ahead*:

On oppose ainsi des exigences techniques, auxquelles on ne pourrait échapper, aux caprices de consommateurs perpétuellement insatisfaits – et ignorant tout de ces «insurmontables» contraintes techniques auxquelles ils ne comprendraient goutte de toute manière, naturellement<sup>83</sup>. C'est, bien sûr, fallacieux<sup>84</sup>; mais pour réfuter la perception qui est ainsi établie et démontrer que lesdites contraintes techniques sont en fait surmontées ailleurs, ou que le droit d'autres ressorts établit déjà les règles qu'on recommande ici, il faut effectivement un niveau d'expertise qui s'avère souvent problématique pour les représentants de la société civile.

Cette asymétrie fait en sorte qu'en toute bonne foi, un organisme réglementaire peut prendre des décisions qui avantagent en fait l'industrie. Cette dernière connaît les arcanes du fonctionnement des marchés, et souvent mieux (hélas) que l'organisme réglementaire lui-même. Elle peut fournir à l'organisme réglementaire – et autres intéressés, s'il s'en trouve – des rames de documentation parfois ésotérique. Elle peut maintenir des relations pratiquement quotidiennes avec les responsables de la réglementation<sup>85</sup>.

Dans une certaine mesure, il y a d'autre part convergence entre les intérêts des fournisseurs, et surtout de ceux qui les guident et les conseillent en matière de conformité aux normes, et les organismes réglementaires, de sorte qu'on peut assister à des processus subtils et complexes de co-construction du sens de la norme par ces différents acteurs, processus qui peuvent mener à des résultats qui ne sont pas nécessairement tout à fait ceux qu'escomptait l'auteur de la norme<sup>86</sup>.

On serait presque tenté de faire le parallèle avec la fumée secondaire... Grâce à la surabondance d'information, à la fréquence des communications et au partage des préoccupations, l'industrie «contamine» la culture de l'organisme réglementaire et, subrepticement, l'intoxique. Elle oriente sa manière de penser. Kwak l'illustre en une formule sans doute réductrice, mais néanmoins éloquente à l'égard de l'attitude que peuvent inconsciemment adopter des décideurs:

Someone who identifies as an economically sophisticated  
steward of efficient financial markets will adopt different

---

*Business in the Policy Process in Canada.* In Charlton, Mark; Barker, Paul, eds. *Crosscurrents: Contemporary Political Issues*. 2<sup>e</sup> éd. Toronto, Nelson Canada, 1994. Pp. 340, 343. On a omis les notes infrapaginales. L'expérience de l'auteur de ces lignes dans le contexte de la réglementation du secteur financier à Ottawa au cours de la dernière décennie lui permet de confirmer que ces observations demeurent remarquablement pertinentes.

<sup>83</sup> Il arrive ainsi paradoxalement que les fournisseurs se plaisent à invoquer l'ignorance de leurs clients...

<sup>84</sup> Cette manœuvre s'apparente au stratagème XXX énoncé par Arthur Schopenhauer dans *l'Art d'avoir toujours raison* (Paris, Éditions Mille et une nuits, 1998 [1864]), et on a constaté dans le passé que des fournisseurs recourent aussi abondamment aux stratagèmes IV, V, XVIII, XIX, XXIV et XXV, notamment. On verra aussi Wagner, *op. cit.*, 1334-1336.

<sup>85</sup> On verra par exemple à l'égard de ces problématiques le survol proposé par Kwak, James. *Cultural Capture and the Financial Crisis*. Chapitre 4. In Carpenter, Daniel; Moss, David, eds. *Preventing Regulatory Capture – Special Interest Influence and How to Limit It*. New York, Cambridge University Press, 2014. Pp. 71-98. P.76-78.

<sup>86</sup> À l'égard de cette question, on verra Gilad, Sharon. *Beyond Endogeneity : How Firms and Regulators Co-Construct the Meaning of Regulation*. *Law& Policy* (2014) 36:2 134-164. L'auteure examine en particulier le cas de l'implantation d'une norme réglementaire dans le secteur financier britannique.

policy positions than someone who identifies as a defender of the “little guy” against large, faceless corporations, even if both share the ultimate objective of increasing the economic welfare of ordinary people.<sup>87</sup>

D’autre part, la décision qui convient à l’industrie comporte souvent cet autre avantage qu’elle sera peu contestée, sinon pas du tout, à moins que les médias ne s’en emparent. Or les gens préfèrent généralement les relations cordiales, plutôt que les affrontements<sup>88</sup>.

Les problèmes liés à la capture réglementaire ne sont généralement pas flagrants, et ils n’ont assurément pas tous la même importance. Ils sont subtils, insidieux, difficiles à débusquer, mais ils peuvent à terme s’avérer néfastes pour l’efficacité de l’organisme réglementaire et l’atteinte des objectifs de politique publique qu’il est chargé de mettre en œuvre. Ils sont bien réels, et assez importants pour que l’Organisation de coopération et de développement économiques lance une mise en garde à leur égard<sup>89</sup>. Qui plus est, le niveau de concentration d’une industrie augmente le risque qu’un petit nombre de fournisseurs importants puissent établir des liens fréquents avec les autorités réglementaires, ce qui constitue une préoccupation particulière dans le secteur financier, qui est relativement concentré. Si les auteurs qui les ont étudiés se sont surtout intéressés à la problématique états-unienne, on ne saurait douter qu’on doive envisager les mêmes risques au Canada et au Québec<sup>90</sup>. On peut dans une certaine mesure les prévenir ou les contrôler par la mise en place de structures réglementaires adéquates<sup>91</sup>, et donc notamment par des solutions juridiques. On y reviendra à la sous-section 3.3.

### 3.2.6 l’efficience

Les économistes aiment bien la notion d’efficience, et on ne saurait le leur reprocher. Les fournisseurs, eux, abordent à cet égard des stratégies variables. Ils souhaiteront parfois la porter à son paroxysme, dans les cas de monopole – ou à tout le moins d’oligopole – naturel. Dans d’autres cas, ils feront tout pour y faire obstacle. La question est immense. On ne s’arrêtera ici qu’à certaines de ses dimensions.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 83. Quelques pages plus loin (89), il évoque l’impact qu’a le partage d’une collation sur la sympathie mutuelle entre personnes d’horizons différents – et le «cadeau» de 1 530 *cupcakes* offerts par AT&T au personnel de l’organisme de réglementation du secteur des télécommunications au moment où l’organisme s’apprêtait à adopter des règles particulièrement importantes pour l’entreprise. Ces tout petits gestes, qui s’accumulent, créent à la longue des ponts.

<sup>88</sup> Laffont et Tirole, *op. cit.*, 1091, évoquent cet aspect, entre autres sources. Incidemment, cette dimension requiert qu’on évoque aussi celle de l’arbitrage réglementaire: les fournisseurs qui le peuvent migreront vers le cadre réglementaire qui les accommode le mieux, entraînant une réduction de l’influence de l’organisme réglementaire, qui souhaitera vivement éviter un tel résultat et se montrera donc conciliant. Laffont et Tirole évoquent cette question *op. cit.*, 1117.

<sup>89</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development. *The Financial Crisis – Reform and Exit Strategies*. Paris, OCDE, 2009. 99 p. Pp. 34-35. Consulté au <https://www.oecd.org/regreform/sectors/43091457.pdf>. La version française de ce texte paraît malheureusement introuvable sur le web.

<sup>90</sup> On en trouve d’ailleurs une confirmation dans l’article de Kianieff, précité, qui examine une problématique reliée à la réglementation d’un segment du secteur financier canadien.

<sup>91</sup> Laffont et Tirole, *op. cit.*

### 3.2.6.1 Structures de marché, concurrence et réseaux

Dans un marché parfait, la concurrence serait parfaite. Un grand nombre de fournisseurs proposeraient chacun une gamme de produits et les utilisateurs n'auraient que l'embarras du choix. Les marchés ne sont pas parfaits et les fournisseurs n'aiment pas la concurrence. Ils préfèrent dominer; dans le secteur financier, certains phénomènes peuvent favoriser la réalisation de leurs souhaits.

On relèvera d'abord la préoccupation légitime à l'égard de la stabilité du secteur et de ses acteurs. On veut être certain que les fournisseurs sont financièrement robustes et ne risquent pas de s'écrouler. En cas d'effondrement imminent ou avéré, les autorités doivent être en mesure de minimiser l'ampleur des conséquences négatives qu'une telle situation pourrait avoir pour l'économie et pour des milliers ou des millions de clients. Nous partageons cette préoccupation.

On veut aussi être certain que les fournisseurs sont compétents. Là encore, nous sommes d'accord.

Ces deux problématiques comportent cette conséquence qu'on voudra poser des exigences, légitimes en soi mais qui, si elles sont mal calibrées, peuvent faire office d'obstacles à l'entrée sur le marché. Le Bureau de la concurrence a récemment examiné cette question à l'égard du marché canadien des *fintech* et on ne saurait guère faire mieux que de renvoyer à ses constats et à ses conclusions<sup>92</sup>. La stabilité ne doit pas être obtenue au prix de la stagnation des marchés et de la fermeture à la concurrence par la mise en place de barrières inutiles. Dans un marché en profonde évolution, il y a là un défi colossal pour le législateur et les autorités réglementaires, qu'il ne peut surmonter qu'en se dotant d'une grande expertise à l'égard des tendances émergentes.

C'est que l'offre actuelle de services financiers au Québec est assez concentrée. Au second trimestre 2017, le mouvement Desjardins détenait à lui seul quarante-quatre pour cent (44,4%) des dépôts des particuliers<sup>93</sup>. Dans certaines régions, il y a tout lieu de croire que cette proportion est nettement plus élevée<sup>94</sup>. En 2016, les quatre principaux assureurs de personnes détiennent soixante-deux pour cent (62,4%) du marché québécois<sup>95</sup>. Les

<sup>92</sup> Bureau de la concurrence. *L'innovation axée sur les technologies dans le secteur canadien des services financiers – une étude de marché*. Ottawa, Innovation, Sciences et Développement économique du Canada, décembre 2017. 86 p. Consulté au [http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapi/FinTech-MarketStudy-December2017-Fra.pdf/\\$file/FinTech-MarketStudy-December2017-Fra.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapi/FinTech-MarketStudy-December2017-Fra.pdf/$file/FinTech-MarketStudy-December2017-Fra.pdf).

<sup>93</sup> Québec – Institut de la statistique. *Valeur des dépôts auprès des institutions de dépôt, Québec, 3<sup>e</sup> trimestre 2015 au 2<sup>e</sup> trimestre 2017*. 26 octobre 2017. Consulté au [http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/secteur-financier/marche/institutions-depot/depots\\_inst\\_depot\\_qc\\_trim.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/secteur-financier/marche/institutions-depot/depots_inst_depot_qc_trim.htm).

<sup>94</sup> Il n'existe pas à notre connaissance de compilation récente des données relatives à l'emplacement des agences des diverses institutions financières. L'étude la plus récente (mais dépassée) et la plus complète paraît bien toujours être St Amant, Jacques. *Les portes closes*, op. cit. Elle indiquait assez clairement à quel point seul le mouvement Desjardins était présent dans un grand nombre de localités québécoises; si cette présence s'est depuis considérablement érodée, elle n'a pas été remplacée par une implantation significative de succursales bancaires.

<sup>95</sup> Autorité des marchés financiers. *Rapport annuel sur les institutions financières 2016*. Québec, Autorité des marchés financiers, 2017. 245 p. P. 82, tableau 30. Consulté au

quatre principaux assureurs de dommages détiennent pour leur part cinquante-cinq pour cent (55,4%) de ce marché, une proportion qui a augmenté de plus d'un pour cent (1,2%) depuis 2014<sup>96</sup>. Dans certains créneaux, il en résulte vraisemblablement une offre inadéquate. Il serait donc opportun de mettre en place des mesures qui, tout en assurant la stabilité du secteur, faciliteront l'entrée dans le marché.

La concurrence dans le secteur financier se trouve d'autre part compliquée par l'importance de l'effet de réseau dans certains domaines. On connaît la logique: chaque participant à un réseau tire avantage de l'adhésion de chaque autre participant<sup>97</sup>. L'effet de réseau peut donc favoriser la concentration, dans la mesure où il n'est pas efficient de maintenir plusieurs réseaux parallèles. On le constate entre autres en matière de paiements, ce qui a un impact notable sur l'offre de services de nature bancaire. On peut subodorer le jeu de cet effet dans d'autres marchés où la participation à une plate-forme peut fournir un avantage comparatif à certains fournisseurs, et notamment à des intermédiaires de marché; les exploitants de ces plates-formes pourraient alors jouir d'une longueur d'avance sur leurs concurrents<sup>98</sup>, et fermer la porte par conséquent à d'autres acteurs qui ne parviendraient pas à se tailler une place dans un marché déjà occupé par un réseau dont la préexistence constituerait un avantage concurrentiel presque insurmontable. Il y aurait lieu d'établir si de tels phénomènes se développent présentement au Québec.

### 3.2.6.2 Des effets sur les consommateurs

Pour leur part, les consommateurs doivent composer avec trois éléments qui auront un impact sur l'efficacité et qui influencent la manière dont ils peuvent exercer leurs choix, quelle que soit la structure générale du marché.

D'abord, et on y a fait allusion *supra*, ils doivent faire face à des coûts de recherche parfois considérables. Les marchés sont complexes, l'offre est dans quelques créneaux très diversifiée en apparence, les produits ne peuvent pas facilement être évalués *a priori*.

À ces coûts s'ajoutent d'autres coûts d'opportunité. Même si la banque X offre un meilleur produit que la banque Y, la succursale se trouve trois fois plus loin, par exemple; la consommatrice évaluera aussi des éléments de cette nature afin d'arrêter son choix. Il en résulte que des contraintes extrinsèques pourront jouer un rôle considérable dans l'évolution des marchés.

---

<https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/publications/organisation/rapports-annuels/autorite/amf-rapport-annuel-institutions-financieres-2016.pdf>.

On notera que cette part de marché s'est légèrement accrue depuis 2014, et que Desjardins occupe la seconde place dans ce marché. L'AMF signale par ailleurs (p. 84) que certains sous-marchés de produits sont hautement concentrés.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 123, tableau 46. Desjardins occupe également le second rang dans ce marché. Là encore, certains sous-marchés sont hautement concentrés (p. 125).

<sup>97</sup> Le réseau téléphonique fournit l'exemple classique: un réseau comportant un seul abonné n'a aucun intérêt pour ce dernier; un réseau qui en compte un million devient nettement plus utile pour chacun d'entre eux.

<sup>98</sup> Par analogie, on songe aux réseaux d'affichage d'immeubles à vendre, précieux pour les courtiers immobiliers; des services semblables peuvent-ils attirer des courtiers en prêts hypothécaires, des courtiers d'assurance ou des conseillers en sécurité financière?

En troisième lieu, il faut dire un mot des coûts de sortie (ou *switching costs*)<sup>99</sup>. Ils font obstacle à la mobilité des consommateurs sur le marché, et ils réduisent par conséquent la concurrence. Ces coûts peuvent s'avérer assez élevés dans le secteur financier. Le changement de fournisseur de services bancaires requiert une kyrielle de formalités, y compris la communication avec toutes les entités qu'on paie par débit préautorisé ou dont on reçoit des fonds par dépôt direct, par exemple. Certains produits d'épargne comportent des termes ou d'autres exigences qui les rendent peu mobiles. Les produits d'assurance de personnes sont rarement transférables et ont parfois vocation à durer à vie.

Ces facteurs contribuent tous à la fois à la réduction de l'efficacité des marchés et à l'accroissement de la vulnérabilité des consommateurs.

### 3.3 Quelques apports juridiques

#### 3.3.1 prologue

Le secteur financier obéit à une grande variété de contraintes. Certaines, qui nous intéressent particulièrement ici, sont de nature juridique. Dans d'autres cas, des mécanismes juridiques peuvent atténuer des difficultés auxquelles les consommateurs peuvent faire face. Il convient donc, après avoir examiné quelques éléments d'analyse relevant de l'économie, que nous nous arrêtons aussi brièvement à quelques problématiques d'ordre général qui relèvent du domaine du droit.

Nous aborderons successivement deux perspectives. D'abord, le droit contribue à construire des systèmes normatifs. Il fournit les instruments permettant d'élaborer un cadre qui fixera à son tour les droits et les obligations des participants aux marchés. Les recherches et les solutions proposées dans ce domaine ont beaucoup évolué depuis un quart de siècle, ce dont on proposera un compte rendu en se penchant sur les architectures réglementaires, sur les techniques de réglementation et sur le défi de la consultation. En somme, comment structure-t-on l'encadrement du secteur financier?

Ensuite, on se penchera sur quelques éléments reliés au contenu des règles lui-même, qu'on envisagera principalement dans la perspective de la consommatrice. On abordera trois questions. D'abord, elle court manifestement des risques juridiques dans le secteur financier – mais quels sont-ils, au niveau conceptuel? Ensuite, quelles sont les caractéristiques particulières de ce sujet de droit? Enfin, y a-t-il des tendances innovatrices en matière de réglementation qu'il serait utile de signaler?

#### 3.3.2 la perspective structurelle

##### 3.3.2.1 la forme de la toile

*Un Anneau pour les gouverner tous  
Un Anneau pour les trouver  
Un Anneau pour les amener tous,  
Et dans les ténèbres les lier*

<sup>99</sup> On en trouve l'analyse classique dans Farrell, Joseph; Klemperer, Paul. *Coordination and lock-in : competition with switching costs and network effects*. In Armstrong, M.; Porter, R., éd. *Handbook of Industrial Organization*. Vol. 3. Elsevier, 2007. Consulté au [http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/Farrell\\_KlempererWP.pdf](http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer/Farrell_KlempererWP.pdf).

*Au pays de Mordor où s'étendent les ombres.*

J.R.R. Tolkien<sup>100</sup>

On sait que les diverses espèces d'araignées tissent des toiles différentes, sous l'influence d'une myriade de facteurs qui incluent sans doute l'environnement où elles vivent, le type de proies qu'elles préfèrent et leur propre taille<sup>101</sup>. Les architectures réglementaires varient un peu moins dans le secteur financier, et tendent à converger vers deux modèles: l'autorité intégrée, et le modèle dit *Twin Peaks*. On dira un mot du premier, puis on examinera l'émergence du second et son évolution dans quelques États qui comportent un certain intérêt parce que leurs marchés sont comparables au nôtre, soit le Royaume-Uni (qui fournit un exemple spectaculaire de réforme réglementaire), la France et l'Australie, avant de survoler très sommairement la situation dans d'autres régimes. On pourra alors formuler quelques pistes de réflexion à l'égard de cette problématique.

Signalons d'abord l'existence d'une variable importante pour nos fins dans la conception d'une architecture réglementaire, soit le rôle attribué à la banque centrale d'un État, et qui est souvent significatif<sup>102</sup>. Le Québec, État membre d'une fédération, ne dispose pas de sa propre banque centrale, et celle de l'État fédéral n'est pas appelée à jouer un rôle particulier dans l'encadrement des fournisseurs de services financiers relevant de la compétence québécoise<sup>103</sup>. Il faudra garder cette caractéristique à l'esprit tout au cours des quelques pages qui suivent.

#### 3.3.2.1.1 l'éruption du modèle intégré

On concevait naguère l'encadrement du secteur financier en distinguant selon le type d'activité exercée par un fournisseur: une autorité supervisait les banques, une autre les assureurs, une troisième les intermédiaires en valeurs mobilières. On parlait d'une approche réglementaire «institutionnelle». L'effondrement des traditionnels «piliers» du secteur financier, qui s'est notamment concrétisé au Canada dans les années 1980 par la prise de contrôle de la majorité des sociétés de fiducie et des grands courtiers en valeurs

<sup>100</sup> À qui on doit aussi la maléfique Shelob, dont le nom a été traduit avec simplisme en français par «Araigne» dans le livre IV du *Seigneur des anneaux*.

<sup>101</sup> Il reste toutefois beaucoup à découvrir dans ce domaine: Eberhard, William. *Function and Phylogeny of Spider Webs*. Annual Review of Ecology and Systematics, vol. 21 (1990), 341-372, et notamment 348-352, 355-358. Consulté au [http://www.stri.si.edu/sites/publications/PDFs/1990\\_Ann\\_Rev\\_EcolSystFunction\\_and\\_phylogeny\\_of\\_spiderwebs.pdf](http://www.stri.si.edu/sites/publications/PDFs/1990_Ann_Rev_EcolSystFunction_and_phylogeny_of_spiderwebs.pdf).

<sup>102</sup> On verra, à l'égard du débat entourant cette question, une contribution intéressante et qui éclaire plus globalement les enjeux liés à l'intégration réglementaire dans le secteur financier: European Central Bank. *The role of central banks in prudential supervision*. Francfort, Banque centrale européenne, mars 2001. 10 p. Consulté au [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/prudentialsupcbrole\\_en.pdf?61697fd82c059bd59ba706ebb190c482](https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/prudentialsupcbrole_en.pdf?61697fd82c059bd59ba706ebb190c482).

<sup>103</sup> Sinon dans une mesure non pertinente pour nos fins, et qui inclut l'orientation du taux de base, la détention d'un compte auprès de la Banque du Canada aux fins de participation aux opérations de règlement interbancaire et l'effet indirect que peut avoir le cadre réglementaire établi par la Banque du Canada à l'égard des systèmes de paiement comportant une importance systémique ou jouant un rôle économique important, en vertu de la *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*, L.R.C., c. P-4.4.

mobilières par les banques<sup>104</sup> et la diversification croissante du mouvement Desjardins, a rendu cette structure réglementaire caduque.

Advint alors un remarquable engouement à l'égard de la mise en place d'organismes réglementaires intégrés, qui encadreraient tous les types de fournisseurs de services financiers et toutes les facettes de leur activité<sup>105</sup>. On s'intéressa parallèlement à de nouvelles manières de réglementer et on parla abondamment de «réglementation intelligente»<sup>106</sup>, de «réglementation par principes» ou de «réglementation fondée sur le risque», par exemple, ce à quoi on revient à la sous-section 3.3.2.2. Il s'agissait donc de les gouverner tous, sous un seul régulateur qui se voulait le souple berger des fournisseurs et du marché.

Tout cela dura jusque vers 2008. La tourmente qui frappa les marchés financiers a depuis suscité, un peu partout dans le monde, une réflexion à l'égard de ces orientations. Un peu partout, semble-t-il, sauf au Québec, dont on ne sait par conséquent s'il fait office de village gaulois ou de village d'antan.

### 3.3.2.1.2 les modèles *Twin Peaks*

#### 3.3.2.1.2.1 des cimes émergeant du brouillard

On attribue généralement l'invention de l'image, sinon du concept, des *twin peaks* réglementaires dans le secteur financier à Michael Taylor, qui en a fait la proposition principale (et le titre) d'un rapport qu'il publiait en 1995<sup>107</sup>. Pour l'auteur, la réglementation du secteur financier poursuit deux objectifs: la stabilité d'une part, et la protection des participants aux marchés, dans la mesure où ils ne peuvent se protéger

<sup>104</sup> De nombreuses sociétés de fiducie sont devenues insolubles dans les années 1980 en raison notamment des tribulations du marché immobilier et d'investissements indûment risqués, tandis que l'accord Hockin-Kwinter articulant la supervision des courtiers détenus par des banques entre autorités fédérales et provinciales a été conclu en 1987. La Banque Royale acquérait pour sa part le Trust Royal en 1993 et la Banque de Nouvelle-Écosse a acquis la société Montreal Trust en 1994.

<sup>105</sup> Pour une illustration de la recherche publiée dans cette perspective, on verra Dalla Pellegrina, Lucia; Masciandaro, Donato. *Politicians, central banks, and the shape of financial supervision architectures*. Journal of Financial Regulation and Compliance (2008) 16:4 290-317. On verra aussi Masciandaro, Donato. *Unification in financial sector supervision: The trade-off between central bank and single authority*. Journal of Financial Regulation and Compliance (2014) 12:2 151-169.

<sup>106</sup> Le concept de réglementation intelligente, ou *smart regulation*, a dû beaucoup à des travaux menés par l'Organisation de coopération et de développement économiques. La *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle* a par exemple été adoptée par le Conseil de l'OCDE le 9 mars 1995. Consulté au <https://legalinstruments.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&InstrumentPID=124&Lang=fr&Book=False>. Pour un aperçu de la perception canadienne, on verra Hanebury, Judith. *Smart Regulation – Rhetoric or Reality?* (2006) 44 :1 Alberta L.R. 34-63. Consulté au <https://www.albertalawreview.com/index.php/ALR/article/viewFile/348/345>.

<sup>107</sup> Taylor, Michael. *“Twin Peaks”: A regulatory structure for the new century*. Londres, Centre for the Study of Financial Innovation, 1995. 18 p. Consulté au <https://static1.squarespace.com/static/54d620fce4b049bf4cd5be9b/t/55241159e4b0c8f3afe1d11e/1428427097907/Twin+Peaks+A+regulatory+structure+for+the+new+century.pdf>. Des commentateurs n'excluent toutefois pas que Taylor se soit inspiré de la série policière états-unienne diffusée à compter de 1990 et intitulée *Twin Peaks*.

adéquatement eux-mêmes. On devrait en confier la mise en œuvre à deux organismes distincts, complémentaires et collaborant étroitement.

Taylor a approfondi son analyse en 2009<sup>108</sup>, à la lumière de la crise qui venait de secouer les milieux financiers mondiaux. Il formule notamment ce commentaire (en p. 5):

Recent events have also affirmed the second principle. Regulatory agencies with too many tasks and too many different objectives are at risk of doing them badly. The point is made most clearly by the combination of prudential and consumer protection regulation. The Turner Review has acknowledged that the FSA did not devote sufficient resources to prudential regulation prior to the crisis. The FSA's management chose to dedicate resources to high-frequency events (such as consumer complaints) rather than low frequency but high-impact events, such as bank failures; I will discuss later why this outcome should not have been surprising. The Federal Reserve, as a central bank, made the opposite decision and has been roundly criticised for its failure to use its consumer protection powers. When prudential and consumer protection regulation are combined in a single agency, at least one of them is likely to be done badly.

Il consacre cependant la plus grande part de sa contribution de 2009 à la problématique de l'encadrement des institutions posant un risque systémique en raison de leur ampleur, ce qui ne constitue pas notre préoccupation principale en l'occurrence<sup>109</sup>.

Revenons toutefois à la question du cumul des responsabilités en matière de gestion du risque systémique et de surveillance des marchés au sein du même organisme. Une telle architecture pose des difficultés qui, en apparence paradoxalement, semblent mener vers des résultats totalement divergents.

D'une part, la préoccupation à l'égard du risque systémique induit une préoccupation dominante à l'égard de la stabilité des fournisseurs, et donc de leur rentabilité. L'organisme réglementaire pourrait par conséquent être tenté de détourner pudiquement le regard à l'égard de pratiques d'affaires discutables, mais hautement rentables, surtout

<sup>108</sup> Taylor, Michael. *'Twin Peaks' Revisited... A second chance at regulatory reform*. Londres, Centre for the Study of Financial Innovation, 2009. 30 p. Consulté au <http://static1.squarespace.com/static/54d620fce4b049bf4cd5be9b/t/55241044e4b03769e017208a/1428426820095/Twin+Peaks+Revisited.pdf>.

<sup>109</sup> On notera toutefois cette invitation, au passage (p. 23), à cartographier les grands réseaux financiers et les relations entre les divers intervenants, pour bien cerner les nodes où peuvent s'accumuler des facteurs de risque systémique au sein ou à l'extérieur des principales institutions financières où on les traque habituellement, et mieux comprendre la fragilité de ces réseaux. Il renvoie à cet égard à une conférence prononcée par le responsable des questions de stabilité financière à la Banque d'Angleterre: Haldane, Andrew. *Rethinking the financial network*. Conférence prononcée à Amsterdam, le 28 avril 2009. 26 p. Texte consulté au <https://www.bis.org/review/r090505e.pdf>. On serait presque tenté de suggérer que la loi devrait obliger tout régulateur du système financier à lire et méditer le texte de cette allocution...

si le fournisseur se trouve globalement dans une situation financière moins qu'excellente. Dans ce scénario, l'obsession à l'égard de la stabilité relègue les questions de protection des consommateurs au second rang<sup>110</sup>.

Par contre, le Comité économique de la Chambre des Lords britannique notait en 2009, tout en formulant de vives critiques à l'égard du cadre réglementaire que nous décrivons *infra*, que la visibilité des questions relatives aux pratiques commerciales pourrait inciter un organisme réglementaire préoccupé de son image à leur donner la primauté, plutôt qu'aux questions liées à la stabilité:

Conduct-of-business is important and politically sensitive, and its results are easy to measure. In contrast, prudential supervision, while arguably more important, is conducted privately; its success is less easily measured, and, most of the time, it has a lower political impact than conduct-of-business supervision though in times of crisis such as the present its political impact, its effect on businesses, individuals and the economy, is very much greater than conduct-of-business supervision. It is natural and rational for a supervisor with responsibility for both activities to concentrate on the one with the greater immediate political sensitivity.<sup>111</sup>

On nous pardonnera au passage l'expression d'un vif désaccord avec le Comité de la Chambre des Lords – et avec beaucoup d'autres commentateurs ou experts du secteur financier – à l'égard de cette conception voulant que la maîtrise du risque systémique soit peut-être plus importante que celle des risques liés au fonctionnement du marché. Elle procède de deux erreurs, l'une liée à la notion de risque et l'autre, au problème de la quantification des externalités négatives (encore que les deux soient liées). Un risque comporte deux dimensions: la probabilité et la magnitude. On tend à se préoccuper davantage du risque catastrophique, mais exceptionnel (comme la cristallisation d'un risque systémique), et moins du risque lié aux pratiques commerciales, apparemment de plus petite ampleur (lorsqu'on envisage séparément des milliers d'opérations) mais qui se concrétise quotidiennement et avec une probabilité qui confine à 1. On élude par conséquent la quantification des externalités négatives générées par ces abus quotidiens, dont la somme, si on pouvait la calculer, s'avérerait peut-être assez vertigineuse. Mais cette erreur de perspective, qui ressurgit de manière obsessionnelle en matière de réglementation du secteur financier, a pour résultat que la protection des consommateurs fait le plus souvent figure de parent pauvre dans ce domaine. Comme si huit millions de consommateurs comptaient moins qu'une banque.

<sup>110</sup> Une telle orientation comporte pourtant son lot de problèmes. D'abord, on tolère qu'un fournisseur modérément stable exploite davantage de consommateurs, ce qui risque en fait d'accroître le risque d'impact dans le marché. Ensuite, bien sûr, si les consommateurs en viennent à assimiler ce fournisseur à des pratiques douteuses, ils pourraient le désertir en masse, ce qui en accentuera la fragilité.

<sup>111</sup> House of Lords – Select Committee on Economic Affairs. *2<sup>nd</sup> Report of Session 2008-09 – Banking Supervision and Regulation*. Volume 1 – Report. Londres, The Stationery Office, juin 2009. 67 p. § 118, p. 33. Consulté au <https://publications.parliament.uk/pa/ld200809/ldselect/ldconaf/101/101i.pdf>.

Si l'organisme réglementaire intégré qui existait alors a consacré une part trop grande de ses ressources aux problèmes de fonctionnement des marchés, il faut peut-être en chercher aussi les causes en examinant l'expertise de son personnel, la perception que l'on se faisait à l'époque des grandes institutions financières (présumées assez compétentes pour éviter des prendre des risques mortels) et l'écart dans les degrés de complexité des problèmes. On préfère gérer des problèmes qu'on peut comprendre, comme l'existence de fausses représentations par un vendeur, plutôt que ceux qui nous échappent, comme l'ampleur du risque encouru par une banque dont une filiale étrangère investit dans des CDO 3<sup>112</sup>. Ces problèmes sont distincts de l'architecture réglementaire elle-même, qui peut il est vrai contribuer à les accentuer ou les atténuer.

Ces risques divergents – accent mis indûment sur la stabilité ou le fonctionnement du marché – peuvent-ils en quelque sorte se compenser, de sorte qu'un organisme intégré trouverait tout naturellement le juste milieu? Qu'il soit permis d'en douter, compte tenu du nombre de variables en cause. Une préoccupation risque fort de prendre le dessus sur l'autre, sans qu'on puisse prédire laquelle dans un cas donné. Par contre, la conséquence ne fait quant à elle pas de doute: on négligera dans tous les cas, dans une mesure variable, une préoccupation fondamentale.

Plus globalement, d'aucuns tiennent que l'intégration au sein d'un seul organisme comporte de nombreux avantages. Elle favorise la cohérence des décisions. Elle permet de réaliser des économies d'échelle et de gamme au plan administratif. Elle laisserait moins d'interstices entre des champs de compétence où des fournisseurs peu scrupuleux pourraient se glisser. On augmenterait les chances que le cadre réglementaire soit identique pour tous. Elle fait en sorte qu'un seul organisme soit imputable à l'égard de la réglementation de tout le secteur, et ne puisse se défilier. La formule offre aussi aux acteurs du marché un interlocuteur unique et centralisé<sup>113</sup>.

Mais cette structure comporte aussi le risque que l'organisme ne parvienne pas à maîtriser tous les domaines qu'il doit encadrer, qu'il donne au public l'impression qu'il est également protégé dans tous les cas et que la réduction du nombre d'approches réglementaires distinctes réduise la quantité d'informations dont dispose le régulateur<sup>114</sup>. Il n'est d'autre part pas établi que l'intégration permette de réaliser des économies d'échelle ou de gamme. Le régulateur peut s'arroger une puissance considérable, et

<sup>112</sup> Et si – comme c'est normal – le lecteur ne sait pas ce que sont des *collateralized debt obligations cubed*, c'est qu'il nous donne un peu raison à cet égard... Pour un ersatz de définition, on verra le <https://www.investopedia.com/terms/c/cdo3.asp>. On verra aussi le [https://en.wikipedia.org/wiki/Collateralized\\_debt\\_obligation](https://en.wikipedia.org/wiki/Collateralized_debt_obligation).

<sup>113</sup> On trouvera une excellente synthèse dans Llewellyn, David. *Institutional structure of financial regulation and supervision: the basic issues*. Recherche présentée au séminaire *Aligning Supervisory Structures with Country Needs* de la Banque Mondiale, Washington, 6-7 juin 2006. 45 p. Pp. 18-21, 24-25. Consulté au <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.503.2388&rep=rep1&type=pdf>. On notera que le Pr Llewellyn écrivait avant que ne survienne la crise de 2007 et surtout que, comme on le verra dans le paragraphe suivant, il dresse aussi une remarquable recension des désavantages de cette formule.

<sup>114</sup> Un second régulateur peut en effet poser des questions auxquelles le régulateur unique n'a pas pensé.

devenir à la fois très bureaucratique et très rigide. S'il commet une erreur, la réputation de tout le cadre réglementaire risque d'être souillée d'un coup<sup>115</sup>. Surtout, pour nos fins,

Prudential and conduct of business dimensions to regulation require fundamentally different approaches and cultures and there may be doubt about whether a single regulator would, in practice, be able to effectively encompass these to the necessary degree. Again as noted by Michael Taylor: 'There are already profound differences between the style and techniques appropriate to prudential and conduct of business regulation, and these are likely to become more pronounced as prudential regulation moves further in the direction of assessment of firms' own internal risk control systems. It would be difficult to combine two such different cultures within a single organisation'.

[...]

As noted in Abrams and Taylor, 2000) [sic], there is a potential conflict of interest between prudential and conduct-of-business regulation and supervision because of the different nature of their objectives. The former is focused on solvency while the focus of the latter is on consumer interests. The *unified* agency might give priority to one over the other. It might be judged that separate agencies responsible for dedicated types of regulation and supervision (i.e. prudential and conduct-of-business) might be more effective at focussing on their respective objectives and mandates.<sup>116</sup>

Le Pr Llewellyn se penche aussi sur le modèle *Twin Peaks*, qui comporte selon lui un certain nombre de qualités:

- The two agencies have dedicated objectives and clear mandates to which they are exclusively committed.
- Accountability is clear because the objectives and mandates of the agencies are clearly defined.
- There is no danger that one or the other areas of regulation and supervision will come to dominate. It is sometimes alleged that a unified agency might in practice give priority to prudential regulation and supervision.
- There should be no problem of mixing the different cultures of the two areas of regulation and supervision.
- If conflicts arise between the two areas, these are more likely to be settled externally and with publicity.
- There is less concentration of power than in the unified model.

<sup>115</sup> Llewellyn, *op. cit.*, 21-23, 25-26. Quant à la problématique des économies d'échelle et de gamme, on notera au passage qu'elle a souvent servi de prétexte à des fusions dans le secteur privé; on remet toutefois de plus en plus en question leur efficacité à cet égard, mais il s'agit d'une autre question.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 25.

- Reputation and contamination risks are likely to be lower.<sup>117</sup>

Ajoutons la dimension de la «concurrence» réglementaire. Y a-t-il des avantages, ou des inconvénients, à l'existence de plusieurs organismes réglementaires jouant des rôles complémentaires? La question comporte plusieurs facettes.

Cette concurrence peut entraîner la dérive vers le plus petit commun dénominateur, puisque les fournisseurs ayant le choix entre plusieurs cadres réglementaires pourraient préférer celui qui leur impose le moins de contraintes<sup>118</sup>. Les autorités réglementaires tendraient alors à alléger leurs exigences, pour augmenter leur «auditoire» (et, souvent, leurs revenus) tout en démontrant qu'elles jouent un rôle utile.

Par contre, cette même concurrence fait obstacle aux risques de collusion et de capture par les fournisseurs<sup>119</sup>. Il leur est en effet plus difficile d'ensorceler plusieurs régulateurs qu'un seul. La concurrence contribuerait par conséquent au maintien de l'indépendance des organismes réglementaires, qui pourraient par ailleurs vouloir se distinguer par l'efficacité de leurs interventions pour conserver la faveur du public ou des autorités politiques. D'autre part, des différences structurelles entre régulateurs concurrents pourraient aussi compliquer toute tentative de captures multiples de la part des fournisseurs<sup>120</sup>. Plus généralement, le coût associé à la tentative de capture d'organismes multiples devrait réduire l'efficacité de chaque tentative.

Bref, les débats autour de l'architecture réglementaire ne sont pas clos. Néanmoins et depuis maintenant une vingtaine d'années, plusieurs législateurs optent pour le modèle *Twin Peaks*.

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, 27-28.

<sup>118</sup> Dell'Ariccia, Giovanni; Marquez, Robert. *Competition among regulators and credit market integration*. Journal of Financial Economics 79 (2006) 401-430. Les auteurs examinent des scénarios où des banques actives à l'échelle internationale optent pour un régulateur, mais la logique qu'ils décèlent peut être transposée dans d'autres types de situations, comme l'illustrent McShane, Michael; Cox, Larry; Butler, Richard. *Regulatory competition and forbearance: Evidence from the life insurance industry*. Journal of Banking & Finance 34 (2010) 522-532.

<sup>119</sup> Laffont, Jean-Jacques; Martimort, David. *Separation of regulators against collusive behavior*. Rand Journal of Economics 30 (1999) 232-262. Les résultats sont confirmés et nuancés par Ida, T.; Anbashi, M. *Analysis of vertical separation of regulators under adverse selection*. Journal of Economics 93 :1 (2008) 1-29. Les auteurs de cette dernière étude formulent (p. 27) quelques recommandations à l'égard du design d'une structure réglementaire comportant plus d'un palier. On verra également Hiriart, Yolande; Martimort, David; Pouyet, Jérôme. *The Public Management of Risk: Separating Ex Ante and Ex Post Monitors*. Working Paper No. 2009-20. Paris, École d'économie de Paris, 3 juillet 2009. 23 p. Consulté au <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00566863/document> Le sommaire paraît indiquer qu'on a atteint des conclusions concordantes dans Marin, Pedro; Sicotte, Richard. *Does the Separation of Regulatory Powers Reduce the Threat of Capture? Evidence from the US Maritime Bureaucracy*. CEPR Discussion Paper No 4093. Washington, Center for Economic & Policy Research, décembre 2003. 30 p. Consulté au [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=477424&rec=1&srcabs=225720&alg=7&pos=10](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=477424&rec=1&srcabs=225720&alg=7&pos=10).

<sup>120</sup> On peut penser par hypothèse aux défis distincts que constitueraient la capture d'un organisme réglementaire entièrement centré sur un commissaire ou un président d'une part, et d'un organisme doté d'un conseil d'administration et de milliers de membres choisissant ces administrateurs d'autre part.

### 3.3.2.1.2.2 Royaume-Uni: après le smog

C'est sans doute au Royaume-Uni qu'on avait poussé le plus loin l'intégration de toutes les fonctions réglementaires reliées au secteur financier au sein d'un seul organisme, la *Financial Services Authority*, ou «FSA»<sup>121</sup>. Au cours de son histoire, la FSA a été chargée d'encadrer les fournisseurs

- acceptant des dépôts;
- émettant de la monnaie électronique;
- agissant à titre d'assureur;
- participant à la gestion ou à l'application de contrats d'assurance;
- membres de la Lloyd's;
- proposant des contrats d'investissement, certains types d'hypothèques ou d'autres instruments;
- gérant des investissements;
- établissant des régimes de retraite;
- donnant des conseils en matière d'investissement ou reliés à certains types d'hypothèques ou d'autres instruments ou
- gérant des régimes de paiement de frais funéraires

ainsi que ceux fournissant quelques autres types de services, à quoi se sont ajoutés en 2005 les vendeurs de véhicules distribuant de l'assurance associée à l'achat. La FSA assumait des responsabilités dans des domaines aussi variés que la gestion du risque systémique, le maintien de la concurrence et l'encadrement des pratiques de marché pouvant nuire aux consommateurs, tout en gérant un fonds d'indemnisation. Elle était dirigée par un conseil constitué d'une quinzaine de personnes nommées par le Trésor (dont la plupart étaient issues de l'industrie financière), mais elle n'était formellement redevable ni auprès d'un ministre, ni auprès du Parlement<sup>122</sup>.

La FSA constituait par conséquent un régulateur intégré, cumulant pratiquement toutes les fonctions de gestion de risque à l'égard de pratiquement tous les fournisseurs de services financiers.

On a adressé à la FSA une remarquable gamme de reproches. Elle paraissait notamment incapable d'établir des liens entre de multiples problèmes similaires et de déceler par conséquent l'existence de pratiques douteuses généralisées. Elle agissait avec une lenteur toute majestueuse, et on a estimé qu'elle se comportait de manière réactive, plutôt que proactive. Elle a elle-même admis, dans le cadre d'une enquête interne concernant la gestion de la crise entourant la faillite d'un important fournisseur, que l'équipe chargée de l'encadrement de ce fournisseur

<sup>121</sup> La FSA a été établie en 2001 par le *Financial Services and Markets Act 2000*, 2000 c. 8, en étendant considérablement le mandat d'un organisme préexistant. On trouve le texte original de la Loi au <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/enacted>.

<sup>122</sup> On verra entre autres à cet égard la *Schedule 1* de la loi de 2000.

[...] did not adequately identify and pursue risks arising in the firm as a whole and in relation to its business model and control framework.<sup>123</sup>

En matière d'encadrement d'une institution financière, on peut difficilement errer plus fondamentalement qu'en n'identifiant pas adéquatement les risques.

À la suite de la crise financière de 2008, qui a sérieusement ébranlé l'industrie financière britannique, le président du conseil de la FSA a préparé un rapport remarquablement critique à l'égard des activités de l'organisme qu'il a présidé jusqu'à sa suppression<sup>124</sup>. Il y fait le constat de l'ampleur et de la complexité des phénomènes qui ont mené à la crise, mais il souligne également les carences de l'organisme lui-même dans sa gestion du risque systémique (centrée sur l'évaluation individuelle des institutions, et non sur une vision globale du secteur) et, quant à des aspects qui nous intéressent plus directement,

- A focus on ensuring that systems and processes were correctly defined, rather than on challenging business models and strategies. Risk Mitigation Programs [...] tended to focus more on organisation structures, systems and reporting procedures, than on overall risks in business models.
- A focus within the FSA's oversight of 'approved persons' (e.g. those proposed by firms for key risk management functions) on checking that there were no issues of probity raised by past conduct, rather than assessing technical skills, with the strong presumption that management and boards were in a better position to judge the appropriateness of specific individuals for specific roles.<sup>125</sup>

En d'autres termes, on posait principalement deux questions aux fournisseurs réglementés: vos dirigeants sont-ils intègres, et avez-vous mis en place des politiques ou des processus de gestion visant certaines problématiques ciblées? Ce faisant, on s'arrêtait assez peu à la compétence de ces dirigeants, et pas du tout (ou si peu) au contenu de ces politiques. Tout simplement, comme le reconnaît Lord Turner quelques lignes plus haut dans son rapport, on présumait de l'efficacité de la discipline de marché, qui inciterait les dirigeants des fournisseurs à gérer les risques adéquatement. Il poursuit en décrivant les nouvelles politiques de la FSA qui, en principe au moins, devaient faire tout le contraire. L'organisme ayant été aboli en 2013 (ce à quoi on revient *infra*), on n'aura pas eu le

<sup>123</sup> Financial Services Authority – Internal Audit Division. *The Supervision of Northern Rock: A Lessons Learned Review*. Londres, Financial Services Authority, mars 2008. 136 p. P. 4, par. 23. Consulté au <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/fsa-nr-report.pdf>.

<sup>124</sup> Turner, Adair. *The Turner Review – A regulatory response to the global banking crisis*. Londres, Financial Services Authority, mars 2009. 122 p. Consulté au [http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner\\_review.pdf](http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/turner_review.pdf).

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 87.

temps d'en faire la démonstration probante, mais le changement de cap radical laisse croire qu'on a posé un jugement assez critique à l'égard des anciennes pratiques.

Par ailleurs, Lord Turner se penche sur l'architecture réglementaire et sur les réformes qu'on pourrait envisager. Il favorise l'intégration de l'encadrement du risque systémique de tous les types de fournisseurs au sein d'un seul organisme et l'intégration de l'encadrement des banques au sein de la banque centrale, mais se montre nettement plus prudent à l'égard de l'intégration de l'encadrement du risque systémique et de l'encadrement des pratiques de marché sous un seul toit<sup>126</sup>. Il y voit certes des avantages: les fournisseurs ne font affaire qu'avec un organisme réglementaire et les risques systémiques reliés à des produits particuliers sont plus facilement décelés. Par contre, cette structure comporte d'une part le risque qu'on manquera d'expertise dans un secteur (ou dans les deux), et d'autre part celui que le régulateur mette l'accent sur l'encadrement d'un type de risque et néglige l'autre – ce qui s'est vraisemblablement produit dans le cas de la FSA qui, entre autres, a failli à la tâche en matière d'encadrement du risque systémique.

On doit enfin signaler que Lord Turner, dans son rapport, se montre sceptique à l'égard de l'existence de corrélations entre approches ou structures réglementaires, d'une part, et succès en matière de mitigation des risques d'autre part, et il propose entre autres l'exemple du Canada, dont l'approche réglementaire comportait selon lui des similitudes avec celle adoptée au Royaume-Uni, mais qui a nettement moins souffert lors de la crise financière de 2008<sup>127</sup>. En somme, semble-t-il dire, il n'y a pas de recette magique; sans doute, mais il nous paraît assez clair que la recette britannique suivie de 2001 à 2012 s'est quant à elle avérée assez peu séduisante<sup>128</sup>.

Le législateur britannique a toutefois tranché en adoptant fin 2012 le *Financial Services Act 2012*, qui est entré en vigueur le premier avril 2013<sup>129</sup>. La note marginale<sup>130</sup> correspondant à son article 6 est limpide: *The new regulators*. On notera à la fois le pluriel et l'accent sur le renouveau.

D'une part, le législateur a en effet transformé la FSA en *Financial Conduct Authority* (la «FCA»), chargée désormais strictement d'encadrer les pratiques de marché<sup>131</sup>. L'objectif stratégique confié à cette dernière est en effet clair: elle doit s'assurer que les

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 91-92.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 89-91. Il ajoute toutefois – avec raison nous semble-t-il – que la réglementation du marché hypothécaire canadien a à l'époque considérablement contribué à mitiger les risques. Il nous paraît par conséquent logiquement impossible de tirer de cette comparaison la conclusion que l'approche britannique peut par conséquent fonctionner: elle aurait vraisemblablement échoué au Canada également si la réglementation hypothécaire avait été moins rigoureuse, ce qui n'a rien à voir avec l'approche réglementaire sur laquelle se penche Lord Turner.

<sup>128</sup> D'autres analyses sont plus conciliantes, tout en prenant acte des difficultés propres au fonctionnement d'une organisme réglementaire intégré. On verra par exemple Ferran, Eili's. *The Break-up of the Financial Services Authority*. (2011) 31:3 Oxford Journal of Legal Studies 455-480.

<sup>129</sup> United Kingdom 2012, c. 21. On trouvera le texte original de cette Loi au <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/21/contents/enacted> et le texte actuellement en vigueur au <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/21/contents>.

<sup>130</sup> Dont on sait qu'elle ne peut techniquement servir à elle seule à l'interprétation législative.

<sup>131</sup> On trouvera plus d'information à son égard au <https://www.fca.org.uk/>.

marchés fonctionnent bien. À cette fin, elle doit se conformer à trois objectifs dits opérationnels», soit la protection des consommateurs, le maintien de l'intégrité et le maintien de la concurrence<sup>132</sup>. La FCA est dirigée par un Conseil actuellement formé de onze membres, dont le profil est remarquablement diversifié. Elle compte sur quatre comités consultatifs permanents, dont l'un voué à la représentation des consommateurs. En 2014, le législateur l'a d'autre part dotée d'une filiale qui constitue par conséquent un organisme réglementaire semi-autonome, le *Payment Systems Regulator* (le «PSR»)<sup>133</sup>. On a également mis sous l'égide de la FCA la réglementation du crédit à la consommation, qui relevait auparavant d'un organisme chargé plus généralement de contrôler le fonctionnement des marchés<sup>134</sup>.

D'autre part, le législateur a aussi institué la *Prudential Regulation Authority* (la «PRA»), qui constitue juridiquement une filiale de la Banque d'Angleterre et à laquelle on a confié la mission de gérer la stabilité des fournisseurs qu'elle régit ou, pour reprendre les termes législatifs, de promouvoir *the safety and soundness* de ces fournisseurs<sup>135</sup>. La PRA est dirigée par un comité de douze (12) membres, incluant quatre dirigeants de la Banque d'Angleterre et deux personnes provenant de la FCA et du PSR, les autres provenant de l'industrie des services financiers ou d'autres milieux.

Pour reprendre les choix présentés par Lord Turner dans son rapport de 2009, on n'a pas rétabli une architecture réglementaire fondée sur les types de fournisseurs, on a dans une certaine mesure intégré la surveillance prudentielle des banques dans le giron de la banque centrale mais, surtout, on a réparti entre deux organismes distincts les fonctions liées à la surveillance des marchés et à la stabilité du secteur financier. On a donc retenu le modèle dit *Twin peaks*, dont la popularité ne paraît pas se démentir depuis une dizaine d'années.

### 3.3.2.1.2.3 L'Australie: une ascension laborieuse

On fait souvent de l'Australie le porte-étendard du modèle *Twin Peaks*, puisqu'elle fut la première à l'adopter formellement. En 1997, une commission d'enquête présidée par Stan Wallis a proposé la mise en place d'un régime réglementaire structuré selon cette architecture et ses recommandations ont été mises en œuvre dès 1998. Ces mécanismes fonctionnent donc depuis maintenant une vingtaine d'années, avec un succès inégal<sup>136</sup>.

<sup>132</sup> Ces règles et les concepts qui les sous-tendent sont énoncées (et détaillées) dans les dispositions ajoutées en vertu de l'alinéa 6 (1) de la Loi de 2012. On y revient *infra* à la sous-section 4.5.2.2.

<sup>133</sup> À l'égard duquel on trouvera plus d'information au <https://www.psr.org.uk/>.

<sup>134</sup> L'*Office of Fair Trading*, établi en 1973 et supprimé en 2014 à l'occasion du transfert de ses dernières attributions vers la FCA, jouait un rôle qu'on pourrait rapprocher au Canada de ceux de l'Office de la protection du consommateur et du Bureau de la concurrence.

<sup>135</sup> On trouvera également cet énoncé de mission et d'autres éléments concernant la PRA dans les dispositions ajoutées en vertu de l'alinéa 6 (1) de la Loi de 2012.

<sup>136</sup> On trouvera une analyse détaillée du modèle australien dans Godwin, Andrew; Ramsay, Ian. *Twin Peaks – The Legal and Regulatory Anatomy of Australia's System of Financial Regulation*. Working Paper No.074/2015. Research Working Paper Series. Centre for International Finance and Regulation, août 2015. 46 p. Consulté par l'entremise du [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2657355&rec=1&srcabs=2656882&alg=1&pos=2](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2657355&rec=1&srcabs=2656882&alg=1&pos=2).

La loi constituant l'*Australian Prudential Regulation Authority* (l'«APRA») a été adoptée en 1998<sup>137</sup>. En vertu de son article 8, l'APRA a pour objectif d'assurer l'application de diverses lois visant à garantir la stabilité du secteur financier australien, en maintenant un équilibre entre la sûreté, l'efficacité, la concurrence, l'ouverture des marchés et la neutralité réglementaire<sup>138</sup>. L'APRA est dirigée par un collège formé d'au moins trois (3) membres, nommés par le gouvernement (art. 16) en raison notamment de leur expertise, et qui ne sont (sauf exception) pas (ou plus) liés au secteur financier<sup>139</sup>. Le ministre peut donner des directives à l'organisme en vertu de l'article 12 de la Loi.

L'*Australian Securities Commission* avait été constituée en 1991. Son mandat a été étendu en 1998 et elle est devenue l'*Australian Securities and Investments Commission* (l'«ASIC»), maintenant régie par une loi adoptée en 2001<sup>140</sup>. En vertu de l'article 9 de sa loi constitutive, elle compte au moins trois membres, nommés par le gouvernement en raison notamment de leurs compétences<sup>141</sup>. Son champ d'activité est immense, puisqu'il inclut non seulement l'encadrement des pratiques de marché dans le secteur financier, mais aussi l'application de la législation permettant de constituer des sociétés<sup>142</sup> et de celle encadrant le crédit à la consommation.

On peut tirer un bilan provisoire des vingt ans d'existence de l'APRA et de l'ASIC, qui ont dû affronter quelques tempêtes. Les deux organismes n'ont pas toujours su communiquer entre eux adéquatement<sup>143</sup>, et certains critiques estiment que l'ASIC fait parfois preuve de complaisance envers des entreprises. L'ASIC a d'ailleurs fait l'objet d'une évaluation critique par un comité sénatorial qui, en 2014, signalait notamment que son champ de compétence était trop étendu et qu'elle devrait en faire davantage en matière de poursuites pénales et de communication avec le public, entre autres<sup>144</sup>. Dans l'ensemble toutefois, le modèle semble fonctionner relativement bien<sup>145</sup>.

<sup>137</sup> *Australian Prudential Regulation Authority Act*, 1998, No. 50 (Cth). On en trouvera le texte à jour au <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00203>.

<sup>138</sup> À ce dernier égard, il s'agit de s'assurer que le cadre réglementaire ne favorise pas indûment certains concurrents au détriment des autres.

<sup>139</sup> Deux des membres actuels ont fait carrière dans la fonction publique dans le domaine de la régulation du secteur financier, tandis que le troisième a été dans le passé chef de la direction d'un assureur. On pourra consulter à cet égard la page <http://www.apra.gov.au/AboutAPRA/WorkingAtAPRA/Pages/apra-member-profiles.aspx> et les hyperliens pertinents.

<sup>140</sup> *Australian Securities and Investments Commission Act 2001*, 2001, No. 51 (Cth). On en trouvera le texte à jour au <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00326>.

<sup>141</sup> Deux des membres actuels ont fait carrière dans la fonction publique dans le domaine de la régulation du secteur financier, tandis que la troisième a œuvré dans le passé au contentieux d'un fournisseur du secteur financier. On pourra consulter à cet égard la page <http://www.asic.gov.au/about-asic/what-we-do/our-structure/asic-senior-executives/>.

<sup>142</sup> Ces attributions ont pour conséquence que l'ASIC joue un rôle dans les processus de fusion ou de prise de contrôle de sociétés.

<sup>143</sup> Godwin *et al.*, *op. cit.*, pp. 9-13, 28-41. On verra notamment, en p. 40, la discussion sur la coordination entre organismes et les sources y citées.

<sup>144</sup> The Senate – Economics Reference Committee, *Performance of the Australian Securities and Investments Commission*. Canberra, Senate Printing Unit, juin 2014. 519 p. Quant aux conclusions générales, on verra notamment les pp. 453-456. Consulté par l'entremise du

### 3.3.2.1.2.4 la France: trois pics, bien sûr

C'est en 2010 que la France a implanté le modèle *Twin Peaks*, en fusionnant deux organismes établis dans une logique de réglementation institutionnelle pour former l'Autorité de contrôle prudentiel, d'une part, devenue en 2013 l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (l'«ACPR») et en créant l'Autorité des marchés financiers, chargée quant à elle de l'encadrement des pratiques de marché.

L'ACPR, adossée à la Banque de France, se charge de la réglementation prudentielle, mais aussi de questions comme l'application des mesures relatives au recyclage des produits de la criminalité<sup>145</sup>. Ses attributions et sa composition sont désormais établies par les articles L612-1 et suivants du *Code monétaire et financier*. Elle est composée en vertu des articles L612-4 et suivants de deux collèges et d'une commission. Le collège de supervision, qui gère l'organisme et se penche sur les questions de portée générale, comprend dix-neuf (19) membres, dont le gouverneur de la Banque de France et le président de l'Autorité des marchés financiers, deux membres désignés par les présidents des chambres parlementaires, quatre fonctionnaires et onze représentants de l'industrie. Le collège de résolution, chargé des mesures de prévention et de résolution des crises, est composé de sept (7) membres, dont le gouverneur de la Banque de France et le président de l'Autorité des marchés financiers, ainsi que d'autres représentants d'autorités étatiques. La commission des sanctions compte pour sa part six membres, dont trois issus du sérail étatique et trois qui sont désignés en raison de leurs compétences, et elle s'acquitte de fonctions qui en font un tribunal.

Les règles gouvernant l'Autorité des marchés financiers sont pour leur désormais établies par les articles L621-1 du *Code monétaire et financier*. Elle est constituée d'un collège de seize membres, dont un président nommé par décret du Président de la République, trois conseillers auprès de Cours, un représentant de la Banque de France, le président de l'Autorité des normes comptables, neuf membres choisis en raison de leurs compétences et un représentant du monde du travail<sup>147</sup>, et d'une commission des sanctions, dotée de douze membres, dont six sont désignés en raison de leurs compétences.

On aurait toutefois tort de s'arrêter à ces deux entités si on veut dresser un portrait complet de l'encadrement des fournisseurs de produits financiers en France. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (la «DGCCRF»), qui relève du ministère de l'Économie, joue aussi un rôle capital. Dans le secteur financier, elle s'est par exemple penchée au cours des dernières années sur les frais bancaires, le financement participatif, le financement automobile, la vente à distance

---

[https://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Senate/Economics/ASIC/Final\\_Report/index](https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Economics/ASIC/Final_Report/index).

<sup>145</sup> Godwin *et al.*, *op. cit.*, pp. 9-13, 28-41.

<sup>146</sup> Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. *Qu'est-ce que l'ACPR?* Consulté au <https://acpr.banque-france.fr/lacpr/presentation/quest-ce-que-lacpr>. On en trouve l'historique au <https://acpr.banque-france.fr/lacpr/presentation/historique-de-lacpr>.

<sup>147</sup> On notera au passage la teneur du par. V de l'article L621-2, qui prescrit que les «salariés désignés comme membres de l'Autorité des marchés financiers disposent du temps nécessaire pour assurer la préparation des réunions, et pour s'y rendre et y participer.»

d'assurances...<sup>148</sup> L'encadrement des pratiques de marché se trouve donc en pratique réparti entre l'Autorité des marchés financiers et la DGCCRF.

### 3.3.2.1.2.5 quelques autres cas

Les Pays-Bas ont opté pour le modèle *Twin Peaks* en 2002, en mettant en place un organisme de réglementation prudentielle associé à la banque centrale et un organisme distinct, connu en anglais sous le nom de *Netherlands Authority for the Financial Markets*<sup>149</sup>. Tant les organismes réglementaires que les fournisseurs assujettis donnent une bonne note à cette architecture<sup>150</sup>. De manière générale, le modèle semble là aussi fonctionner assez bien et les difficultés encourues par le régime réglementaire relèvent davantage de questions qui ne sont pas liées à l'architecture, comme l'existence d'une volonté ferme de la part du régulateur de prendre des décisions difficiles<sup>151</sup>.

Dans d'autres cas, la distinction entre autorités réglementaires chargées de la supervision prudentielle et autorités chargées de la régie des risques de marché s'est opérée moins systématiquement peut-être, mais elle mène au même résultat. Deux exemples viennent immédiatement à l'esprit.

D'abord, au Canada et au niveau fédéral, le Bureau du surintendant des institutions financières constitue le principal régulateur en matière prudentielle à l'égard des institutions financières relevant de la compétence fédérale<sup>152</sup>. Par contre, l'encadrement des pratiques de marché de ces institutions relatives aux consommateurs relève, lui, de l'Agence de la consommation en matière financière<sup>153</sup>.

Quant à la situation remarquablement complexe qui prévaut aux États-Unis, il faut encore distinguer selon le type d'institution dans une certaine mesure, et selon qu'elle relève principalement de la compétence fédérale ou de celle d'un État. Certains organismes, comme le *Board of Governors of the Federal Reserve System*, assument à la fois des responsabilités en matière prudentielle et en matière d'encadrement des pratiques de marché (à l'égard du crédit, par exemple) en ce qui a trait à certains types d'institutions financières. Par contre, le Congrès a établi en 2010 le *Consumer Financial Protection Bureau* et l'a doté de pouvoirs étendus. En matière d'assurance, les autorités des divers États sont dotées de pouvoirs variables, mais parfois très étendus, puisqu'ils

<sup>148</sup> On verra le <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Consommation/Banque-credit-assurance> et le <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/banque-credit-assurance-enquetes-dgccrf>.

<sup>149</sup> Dont le *Supervisory Board*, chargé notamment de fixer les orientations stratégiques compte trois membres; on verra le <https://www.afm.nl/en/over-afm/organisatie/rvt>.

<sup>150</sup> Van Hengel, Marco; Hilbers, Paul; Schoenmaker, Dirk. *Experiences with the Dutch Twin Peaks Model: Lessons for Europe*. In Kellerman, A.J.; de Haan, Jakob; de Vries, Femke, éd. *Financial Supervision in the 21st Century*. Heidelberg, Springer 2013. Pp. 185-199.

<sup>151</sup> On trouvera une évaluation somme toute préliminaire, mais néanmoins postérieure à la crise de 2008, dans Kremers, Jeroen; Schoenmaker, Dirk. *Twin Peaks: Experiences in the Netherlands*. Special Paper 196. LES Financial Markets Group Paper Series. Londres, London School of Economics, décembre 2010. 11 p. Consulté au <http://www.lse.ac.uk/fmg/dp/specialPapers/PDF/SP196.pdf>.

<sup>152</sup> On fera ici l'économie de l'analyse du rôle complémentaire de la Société d'assurance-dépôts du Canada.

<sup>153</sup> Dont le mandat et les pouvoirs comportent de graves lacunes, mais c'est une autre affaire.

encadrent à la fois le risque prudentiel et les pratiques de marché<sup>154</sup>; il faut toutefois noter qu'on se trouve là dans une logique de réglementation institutionnelle, qui distingue selon le type d'institution financière qu'il s'agit d'encadrer.

Notons enfin que certains États envisagent présentement d'implanter un cadre réglementaire de type *Twin Peaks*. C'est notamment le cas de la République populaire de Chine<sup>155</sup>.

### 3.3.2.1.3 opérer un choix

Dans une note de 2009, un dirigeant de l'Organisation de coopération et de développement économiques qualifiait le régime *Twin Peaks* britannique de *sound*; davantage, il préconisait certaines réformes, signalant notamment

the need to rationalise the governance of regulators in some key jurisdictions who failed dismally in the lead up to this crisis. The benchmark for a sensible regulatory structure is the 'twin peaks' model—a consumer protection and corporate law regulator and a separate prudential regulator.<sup>156</sup>

L'orientation proposée paraît limpide. Cela dit, le choix d'une architecture de type *Twin Peaks* n'est pas non plus une panacée<sup>157</sup>. Il faut doter chaque organisme d'objectifs clairs, et s'assurer qu'ils pourront collaborer avec un haut niveau d'efficacité. On aura aussi noté dans les pages précédentes que les structures de direction des divers régulateurs sont le plus souvent collégiales, mais varient considérablement. On doit tenir compte des particularités d'un marché national et de la culture réglementaire locale. En somme, l'architecture ne suffit pas à elle seule à garantir le succès.

<sup>154</sup> Songeons par exemple au *California Department of Insurance* (<http://www.insurance.ca.gov/0500-about-us/02-department/index.cfm>), qui comporte aussi cette caractéristique que le Commissaire qui le dirige est élu à cette fin par la population.

<sup>155</sup> Godwin, Andrew; Li, Guo; Ramsay, Ian. *Is Australia's 'Twin Peak' System of Financial Regulation a Model for China?* Working Paper No. 102/2016. Research Working Paper Series. Centre for International Finance and Regulation, avril 2016. 41 p. Consulté par l'entremise du [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2763300](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2763300).

<sup>156</sup> Blundell-Wignall, Adrian. *Restoring confidence in financial systems – The Financial Crisis and the Requirements of Reform*. Paris, Organisation de coopération et de développement économiques, juin 2009. 6 p. Pp. 3, 6. Consulté au <https://www.oecd.org/finance/financial-markets/43319875.pdf>.

<sup>157</sup> Outre les sources précitées, on verra notamment Schmulow, Andy. *Doing it the Australian Way, 'Twin Peaks' and the Pitfalls in Between*. The CLS Blue Sky Blog – Columbia Law School's Blog on Corporations and the Capital Markets. 31 mars 2016. Consulté au <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2016/03/31/doing-it-the-australian-way-twin-peaks-and-the-pitfalls-in-between-2/>. Black, Julia; Hopper, Martyn. *Breaking up is hard to do: the future of UK financial regulation?* Londres, Herbert Smith LLP/London School of Economics, décembre 2010. 16 p. Consulté au <http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black14.pdf>. La plus récente contribution que nous avons recensée effectue une analyse comparative intéressante: Godwin, Andrew; Howse, Timothy; Ramsay, Ian. *A Jurisdictional Comparison of the Twin Peaks Model of Financial Regulation*. (2017) 18 *Journal of Banking Regulation* 103-131. Consulté par l'entremise du [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2905458](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2905458).

Nous n'entendons pas trancher ici le débat: intégration, ou séparation? Mais, au moment où législateur québécois envisage non seulement de maintenir le régime intégré actuel, mais de l'accentuer en abolissant les chambres de l'assurance de dommages et de la sécurité financière tout en rapatriant l'encadrement du courtage hypothécaire vers l'AMF, il nous paraît qu'on ne peut raisonnablement faire l'économie d'un débat sur ce choix stratégique. Le Québec a opté pour le modèle intégré en 2002, alors qu'il paraissait encore dominant au niveau international; quinze ans, une crise financière et une réorientation marquée des perceptions plus tard, peut-on vraiment faire comme si le maintien d'une autorité (de plus en plus) intégrée allait parfaitement de soi?

### 3.3.2.2 les techniques: la soie ou le venin<sup>158</sup>?

Il ne suffit pas de façonner des organismes de réglementation. Il faut aussi envisager comment ils agiront, et cela suscite des questions reliées aux stratégies, aux techniques et à la culture réglementaires. Compte tenu de sa complexité, nous ne ferons ici qu'un bref survol de cette dimension; il nous paraît néanmoins essentiel de l'aborder, parce que le PL 141 donne à bien des égards l'impression qu'on prend là encore pour acquis que ce qui fonctionnait au siècle dernier demeure l'alpha et l'oméga de l'approche réglementaire qu'on doit appliquer au secteur financier québécois.

Les mécanismes réglementaires traditionnels, fondés sur des règles fourmillant de détails et appuyés par des sanctions pénales, sont depuis un quart de siècle jugés désuets, en raison notamment du dynamisme et de la complexité des marchés, ainsi que de la rigidité des mécanismes permettant de les adopter ou de les modifier<sup>159</sup>. On a donc mis l'accent sur la «réglementation fondée sur des principes» ou «ciblant des résultats»<sup>160</sup> et ces concepts circulent encore largement dans les milieux réglementaires canadiens, même si beaucoup estiment que la crise de 2008 a démontré que ces nouvelles méthodes n'avaient pas mieux fonctionné que les anciennes.

Qu'entendait-on, notamment, par la réglementation fondée sur des principes? Pour l'une de ses adeptes de la première heure,

In general terms, Principles-based regulation means moving away from reliance on detailed, prescriptive rules and relying more on high-level, broadly stated rules or Principles to set the standards by which regulated firms must conduct business.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> On sait que les araignées de la famille des uloboridés, entre autres, n'ont pas de glande à venin: elles tuent leur proie en les enroulant dans la soie. On verra par exemple Weng, J.-L.; Barrantes, G.; Eberhard, W.G. *Feeding by Philoponella vicina (Araneae, Uloboridae) and how uloborid spiders lost their venom glands*. Can. J. Zool. 84 1752-1762 (2006). Consulté au [http://www.stri.si.edu/sites/publications/PDFs/2006\\_Weng\\_et\\_a\\_Can\\_JZool.pdf](http://www.stri.si.edu/sites/publications/PDFs/2006_Weng_et_a_Can_JZool.pdf).

<sup>159</sup> Black, Julia. *Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis*. [2012] 75 (6) Modern Law Rev. 1037, 1038-1041. Le Royaume-Uni, précurseur dans ce domaine, "introduced Principles in financial services regulation in 1990": Band, Christa; Black, Julia; Hopper, Martyn. *Making a success of Principles-based regulation*. [2007] Law and Fin. Markets Rev. 191.

<sup>160</sup> Ces concepts, et bien d'autres, se sont développés dans le cadre d'une réflexion globale sur la «réglementation intelligente», à laquelle on faisait allusion *supra*.

<sup>161</sup> Band, *op. cit.* Pour une perspective plus critique, Black, Julia. *The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation*. Law, Society and Economy Working Papers 17/2010. London, London School of

D'aucuns ont cru y voir une réglementation «légère»; c'est se méprendre. Parce qu'elle est moins précise, la réglementation fondée sur des principes peut en fait alourdir et compliquer le fardeau des fournisseurs en matière de conformité<sup>162</sup>. Elle pose aussi cette difficulté que les autorités peuvent moins facilement prédire de quelle manière la règle sera appliquée<sup>163</sup>, et que les consommateurs savent moins clairement de quelle manière ils sont – ou non – protégés, ce qui comporte une importance particulière à l'égard d'aspects comme la responsabilité des fournisseurs.

D'autres dimensions, comme l'ampleur des ressources disponibles et la compréhension qu'ont les autorités de la complexité des marchés, joueront également un rôle dans la mise en place d'une stratégie réglementaire fondée sur des principes. Comme le note une auteure,

First, regulators need to have the necessary capacity in terms of numbers, access to information, expertise, and perspective to act as an effective counterweight to industry as the content of principles is developed. Second, regulation needs to grapple with the impact of complexity on financial markets and their regulation. Effective regulation should reflect an appropriately granulated understanding of different kinds of complexity and their effects, and reject the notion that innovation is by definition beneficial. [...]. Finally, this paper suggests that the lack of diversity and independence among regulators and industry may have contributed to conflicts of interest, overreliance on market discipline, and “groupthink” in the run-up to the GFC. The appropriate response may be a move away from an expertise-based, technocratic model toward a more broadly participatory one. The paper closes with a call for a continuing commitment to principles-based regulation, accompanied by the indispensable implementation piece — meaningful enforcement and oversight.<sup>164</sup>

On a parfois parlé plutôt de réglementation fondée sur les finalités (ou *outcome*) mais, dans tous les cas, la philosophie réglementaire devrait être sensiblement la même et peut

---

Economics and Political Science, 2010. 25 p. Consulté au [http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-17\\_Black.pdf](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-17_Black.pdf). Ci-après «Rise».

<sup>162</sup> Band, *op. cit.*, 192-194, 196-197; Black, *Rise, op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>163</sup> Frantz, Pascal; Instertjard, Norvald. *Rules vs Principles Based Financial Regulation* November 25, 2014. Consulté au [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2561370](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561370).

<sup>164</sup> Ford, Cristie. *Principles-Based Securities Regulation in the Wake of the Global Financial Crisis*. (2010) 55 McGill L.J. 257. Pp. 266-267. L'auteure utilise l'acronyme GFC pour designer la *Global Financial Crisis*. On verra aussi, entre autres, Viñals, Jose; Fiechter, Jonathan; with Narain, Aditya; Elliott, Jennifer; Tower, Ian; Bologna, Pierluigi; Hsu, Michael. *The Making of Good Supervision: Learning to Say “No”*. IMF Staff Position Note SPN/10/18. Washington, International Monetary Fund, May 18, 2010. 22 p. Disponible par l'entremise du [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1670831](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1670831).

être résumée par la déclaration du dirigeant de la FSA britannique devant un comité parlementaire à la suite de la débâcle de 2008:

The whole point of outcome, as I sought to explain earlier, is that we want the supervisors to supervise, ie, to give consideration to whether the actions which companies are taking are leading to consequences which work in the best interests of society, consumer and the markets. We want them to think ahead, anticipate, think what is going to happen next, think whether what is going to happen next is going to work for society. That is what we mean by outcomes-based regulation. It is always difficult to capture that in one word but the point is clear. They need to be forward-thinking, braver, intrusive and get involved.<sup>165</sup>

La crise de 2008 a également permis de débusquer une autre difficulté associée aux nouvelles méthodes réglementaires. Dans la mesure où les autorités formulaient des principes, les fournisseurs devaient mettre au point des politiques internes ou des processus qui leur permettraient de s'y conformer. Ils ont adopté de telles politiques; en grand nombre. Mais les autorités ne contrôlaient généralement pas leur teneur et leur qualité, se bornant à confirmer que les fournisseurs s'étaient dotés de processus et présumant qu'ils avaient dû le faire avec toute la diligence requise<sup>166</sup>. Faut-il le dire, ce n'était pas toujours le cas<sup>167</sup>. Comme le notait également Hector Sants, précité, *a principles-based approach does not work with people who have no principles*<sup>168</sup>.

Alors, le venin ou la soie? Les anciens mécanismes réglementaires s'essouffent et ne suffisent plus toujours à la tâche, même s'ils paraissent encore constituer les moins mauvais remèdes à l'égard de certaines problématiques touchant particulièrement les droits individuels. Les stratégies mises au point dans les années 1990 et 2000, qui se voulaient plus «douces», ont manifestement fonctionné moins bien que ne l'espéraient leurs concepteurs. Il faut donc poursuivre la réflexion, pour mettre au point des approches correspondant à la réalité des marchés du vingt-et-unième siècle<sup>169</sup>.

<sup>165</sup> Hector Sants, alors *Chief Executive* de la FSA, témoignant devant le *House of Commons Treasury Select Committee*, 25 février 2009, Response to Q2225, consulté au <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200809/cmselect/cmtreasy/144/09022506.htm>), et également cité partiellement (mais avec un renvoi inexact) par Black, Julia. *Rise*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>166</sup> Black, *Paradoxes*, *op. cit.*, pp. 1045-1046.

<sup>167</sup> On verra par exemple O'Brien, Justin. *Culture, codes of conduct and limits of enforcement*. [2014] 8:1 Law and Fin. Mkts Rev. 1. L'auteur cite notamment l'ancien chef de la direction de la banque Barclays, qui avait défini la culture d'entreprise dans les termes suivants: *how people behave when no-one is watchin.*" (et on verra à cet égard [http://news.bbc.co.uk/today/hi/today/newsid\\_9732000/9732862.stm](http://news.bbc.co.uk/today/hi/today/newsid_9732000/9732862.stm)). Bien sûr, des entreprises québécoises ne se comporteraient jamais ainsi.

<sup>168</sup> Sants, Hector. *Delivering intensive supervision and credible deterrence*. Financial Services Authority. March 12, 2009. Consulté au [http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2009/0312\\_hs.shtml](http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2009/0312_hs.shtml).

<sup>169</sup> Pour une contribution, parmi bien d'autres, à cet égard, on verra par exemple Van Gossum, Peter; Bas, Arts; Verheyen, Kris. *From "smart regulation" to "regulatory arrangements"*. Policy Sci (2010) 43 245-261.

Ce n'est pas là, nous dira-t-on, le rôle d'un projet de loi. Sans doute. L'ennui, c'est qu'on trouve ici et là dans le PL 141 des mesures qui, à l'évidence, s'inspirent de concepts périmés ou démontrent un degré indu de circonspection quand il s'agit d'appliquer des mécanismes éprouvés.

### 3.3.2.3 dans la bulle: l'enjeu des processus consultatifs<sup>170</sup>

L'évolution du secteur financier nous touche toutes et tous. Dans un monde idéal, nous pourrions collectivement nous prononcer sur l'ensemble des grandes questions qui peuvent en moduler l'évolution, y compris celles qui relèvent de la réglementation.

Bien sûr, le monde n'est pas idéal. Des asymétries de ressources font en sorte que cette participation universelle n'est pas possible. Il faut par conséquent des substituts.

La participation citoyenne aux processus décisionnels joue deux grands rôles. D'abord, elle les enrichit en fournissant des données et une perspective qui peuvent échapper à d'autres intervenants. Ensuite, elle peut contribuer à légitimer des décisions, dans la mesure où les citoyens savent qu'ils ont réellement eu voix au chapitre.

Encore faut-il mettre en place des modalités qui favorisent cette participation. La problématique a fait l'objet d'innombrables articles dans des publications scientifiques depuis une vingtaine d'années, ainsi que d'une quantité astronomique de débats dans des forums de tous genres. On ne saurait ici en faire l'inventaire. On se bornera simplement à signaler quelques éléments qui nous paraissent comporter, dans le contexte du PL 141, un intérêt particulier<sup>171</sup>. C'est que si les facteurs qui conditionnent le succès d'un processus participatif sont de divers ordres – sociologique, économique, psychologique, politique – les mécanismes, eux, sont le plus souvent établis au moyen d'instruments juridiques. Et c'est souvent là que le bât blesse.

La conception de mécanismes de consultation ou de participation efficaces requiert d'abord qu'on prenne adéquatement en compte l'ampleur des asymétries, et qu'on s'efforce d'y remédier en tenant compte des contraintes qu'elles exercent. Il ne sert à rien de vouloir compenser une asymétrie informationnelle en rendant disponibles trois cents pages de documentation technique à la veille d'une activité de consultation. Les ressources humaines, financières, techniques, informationnelles dont disposent les personnes ou les organismes auxquels on veut faire appel doivent être connues, elles doivent être évaluées et on doit s'y adapter. Il s'agit là d'un élément critique.

Ensuite, on doit prendre en compte le contexte dans lequel on établit un processus. Des succès ou des échecs antérieurs en matière de participation du public auront notamment un impact important. Plus généralement, il faut évaluer l'état de la relation de confiance entre celui qui veut consulter et ceux à qui il entend faire appel.

En troisième lieu, la structure des mécanismes de consultation ou de participation conditionnera non seulement les résultats qu'on pourra en obtenir, mais la capacité des participants d'y contribuer tout autant que le degré de confiance qu'ils voudront bien lui

<sup>170</sup> On sait que l'argyronète passe presque toute sa vie dans une bulle d'air, sous l'eau. La femelle s'y accouple et y garde ses œufs; elle n'y est donc pas toujours seule.

<sup>171</sup> On s'inspirera à cet égard de quelques réflexions provenant d'une remarquable synthèse: Emerson, Kirk; Nabatchi, Tina; Balogh, Stephen. *An Integrative Framework for Collaborative Governance*. Journal of Public Administration Research 22:1 (2012) and Theory 1-29.

accorder. Une consultation qui arrive tardivement dans un processus décisionnel, ou qui n'aura manifestement qu'un impact symbolique, ne suscitera pas un engouement particulièrement spectaculaire.

Il faut aussi, dans cette perspective, jauger soigneusement le choix des participants. On risque autrement de multiplier les conflits acrimonieux, ou au contraire d'éluder les débats francs, mais éclairants, entre tenants de perspectives différentes.

De nombreux modèles peuvent être envisagés, de l'assemblée publique au tribunal administratif, en passant par le comité consultatif. Ces trois variables fondamentales – nature et ampleur des asymétries, nature du lien de confiance, structure – joueront toutefois dans tous les cas un rôle prépondérant. En somme, quelle bulle crée l'organisme réglementaire, et qui y invite-t-il?

Tout cela paraît tenir de la lapalissade. Et pourtant trop de processus participatifs ou consultatifs échouent ou, du moins, ne donnent que peu de résultats. Notre expérience nous porte à croire que, trop souvent, on avait non seulement négligé l'une ou l'autre de ces trois variables, mais qu'on avait aussi tout bonnement oublié d'associer ceux dont on souhaitait la participation à la conception du processus mis en place. Ce paradoxe, qui échappe à beaucoup de décideurs, s'avère souvent fatal, à plus ou moins long terme, pour cette toute simple raison qu'on a de ce fait conçu un processus qui ne convient pas et qu'on a altéré la confiance de ceux-là même qu'on voulait consulter en leur offrant un «cadeau» inattendu qui ne correspond pas à leurs besoins ou à leurs capacités.

### 3.3.3 la perspective substantive

On a évoqué dans la sous-section 3.3.2 des questions de nature juridique qui tiennent de l'architecture. Il s'agit maintenant d'envisager ce sujet de droit particulier qu'est le consommateur.

Comme tout sujet de droit invité à entrer en relation avec d'autres, il court des risques de nature juridique. On s'arrête cependant trop peu à comprendre la nature de ces risques, beaucoup plus hétérogène qu'il n'y paraît à première vue. On en fera d'abord un inventaire.

Exposé à ces risques, le consommateur est vulnérable. Les tribunaux, et notamment la Cour suprême du Canada, nous ont fourni certaines indications à l'égard de ses caractéristiques. Il importe de les rappeler.

Enfin, trouve-t-on ailleurs des pistes de réflexion au plan réglementaire, qui pourraient alimenter la réflexion du législateur québécois?

#### 3.3.3.1 la nature et les sources du risque juridique

##### 3.3.3.1.1 un risque spécifique

Les experts du secteur financier recourent constamment à des notions de «risque» et certaines leur sont parfaitement familières. Pensons au risque de crédit, au risque systémique, au risque d'exploitation ou au risque réputationnel, par exemple. Mais il faut dire aussi un mot du risque juridique. Nous nous attarderons surtout à ce risque dans la perspective du consommateur, mais il va de soi qu'il comporte aussi un impact (parfois significatif) sur les fournisseurs.

Si on envisage le concept dans une perspective globale, on associera la notion de risque juridique au résultat de l'application d'une norme juridique à une situation donnée<sup>172</sup>. Il va de soi qu'il existe des normes juridiques qui s'appliquent aux activités menées dans le secteur financier. Le résultat ne convient pas toujours à tous les acteurs; il s'agit de comprendre pourquoi, de mesurer les conséquences et, au besoin, d'y remédier. Il faut pour cela d'abord mieux comprendre les formes du risque juridique. Il nous paraît qu'il peut résulter de l'absence d'une norme juridique, de son imprécision, de son inadéquation, de son invisibilité ou de son inapplication.

### 3.3.3.1.2 les sources du risque juridique

#### 3.3.3.1.2.1 l'absence de norme

En l'absence de normes s'appliquant clairement à une situation, les acteurs socio-économiques ne savent pas comment ils devraient se comporter. Il se peut qu'il existe des normes générales qui devraient dicter leur conduite<sup>173</sup> mais les acteurs se trouvent néanmoins plongés dans l'incertitude, puisqu'ils devront prendre des décisions sans savoir comment d'éventuels litiges seront réglés<sup>174</sup>. L'absence de normes – ou, du moins, de normes spécifiques – aura des répercussions sur les fournisseurs, qui pourront hésiter à innover ou, plus généralement, à conclure des contrats dont les effets sont imprévisibles. Elle aura des impacts sur toutes les parties lorsque les tribunaux, insuffisamment guidés par le législateur, consacreront beaucoup de temps à formuler des solutions plus ou moins adéquates à des problèmes concrets. Et elle aura des impacts sur les consommateurs qui, ne sachant s'ils sont bien protégés, hésiteront à s'engager sur les marchés ou qui, s'étant engagés, auront de désagréables surprises qui nuiront à leur confiance envers les marchés et envers leur encadrement.

Dans un contexte où les services financiers évoluent rapidement, le risque relié à l'absence de normes s'accroît. En matière de paiements, par exemple, pensons simplement à des problématiques comme la validité d'un paiement en bitcoins, au statut

<sup>172</sup> Entre autres sources, on trouvera une analyse dans Collard, Christophe; Roquilly, Christophe. *Proposals for a Definition and Map of Legal Risk*. Nice, EDHEC Business School, June 2011. 17 p. Consulté au [http://faculty-research.edhec.com/medias/fichier/edhec-position-paper-proposals-for-a-definition\\_1335169641716.pdf](http://faculty-research.edhec.com/medias/fichier/edhec-position-paper-proposals-for-a-definition_1335169641716.pdf). La Banque des Règlements internationaux a d'autre part produit *A glossary of terms used in payments and settlement systems* (Mars 2013, consulté au [http://www.bis.org/cpmi/glossary\\_030301.pdf](http://www.bis.org/cpmi/glossary_030301.pdf)) où on définit le risque juridique comme constituant ou "the risk of loss because of the unexpected application of a law or regulation or because a contract cannot be enforced" ou "the risk that a party will suffer a loss because laws or regulations do not support the rules [...], the performance of [...] arrangements, or the property rights and other interests held [...]. Legal risk also arises if the application of laws and regulations is unclear". On trouve dans la recherche juridique menée aux États-Unis plusieurs contributions reliées à la notion de risque juridique dans le secteur financier, et en matière de paiements notamment, mais on s'y attarde davantage à baliser des techniques permettant de le réduire, plutôt qu'à le définir conceptuellement.

<sup>173</sup> Et on sait que le *Code civil du Québec* a, en vertu de sa disposition préliminaire, vocation à établir, «en termes exprès ou implicites, le droit commun».

<sup>174</sup> En vertu de l'article 10 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.01, les tribunaux «ne peuvent refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.» On verra également l'article 41.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16. Dans un contexte juridique quelque peu différent, ce principe – assez universel en droit occidental – a été réitéré récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, § 25.

juridique des fonds détenus par un fournisseur comme PayPal en cas de faillite ou la responsabilité d'un «portefeuille électronique» en cas d'opération non autorisée; à l'égard de ces questions, il n'existe tout simplement pas de norme spécifique dans notre cadre juridique.

### 3.3.3.1.2.2 l'imprécision de la norme

L'imprécision de la norme pose des problèmes analogues. Dans ces cas, il existe une norme, mais son effet dans une situation donnée est incertain. L'imprécision peut être reliée à la portée de la norme, à son effet, à sa complexité ou à sa stabilité.

Avant que la Cour suprême du Canada ne tranche par ce qu'il est convenu de surnommer la trilogie *Marcotte* en septembre 2014<sup>175</sup>, il subsistait une incertitude certaine à l'égard de l'application des lois provinciales à la divulgation de leurs tarifs par les banques. L'imprécision reliée à la portée constitutionnelle des règles québécoises a dans ce cas sans doute coûté à l'industrie bancaire quelques centaines de millions de dollars. Les conséquences de l'imprécision juridique peuvent donc s'avérer fort considérables.

L'effet de la norme peut aussi laisser perplexe. Dans ces cas, on sait à quoi elle s'applique, mais le comportement qu'elle requiert ne va pas de soi. Songeons par exemple à la modification de l'article 27 de la LDPSF proposée par l'article 479 du PL 141. On passerait de

27. Un représentant en assurance doit recueillir personnellement les renseignements nécessaires lui permettant d'identifier les besoins d'un client afin de lui proposer le produit d'assurance qui lui convient le mieux.

à

27. Un représentant en assurance doit s'enquérir de la situation de son client afin d'identifier ses besoins.

Il doit s'assurer de conseiller adéquatement son client dans les matières relevant des disciplines dans lesquelles il est autorisé à agir.

Le législateur est présumé ne pas s'exprimer inutilement: c'est la règle dite de l'«effet utile»<sup>176</sup>, qui s'applique entre autres à la modification du texte législatif<sup>177</sup>. En

<sup>175</sup> Les questions constitutionnelles auxquelles on fait ici allusion ont surtout été examinées dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; d'autres éléments ont aussi été abordés dans les arrêts *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805 et *The Amex Bank of Canada c. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787).

<sup>176</sup> *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, 603; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, 880-881; *Côté, P.-A.; Beaulac, S.; Devinat, M. Interprétation des lois*. 4<sup>e</sup> éd. (format électronique). 4<sup>e</sup> éd. Montréal, Éditions Thémis, 2009. §§ 1047-1050 et jurisprudence y citée.

<sup>177</sup> *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, 667; *Marcotte c. Sous-Procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, 114-115; *Langille c. Banque Toronto-Dominion*, [1982] 1 R.C.S. 34, 37-38; *P.G. de*

l'occurrence, quelles modifications le législateur souhaite-t-il ici opérer à l'égard des obligations du représentant et des droits de son client?

Dans la formulation actuelle, le représentant doit recueillir personnellement à tout le moins les renseignements nécessaires à l'identification des besoins du client, et ce afin de proposer le produit «qui lui convient le mieux». On constate la présence d'une obligation faite au représentant lui-même en matière de cueillette de certaines informations, et l'établissement d'une obligation de résultat à l'égard du produit recommandé<sup>178</sup>. Tout dans le texte conduit vers l'atteinte de ce seul but.

Dans la formulation proposée, le représentant est soumis à deux obligations apparemment disjointes. D'une part, il doit s'enquérir de la situation du client afin d'établir ses besoins. Ensuite, il doit conseiller «adéquatement» son client, ce qui ne constitue guère qu'une obligation de moyens, mais à l'égard de toutes les matières reliées aux disciplines qu'il exerce.

En vertu du texte proposé, l'obligation à l'égard de la cueillette de renseignements paraît donc nettement plus flexible, et elle ouvre la porte à ce qu'on reproche à la consommatrice de ne pas avoir fourni certaines informations, puisque le représentant n'a plus l'obligation de les obtenir par ses efforts personnels (sans parler de la responsabilité du personnel de ce représentant). L'obligation du représentant paraît aussi nettement allégée, puisqu'on passe de la recommandation du meilleur produit à la prestation de conseils «adéquats»; par contre, ces conseils doivent apparemment porter sur toutes les matières relevant de la compétence du représentant.

Si la nouvelle mouture de l'article 27 est adoptée, que devra donc faire le représentant? Pourra-t-il vraiment se contenter de renseignements obtenus indirectement, compte tenu de l'envergure de son obligation de conseil? Que signifie cette notion de conseil «adéquat» pour le membre de la Chambre de la sécurité financière, à qui son code de déontologie fait (au moins pour l'instant) obligation d'être «conscientieux» et d'effectuer les démarches «raisonnables» afin de «bien conseiller» son client?<sup>179</sup> La loi viendra-t-elle atténuer son obligation déontologique, ou faudra-t-il l'interpréter en tenant compte du maintien du *Code de déontologie*? La modification législative introduira-t-elle une modification entre les obligations du représentant présentement membre de la Chambre de la sécurité financière et celles de celui qui est présentement membre de la Chambre de l'assurance de dommages?

Bref, le représentant devra réévaluer les pratiques qu'il a mises au point depuis une vingtaine d'années, mais sans savoir précisément ce qu'il devra faire, et la consommatrice pourrait se trouver moins bien protégée dans de nombreux cas, mais

---

*la province de Québec c. Léo Bernard Ltée*, [1975] CA 68, 71; Côté et al., *ibid.*, §§ 1562-1572 et jurisprudence y citée.

<sup>178</sup> En effet, on ne requiert pas simplement du représentant qu'il fasse des efforts raisonnables, qu'il prenne les moyens requis pour formuler une recommandation adéquate: il doit proposer le produit qui convient le mieux. Pour la distinction entre obligations de moyens et de résultat, on verra Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat ou de garantie*. Cowansville, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec / Éditions Yvon Blais, 1989. 232 p.

<sup>179</sup> *Code de déontologie de la Chambre de la sécurité financière*. RLRQ, c. D-9.2, r. 3, art. 12 et 15.

mieux dans d'autres où le représentant se verrait dorénavant assujéti à une obligation de conseil moins exigeante, mais plus étendue. Que signifie le nouvel article 27? Bien malin qui peut le déterminer pour le moment.

*Tertio*, des règles, même claires, peuvent constituer ensemble un labyrinthe si complexe que les plus astucieux s'y perdront sans rémission. Le secteur des paiements de détail, que n'effleure même pas le PL 141 malgré son importance fondamentale en matière de services financiers, en fournit un admirable exemple. La jungle normative comportait déjà des règles différentes en matière de paiement par carte de crédit, par carte de crédit émise par une banque, par carte de débit avec numéro d'identification personnelle («NIP»), par carte de débit sans NIP, en ligne en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* ou afin de régler une facture, de débit préautorisé... On vient d'ajouter des règles particulières (et incongrues) en cas de débit préautorisé effectué grâce à une carte de crédit<sup>180</sup>. Dans tous ces cas, la portée et le contenu de la règle sont relativement clairs; mais personne ne s'y retrouve.

Pour tout simplifier, la stabilité de la norme n'est pas toujours assurée. Elle peut être archaïque (et ce même au moment de son adoption...), attaquée devant les tribunaux, promise par le législateur lui-même à une révision plus ou moins imminente. L'avenir de la règle peut être incertain, et cela compromet la précision et la prévisibilité de l'appareil normatif.

#### 3.3.3.1.2.3 l'inadéquation de la norme

Lors même qu'existe une norme et qu'elle est claire, elle peut être inadéquate ou conduire à des résultats indésirables.

On a évoqué dans la sous-section précédente le cas du nouvel article 27 LDPSF. Plus globalement, on trouvera dans la section 4 une pléthore d'exemples où il nous paraît que les règles proposées dans le PL 141 produiront des résultats inopportuns.

Encore faut-il se doter de critères qui permettent d'évaluer l'adéquation de la norme. Nous recourons pour notre part ici principalement à trois approches.

D'abord, bien sûr, il s'agit d'établir si la norme proposée est conforme à l'intention du législateur. En l'occurrence, l'article premier du PL 141 établit que les mesures envisagées «visent principalement une meilleure protection du consommateur» et l'adaptation des pratiques des fournisseurs «à l'évolution du secteur et aux nouveaux besoins de la clientèle». La norme qui ne paraît pas susceptible de produire les résultats souhaités devrait logiquement être qualifiée de défectueuse.

Ensuite, nous sommes par vocation préoccupés par la protection des consommateurs. Une norme qui ne protège pas les consommateurs ou qui réduit la protection dont ils disposent présentement devrait également, pour ce motif, être qualifiée de défectueuse. On notera que, si ces deux critères, convergent manifestement, ils sont différents: l'un tient à la conformité à l'intention du législateur, et l'autre à une évaluation autonome de ce qui contribue à protéger les consommateurs de services financiers.

<sup>180</sup> *Loi visant principalement à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation et à encadrer les contrats de service de règlement de dettes, les contrats de crédit à coût élevé et les programmes de fidélisation*, L.Q. 2017, c. 24, sanctionnée le 15 novembre 2017, dont l'article 29 a amendé l'article 124 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Encore faut-il s'entendre sur la notion de protection du consommateur. Pour notre part, nous nous inspirons notamment des *Principes directeurs pour la protection du consommateur* élaborés sous l'égide de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, mis à jour en 2016<sup>181</sup>, des principes de protection du consommateur en matière financière élaborés par le G20<sup>182</sup> et des modalités de mise en œuvre de ces principes élaborées par le G20 et l'OCDE<sup>183</sup>.

En troisième lieu, et c'est l'objet de cette section 3, nous évaluerons également l'adéquation de la norme en fonction de critères économiques et juridiques dont certains recoupent en tout ou en partie des préoccupations liées à la protection des consommateurs, mais qui en sont par essence distincts, comme les questions relatives à l'efficacité des marchés, à l'effet des externalités négatives ou à l'architecture des structures réglementaires.

Une norme inadéquate est susceptible de produire un résultat défectueux. C'est un mauvais outil. Il est risqué d'utiliser de mauvais outils. En matière de normes dans le secteur financier, les conséquences peuvent en l'occurrence s'avérer regrettables pour les consommateurs, mal protégés, pour les fournisseurs, dont on requiert des comportements qui ne sont pas les bons et qui, tôt ou tard, devront possiblement en faire les frais (parce que la concurrence est faussée, que la norme devra être corrigée ou qu'elle sera jugée incompatible avec des normes hiérarchiquement supérieures, par exemple), pour les tribunaux, mal guidés, et pour le législateur, dont l'objectif ne pourrait être atteint et dont la légitimité pourra être mise en cause.

Des normes adéquates devraient mener au résultat qu'elles disent viser, elles devraient être fondées sur des principes adéquats, elles devraient être cohérentes et elles devraient être justes.

#### 3.3.3.1.2.4 l'invisibilité de la norme

La norme juridique peut procéder de plusieurs types d'instruments. Certains sont mieux connus que d'autres, et plus faciles à repérer. L'encadrement du secteur financier recourt toutefois fréquemment – et peut-être de plus en plus – à des instruments qui ne sont guère connus que des spécialistes.

Il en résulte que la consommatrice moyenne non seulement ne connaîtra pas la norme qui devrait la protéger, mais ne pourra pas la trouver facilement. La norme existe, elle est peut-être claire et adéquate, mais elle est à toutes fins pratiques invisible. Nous savons

<sup>181</sup> Nations Unies – Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement. *Principes directeurs pour la protection du consommateur*. New York et Genève, Nations Unies, 2016. 29 p. Consulté au [http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_fr.pdf).

<sup>182</sup> G20. *G20 High-level principles on financial consumer protection*. Paris, Organisation pour la coopération et le développement économiques, octobre 2011. 7 p. Consulté au <https://www.oecd.org/g20/topics/financial-sector-reform/48892010.pdf>.

<sup>183</sup> Directorate for financial and enterprise affairs – committee on financial markets – G20/OECD Task force on financial consumer protection. *Effective approaches to support the implementation of the remaining G20/OECD high-level principles on financial consumer protection*. Paris, Organisation pour la coopération et le développement économiques, 9 septembre 2014. 52 p. Consulté au <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/G20-OECD-Financial-Consumer-Protection-Principles-Implementation-2014.pdf>.

aussi d'expérience que même des juristes ignorent l'existence de certaines règles en matière de droit de la consommation et auraient peine à les retrouver.

Donnons quelques exemples:

- si la consommatrice a acquitté son compte mensuel de téléphonie mobile par paiement en ligne sur le site web de son institution financière à la date d'échéance le 16, mais que l'entreprise de téléphonie n'a reçu les fonds que le 17, cette dernière peut-elle dans tous les cas imputer le paiement au 17 et exiger par conséquent des frais de retard?<sup>184</sup>
- le représentant proposant des arrangements préalables de services funéraires peut-il passer deux heures et demie au domicile d'un client potentiel?<sup>185</sup>
- une étude comptant deux notaires, tous deux planificateurs financiers, peut-elle s'afficher comme offrant des services de planification financière, considérant que l'article 101 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* ne permet qu'aux individus détenteurs du titre ou aux fournisseurs agréés par l'Autorité de «se présenter comme offrant» de tels services?<sup>186</sup>

Les règles existent. Elles protègent les uns ou imposent des exigences aux autres. Elles sont, dans ces trois exemples, disponibles sur le web. Mais si personne, et pas même les juristes, ne les connaît et ne sait où les chercher, leur caractère occulte accentue le risque juridique parce qu'on ne s'y conforme pas, ou qu'on peut un jour apprendre avec stupéfaction qu'on aurait dû s'y conformer depuis longtemps.

Cela soulève, dans le contexte de l'examen du PL 141, une question particulièrement complexe. Les normes juridiques tendent à être plus faciles à trouver dans les lois ou les

<sup>184</sup> Non. Dans les cas où elle s'applique, le jeu combiné des alinéas 3 m) et o) et 5 e) de la *Règle H6 – Règles concernant l'échange interinstitutions financières des versements de paiements de factures aux fins de la compensation et du règlement* de l'Association canadienne des paiements fait en sorte que le paiement devrait en principe être imputé au jour où il a été effectué. Mais pratiquement personne (même chez les juristes) ne connaît l'Association canadienne des paiements, on connaît encore moins ses règles, et il est pratiquement impossible pour la consommatrice de déterminer dans un cas donné si la règle s'applique ou non, pour des motifs qui dépassent largement le cadre de ce court mémoire. On trouvera la règle au <https://www.paiements.ca/sites/default/files/regle-h6.pdf>. Se pose également la question de l'opposabilité juridique des règles de l'Association, qui excède elle aussi notre cadre.

<sup>185</sup> Non. L'article 4 du *Décret concernant l'adoption de règles de conduite en matière de vente d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture par commerce itinérant*, R.L.R.Q., c. P-40-1, r. 1, limite la durée de la visite à deux heures. L'ennui, c'est qu'il est classé sur le site LégisQuébec sous la rubrique «Loi sur la protection du consommateur», ce qui est juridiquement logique mais qui n'aide pas la consommatrice qui cherchera peut-être spontanément une réponse à ses questions du côté de la rubrique «Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture».

<sup>186</sup> Oui, sans doute. Les *Directives du Bureau des services financiers concernant les articles 100 et 101 de la Loi sur la distribution de produits et services financiers (Loi 188)*, qu'on trouve toujours sur le site de l'AMF et dont on présume par conséquent qu'elles sont toujours en vigueur, proposent (en page 11) une interprétation souple de l'article 101 dans une telle situation. On trouvera ces directives au <https://lautorite.gc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/distribution/directives/2001fev05-directive-article100-101-lpsf-fr.pdf>.

règlements<sup>187</sup>. Or on sent, dans le projet, une tendance – déjà perceptible par ailleurs – à décharger le législateur de la tâche d'établir ces normes dans le secteur financier, et de confier ce rôle à l'AMF. On en conçoit les causes: l'organisme réglementaire détient une expertise particulière et peut modifier les règles plus facilement. Ce faisant toutefois, on contribue peut-être à rendre les règles moins visibles, moins certaines (parce qu'elles peuvent justement être modifiées plus facilement) et moins légitimes, parce qu'elles ne procèdent pas de l'autorité du législateur et qu'elles n'ont pas subi l'épreuve du processus parlementaire. Il y a donc là un fin découpage à effectuer, afin de déterminer ce qui importe au plan normatif au point que le législateur devrait en demeurer le maître d'œuvre, et ce qui peut être délégué. Nous inclinons vers l'appréhension que le PL 141 va trop loin dans la direction de la délégation à un organisme qui n'est pratiquement imputable auprès de personne.

### 3.3.3.1.2.5 l'inapplication de la norme

Ce n'est pas tout d'établir une norme qui s'applique à la situation visée, qui est claire et qui est adéquate. Il faut aussi qu'on puisse la mettre en œuvre; il faut assurer son effectivité.

Ceux qui doivent s'y conformer doivent donc la connaître et, dans certains cas, mettre en place des processus de conformité. Ceux qui ne se conforment pas doivent encourir des conséquences du fait de leur comportement, qu'elles soient civiles ou pénales, sans quoi il pourrait être moins coûteux de ne pas se conformer que de se conformer. Dans la perspective de l'autorité qui établit la norme, d'autre part, elle doit pouvoir en assurer l'application sans que ces processus ne requièrent des frais ou des efforts indus. Les mécanismes qui permettent de produire ces conséquences doivent donc être efficaces.

La norme mal appliquée ne produit pas les résultats escomptés. Elle compromet aussi la crédibilité des autorités qui l'ont adoptée et qui doivent la faire respecter.

Hélas, on constate trop fréquemment des problèmes importants à l'égard de l'application des règles. On sait que les organismes réglementaires manquent parfois de ressources, et que l'accès aux tribunaux demeure... laborieux<sup>188</sup>. Trop souvent, le consommateur a l'impression que la règle ne vaut guère plus que de l'encre sur le papier (ou des photons sur l'écran).

La situation en matière de consommation est généralement pire encore. Les montants en cause sont souvent peu élevés, de sorte que beaucoup de consommateurs insatisfaits estimeront que le jeu judiciaire n'en vaut pas la chandelle<sup>189</sup>. Quant aux mécanismes

<sup>187</sup> Qu'on s'entende: nous n'écrivons pas ici «plus faciles à comprendre». Nous nous penchons ici simplement sur la toute première étape de la recherche du sens de la règle, soit son repérage.

<sup>188</sup> Un comité de l'Association du Barreau canadien le qualifiait il y a quelques années d'«abyssal» et la situation n'est guère améliorée depuis: Canadian Bar Association – Access to Justice Committee. *reaching equal justice: an invitation to envision and act*. Ottawa, Association du Barreau canadien, novembre 2013. 175 p. P. 8. On notera que l'initiale du premier mot du titre est en minuscule sur le document lui-même. Consulté au [http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba\\_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/EqualJusticeFinalReport-eng.pdf](http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/EqualJusticeFinalReport-eng.pdf).

<sup>189</sup> D'où l'utilité de l'action collective, qui permet de réunir un grand nombre de litiges. D'autre part et pour les fournisseurs, l'importance des obstacles en matière d'accès à la justice peut sembler

extra-judiciaires de règlement des différends, leur efficacité varie considérablement, pour de multiples raisons.

Les processus de traitement des plaintes mis en place par les institutions elles-mêmes sont souvent lourds, parce qu'ils comportent de nombreuses étapes qui découragent les consommateurs. Ces derniers ont aussi souvent de la difficulté à se défaire d'une perception de partialité: le fournisseur reconnaîtra-t-il lui-même qu'il a eu tort? Les consommateurs sont sceptiques, et les comportements des fournisseurs leur donnent parfois raison.

Les processus «externes» (ombudsman, médiation, arbitrage...) comportent aussi leur part de difficultés. D'abord, ils ne rendent pas toujours des décisions exécutoires: pourquoi se donner tout le mal de présenter son dossier si, en bout de ligne, le fournisseur demeure libre de ne pas réparer son erreur même si le médiateur confirme qu'il a eu tort? Ensuite, ils ne démontrent pas toujours toute l'expertise souhaitable, au plan juridique notamment. Le droit de la consommation est en effet un droit d'exception, qui regorge de règles spécifiques et souvent mal connues visant à protéger les victimes de situations particulières; l'arbitre, trop souvent non spécialisé, qui tranche en se fondant sur les règles du droit commun parce qu'il connaît peu ou mal le droit de la consommation, ne rend pas vraiment justice. En matière d'arbitrage, on voit aussi trop souvent des situations où les règles mises en place n'envisagent que le traitement de cas individuels, et non de situations collectives, ce qui multiplie les recours et augmente le risque de décisions contradictoires; trop de conventions d'arbitrage prétendent imposer le secret, ce qui fait que les décisions rendues ne peuvent faire office de précédent. Rien de cela ne contribue à l'efficacité des mécanismes de traitement des différends.

Et, bien sûr, se pose aussi la question des coûts. Le fournisseur est en mesure, bien plus que la consommatrice, de se défendre, puis d'acquitter la facture. Il est donc parfaitement inefficace de requérir de la consommatrice qu'elle paie une partie des coûts de médiation ou d'arbitrage: ce n'est là rien d'autre qu'un obstacle posé à l'accès à une forme de justice<sup>190</sup>. Par contre et si on ne met pas en place des mécanismes assurant clairement l'impartialité des décideurs, on court le risque que leur indépendance paraisse minée par la provenance de leurs revenus.

Notons d'ailleurs dans cette perspective que l'Organisation pour la coopération et le développement économiques a adopté en 2007 une recommandation adressée aux États membres à l'égard de ces questions<sup>191</sup>. Elle met notamment l'accent sur le coût associé à

---

avantageuse, puisqu'ils peuvent déroger à la norme sans encourir de conséquence. Les fournisseurs les moins honnêtes sont ceux qui bénéficient le plus d'un accès inadéquat aux tribunaux, ce qui fausse la concurrence. Les dysfonctionnements judiciaires induisent donc des externalités négatives à la fois pour les consommateurs mal protégés et pour les concurrents les plus honnêtes, qui s'en trouvent incités à désobéir eux aussi.

<sup>190</sup> Il existe d'autres moyens que la mise en place d'un obstacle financier universel pour contrôler les cas de quérulence ou d'abus de procédure, qui peuvent être beaucoup plus efficacement ciblés et qui n'empêcheront pas les consommateurs logeant des plaintes légitimes de faire valoir leurs droits simplement parce qu'ils devraient ensuite acquitter une facture inabordable pour eux.

<sup>191</sup> Organisation de coopération et de développement économiques. *Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation*. Paris, Organisation de coopération et de

un processus de règlement des litiges, qui ne devrait pas être «disproportionné par rapport à l'enjeu de la réclamation» (Annexe, section II A 2), sur la prise en compte des besoins des consommateurs défavorisés ou vulnérables (section II A 6), et sur l'absence de coût associé aux processus de traitement interne (section IV 2 a).

#### 3.3.3.1.3 la pénombre

Absence de norme, norme dont l'application est douteuse, norme dont le sens est obscur, norme injuste, norme inapplicable en pratique, ou sans effet: dans tous ces cas, on court le risque que des comportements non souhaitables aient cours sans être sanctionnés alors que certains (les consommateurs en l'occurrence, mais parfois aussi des fournisseurs concurrents) se seraient attendus à ce qu'ils le soient, ou qu'ils soient sanctionnés alors que d'autres ne s'y attendaient pas. L'incertitude à l'égard de l'efficacité de la norme pose des risques considérables pour tous les acteurs socio-économiques.

#### 3.3.3.2 La notion de «consommateur»

Ah! Le consommateur... Que d'envolées lyriques on a entendu à son sujet! Les gouvernements n'agissent jamais que pour lui et dans son intérêt. Les entreprises ne songent à rien d'autre qu'à le rendre heureux et subordonnent tout à sa satisfaction, toujours. Il inspire tous les discours. Et il a bon dos.

Si tout allait si bien, pourquoi l'Office de la protection du consommateur québécois aurait-il examiné près de cent quarante-sept mille (146 984) cas au cours de l'exercice 2016-2017, dont près de vingt-neuf mille (28 896) ont fait l'objet d'une plainte pénale ou civile formelle<sup>192</sup>? Mais on ne s'attardera pas ici à démontrer l'évidence: les consommateurs doivent se méfier. Toujours.

La Cour suprême du Canada elle-même en a pris acte dans un arrêt de 2012 relatif à l'application de la *Loi sur la protection du consommateur* québécoise où il s'agissait d'établir si un consommateur avait été victime de publicité trompeuse<sup>193</sup>. L'évolution de la réalité économique, note-t-elle, entraîne «le besoin d'une protection accrue du consommateur» (par. 37). Le modèle classique de la justice contractuelle, fondé sur la liberté et la rationalité, paraît «de moins en moins adapté pour assurer une réelle égalité entre commerçants et consommateurs» (par. 39). Il faut autre chose, comme la *Loi sur la protection du consommateur*, qui vise, en son titre I, «à rétablir l'équilibre contractuel entre le commerçant et le consommateur» et, en son titre II, à «assurer la véracité de l'information transmise au consommateur par la publicité ou autrement» (par. 41).

Ce consommateur que la Loi veut protéger, nous dit la Cour, se verra pour ce motif attribuer «un faible degré de discernement» (par. 65). Il «ne prête rien de plus qu'une attention ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d'un premier contact avec la publicité»

---

développement économiques, juillet 2007. 14 p. Consulté au <https://www.oecd.org/fr/sti/consommateurs/38960185.pdf>.

<sup>192</sup> Office de la protection du consommateur. *Rapport annuel de gestion 2016-2017 – Des consommateurs avertis et des commerçants responsables pour un marché plus équilibré*. Québec, Publications du Québec, 2017. 131 p. P. 71 Consulté au [https://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/a-propos/publication/OPC\\_rapport-annuel-2016-2017.pdf](https://www.opc.gouv.qc.ca/fileadmin/media/documents/a-propos/publication/OPC_rapport-annuel-2016-2017.pdf).

<sup>193</sup> *Richard c. Time*, 2012 CSC 8.

(par. 67) et il est «crédule et inexpérimenté» (par. 69). Il «n'est pas particulièrement aguerri pour déceler les faussetés ou les subtilités» (par. 71) et il «est disposé à faire confiance». En droit québécois, le consommateur jouit par conséquent d'une présomption de vulnérabilité<sup>194</sup>.

On notera d'autre part qu'en droit québécois, l'inventaire des «lois relatives à la protection du consommateur»<sup>195</sup> ne se borne pas à la *Loi sur la protection du consommateur* ou aux autres lois qu'administre le président de l'Office de la protection du consommateur<sup>196</sup>. La Cour suprême du Canada a en effet noté explicitement que la *Loi sur le courtage immobilier* «a pour objet d'assurer la protection du consommateur»<sup>197</sup>. On peut par conséquent présumer que d'autres lois visant à protéger le public sont assimilables à des lois assurant la protection du consommateur, et qu'on pourrait vraisemblablement appliquer dans ces cas la conclusion précitée de la Cour à l'égard du niveau de vulnérabilité des consommateurs québécois<sup>198</sup>.

Plus récemment et dans une perspective différente, la Cour suprême a réitéré ses préoccupations à l'égard de la vulnérabilité des citoyens<sup>199</sup>. Il s'agissait d'une affaire relative à la protection des renseignements personnels, mais l'asymétrie entre la citoyenne et Facebook paraît tout aussi considérable. Sous la plume des juges Karakatsanis, Gascon et Wagner (maintenant juge en chef), elle signale «le déséquilibre flagrant du pouvoir de négociation entre les parties» (par. 4) et «l'inégalité du pouvoir de négociation des parties» (par. 33), assimilant la relation entre Mme Douez et Facebook à un rapport de consommation. Elle invoque également «les considérations d'intérêt public touchant l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu» (par. 38). Elle ajoute (par. 52):

[...]Généralement, la liberté contractuelle se voit ainsi limitée pour deux motifs principaux: protéger la partie la plus vulnérable ou protéger [TRADUCTION] «les mesures sociales, économiques ou politiques prises par l'État dans l'intérêt de la collectivité» (C. Walsh, «The Uses and Abuses of Party Autonomy in International Contracts» (2010), 60 *R.D.U.N.-B.* 12, p. 15). Dans la présente affaire, les deux sont en jeu. Il y a à la fois inégalité du

<sup>194</sup> On incline à croire que la Cour aurait pu parvenir au même constat en faisant appel par exemple aux notions d'économie comportementale que nous évoquions à la sous-section 3.2, plutôt qu'à des notions comme la crédulité ou l'inexpérience, mais le résultat aurait vraisemblablement été le même.

<sup>195</sup> Pour emprunter la formule de l'article 1384 du *Code civil du Québec*.

<sup>196</sup> Soit la *Loi sur les agents de voyages*, L.R.Q., c. A-10, la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001 et la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.R.Q., c. R-2.2.

<sup>197</sup> *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, § 17.

<sup>198</sup> On songera aussi au commentaire formulé par la Cour du Québec, pour qui «la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* est à l'assuré ce que la *Loi sur la protection du consommateur* est au consommateur: un outil de protection»: *Bar et spectacles Jules et Jim inc. c. Maison Jean-Yves Lemay Assurances inc.*, 2014 QCCS 5443, § 52.

<sup>199</sup> *Douez c. Facebook*, 2017 CSC 33.

pouvoir de négociation dans un contrat de consommation qui tient du contrat d'adhésion et intérêt à ce qu'une juridiction locale statue sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels.

La simple inégalité du pouvoir de négociation peut justifier l'intervention judiciaire, que le contrat soit juste ou non (par. 53). La juge Abella, par une voie légèrement différente, en vient sensiblement aux mêmes conclusions.

Qui veut se targuer de protéger les consommateurs au Québec doit prendre acte des caractéristiques que la Cour suprême du Canada lui a imputées, et mettre en place des mesures qui compenseront vraiment pour sa vulnérabilité juridique. La barre est haute.

### 3.3.3.3 des innovations juridiques?

On associe souvent au droit l'image de vieux codes poussiéreux, englués dans les toiles aranéennes. Le droit s'efforce pourtant de refléter l'évolution des rapports sociaux, afin de les régir. Il évolue par conséquent, quoiqu'inégalement.

On a vu proliférer au cours des vingt dernières années des mécanismes juridiques qui cherchent à mieux protéger les consommateurs en matière de services financiers. Dans certains cas, il s'agit d'outils connus, qu'on adapte à de nouvelles fins; dans d'autres, on met au point des modes d'intervention novateurs. On n'abordera ici que quelques aspects particuliers.

Certains services financiers s'avèrent essentiels à l'intégration dans la société. C'est notamment le cas des services bancaires de base. La législation canadienne oblige les banques à ouvrir un compte à toute personne qui peut s'identifier adéquatement, sous réserve d'exceptions très limitées<sup>200</sup>. L'Union européenne a par ailleurs mis en place une directive qui assure dorénavant l'accès quasi-universel à un compte bancaire, qui favorise la mobilité des clientèles en encadrant la portabilité des comptes et qui encadre la comparaison des coûts, tout en facilitant le recours des consommateurs à divers intermédiaires en matière de gestion d'information bancaire et de fonds<sup>201</sup>.

D'autre part, la directive européenne précitée en matière de distribution d'assurance impose des règles très claires à l'égard de la divulgation des sources de rémunération de l'intermédiaire d'assurance. D'autres règles requièrent également la transparence en matière de détention du capital d'un distributeur par un fournisseur de service<sup>202</sup>. On notera entre autres le paragraphe 3 de l'article 17 de la directive:

Un distributeur de produits d'assurance ne prend en particulier aucune disposition sous forme de rémunération, d'objectifs de vente ou autre qui pourrait l'encourager, ou encourager son personnel, à recommander un produit

<sup>200</sup> *Loi sur les banques*, L.R.C., c. B-1.01, art. 448.1; *Règlement sur l'accès aux services bancaires de base*, DORS/2003-184.

<sup>201</sup> *Directive 2014/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base*. JO L257/214, 28.8.2014.

<sup>202</sup> On trouvera plus de détails à l'égard de ce régime, et du droit européen des assurances, dans Bélanger Krams, *op. cit.*.

d'assurance particulier à un client alors que le distributeur de produits d'assurance pourrait proposer un autre produit d'assurance qui correspondrait mieux aux besoins du client.

On intervient donc dans la conception même des structures de rémunération, afin de prévenir en amont le risque de conflit d'intérêts. Une telle intervention se situe dans l'orientation, qu'on évoquait à la sous-section 3.2.3.2.2.5, visant une conception préventive des produits, qu'on retrouve plus loin dans cette même directive sur la distribution d'assurance ou dans le Règlement général sur la protection des données.

Cette perspective s'inscrit dans celle des travaux de Thaler et Sunstein, précités<sup>203</sup>. La manière dont sont structurés des services ou des offres aura un impact certain sur la façon dont on les comprendra et sur les choix que feront les consommateurs. Une caractéristique offerte par défaut sera retenue plus souvent que s'il faut la choisir activement. Une offre apparemment compatible avec une réaction spontanée sera plus populaire qu'une offre qui ne l'est pas<sup>204</sup>. Une interface complexe entraînera des erreurs, ou à tout le moins des choix non optimaux qu'il sera laborieux de corriger. Une offre complexe aura le même résultat<sup>205</sup> et les consommateurs auront le réflexe de simplifier le problème et de le régler en fonction des caractéristiques leur paraissant les plus compréhensibles. L'offre d'incitatifs aura aussi des effets<sup>206</sup>. Bref, on peut manipuler l'offre.

L'Union européenne s'est aussi distinguée par la mise en place d'un cadre global instaurant des mécanismes équitables de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>207</sup>. Elle avait déjà établi un régime encadrant spécifiquement la commercialisation à distance de services financiers en adoptant la directive 2002/65.

Dans le domaine des paiements, la Directive 2015/2366 de l'Union européenne va assurément accentuer la concurrence, tandis que le gouvernement canadien s'apprête à mettre en place un cadre visant les paiements de détail qui devrait lui aussi faciliter l'entrée dans le marché de nouveaux fournisseurs<sup>208</sup>. Un peu partout (Royaume-Uni, Singapour, Australie, Suisse...), on se penche sur les *fintech*, les risques qu'ils peuvent constituer et les avantages qu'ils peuvent comporter.

<sup>203</sup> On verra le chapitre 5 notamment.

<sup>204</sup> Comment réagissez-vous devant un panneau de signalisation octogonal rouge qui indique GO?

<sup>205</sup> Les auteurs donnent l'exemple d'un magasin de peinture qui classerait ses produits en ordre alphabétique.

<sup>206</sup> Les auteurs donnent l'exemple du système de santé états-unien, mais on peut le transposer en matière d'assurance-médicaments au Québec. Le médecin qui prescrit, le patient, le pharmacien et l'assureur peuvent fort bien être influencés dans leurs choix par divers incitatifs, parfois occultés mais souvent divergents.

<sup>207</sup> Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 299/22/CE. JO L165/63, 18.6.2013.

<sup>208</sup> Ministère des Finances du Canada. *Un nouveau cadre de surveillance des paiements de détail*. Ottawa, juin 2017. Consulté au <http://www.fin.gc.ca/activty/consult/rpof-cspd-fra.asp>.

En France, on permet désormais au consommateur de résilier en tout temps certains types de contrat d'assurance, sur préavis d'un mois, ce qui facilite la mobilité dans le marché<sup>209</sup>.

Hélas, on ne paraît guère s'être inspiré de tels exemples dans le cadre de la rédaction du PL 141. Voyons maintenant pourquoi nous le déplorons.

## 4.0 Des mailles dans la toile

### 4.1 Un cadre de classification

Une intervention bien conçue en matière de protection des consommateurs de services financiers repose sur cinq (5) axes principaux:

- 1- la stabilité financière des principaux fournisseurs, et du secteur dans son ensemble;
- 2- l'encadrement des pratiques des fournisseurs, y compris la conception des services, la transparence des pratiques, la compétence des personnels et le traitement des plaintes;
- 3- le soutien à une concurrence saine, y compris celle provenant de fournisseurs émergents et novateurs;
- 4- l'adaptation à la modernisation du marché, y compris la prolifération des opérations en ligne ou transfrontalières;
- 5- la mise en place de mécanismes d'encadrement hautement compétents et dotés de missions claires et spécifiques.

Nous examinerons diverses dispositions du PL 141 en suivant cet ordre, mais en combinant l'examen des axes 3 et 4, qui sont étroitement reliés dans la conjoncture actuelle. Notons au passage que nous n'aborderons aucune question spécifique qui soit relative à l'introduction de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, édictée en vertu des articles 360 et suivants du PL 141.

### 4.2 La stabilité financière

#### 4.2.1 renforcer la toile

Il va de soi que les autorités compétentes doivent assurer la stabilité des principaux fournisseurs du secteur financier, pour une double raison. Une défaillance aura des impacts immédiats et considérables sur tous ceux qui recourent aux services du fournisseur en difficulté (mais parfois aussi sur des tiers; nous y reviendrons), mais elle pourra aussi occasionner la cristallisation d'un risque systémique et déclencher une tourmente qui emporterait également d'autres fournisseurs. Tout cela est connu depuis des décennies et la débâcle de 2008 l'a douloureusement rappelé à bien des autorités réglementaires.

On s'efforce donc, un peu partout dans le monde, d'améliorer les mécanismes de vigie et, au besoin, de résolution lorsque des fournisseurs éprouvent des ennuis qui pourraient

---

<sup>209</sup> République française. *Code des assurances*, art. L113-15-2, complété par le décret en Conseil d'État no 2014-1685 du 29 décembre 2014, JORF no 03102 du 31 décembre 2014, p. 23383. Les types de contrat visés incluent plusieurs des branches principales de l'assurance de dommages.

menacer leur viabilité. C'est aussi le cas au Québec, et il va de soi que nous appuyons entièrement la volonté des autorités québécoises de parfaire le cadre réglementaire dans ce domaine.

La réforme en profondeur de l'actuelle *Loi sur l'assurance-dépôts*<sup>210</sup>, qui deviendrait désormais la *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts* (ci-après la «LIDPD»), constitue évidemment l'initiative la plus importante à cet égard dans le PL 141. Elle établirait notamment un nouveau mode de résolution en cas de défaillance d'une institution financière. Nous appuyons globalement cette réforme. Il nous paraît néanmoins nécessaire de formuler les quelques commentaires qui suivent.

#### 4.2.2 la notion de «dépôt»

En vertu du texte remanié de l'article 23 de la LIDPD<sup>211</sup>, l'autorisation de l'AMF sera (sauf exception) nécessaire à l'activité d'institution de dépôt, elle-même définie au nouvel article 1.0.1 de la LIDPD comme constituant «la sollicitation et la réception des dépôts d'argent du public». Cette dernière définition nous pose deux (2) difficultés.

D'une part, la jurisprudence donne à la notion de «sollicitation» une interprétation assez restrictive<sup>212</sup>. Appliquée à l'invitation faite par un fournisseur de lui confier des fonds, elle pourrait faire en sorte que certaines activités échapperaient au contrôle réglementaire parce qu'on n'aurait pas démontré une demande suffisamment pressante de la part de ce fournisseur pour qu'il y ait «sollicitation». Il nous paraîtrait par conséquent préférable de remplacer le «et» par «ou» entre les termes «sollicitation» et «réception» à l'article 1.0.1<sup>213</sup>.

D'autre part, nous avons à l'esprit la saga d'un fournisseur véreux qui, il y a une quinzaine d'années, sous le nom (entre autres) de «Bureau de réhabilitation de crédit de Montréal», prétendait auprès de consommateurs qu'il les aiderait à améliorer leur score de crédit en attestant qu'ils remboursaient régulièrement un prêt consenti par le fournisseur. L'ennui, c'est qu'une fois le contrat de prêt signé, le fournisseur ne décaissait aucune somme d'argent et recevait mensuellement les «remboursements» des consommateurs, avec promesse qu'on leur faisait de leur remettre le capital versé à la fin du contrat, moins les (plantureux) frais et intérêts. À l'évidence, il s'agissait de faux prêts et le fournisseur, lui recevait des fonds qui constituaient en pratique des dépôts auprès de lui<sup>214</sup>. Invités à intervenir à l'époque, l'Inspecteur général des institutions financières et la Régie de l'assurance-dépôts du Québec s'y étaient refusés, au motif qu'il ne s'agissait pas assez clairement de «dépôts». C'est finalement l'action d'une association de consommateurs, suivie de poursuites pénales par l'Office de la protection du consommateur, qui a eu raison de ces arnaqueurs. La question subsiste néanmoins: la

<sup>210</sup> L.R.Q., c. A-26.

<sup>211</sup> À la fois pour alléger le texte et pour faciliter et préciser le repérage, nous renverrons généralement à la numération des dispositions modifiées, sans mentionner également la numérotation de la disposition modificatrice (qui est en l'occurrence l'article 322 du PL 141).

<sup>212</sup> On verra par exemple *Denis c. Renovations Jacques Normandin Inc.*, [1988] R.J.Q. 2912 (C.Q.).

<sup>213</sup> Dont nous sommes conscients qu'il reprend à cet égard la formulation de l'actuel alinéa 2.1 a) de la *Loi sur l'assurance-dépôts*.

<sup>214</sup> Lapierre, Martine; Guénette, Maryse. *Bureau de réhabilitation de crédit de Montréal – Ça coûte cher et ça ne donne rien*. Magazine Consommation, vol. 6, no 2, juin 1995.

prohibition posée par l'article 23 et la définition proposée à l'article 1.0.1 suffiraient-elles à justifier l'AMF d'intervenir si un cas similaire survenait à nouveau? Il nous paraît qu'une disposition établissant que la sollicitation ou la réception de dépôts sous de faux prétextes est assimilée à l'activité d'institution de dépôt devrait par conséquent être ajoutée à la LIDPD.

#### 4.2.3 le montant de l'assurance-dépôts

En vertu du texte remanié de l'article 33.1 de la LIDPD<sup>215</sup>, le plafond de la garantie de paiement fournie par l'AMF est maintenu à la somme de cent mille dollars (100 000\$). Ce montant n'a pas été modifié depuis 2007<sup>216</sup>. Certes, les alinéas 3, 4 et 5 de l'article 33.1 permettent au ministre de hausser ce montant, pour une période d'au plus deux ans, mais il nous paraît qu'il serait opportun d'envisager de le hausser. Si l'immense majorité des consommateurs québécois sont en effet bien loin de disposer d'un tel niveau d'épargne, il faut aussi prendre en compte l'évolution démographique, qui se traduira dans les prochaines années par l'encaissement de fonds de retraite d'une part, et par la dévolution d'un nombre croissant de successions d'autre part, de sorte que des consommateurs pourraient se trouver pendant un certain temps au moins avec des fonds considérables qui seront conservés dans des véhicules de dépôt, jusqu'à ce qu'ils soient réinvestis (s'ils le sont jamais).

#### 4.2.4 le processus de résolution

Certains aspects du processus de résolution proposé dans la LIDPD nous paraissent susceptibles d'occasionner aux consommateurs des inconvénients dont on a peut-être sous-estimé l'importance. Nous songeons notamment aux articles 40.16, 40.17 et 42.8 qui seraient ajoutés à la LIDPD<sup>217</sup>.

Bien sûr, ces dispositions, qui interdisent qu'on invoque la compensation contre un groupe coopératif assujéti au processus de résolution, qui maintiennent les contrats conclus par le fournisseur ou qui permettent au Tribunal administratif des marchés financiers d'interdire à toute personne de retirer des dépôts détenus par une autre personne, visent à prévenir l'aggravation de la situation financière de l'assujéti et à protéger les droits de l'ensemble des créanciers. Il n'en reste pas moins que des consommateurs peuvent se trouver soudainement dans une situation financière particulièrement délicate, si leurs fonds deviennent subitement inaccessibles ou si leur employeur, qui fait affaire avec cet assujéti, devient brusquement incapable de leur verser leur salaire, par exemple. On ne saurait oublier non plus que des administrations publiques qui versent des prestations gouvernementales pourraient également se trouver dans une situation où leur compte fait l'objet d'un blocage, de sorte qu'elles ne pourraient s'acquitter de leurs obligations de paiement. Certes, l'article 40.24 permettrait alors de

<sup>215</sup> À la fois pour alléger le texte et pour faciliter et préciser le repérage, nous renverrons généralement à la numération des dispositions modifiées, sans mentionner également la numérotation de la disposition modificatrice (qui est en l'occurrence l'article 322 du PL 141).

<sup>216</sup> *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2007, c. 15, art. 17.

<sup>217</sup> Nous notons également que la purge des droits réels résultant de l'application de l'article 40.42 pourrait possiblement avoir des conséquences qui nous paraissent mériter une étude plus approfondie.

saisir la Cour supérieure, qui pourrait intervenir en cas de préjudice grave, notamment. Il va toutefois de soi que la consommatrice moyenne ne pourrait envisager ce remède, et on voit mal (conceptuellement et pratiquement) comment on pourrait l'invoquer efficacement par le biais d'une action collective.

Imaginons la situation parfaitement hypothétique où une institution de dépôt détenant plus de quarante pour cent des dépôts des consommateurs québécois, et une part conséquente de ceux des employeurs, faisait soudain l'objet d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 42.8 et interdisant le retrait de dépôts. Près de la moitié des ménages ne disposeraient plus, pour une période indéterminée, que des liquidités qui se trouvent dans leur porte-monnaie. C'est l'économie tout entière qui en souffrirait manifestement. Le versement des salaires aux membres de ces ménages s'avérerait tout aussi problématique<sup>218</sup>.

On pourrait remédier dans une large mesure à ces problèmes, sans mettre indûment en péril le processus de résolution, en modulant les dispositions que nous avons évoquées afin qu'il soit permis par la loi, ou qu'il puisse être permis par le Tribunal administratif, que des consommateurs puissent invoquer la compensation ou mettre fin à des contrats lorsque le droit le permet, jusqu'à concurrence d'un montant plafonné (qui pourrait être de dix mille dollars, par exemple), qu'ils puissent avoir accès aux sommes déposées dans leur compte jusqu'à concurrence d'un montant plafonné (qui pourrait être de mille dollars par semaine, par exemple) et que le versement des salaires ou de prestations gouvernementales soit entièrement exonéré du processus.

Dans la même optique, il nous paraît que le collège de résolution et les autres autorités compétentes dans de tels cas devraient être législativement assujettis à une obligation de diligence à l'égard de questions comme la mise à disposition des fonds dus aux consommateurs, obligation qui n'existe pas dans le PL 141.

En somme, la conception du mécanisme de résolution nous paraît centrée sur l'institution en difficulté, sans prendre adéquatement en compte l'impact que le processus de résolution d'une grande institution financière pourrait avoir, pendant une période indéterminée, sur l'ensemble de la société québécoise. L'un des enseignements qu'ont pourtant tiré les autorités de réglementation prudentielle un peu partout dans le monde à la suite de la crise de 2008 est justement lié à cette concentration excessive de l'attention réglementaire sur l'institution, envisagée individuellement; il faut au contraire aborder la gestion des risques systémiques en prenant en compte l'ensemble du système financier, et cela passe inévitablement par une réflexion sur le sort que le processus réserve aux consommateurs, puisque leurs actions (ou leur inaction, faute de fonds) auront des conséquences sur tous les autres agents économiques et sur les fournisseurs de ces derniers. On risque par conséquent d'induire des externalités négatives considérables, dont il serait pourtant possible de réduire l'ampleur.

#### 4.2.5 d'autres questions

Il nous paraît que d'autres questions mériteraient une attention particulière. Nous songeons entre autres à l'article 40.9 LIDPD, en vertu duquel un processus de résolution

<sup>218</sup> Il faut envisager ici une double difficulté, soit celle d'un blocage du compte de l'employeur et celle d'un blocage du compte de l'employé – sans compter, bien sûr, le double blocage.

doit assurer la pérennité des activités d'un fournisseur malgré sa défaillance «sans avoir recours aux fonds publics». On sait à quel point les États et les autorités réglementaires tiennent présentement à lancer le signal que les gouvernements ne sauveront plus les institutions défaillantes, et on ne se trouve pas en désaccord. Mais si le fournisseur assez clairement désigné par cette disposition se trouvait hélas un jour dans une situation telle qu'il devient impératif, dans l'intérêt supérieur de l'économie québécoise, de recourir aux fonds publics, dispose-t-on des instruments juridiques qui permettraient d'intervenir adéquatement et en temps utile? Qu'en est-il, par ailleurs, de la politique gouvernementale de soutien à l'égard d'autres fournisseurs, et dans quelle mesure peut-elle inclure le recours à des fonds publics?

Nous notons au passage que l'article 40.47 de la LIDPD aménage le maintien de la présence d'un agent de compensation pour le compte d'un fournisseur en difficulté et renvoie à la notion de «membre de Paiements Canada». L'Association canadienne des paiements utilise effectivement la marque «Paiements Canada» depuis le mois de juin 2016; toutefois et en vertu des alinéas 3 (1) et 34 (1) de la *Loi canadienne sur les paiements*<sup>219</sup> et des dispositions précises auxquelles renvoie ce dernier, nous inclinons à croire que le nom légal de l'organisme demeure «Association canadienne des paiements» et qu'il conviendrait par conséquent de corriger en conséquence le libellé de l'article 40.47, de façon à se conformer à la volonté du législateur fédéral, qui prime sur les velléités imagières de cette association.

Nous reviendrons par ailleurs sur quelques questions reliées au contenu de la LIDPD dans le cadre de l'analyse d'autres dispositions du PL 141, de façon à examiner en bloc des thèmes comme les processus de traitement des plaintes ou les mécanismes de sanction.

En définitive, certains aspects de la LIDPD nous laissent perplexes. L'inflexibilité du processus de résolution pourrait générer des externalités négatives importantes. On pourrait également améliorer le libellé de quelques dispositions afin de réduire certains risques juridiques. Par contre, nous n'envisageons pas à ce stade de difficulté majeure reliée aux asymétries (ce qui n'est pas à dire qu'il n'en existe pas, bien sûr), aux facteurs comportementaux et à l'efficacité. Nous reviendrons plus loin aux structures réglementaires.

Par conséquent, et compte également tenu de la pertinence de mettre en place un régime de résolution plus efficace, nous faisons une évaluation positive de l'introduction de la LIDPD.

#### **Adoption de la LIDPD**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ◇ |
| facteurs comportementaux                 | ◇ |
| efficacité                               | ◇ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |

<sup>219</sup> L.R.C., c. c-21.

## évaluation globale



Par conséquent, nous recommandons:

- 1.1 que la LIDPD soit adoptée, sous réserve des éléments énoncés dans les alinéas suivants;**
- 1.2 que l'article 21 LIDPD soit modifié afin qu'on y lise «la sollicitation ou la réception des dépôts»;**
- 1.3 que le texte de la LIDPD soit remanié afin qu'il soit précisé que la sollicitation ou la réception sous de faux prétextes de fonds qui constituent en fait des dépôts est assimilée à l'activité d'institution de dépôt;**
- 1.4 que la question du plafond de la garantie de paiement fournie par l'AMF soit réexaminée et que ce plafond soit, au besoin, haussé;**
- 1.5 que les dispositions relatives au processus de résolution qui peuvent entraîner un préjudice patrimonial pour les consommateurs soient modifiées afin d'y introduire davantage de flexibilité;**
- 1.6 que le libellé de l'article 40.47 LIDPD renvoie à l'Association canadienne des paiements.**

### 4.3 L'encadrement des pratiques des fournisseurs

#### 4.3.1 des fils rompus

On ne voit guère que deux manières de protéger les consommateurs dans le secteur financier. On peut agir sur des millions de consommateurs, ce qui sera difficile et onéreux. Ou on peut agir sur les pratiques des fournisseurs. Sans surprise, dans ce marché comme dans bien d'autres, les stratégies réglementaires s'orientent donc surtout vers ces dernières, ne serait-ce que dans la logique de la mise en œuvre du principe de la frugalité des coûts. Cela soulève une question toute simple: à cet égard, les propositions du PL 141 sont-elles à la hauteur? Hélas, on devra généralement répondre par la négative.

On s'intéressera à six (6) grandes problématiques. En toute logique, on abordera d'abord certaines questions reliées à l'accès à des produits financiers de base; sans accès, bien sûr, rien d'autre ne comporte de sens. On se penchera ensuite sur quatre dimensions de l'offre d'assurance. On réservera un sort particulier au projet de réintroduction d'un régime d'assurance de frais funéraires. Dans un mouvement dit coopératif, il y a en principe confusion entre les statuts de membre et d'utilisateur; cette dimension et l'évolution du mouvement Desjardins retiendront donc aussi notre attention. On s'arrêtera aux processus de traitement des plaintes. Il ne restera à constater que non seulement on impose somme toute peu d'obligations substantives aux fournisseurs, mais qu'on fait preuve aussi d'une grande indulgence quand il s'agit de songer à les réprimander. On dira enfin très rapidement un mot de trois autres aspects du projet.

#### 4.3.2 l'accès aux produits de base

Il va de soi qu'on doit avoir accès à un certain nombre de produits pour fonctionner dans notre société. Les services de nature bancaire s'avèrent pratiquement indispensables. Le recours au crédit ne peut toujours être évité, pour réparer ou remplacer un bien essentiel par exemple. L'assurance permet quant à elle de protéger son patrimoine, et on la rend parfois obligatoire, comme dans les domaines de l'automobile et des médicaments.

Pourtant, tous n'ont pas accès à ces produits, et on le leur refuse parfois pour d'étranges motifs. Les associations de consommateurs québécoises le constatent régulièrement.

#### 4.3.2.1 l'ouverture d'un compte

On imagine mal, dans notre société, un produit plus essentiel qu'un compte de nature bancaire, qu'il soit offert par une banque, une coopérative de services financiers ou une autre institution de dépôt. Sans compte, on ne peut tirer de chèque ou utiliser une carte de débit. Sans compte, on ne peut recevoir de dépôt direct du salaire versé par un employeur, ni d'une prestation gouvernementale<sup>220</sup>.

Or et si on peut difficilement quantifier le nombre de consommateurs québécois qui ne détiennent pas un compte, on sait qu'il est considérable. Comme l'indiquait la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en 2011, le pourcentage de non-détenteurs

se situe à environ 8 % chez les personnes vivant dans un ménage dont le revenu est de 25 000 \$ ou moins. Selon les chiffres rendus publics par le ministère des Finances, environ 10 % des prestataires de l'aide sociale sont dans cette situation, ce qui représente plus ou moins 50 000 personnes. De plus, 30% des prestataires de l'aide sociale n'étaient pas inscrits au dépôt direct en mars 2011.<sup>221</sup>

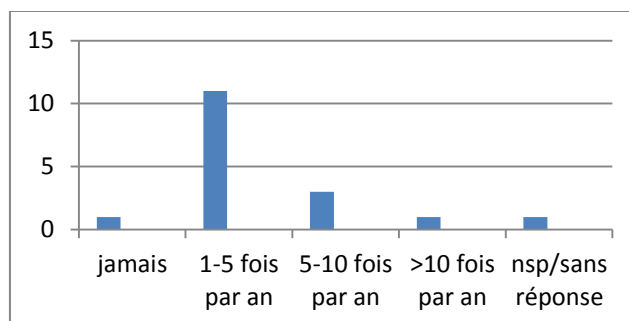
Contrairement à ce que certains avancent trop souvent, l'expérience des associations de consommateurs québécoises indique que c'est rarement par choix personnel que les consommateurs ne détiennent pas de compte: c'est plutôt parce qu'ils ne parviennent pas à en ouvrir un.

Cette problématique a fait l'objet d'une question dans le cadre de l'enquête en ligne auprès des associations de consommateurs que nous évoquions à la sous-section 1.4. Plus précisément, nous avons posé la question suivante: *À quelle fréquence constatez-vous des situations où un consommateur ou une consommatrice s'est fait refuser l'ouverture d'un compte dans une caisse Desjardins?* Voici les réponses que nous avons obtenues:

---

<sup>220</sup> Et on sait que certains employeurs se montrent à cet égard fort insistants, malgré l'article 42 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, qui établit le principe du consentement mutuel. On sait d'autre part qu'en vertu de l'article 1029.8.116.16 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3, le crédit de solidarité y visé ne peut être versé que si l'individu qui y a droit consent au dépôt direct de cette somme «dans un compte bancaire qu'il détient». Cette obligation subsiste même si la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a conclu qu'elle constitue une mesure systématiquement discriminatoire, ce à quoi on revient au paragraphe suivant.

<sup>221</sup> Pedneault, Evelyne. *Conformité à la Charte des droits et libertés de la personne de l'inscription obligatoire au dépôt direct comme condition du versement du crédit d'impôt pour la solidarité*. Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, octobre 2011. 46 p. P. 5. Consulté au [http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/Depot\\_direct\\_obligatoire.pdf](http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/Depot_direct_obligatoire.pdf). Notes infrapaginales omises.



Quinze des 17 répondants constatent des problèmes en matière d'ouverture de comptes chez Desjardins. Dans les commentaires supplémentaires qu'ils ont formulés, on évoque des motifs de refus formulés par Desjardins, y compris des cas où le consommateur a subi une fermeture de compte dans une autre caisse ou a fait faillite, la présence d'un «mauvais» dossier de crédit ou l'insuffisance de documents d'identification, par exemple; la situation économique (et notamment le fait d'être bénéficiaire de prestations de sécurité du revenu) constitue aussi un motif de refus. On note qu'on recommande alors souvent à ces consommateurs de s'adresser à une banque.

Ce dernier commentaire est relié au motif principal pour lequel la question posée ciblait précisément Desjardins. Comme on l'a signalé à la sous-section 3.3.3.3, la *Loi sur les banques* oblige toute banque à ouvrir un compte à une personne qui répond à des exigences minimales d'identification, sous réserve de quelques exceptions. Depuis une quinzaine d'années maintenant que cette obligation est en vigueur, les banques s'y conforment dans l'ensemble relativement bien, de sorte qu'on se trouve maintenant au Québec dans cette situation déplorable où il s'avère plus facile d'ouvrir un compte dans une banque qu'auprès d'une coopérative de services financiers membre du réseau Desjardins. Toutes les associations de consommateurs qui nous ont partagé leur expérience au fil des ans au cours de la dernière décennie le constatent empiriquement, régulièrement. Comme nous le notions aussi à la sous-section 3.3.3.3, l'Union européenne s'est dotée en 2014 d'une directive établissant le droit au compte, qui a été transposée en 2017 dans le droit des États membres<sup>222</sup>.

Aucune obligation légale équivalente n'est faite aux coopératives de services financiers québécoises. On a historiquement justifié cette omission par la «différence coopérative», argument qu'on a même cru entendre en 2000 dans les augustes couloirs de l'Assemblée nationale. Si elle a jamais existé, cette différence ne joue plus.

L'établissement d'une obligation légale relative au droit au compte, qu'on pourrait assez facilement calquer sur le modèle canadien, comporterait deux grands avantages. D'une part, elle rétablirait l'équilibre dans le marché entre catégories de fournisseurs, qui sont actuellement soumises à des exigences différentes. Surtout, elle permettrait à pratiquement tous les Québécois d'avoir accès à un compte. Le mouvement Desjardins se targue d'être «souvent la seule institution financière» présente dans les communautés

<sup>222</sup> Ce droit était d'ailleurs reconnu en France depuis 1984: Banque de France. *J'ai besoin d'un compte bancaire*. Consulté au <https://particuliers.banque-france.fr/votre-banque-et-vous/droit-au-compte/jai-besoin-dun-compte-bancaire>.

québécoises situées dans des régions périphériques<sup>223</sup>, et il a raison. Mais cette présence se double d'une responsabilité, qu'il a abdiquée depuis vingt ans au moins.

On a évoqué les motifs que des coopératives de services financiers invoquent pour refuser l'ouverture d'un compte. Ils tiennent pour la plupart à un facteur: il s'agit de consommateurs à faible revenu, qui feront peu d'opérations rémunératrices pour le fournisseur. En refusant d'ouvrir le compte, la coopérative ménage sa rentabilité. Elle génère toutefois dans sa communauté des externalités négatives importantes, subies tant par la personne dépourvue d'un compte que par tous les acteurs économiques avec qui elle interagit. Elle maintient ou accroît les inégalités économiques et donc les asymétries. En bénéficiant d'un avantage réglementaire en soi injustifiable à une catégorie de fournisseurs, elle réduit l'efficacité. Elle induit des risques juridiques, en limitant significativement les modes de paiement auxquels la personne a droit.

En somme, l'absence d'une obligation faite aux coopératives de services financiers d'ouvrir un compte est injustifiable. L'exemple des banques canadiennes démontre par ailleurs qu'il est possible de s'acquitter d'une telle obligation sans que cela menace le moins du monde la rentabilité ou la stabilité du fournisseur. L'évaluation de l'omission du législateur d'établir une telle obligation dans un projet visant notamment les coopératives de services financiers et s'étant donné pour objectif de protéger les consommateurs ne pose aucune difficulté.

#### **Absence d'une obligation d'ouverture de compte**

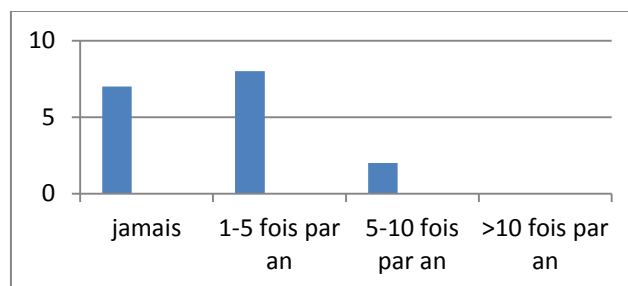
|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ◇ |
| efficacité                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

#### **4.3.2.2 la mise à disposition des fonds**

Ce n'est pas tout de disposer d'un compte. Encore faut-il que les fonds soient disponibles. Or, pour les clients du mouvement Desjardins, cela ne va pas toujours de soi.

Cette problématique a aussi fait l'objet d'une question dans le cadre de l'enquête en ligne auprès des associations de consommateurs que nous évoquions à la sous-section 1.4. Plus précisément, nous avons posé la question suivante: *À quelle fréquence constatez-vous des situations où un consommateur ou une consommatrice subit un gel de fonds de plus de 4 jours lors du dépôt en personne d'un chèque dans une caisse Desjardins?* Voici les réponses que nous avons obtenues:

<sup>223</sup> Mouvement des caisses Desjardins. *Au cœur de votre vie – Rapport de responsabilité sociale et coopérative 2016*, loc. cit.



Dix (10) des dix-sept (17) répondants constatent des problèmes relatifs à la mise à disposition des fonds. Encore qu'il faille prendre garde à des généralisations excessives, cette difficulté paraît se poser plus fréquemment hors des grands centres urbains.

Mais peut-être ne faut-il pas s'en surprendre outre mesure. Voici l'énoncé de la politique de retenue de fonds du mouvement Desjardins:

La retenue de fonds est une précaution normale que prend toute institution financière pour se prémunir contre les retours de chèques. Chez Desjardins, le délai de gel de fonds est de 5 à 7 jours ouvrables si vous déposez un chèque au comptoir ou au guichet automatique et si vous effectuez un virement interinstitutions par AccèsD Internet. Le gel de fonds s'applique à n'importe quel chèque, personnel ou non, de même qu'à l'argent déposé au guichet automatique (aux fins de vérification).

Le transit autorisé est un montant déterminé par la caisse afin de permettre à une personne d'encaisser des chèques sans retenue de fond. Ce montant est fixé à l'ouverture de votre compte.<sup>224</sup>

On trouvera un certain intérêt à comparer cet énoncé avec le libellé des articles 3 et 4 du *Règlement relatif à l'accès aux fonds*<sup>225</sup>, qui détermine depuis 2012 les règles de mise à disposition de fonds qui s'appliquent notamment aux banques canadiennes. Sous réserve de quelques exceptions, la banque doit immédiatement permettre le retrait d'une tranche de cent dollars (100\$) lorsqu'un chèque est déposé en personne auprès d'un préposé de la banque; celle-ci ne peut d'autre imposer une retenue de fonds de plus de quatre jours ouvrables lors du dépôt en personne d'un effet d'au plus mille cinq cents dollars (1 500\$), ni une retenue de plus de sept jours ouvrables si le montant du chèque excède ce seuil.

Les exigences réglementaires canadiennes demeurent toutefois en deçà de celles établies aux États-Unis en 1987 par le *Expedited Funds Availability Act*<sup>226</sup>, en vertu duquel une première tranche de deux cents dollars (200 USD) doit être immédiatement mise à la disposition du consommateur qui dépose un chèque en personne et le solde entier devra être disponible le troisième jour ouvrable suivant le dépôt, sauf exceptions.

<sup>224</sup> Mouvement des caisses Desjardins. *Limite quotidienne, retenue de fonds et transit autorisé*. Consulté le 9 janvier 2018 au <https://desjardins.com/particuliers/comptes-services-relies/limite-quotidienne-retenu-fonds-transit-autorise/?navigMW=luac&>. Notes infrapaginales omises.

<sup>225</sup> DORS/2012-24.

<sup>226</sup> 12 USC 40, §§ 4001-4010.

Compte tenu de la taille et de la complexité du système bancaire états-unien, on se demande pourquoi, trente ans plus tard, on ne peut faire mieux au Canada ou au Québec.

Bien sûr, des délais plus longs de mise à disposition des fonds permettent à l'institution dépositaire de faire fructifier ces fonds – mais c'est aux dépens de leur légitime titulaire, qui peut en subir des inconvénients parfois importants s'il doit acquitter à brève échéance certaines obligations et que son institution financière refuse de rendre les fonds disponibles. Là encore, on exploite et on accentue l'asymétrie économique, en appliquant des politiques clairement inefficaces et qui produisent des externalités négatives. On laisse également la consommatrice à la merci de la bonne volonté de son institution financière, la règle de disponibilité des fonds – reliée au transit – relevant purement de la discrétion du fournisseur.

On ne voit donc pas pourquoi on n'assujettirait pas les coopératives de services financiers à un régime de mise à disposition des fonds analogue à celui qui s'applique depuis déjà cinq ans aux banques canadiennes, et l'omission d'une telle mesure ne peut recevoir qu'une note négative.

#### **Absence d'une règle de mise à disposition des fonds**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ◇ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

#### 4.3.2.3 la fermeture de points de service

Nous passerons rapidement sur cette dimension, non parce qu'elle ne comporte pas une grande importance, mais parce qu'il est déjà presque trop tard, tant le réseau de Desjardins s'est étioilé.

Rien n'empêche une coopérative de services financiers d'ouvrir ou de fermer des points de service. À toutes fins pratiques, la décision de modifier son offre relève exclusivement de son conseil d'administration – et on verra à la sous-section 4.3.4 que le PL 141 fait en sorte qu'on ne pourrait par conséquent assurément pas en saisir l'assemblée des membres.

Or, si la fermeture d'un point de service peut paraître rentable pour le fournisseur lui-même, elle peut occasionner de graves externalités négatives pour la clientèle. Il s'agira des coûts de déplacement, ou de l'impossibilité d'effectuer des opérations parce qu'on ne peut tout simplement pas se déplacer en temps utile. Il s'agira de décisions de crédit, qui seront prises par des personnes qui ne connaissent pas parfaitement la situation locale – ou, pire, qui seront prises de manière automatisée<sup>227</sup>. Mais un point de service agit pour

<sup>227</sup> L'absence de contact direct avec la population et de connaissance de la situation locale tend à entraîner de moins bonnes décisions de crédit de la part d'une institution financière: Allen, Jason;

une institution de dépôt comme une antenne: elle lui permet de capter de l'information utile non seulement pour elle-même, mais pour la clientèle, et que cette dernière ne pourrait synthétiser. Une fermeture aggrave donc les asymétries informationnelles aux dépens des consommateurs. Elle réduit également l'efficacité de cette institution, tout en érodant la concurrence, ce qui ne contribue généralement pas à l'amélioration de l'efficacité. Enfin, elle peut pousser des consommateurs vers des fournisseurs moins bien encadrés juridiquement, ce qui accroît le risque juridique.

Ici encore, on ne peut donc que s'étonner que le législateur ne juge pas utile d'intervenir afin de mettre en place au moins des mécanismes élémentaires comme ceux qu'on trouve dans la *Loi sur les banques*, et qui permettent au moins aux collectivités touchées par un projet de fermeture d'en être informées et de faire valoir leurs arguments<sup>228</sup>. Rien de tel n'existe toutefois au Québec, ce qui constitue également une lacune au plan des mécanismes consultatifs et donc, de l'efficacité des structures réglementaires. Nous ne saurions recommander simplement l'importation du processus de la *Loi sur les banques* dans la législation québécoise, à la fois parce qu'il est insuffisant et qu'il n'est pas adapté à la réalité coopérative. Mais il y aurait assurément lieu de se pencher sur cette question afin de mettre au point un outil qui permette aux collectivités de participer à des décisions qui les touchent au premier chef.

#### Absence d'une règle relative aux fermetures

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ◇ |
| efficacité                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

#### 4.3.2.4 l'accès à l'assurance

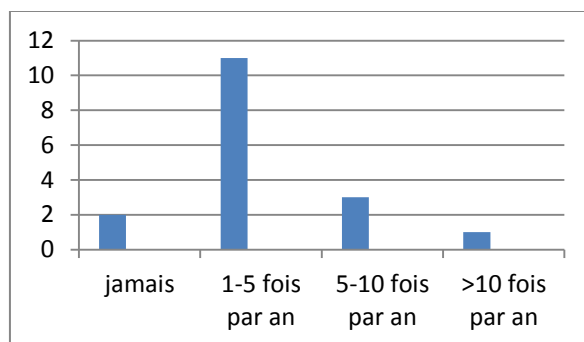
On peut choisir, à ses risques et périls, de ne pas s'assurer. Mais on peut parfois vouloir (ou devoir) s'assurer, et ne pas y parvenir.

Cette problématique a également fait l'objet d'une question dans le cadre de l'enquête en ligne auprès des associations de consommateurs que nous évoquions à la sous-section 1.4. Plus précisément, nous avons posé la question suivante: *À quelle fréquence constatez-vous des situations où un consommateur ou une consommatrice est incapable d'obtenir une assurance en raison d'un refus d'assurer de la part des assureurs?* Voici les réponses que nous avons obtenues:

---

Damar, H. Evren; Martinez-Miera, David. *Consumer Bankruptcy and Information*. Document de travail 2012-18. Ottawa, Banque du Canada, 2012. 34 p. Consulté au <https://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2012/07/wp2012-18.pdf>.

<sup>228</sup> Le mécanisme, purement consultatif et donc fort insuffisant, est articulé dans l'article 459.2 de la *Loi sur les banques*.



Voilà des résultats limpides. Quinze (15) des dix-sept (17) répondants constatent des refus d'assurance occasionnels, et 4 en dénotent plus de cinq par an. Les répondants notent par ailleurs que, si l'assurance est parfois disponible, son coût peut être exorbitant. Si on comprend certains motifs de refus, d'autres, comme des difficultés de paiement dans le passé, l'état du dossier de crédit, des antécédents criminels du conjoint ou le fait de n'avoir pas été assuré pendant un certain temps, peuvent laisser plus perplexes. Les répondants à l'enquête ont également signalé des cas où un assureur résilie quelques semaines après la conclusion d'un contrat d'assurance, pour des motifs parfois obscurs, ce qui laisse le consommateur dans une situation fort délicate. C'est particulièrement le cas en matière de prêt hypothécaire, où le prêteur exige une assurance mais où aucun assureur n'a une obligation d'assurer. On signale quelques cas où des assureurs refusent d'assurer les résidents d'une rue donnée. Et puis, bien sûr, on note que trop de consommateurs n'ont tout simplement pas les moyens de s'assurer.

Si la question du *redlining* et de la discrimination en matière d'assurance a été abondamment documentée aux États-Unis, elle demeure insuffisamment étudiée au Québec. Les résultats de notre petite enquête et, plus globalement, l'expérience des associations de consommateurs québécoises nous incitent cependant à croire qu'il y a là une question qui mérite d'être examinée plus attentivement. Il est manifeste que, si on devait démontrer que de telles pratiques ont cours au Québec, elles susciteraient d'importantes externalités négatives et des risques juridiques considérables pour les consommateurs eux-mêmes, mais aussi pour d'autres acteurs socio-économiques. Dans la mesure où de semblables comportements relèvent souvent d'une prudence induite des assureurs, on se trouve en quelque sorte dans une situation d'asymétrie informationnelle inversée, où celui qui veut s'assurer ne parvient pas à démontrer qu'il constitue un risque acceptable en raison de données que l'assureur croit plus fiables. Et dans la mesure où l'assurance vise à réduire les risques, un refus d'assurer objectivement injustifié réduit l'efficacité du marché.

Et puis se pose une question toute bête: trop de consommateurs québécois n'ont présentement pas les moyens de s'assurer – ou estiment du moins ne pas les avoir. D'aucuns leur reprocheront leur imprévoyance; on les invitera à gérer le budget d'un ménage où manquent les liquidités pour assurer une saine alimentation jusqu'à la fin du mois. Il n'y a donc rien d'anormal à ce que le gain immédiat – mettre du pain sur la table – l'emporte sur le gain futur et incertain, soit la réception d'une prestation d'assurance si jamais on devait subir un dommage important. Le choix est rationnel, compte tenu des heuristiques de prises de décision des humains; mais il ne contribue ni à l'efficacité des marchés, ni à la qualité globale de la vie des consommateurs.

Dans cette perspective, il convient nous semble-t-il de recommander qu'on entame des recherches rigoureuses sur les problématiques liées à l'accès aux divers types d'assurance au Québec, afin de les documenter au plan quantitatif, d'en comprendre les causes et d'identifier des remèdes. On reviendra d'autre part à la sous-section 4.3.3.4 au lien possible entre cette situation, d'une part, et l'essor de régimes d'assurance de pair à pair, d'autre part.

#### **Absence d'une règle relative au refus d'assurer**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

#### 4.3.2.5 l'accès au micro-crédit

Voilà une autre question dont on ne dira qu'un mot, malgré son importance. Tout simplement, l'offre de micro-crédit à la consommation est inadéquate au Québec. Les banques et les coopératives de services financiers n'en offrent pratiquement pas dans le cours normal de leurs affaires et elles invitent les consommateurs à recourir à des marges de crédit ou à des cartes de crédit dont les taux d'intérêt sont trop hauts pour les personnes vulnérables, ou qui sont assorties d'exigences auxquelles ces dernières ne peuvent se conformer. Si les Fonds d'entraide Desjardins répondent à une petite partie de la demande dans ce secteur, ils ne suffisent pas à la tâche. Il en résulte que des consommateurs déjà vulnérables se tournent vers des fournisseurs peu ou pas réglementés, dont certains se soucient inégalement de respecter les droits de leurs clients.

Bien sûr, les associations de consommateurs québécoises décrivent le surendettement et connaissent les risques du crédit. Elles savent également qu'il s'agit parfois d'un outil nécessaire. L'insuffisance de la disponibilité du micro-crédit à la consommation marque un net déséquilibre entre offre et demande, et donc un problème d'efficience. Les modalités de certaines formes de micro-crédit génèrent assurément un risque juridique pour les consommateurs, qui prennent parfois des décisions sur la foi d'informations mal comprises. Bref, il y a là aussi matière à réaliser des recherches rigoureuses qui permettraient de mesurer l'ampleur de la situation et d'y trouver les meilleurs remèdes.

#### **Absence d'une règle relative à l'accès au micro-crédit**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ◇ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |

## évaluation globale



Par conséquent, nous recommandons:

- 2.1 que soit insérée dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* une disposition établissant un droit au compte au bénéfice de tout consommateur se conformant à certaines exigences minimales;**
- 2.2 que soit insérée dans la LIDPD une disposition permettant l'aménagement d'un régime relatif à la mise à disposition des fonds;**
- 2.3 que soit insérée dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* une disposition permettant la mise en place d'un régime d'évaluation préalable des décisions relatives à la fermeture de points de service;**
- 2.4 que la problématique relative au refus d'assurer fasse l'objet de recherches visant à en établir la nature, les causes et l'ampleur, et à y trouver le cas échéant des solutions adéquates;**
- 2.5 que la problématique relative à l'insuffisance de l'offre de micro-crédit à la consommation fasse l'objet de recherches visant à en établir la nature, les causes et l'ampleur, et à y trouver le cas échéant des solutions adéquates.**

#### 4.3.3 l'assurance

L'assurance joue un rôle déterminant dans le patrimoine des consommateurs québécois et dans l'industrie des produits financiers. Le PL 141 propose d'en réformer plusieurs aspects. Nous ne nous intéresserons qu'à ceux d'entre eux qui touchent plus directement les consommateurs, de sorte que nous ne dirons pratiquement rien notamment des règles relatives au fonctionnement des sociétés d'assurance et au nouveau régime proposé à cet égard.

Nous nous pencherons donc principalement sur ce qui relève de l'offre de produits d'assurance, en examinant successivement la distribution par l'entremise de représentants, la distribution sans représentant, la distribution en ligne et, très brièvement, la problématique des unions réciproques. Ce faisant, nous n'examinerons pas en détail d'autres éléments, comme l'abolition projetée de la faculté donnée à l'AMF de tenir un registre des assurances individuelles sur la vie, précisément à l'époque où ce registre deviendra particulièrement utile (mais nous y revenons à la sous-section 4.3.8) ou l'exclusion de la notion d'expert en sinistre des estimateurs dans le domaine automobile<sup>229</sup>.

##### 4.3.3.1 la distribution par représentant

C'était au siècle dernier, quand tout paraissait simple; c'était 1998, l'année de la fondation de Google... et on a adopté au Québec la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*<sup>230</sup>, qui visait notamment à mieux encadrer l'offre de produits d'assurance en renforçant les règles visant les représentants (humains) et les entreprises

<sup>229</sup> PL 141, art. 524, abrogeant notamment l'article 240 de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*; article 476, modifiant l'article 10.

<sup>230</sup> L.R.Q., c. D-9.2. Ci-après la «LDPSF».

distribuant ces produits. La logique de la LDPSF reposait notamment sur ce qui tient de la lapalissade: puisque l'assurance est un domaine hautement complexe et avec lequel elle n'interagit qu'exceptionnellement, la consommatrice moyenne ne pourra le maîtriser; elle pourrait donc commettre des erreurs, qui lui nuiront et qui nuiront au fonctionnement des marchés. On connaît le constat désormais classique qu'a formulé la Cour suprême du Canada à cet égard:

La personne ordinaire a souvent de la difficulté à comprendre les différences subtiles entre les diverses protections offertes. Les agents et les courtiers ont reçu une formation qui les rend aptes à saisir ces différences et à fournir des conseils adaptés à la situation de chaque individu. Il est à la fois raisonnable et opportun de leur imposer l'obligation non seulement de fournir des renseignements mais encore de conseiller les clients.<sup>231</sup>

Il appartient donc au représentant en assurance de détenir l'expertise requise, de s'informer des besoins de la cliente et de lui prodiguer les conseils idoines. La conception du représentant élaborée dans la LDPSF, les obligations qu'on lui impartit en matière de déontologie et de formation continue et la structure d'encadrement établie à l'époque concourent toutes de cette analyse.

Depuis vingt ans, le marché de l'assurance ne s'est pas simplifié. L'expertise des consommateurs ne s'est guère accrue et leurs besoins n'ont pas particulièrement connu de diminution; au contraire, ils s'avèrent dans bien des cas plus complexes. En toute logique, une mise à jour de la LDPSF devrait par conséquent accroître les obligations des représentants et renforcer les mesures protégeant les consommateurs. On s'étonne dès lors un peu, en lisant le PL 141, de former très nettement l'impression que le législateur s'engage dans la direction inverse.

Les articles 470 à 473 du PL 141 retirent de la description des activités des personnes visées par les articles 3 à 6 LDPSF la précision que ces personnes agissent également à titre de conseillers. Or, en vertu de l'article 12 LDPSF (qui, lui, n'est pas modifié), «nul ne peut agir comme représentant, ni se présenter comme tel, à moins d'être titulaire d'un certificat délivré à cette fin par l'Autorité». Dans l'état actuel de la Loi, agir comme conseiller, c'est agir à titre de représentant. Il faut donc détenir un certificat, avec les exigences qui y sont associées. Avec le PL 141, on pourrait apparemment agir comme conseiller sans détenir de certificat et à l'égard de quelque type d'assurance que ce soit.

Par conséquent, toute personne pourrait, moyennant rémunération, formuler des conseils dans le domaine de l'assurance. L'activité de conseiller ne serait plus réservée. Aucune exigence particulière de compétence ne pourrait être exigée. On serait conseiller en assurance comme on est conseiller en électro-ménagers ou en matelas. Il ne faut d'autre part pas se faire d'illusion: une fois les conseils donnés, s'ils semblent crédibles, la décision de conclure le contrat sera vite prise.

Cette évolution législative nous paraît, avec le plus grand respect, indéfendable. Elle ne fera évidemment rien pour remédier aux asymétries informationnelles dans ce

<sup>231</sup> *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, 217.

domaine; au contraire, elle les aggravera notablement. Il va de soi qu'elle accroîtra considérablement les risques juridiques pour les consommateurs, mais sans doute aussi pour des «conseillers» à qui on reprochera leur incompétence et pour les assureurs qui auront eu recours à leurs services. Bref, la norme sera manifestement inadéquate. Elle permettra peut-être aux assureurs de réduire leurs coûts de personnel, mais au prix de cette augmentation des asymétries et des risques: on conçoit mal plus bel exemple d'externalité négative programmée par le législateur. On risque évidemment – et on y revient *infra* – des situations où les pratiques de «vente» joueront sur la rationalité, puisque ces «conseillers» ne seront assujettis à aucune exigence déontologique particulière. Par ailleurs, l'incompétence est rarement garante d'efficacité, et la présence dans le marché de représentants certifiés et de conseillers improvisés ne contribuera pas non plus à une saine concurrence. En somme, on programme non seulement la dégradation à court terme de la protection des consommateurs mais, à long terme, la disparition du régime de représentants certifiés, qui se feront couper l'herbe sous le pied par des conseillers à la petite semaine. Dans ce domaine hélas, le prix le plus bas aura raison du représentant le plus compétent – du moins jusqu'à ce qu'on prenne conscience du monstre qu'on a libéré dans le marché et que, comme on l'a fait il y a un siècle, en 1916, on s'avise à nouveau qu'il est opportun de vérifier auprès d'une personne qui veut offrir des produits d'assurance qu'elle affiche une certaine compétence et des connaissances en matière d'assurance<sup>232</sup>.

La modification proposée à l'article 27 LDPSF n'y change rien. Certes, on y lirait désormais que le représentant doit «conseiller adéquatement son client» (et on y reviendra). Mais il s'agit là d'une obligation faite au représentant, or on pourrait désormais être conseiller sans être représentant. Il ne s'agit pas ici que d'un simple déplacement technique d'une obligation, mais d'une modification profonde – et délétère – à l'égard de sa portée, et notamment des personnes qu'elle vise.

Comme si cela ne suffisait pas, les obligations faites au représentant certifié sont elles-mêmes atténuées significativement, et de deux manières, à l'article 27 LDPSF. On réduit le fardeau qui lui incombe à l'égard de la détermination de la situation de son client et, surtout, on altère profondément l'étendue de son devoir envers ce dernier.

D'abord, le nouveau libellé de l'article 27 supprimerait l'obligation faite au représentant de «recueillir personnellement les renseignements nécessaires lui permettant d'identifier les besoins d'un client». Cette règle comporte de nombreux avantages. Le représentant, doté de l'expertise requise, peut s'assurer de poser toutes les questions pertinentes ou de réagir adéquatement, même si la conversation prend un tour inattendu, ce que ne pourrait pas nécessairement faire un simple préposé ne détenant pas l'expertise requise. Le représentant peut même recueillir à l'occasion des informations délicates, que le client acceptera de partager exclusivement avec le «professionnel» avec qui il fait affaire. D'autre part, il ne pourra pas objecter par la suite que le client a peut-être fourni

<sup>232</sup> *Loi amendant la Loi des assurances de Québec au sujet des agents d'assurance*, 7 Geo V (1916), c. 46, introduisant notamment dans les statuts refondus de 1909 un nouvel article 6960c en vertu duquel «une licence d'agent» pouvait être accordée à une personne qui, dans sa demande, mentionnait ses qualités, «sa compétence et la connaissance qu'il a des affaires d'assurance». C'était bien peu, mais c'est bien davantage que ce qu'on exigerait désormais des personnes pouvant en toute légalité fournir des conseils en assurance au Québec.

une information à son personnel, mais qu'elle ne lui a pas été transmise ou qu'on ne lui en a pas bien communiqué la teneur ou la portée: il lui appartient, personnellement, de constituer le dossier, de savoir et de s'assurer qu'il a bien compris.

Par ailleurs et si la représentante doit présentement identifier personnellement les besoins de son client, c'est «afin de lui proposer le produit d'assurance qui lui convient le mieux», conclut l'article 27 actuel. L'obligation faite à la représentante est par conséquent limpide, et onéreuse: elle doit offrir le meilleur produit, compte tenu de toutes les circonstances. Cela s'apparente fort à une obligation de résultat. Par contre, le nouvel article 27 se montrerait bien plus indulgent, puisque le représentant n'aurait pour obligation que de «conseiller adéquatement» son client. On passe ainsi de l'offre du meilleur produit à un conseil de qualité acceptable là où on a la bonne fortune d'échanger avec un représentant certifié<sup>233</sup>. On ne voit pas comment la consommatrice gagne à cet allègement spectaculaire de l'obligation impartie au représentant.

On voudra peut-être opposer que l'article 59 de la *Loi sur les assureurs* obligerait l'assureur recourant aux services d'une personne physique en vue de souscrire un contrat d'assurance à sauf retenir les services d'un représentant certifié, sauf exceptions. On note cependant que la notion de «souscription» est très rarement utilisée tant dans le PL 141 que dans la LDPSF, et ce n'est pas sans raison. Son sens est en effet très limité. On entend par «souscription» «l'apposition par une personne de sa signature au bas d'un document pour signaler son engagement»<sup>234</sup>. Souscrire, c'est signer. À l'étape de la signature du contrat, l'assureur devra donc recourir à un représentant; rien ne paraît toutefois l'empêcher de confier les étapes préalables de démarchage et de conseil à d'autres personnes, qui auront préparé l'opération. Au stade de la signature, il paraît peu probable que la consommatrice se mette soudainement à poser une foule de questions à un représentant qui n'aurait plus, de toute manière, que l'obligation de la «conseiller adéquatement». Psychologiquement, elle a déjà pris sa décision; la présence du représentant aux fins de la signature n'y changera généralement rien. Et on pourrait alors confiner les représentants à la tâche un peu servile de porte-plume, sans plus.

Permission tacitement accordée à quiconque de donner des conseils en assurance, même contre rétribution; dilution de la qualité des renseignements servant à formuler une recommandation; et (ceci découlant peut-être de cela) passage d'une obligation de résultat à une obligation de diligence «adéquante». Voilà sommairement ce que propose le PL 141 en matière de distribution par représentant. On reviendra d'autre part à la sous-

<sup>233</sup> Et on notera au passage que le nouvel article 39 LDPSF réduira aussi l'obligation du représentant de confirmer lors d'un renouvellement de contrat d'assurance que le contrat correspond toujours aux besoins du client: il ne devrait le faire que si le contrat comporte une modification autre que la prime. En d'autres termes, la variable contrôlant l'obligation de diligence du représentant devient la modification substantive du contrat, et non plus la modification des circonstances de l'assuré, constatée à chaque renouvellement. Pour une illustration des risques que cette modification comporte et de l'utilité de l'actuel libellé législatif, on pourra voir *Centre prévention suicide de la Haute-Yamaska c. Lambert, Jutras Assurances inc.*, 2006 QCCS 838, confirmé sur le banc *sub nom. Lambert, Jutras Assurances inc. c. Centre prévention suicide de la Haute-Yamaska*, 2008 QCCA 760..

<sup>234</sup> Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*. 5<sup>e</sup> éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 2015. 886 p. P. 595. Reid donne précisément l'exemple de la souscription d'un contrat d'assurance. On retient la même définition en France: Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 11<sup>e</sup> éd. Coll. Quadriges. Paris, PUF, 2016. 1101 p. P. 982.

section 4.5.4 à la problématique de l'abolition de la Chambre de l'assurance de dommages et de la Chambre de la sécurité financière. Notons simplement pour le moment qu'elle participe manifestement du même mouvement d'érosion du régime.

On a peine à comprendre pourquoi le législateur envisage une telle orientation. On a bien entendu ouï quelques commentaires relatifs à une prétendue difficulté d'encadrer une obligation de conseil alors que la belle-famille n'en est pas avare, mais on a noté à la sous-section 3.2.3.2.2.3 que cette objection ne tient pas. Il n'existe pas à notre connaissance d'étude documentée qui ait démontré que l'application de la LDPSF depuis vingt ans pose à l'industrie des problèmes si insurmontables qu'on doive impérativement sabrer dans les obligations imparties aux personnes qui peuvent donner des conseils en matière d'assurance ou qui peuvent agir comme représentants. Et donc, pourquoi?

Parce qu'il faut aménager un régime particulier à l'égard de la distribution en ligne, ce à quoi on reviendra? Mais on aurait parfaitement pu le faire sans démolir le régime général de la représentation et les obligations faites aux représentants.

Parce que le légiste a été distrait et n'a pas mesuré la portée des «petites» modifications qu'il envisageait? Il faudrait alors s'inquiéter très sérieusement.

Nous sommes donc à court d'explications. Nous ne pouvons plus en imaginer qu'une seule, que nous préfererions ne pas envisager. C'est que l'industrie de l'assurance souhaite pouvoir offrir des produits en recourant à du personnel moins coûteux, plus facile à remplacer, et plus malléable parce qu'il ne sera pas assujéti à des obligations déontologiques. On a eu l'an dernier un aperçu de ce que cela peut donner dans le secteur bancaire, où des dizaines d'employés de banques ont affirmé (au péril de leur carrière dans cette industrie) que leur employeur avait exigé qu'ils fournissent des produits à des consommateurs pour qui ces produits ne convenaient pas<sup>235</sup>. On se trouverait ainsi dans une situation où le législateur choisirait d'alléger certains irritants perçus dans le marché du côté de l'offre, au détriment manifeste des acteurs qui, dans ce marché, se trouvent du côté de la demande, soit les consommateurs. Avec le plus grand respect, cela nous paraît inacceptable.

Le régime actuel n'est pas idéal. Dans le cadre de l'enquête que nous avons effectuée auprès des associations de consommateurs en décembre dernier, ces dernières ont évoqué une kyrielle de problèmes qu'elles observent dans le marché. On parle par exemple de pratiques abusives liées à la sollicitation à domicile, et on suggère d'insérer dans la législation des règles analogues à celles qu'on trouve dans la *Loi sur la protection du consommateur* en matière de résolution ou de résiliation du contrat conclu à domicile. On souhaiterait, plus généralement, un tel délai de résolution dans tous les cas (et on pourrait incidemment s'inspirer à cet égard de l'expérience française précitée)<sup>236</sup>. On évoque des

<sup>235</sup> On verra entre autres à cet égard Agence de la consommation en matière financière du Canada. *L'ACFC examinera les pratiques commerciales dans le secteur des services financiers sous réglementation fédérale*. Ottawa, ACFC, 15 mars 2017. Communiqué de presse. Consulté au [https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/nouvelles/2017/03/l\\_acfc\\_examineralespratiquescommercialesdanslesecteurdesservices.html?undefined&wbdisable=true](https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/nouvelles/2017/03/l_acfc_examineralespratiquescommercialesdanslesecteurdesservices.html?undefined&wbdisable=true).

<sup>236</sup> L'article 20.1 LDPSF permet depuis 2009 à l'AMF d'adopter un règlement déterminant les circonstances où le client peut résoudre un contrat d'assurance, outre les cas de résolution d'un

pratiques abusives de vente d'assurance à des nouveaux arrivants au Québec. On signale que la faculté de résiliation pour retard de paiement est parfois exercée par l'assureur sans aucun ménagement et sans préavis, de sorte qu'il faudrait l'encadrer. On s'inquiète de situations où l'assureur conclut un contrat, puis y met fin quelques jours ou quelques semaines plus tard, pour des motifs parfois nébuleux, et ce notamment dans des cas où la consommatrice est contractuellement requise de s'assurer, comme c'est généralement le cas en matière d'obtention de crédit hypothécaire. On aurait pu faire œuvre extrêmement utile en s'attaquant à de tels dérèglements du marché. On préfère apparemment laisser libre cours à des fournisseurs avides d'être affranchis de quelques règles qui les incommode apparemment.

En définitive, on accroît les asymétries, informationnelles notamment, en réduisant la garantie que les consommateurs seront adéquatement conseillés. On augmente ce faisant le risque juridique, et notamment celui que la consommatrice se trouve mal assurée, tout en diminuant les obligations imparties aux représentants. Ces normes sont inadéquates. On génère de ce fait des externalités négatives, tandis que les fournisseurs pourront épargner certains coûts à court terme. Tout cela réduit l'efficacité. L'abolition des chambres portera quant à elle atteinte à l'efficacité des structures réglementaires, ce à quoi on reviendra *infra*.

#### **Modification du régime de distribution par représentant**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficacité                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

#### **4.3.3.2 la distribution sans représentant**

Certains produits d'assurance paraissent relativement simples. Surtout, ils sont souvent proposés à titre d'accessoires à d'autres opérations. On permet donc qu'ils soient distribués par des personnes qui ne sont pas des représentants en bonne et due forme. Nous pouvons concevoir la logique qui sous-tend un tel régime.

On s'en accommodait d'autant que la LDPSF assortit présentement la distribution sans représentant d'une gamme d'obligations qui concourent à policer ce marché. Le distributeur doit remettre à la consommatrice un guide qui décrit le produit, qui «met en relief les exclusions de garantie» et qui explique comment on doit loger une réclamation (article 411 LDPSF). L'assureur doit prendre les mesures nécessaires afin que les distributeurs aient «une bonne connaissance» du guide (article 420), tandis que le

---

contrat d'assurance accessoire à un autre contrat qui peuvent être résolus dans les 10 jours, en vertu de l'article 20. Toutefois et à moins qu'un détail nous ait échappé, l'exercice de ce pouvoir se fait toujours attendre.

distributeur doit notamment former adéquatement le personnel chargé de la distribution auprès du public (art. 429).

Or le PL 141 maintient la distribution sans représentant, mais il élimine tous ces garde-fous. On abroge en effet, entre autres, les articles 411, 420 et 429. On ne les remplace par rien du tout, sinon une obligation faite à l'assureur qui devrait assumer la responsabilité des actes posés par les distributeurs, en vertu de l'article 65 de la nouvelle *Loi sur les assureurs*, qui serait instituée par l'article 3 du PL 141. Il s'agit là d'une substitution d'obligations qui n'en est pas vraiment une.

Dans le régime actuel, la loi prescrit qu'on doit remettre de l'information à la consommatrice à l'égard de certaines questions déterminées. La loi oblige l'assureur à former les distributeurs. La loi oblige ce dernier à former son personnel. On a par conséquent établi une série d'obligations, en amont, qui visent à informer la consommatrice adéquatement, et donc à prévenir le plus possible les erreurs. L'assureur et le distributeur qui ne se conforment pas à leurs obligations légales sont passibles de sanctions.

On passe de ce régime préventif et sanctionné pénalement à un régime curatif. La consommatrice lésée pourrait exercer un recours contre l'assureur après avoir subi un préjudice<sup>237</sup>. Le législateur présume apparemment que l'assureur, pétrifié par la crainte de tels recours, mettra le plus grand soin à former ses distributeurs et à exiger d'eux qu'ils aient un comportement exemplaire. Bien sûr, l'assureur aura plutôt intérêt à se ménager de bonnes relations avec les distributeurs, sachant bien qu'il ne fera que très exceptionnellement l'objet de recours par des consommateurs qui devraient s'acquitter d'un fardeau considérable pour démontrer que le préposé d'un distributeur a commis une faute imputable à l'assureur lui-même. Alors qu'on le sait démuni, on dit au consommateur: «débrouille-toi, avec moins d'outils qu'auparavant»<sup>238</sup>.

Pour tout arranger, en vertu de l'article 534 du PL 141, qui ajoute un nouvel alinéa 424 4.1° LDPSF, on consent législativement aux intervenants du monde des véhicules hors-route la garantie qu'ils pourront faire de la distribution sans représentant, alors que les autorités réglementaires compétentes ont toujours conclu, depuis près de vingt ans, que cette désignation n'était pas appropriée. On ne voit pas tous les jours le législateur

<sup>237</sup> Encore faut-il que la faute du distributeur soit liée à la souscription du produit ou à l'adhésion de la consommatrice; or, selon des données compilées par l'AMF en 2010, seuls 45% des comportements fautifs répertoriés relevaient de ces catégories. C'est dire que le nouvel article 65 ne serait d'aucune aide à 55% des consommateurs. L'AMF notait du même souffle que seuls 15% des assureurs effectuaient des contrôles adéquats à l'égard des pratiques des distributeurs: Autorité des marchés financiers. *Consultation relative à la distribution sans représentant*. Québec, Autorité des marchés financiers. 20 p. P. 10. Consulté au <https://lautorite.gc.ca/fileadmin/lautorite/consultations/assurance-planification-financiere/2010nov25-dist-sans-representant-fr.pdf>.

<sup>238</sup> Faut-il ajouter que l'article 510 du PL 141 abrogerait l'article 187 LDPSF, de sorte que l'AMF se trouverait privée de l'obligation de recevoir les plaintes visant les distributeurs et du pouvoir d'enquêter à leur égard, d'en saisir l'assureur et le distributeur, et de faire publiquement rapport des plaintes de nature civile qu'elle a reçues? Moins de pouvoir à l'AMF, moins d'information pour le public, moins d'outils pour intervenir. Un peu plus, et on croira entendre le thème récurrent d'une tarentelle...

accorder ainsi, dans un projet de loi à vocation globale, un avantage à une catégorie spécifique de fournisseurs.

On choisit donc d'éliminer des obligations explicites d'information, ce qui accroîtra évidemment les asymétries informationnelles. Tout en ménageant sur les coûts d'information et de formation, l'industrie déplace le risque d'erreur et ses conséquences vers les consommateurs, tout en augmentant le risque juridique lié notamment à des contrats d'assurance qui seraient inadéquats et à la difficulté de départager les responsabilités entre tous ceux qui font partie de la chaîne de distribution. Les normes seront moins adéquates et plus confuses. On augmente le risque que le consommateur, mal informé, soit plutôt guidé par des considérations moins que classiquement rationnelles. Enfin, on court-circuite, sans motif apparent, les structures réglementaires compétentes à l'égard du secteur des véhicules hors-route.

Certes, le régime actuel est perfectible; l'AMF le constatait déjà en 2010 et formulait certaines recommandations, qu'on ne retrouve pour la plupart pas dans le PL141<sup>239</sup>. On pourrait informer mieux, plus simplement, plus efficacement. On pourrait aménager plus clairement les responsabilités des distributeurs. Dans le cadre de notre enquête auprès des associations de consommateurs, les associations évoquent des problèmes fréquents liés aux régimes d'assurance associés à des cartes de crédit, à l'assurance-prêt ou à l'ouverture d'un compte de nature bancaire. Plus globalement, il faudrait se pencher sur la problématique des ventes liées, inadéquatement encadrée dans le secteur financier québécois<sup>240</sup>. On pourrait améliorer le régime, mais on n'en fait rien. On en maintient la coquille, mais on l'éviscère de tout ce qui déplaît à l'industrie et qui protège les consommateurs.

Ici encore, nous sommes à court d'explications, sinon que l'industrie veut réduire ses coûts et alléger ses processus, au détriment de la protection des consommateurs. On ne s'étonnera pas de notre inquiétude, et de notre désaccord.

### **Modification du régime de distribution sans représentant**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

<sup>239</sup> Autorité des marchés financiers. *Consultation relative à la distribution sans représentant*, op. cit. L'AMF proposait d'améliorer le guide, et non de le supprimer; de prolonger à 30 jours la durée de la période de résolution du contrat; d'inspecter les distributeurs; et de tenir les assureurs responsables de tous les actes des distributeurs.

<sup>240</sup> En particulier, l'article 18 LDPSF, qui les encadre dans une certaine mesure, ne s'applique qu'au représentant. En cas de distribution sans représentant ou en ligne, ou d'acte posé par un assureur autrement qu'en recourant à un représentant, toutefois, les règles nous semblent plus nébuleuses.

#### 4.3.3.3 la distribution en ligne

Il y a vingt ans qu'on a fondé Google... et le web a maintenant envahi nos vies. Comme on l'a noté *supra*, les consommateurs y effectuent maintenant des opérations dans de nombreux domaines, y compris celui des services financiers. Voudrait-on s'y opposer que nous referions le constat du roi Knut le grand à l'égard de la marée<sup>241</sup> mais, de toute manière, nous ne sommes pas luddites. Il s'agit donc d'aménager la distribution en ligne de manière à protéger adéquatement les consommateurs. Hélas, là également, le PL 141 échoue spectaculairement.

La volonté du législateur ne fait pas de doute: on veut permettre et faciliter la distribution en ligne. En témoigne la modification à l'article 27 LDPSF, déjà évoqué, qui permet la cueillette de renseignements auprès de la consommatrice autrement que par un rapport personnel, et donc notamment par voie automatisée. Les articles 70 et 82 LDPSF modifiés permettraient au cabinet d'agir sans représentant<sup>242</sup>, tandis que l'article 71.1 modifié permettrait pour sa part au cabinet d'offrir<sup>243</sup>, «sans l'entremise d'une personne physique» des produits dans une discipline, pour autant qu'il emploie au moins un représentant pouvant pratiquer dans la discipline pertinente. On ne peut au passage écarter le risque de l'embauche de représentants de convenance: il suffirait qu'un fournisseur comptant des milliers d'employés et concluant tous les jours des centaines de contrats en ligne emploie un représentant<sup>244</sup> pour qu'il se conforme à la loi. Bien sûr, cette obligation ne garantit en soi ni que ce représentant participera à la conception de l'offre, ni que des consommateurs pourront le rejoindre, ni que les personnes que les consommateurs pourraient rejoindre afin d'obtenir des informations ou des conseils soient des représentants. Mais, on l'a vu à la sous-section 4.3.3.1, on n'aurait de toute manière plus besoin d'être représentant pour être conseiller.

D'autre part et comme on l'a également noté à la sous-section 4.3.3.1, l'article 59 de la *Loi sur les assureurs* permettrait à l'assureur de souscrire une assurance sans l'intervention d'une personne physique. Il devrait simplement, en vertu de l'article 62 de cette Loi, «veiller à ce que le preneur [...] soit informé en temps utile des renseignements nécessaires à une prise de décision éclairée et à l'exécution du contrat». L'obligation de l'assureur relève de l'information et non du conseil; la responsabilité de prendre la bonne

<sup>241</sup> Un historien du 12<sup>e</sup> siècle, Henry of Huntingdon, a popularisé le récit selon lequel le roi Knut le grand, un siècle plus tôt, aurait démontré à sa cour l'humilité qui sied à un roi en commandant à la marée de s'arrêter, sachant qu'il ne serait pas obéi. La version la plus fréquente du récit de nos jours fait plutôt de Knut un personnage arrogant, qui croyait vraiment pouvoir en imposer aux éléments, comme d'autres croient pouvoir ériger des murs...

<sup>242</sup> On verra aussi les modifications aux articles 150, 154 et 157 LDPSF proposées par les articles 507 à 509 du PL 141. Dans tous les cas, il s'agit de supprimer l'obligation de recourir à une personne physique.

<sup>243</sup> On se souviendra au passage qu'en vertu des articles 1386 et 1388 du *Code civil du Québec*, l'offre constitue l'étape précédant immédiatement la conclusion du contrat: dans le contexte qui nous intéresse, on vise donc la formulation d'une proposition qui, dès que la consommatrice l'aura acceptée, liera juridiquement les parties, sans qu'il y ait eu d'intervention humaine du côté du fournisseur.

<sup>244</sup> Par contre, le libellé paraît exclure qu'il s'agisse d'un associé dans une société autonome au sein de la LDPSF. On introduit là une distinction, peut-être accidentelle, entre modes d'organisation juridique des fournisseurs dont on ne saisit pas la pertinence.

décision, elle, se trouve purement et simplement déplacée vers le preneur, i.e. le consommateur, i.e. la personne la plus vulnérable dans l'équation. Il faut presque admirer une certaine élégance dans la manière par laquelle le PL 141 dépouille discrètement l'assureur et le représentant (qui n'en peut mai) de leurs obligations, pour en charger le consommateur.

Mais, objectera-t-on peut-être, l'AMF pourra en vertu de l'article 202.2 de la LDPSF, inséré par l'article 515 du PL 141, déterminer par règlement les renseignements et les documents qu'un cabinet (y compris un assureur) agissant sans l'entremise d'une personne physique doit fournir au client. Le cabinet ne jouirait donc pas d'une liberté totale... Encore faut-il voir si et comment l'AMF exercerait ce pouvoir. Encore faut-il voir aussi qu'il ne vise que les types de renseignements qui devraient être fournis et leur forme, et que le pouvoir d'établir des distinctions n'est établi qu'entre disciplines, et non en fonction par exemple des circonstances dans lesquelles un contrat d'assurance est négocié. En d'autres termes, ce pouvoir réglementaire permettrait à l'AMF d'établir qu'en matière d'assurance habitation, par exemple, l'assureur doit fournir des renseignements sur la prime et la couverture dans un document d'au plus deux pages; on ne voit pas comment il lui permettrait d'établir, par exemple, qu'une consommatrice peut exiger de parler à une personne physique, *a fortiori* à un représentant dûment certifié.

De toute manière, cette faculté de consulter une personne physique en cas de conclusion en ligne d'un contrat d'assurance serait établie par l'article 67 de la nouvelle *Loi sur les assureurs*. Soulignons toutefois qu'on utilise précisément l'expression «personne physique»; si le législateur souhaitait que la consommatrice puisse échanger avec un représentant, il lui aurait été extrêmement facile d'utiliser cette expression précise. Il a plutôt opté pour la permissivité: l'assureur pourra mettre au bout de la ligne qui il veut<sup>245</sup>.

Signalons quand même un ersatz de bonne nouvelle: le consommateur qui aura conclu un contrat en ligne pourra le résoudre dans les dix jours suivant la réception de la police, en vertu de l'article 64 de la *Loi sur les assureurs*. C'est bien, mais c'est court, cela ne s'applique sans doute pas au contrat conclu en ligne auprès d'un cabinet qui n'est pas un assureur et le libellé du texte comporte une ambiguïté quant à la détermination de la partie qui doit avoir conclu le contrat autrement que par l'entremise d'un représentant.

Notons au passage qu'on ne dit pratiquement rien des sites de comparaison d'assurance, qui peuvent pourtant poser des difficultés importantes<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Le libellé de l'article 67 comporte aussi cette ambiguïté qu'on ne sait trop si la consommatrice peut consulter une personne physique au moment de la remise de la police (et donc après la conclusion du contrat), ou tout le long du processus menant à l'échange des consentements.

<sup>246</sup> Sinon peut-être par l'entremise du nouvel alinéa ajouté à l'article 71 LDPSF (dans lequel le légiste voudra d'ailleurs noter qu'il manque un «en» en 2<sup>e</sup> ligne, entre «rétribution» et «fonction»), qui assujettit la personne morale recevant une rémunération en fonction de la vente (ce qui est le plus souvent inexact en matière de services financiers, où il n'y a pas de transfert de propriété, mais passons sur cette imprécision juridique) doit s'inscrire auprès de l'AMF. C'est bien peu, puisqu'on n'établit aucune balise quant aux pratiques que devraient adopter ces sites. Par ailleurs, ils peuvent parfaitement être rémunérés en fonction d'autres paramètres que le chiffre d'affaires généré, de sorte que cette bien faible obligation sera de toute manière remarquablement facile à contourner.

Il faut enfin dire un mot d'une problématique comportant une importance particulière en matière d'opérations en ligne, puisque le fournisseur peut se trouver hors du Québec. Le droit québécois s'appliquera-t-il néanmoins? L'article 22 de la *Loi sur les assureurs* prescrirait que l'assureur exerce son activité au Québec (et est donc assujéti au droit québécois) s'il «souscrit un contrat régi par la loi du Québec») ou s'il formule une offre visant une telle souscription. Cela nous renvoie à l'article 3119 du *Code civil du Québec*, qui établit l'application de la loi du Québec au contrat d'assurance terrestre (qui est celui nous intéresse en l'occurrence) lorsque le bien ou l'intérêt assuré se trouve au Québec ou qui est souscrit au Québec par une personne qui y réside, «dès lors que le preneur en fait la demande au Québec ou que l'assureur y signe ou y délivre la police.» Dans la quasi-totalité des cas, le consommateur québécois cherchant à s'assurer en ligne le fera en raison d'un bien ou d'un intérêt situé au Québec, et on pourra sans doute conclure en général qu'il a fait la demande d'être assuré au Québec. Cela soulève cependant une question juridique pour l'instant quasi-insoluble : lorsque le consommateur se trouve au Québec et qu'il communique avec un assureur situé ailleurs, la demande d'assurance est-elle localisée là où elle est formulée, ou là où elle est reçue? Le libellé de l'article 3119 nous fait pencher dans ce cas vers la première interprétation, mais on ne trouve présentement à cet égard aucune certitude juridique. Évidemment et compte tenu du régime proposé par le PL 141, il se pourrait que le consommateur se trouve parfois plus avantage si le droit étranger s'appliquait à son contrat...

À l'analyse, et si on ajoute une comparaison avec les initiatives européennes en matière d'encadrement des services financiers offerts en ligne, force est de constater qu'on fait face ici à ce qui ressemble étrangement à de l'improvisation législative. La distribution en ligne devient plus populaire? Ciel! Que faire? Rien... sauf le laisser-faire, en lâchant la bride aux fournisseurs, au détriment des consommateurs. Car, en disposant de moins d'information et de moins de conseils fiables, ils feront les frais de ce qu'épargneront les assureurs. Rien n'assure qu'ils feront les bons choix, et on remet sur leurs épaules la pleine responsabilité de leurs décisions en matière d'assurance<sup>247</sup>. Pour tout arranger, on n'impose aucune limite aux types d'assurances qui pourraient être obtenus en ligne, quelle que soit la complexité ou la valeur des produits. On s'étonne même que les dispositions projetées soient à divers égards en deçà des recommandations formulées par l'AMF en 2015<sup>248</sup>.

---

Et certains d'entre eux pourraient à terme bénéficier d'un effet de réseau qui leur assurerait un quasi-monopole dans des marchés géographiques.

<sup>247</sup> On notera au passage ce paradoxe qu'en prétendant favoriser la distribution en ligne, le législateur la rendrait en fait nettement plus risquée pour le consommateur, qui devrait donc logiquement ne pas y recourir. Et il finira peut-être, à terme, par s'en rendre compte; on aura alors contribué à réduire l'attrait d'un mode de distribution qui peut comporter des avantages dans certains cas, s'il est bien encadré. En somme, il s'agit ici d'un cas de myopie de la part de l'industrie et du législateur, eux-mêmes victimes d'une heuristique: ils préfèrent le gain à court terme, plutôt que la meilleure solution à long terme. Tous en feront les frais.

<sup>248</sup> Autorité des marchés financiers. *L'offre d'assurance par Internet au Québec – Présentation des résultats de la consultation et orientations retenues*. Québec, Autorité des marchés financiers, avril 2015. 27 p. Consulté au <https://lautorite.gc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/distribution/avis/2015avril02-rapport-assurance-internet-fr.pdf>. On verra aussi Bélanger Krams, *op. cit.*

Les mesures proposées accroîtront les asymétries et les risques juridiques: on n'assure pas la fourniture de conseils là où ils seraient utiles, ni la contribution de représentants qualifiés, et les consommateurs risquent de se trouver mal assurés, tandis qu'on fait porter sur eux la responsabilité de leurs choix: c'est peu dire que la norme sera ici inadéquate. Les processus induiront des externalités négatives pour les consommateurs que les fournisseurs sont en fait nettement plus en mesure d'éviter, et à moindre coût. On pourra proposer de l'assurance par toutes les méthodes de marketing qu'on voudra, sans trop se soucier de déontologie, puisque le représentant ne devra intervenir qu'au moment de la souscription elle-même, et on pourra donc jouer sur tous les facteurs de rationalité non classique.

Il faut encadrer la distribution en ligne, certes. Il faut bien l'encadrer. On en est loin.

#### **Modalités du régime de distribution en ligne**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ◇ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

#### 4.3.3.4 les unions réciproques

Nous ne dirons qu'un mot de la question des unions réciproques, mais elles nous paraissent comporter potentiellement trop de risque pour qu'on les néglige complètement.

Il nous semble qu'il faut dans ce domaine distinguer deux marchés très différents. Nous concevons fort bien que certains acteurs économiques bien informés, disposant de ressources importantes et las de composer avec l'industrie de l'assurance, puissent vouloir recourir à des mécanismes comme les unions réciproques. Là n'est pas ce qui nous inquiète le plus.

Par contre, nous voyons essaimer des régimes d'assurance «pair-à-pair» dont certains sont assimilables à des unions réciproques et qui pourraient vouloir tirer parti du régime qui serait établi en vertu de la *Loi sur les assureurs*. Cette dernière contient toutefois peu de garde-fous à l'égard des risques juridiques et financiers que pourrait comporter une participation à une telle union pour des consommateurs insuffisamment avisés, et peut-être bernés par des promoteurs perfides. Il nous paraît par conséquent que la problématique de l'assurance pair-à-pair devrait faire l'objet d'une attention particulière, et de recherches, de la part de l'AMF et du ministère des Finances, et que le PL 141 devrait comporter sinon des balises particulières, du moins, la délégation claire à l'AMF du pouvoir de mettre en place les mesures de sécurité qui pourraient s'avérer nécessaires afin que les unions réciproques puissent servir là où elles seront utiles, mais ne puissent pas être utilisées afin d'arnaquer des consommateurs ou de les exposer à des risques inutiles. L'établissement de seuils quantitatifs faisant office soit de plafonds, soit de planchers, pourrait permettre d'éviter que des consommateurs ne risquent trop, ou qu'ils ne s'engagent s'ils ne peuvent investir (et risquer) des sommes très considérables.

Plus généralement, il nous paraît cependant que l'émergence des unions réciproques constitue un symptôme préoccupant à l'égard de la santé d'une industrie qui ne paraît plus capable de répondre adéquatement à de nombreux types de demandes, et qu'il y a là également matière à réflexion autant pour les fournisseurs que pour les autorités réglementaires.

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 3.1 que ne soient pas adoptées les mesures du PL 141 inscrites dans la *Loi sur les assureurs* ou modifiant la LDPSF qui altéreraient la notion de «représentant» ou qui permettraient à d'autres personnes physiques que des représentants de donner des conseils en matière d'assurance (à l'exception de celles visées par le régime de la distribution sans représentant);**
- 3.2 que des recherches soient menées par l'AMF ou le ministère des Finances afin de mieux cerner les problèmes reliés à l'assurance qui sont éprouvés par les consommateurs québécois;**
- 3.3 que ne soient pas adoptées les mesures du PL 141 modifiant le régime de la distribution sans représentant;**
- 3.4 que soient conçues des mesures qui permettraient d'améliorer véritablement ce régime et de protéger plus adéquatement les consommateurs qui se procurent de l'assurance par distribution sans représentant;**
- 3.5 que ne soient pas adoptées les mesures du PL 141 inscrites dans les *Loi sur les assureurs* ou modifiant la LDPSF qui permettraient la distribution en ligne;**
- 3.6 que soient conçues des mesures qui permettraient d'accorder une protection adéquate aux consommateurs qui se procurent de l'assurance en ligne;**
- 3.7 que des recherches soient menées par l'AMF ou le ministère des Finances pour mieux comprendre les phénomènes reliés à l'assurance pair-à-pair afin, le cas échéant, de concevoir des mesures qui permettraient d'accorder une protection adéquate aux consommateurs qui participent à ce mode d'assurance ou de prohiber ces régimes.**

#### 4.3.4 l'assurance funéraire

##### 4.3.4.1 un bref historique

L'assurance funéraire a été interdite en 1974 par l'ajout au *Code civil du Bas-Canada* de l'alinéa 2538 a) <sup>249</sup> et cette prohibition a été maintenue par l'article 2442 du *Code civil du Québec*. Les *Commentaires du ministre* relatifs au *Code civil du Québec* justifient cette mesure par le fait que des contrats «ont donné lieu dans le passé à certains abus» <sup>250</sup>,

<sup>249</sup> *Loi sur les assurances*, L.Q. 1974, c. 70, art. 2.

<sup>250</sup> Ministère de la Justice du Québec. *Commentaires du ministre de la Justice – le Code civil du Québec*. Tome II. Québec, Publications du Québec, 1993. Commentaire relatif à l'art. 2442, p. 1535.

raison pour laquelle on a institué le régime actuel des arrangements préalables de services funéraires et de sépulture en 1987<sup>251</sup>.

La Coalition et ses membres sont dans l'ensemble satisfaits de ce mécanisme qui, quoiqu'évidemment perfectible, protège adéquatement les consommateurs. Les autres associations de consommateurs québécoises partagent globalement cette analyse.

Il semble que l'industrie des services funéraires se soit accommodée elle aussi assez bien du dispositif présentement en vigueur pendant plusieurs années, et les consommateurs y auraient d'ailleurs de plus en plus fréquemment recours. Par exemple et selon des données qu'il est malheureusement impossible de confirmer, près de la moitié des clients d'une importante entreprise du secteur funéraire québécoise feraient dorénavant appel à des préarrangements de services funéraires<sup>252</sup>.

On ne trouve pas non plus, que nous sachions, d'étude rigoureuse dans le domaine public indiquant qu'il faille réformer le financement des préarrangements funéraires au Québec.

Et pourtant, dès 2003, le gouvernement du Québec prenait un décret afin de faire une entorse au principe posé par l'article 2442 du *Code civil* et de permettre la distribution du «Régime d'épargne décès» et du «Régime d'assurance-décès» d'un assureur bien précis<sup>253</sup>.

Le gouvernement du Québec revenait à la charge en 2009, en insérant discrètement dans un projet de loi visant principalement des questions relatives à l'encadrement des valeurs mobilières une disposition ayant notamment pour effet d'ajouter au *Code civil du Québec* un nouvel article 2441.1, visant l'assurance funéraire<sup>254</sup>. Cette mesure, qui n'avait fait l'objet d'aucune consultation publique préalable, a donné lieu quelques mois plus tard à des échanges devant la Commission des relations avec les citoyens de l'Assemblée nationale qui laissent entendre que la ministre de la Justice de l'époque, également responsable de l'application de la LAPSFS, ne maîtrisait pas parfaitement la problématique de l'arrimage entre cet amendement au *Code civil* et la LAPSFS, et préférait éluder toute discussion à cet égard – ce qui n'enlève rien au mérite des questions

<sup>251</sup> *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001. Ci-après la «LAPSFS».

<sup>252</sup> *Assurance vie ou préarrangements funéraires?* Conseiller, 27 septembre 2017. Consulté au <http://www.conseiller.ca/nouvelles/assurance-vie-ou-prearrangements-funeraires-63683?imprimer>. Selon la Corporation des thanatologues du Québec, «entre 35 et 40% des décès qui surviennent au Québec» - ou, du moins, qui sont traités par leurs membres - seraient liés à un contrat d'arrangements préalables de services funéraires: Corporation des thanatologues du Québec. *Mémoire de la Corporation des thanatologues du Québec – Projet de loi 141*. Québec, décembre 2017. 25 p. P. 15. Il s'agit du mémoire soumis par la Corporation à la Commission des finances publiques dans le cadre de l'étude du projet de loi 141.

<sup>253</sup> *Décret concernant la désignation des personnes pouvant offrir un produit d'assurance qui ne peut être offert par un distributeur*. D. 635-2003, 4 juin 2003. [2003] 135 G.O. II 2832. On notera incidemment que ce décret ne figure pas dans l'index annuel de la *Gazette officielle*, de sorte qu'il est difficilement repérable.

<sup>254</sup> *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2009, c. 25. La Loi a été sanctionnée le 17 juin 2009. On verra les articles 48 à 51.

alors soulevées<sup>255</sup>. On ne s'étonnera pas dans ce contexte que l'article 2441.1 du *Code civil* ne soit jamais entré en vigueur.

Et voici que, à nouveau sans consultation préalable ni tambours ou trompettes, on trouve aux articles 599 à 603 du PL 141 des propositions visant à autoriser l'offre d'assurance de frais funéraires. Sans doute faut-il prendre acte de la remarquable ténacité de l'industrie de l'assurance et de la bienveillance persistante du ministère des Finances du Québec à son égard; il n'en reste pas moins que le régime proposé nuirait significativement aux intérêts des consommateurs québécois, et qu'il faut plutôt réitérer la prohibition en droit québécois de l'assurance de frais funéraires.

Mais peut-être ne faut-il pas s'étonner de cet entêtement de l'industrie de l'assurance. L'évolution démographique du Québec, marquée par le vieillissement de sa population et la croissance du nombre annuel de décès, en fait un marché particulièrement alléchant. La vulnérabilité psychologique des consommateurs en matière de gestion des questions entourant la mort peut d'autre part les rendre sensibles à tous les arguments et les inciter à prendre des décisions précipitées, qui ne seraient fondées que sur une mensualité en apparence plus raisonnable que le coût des arrangements préalables.

La Corporation des thanatologues du Québec<sup>256</sup> évoque pour sa part quelques motifs justifiant son soutien à l'introduction de l'assurance de frais funéraires. On fait allusion à la stagnation du marché (p. 7) et à la présence de l'assurance-vie dans le marché (p. 3), tout en glissant rapidement sur des facteurs comme la gestion du risque de crédit (p. 9) et du risque relié à la hausse des prix au fil des ans (p. 10). Quand on réduit ces motifs à leur essence, cet organisme invoque au fond l'échec des activités de marketing de ses membres, la concurrence des produits d'assurance-vie traditionnels et la volonté de réduire les risques financiers en les déplaçant vers l'assureur et le consommateur. Pour notre part, nous ne voyons rien là qui justifie la réforme proposée; nous notons également que la Corporation ne dit rien de l'impact potentiel de la mise en place de l'assurance de frais funéraires sur les revenus de ses membres; nous en déduisons qu'à tout le moins, elle ne craint donc pas de réduction de ces revenus – et peut-être en espère-t-elle discrètement une hausse...

Plus globalement et lorsqu'on en fait une analyse détaillée, toutefois, on constate à l'évidence que le régime d'assurance de frais funéraires proposé risque fort de constituer un piège pour les consommateurs, et notamment pour ceux qui sont les plus vulnérables.

---

<sup>255</sup> On verra le Journal des débats de la Commission des relations avec les citoyens de l'Assemblée nationale du 17 novembre (<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/crc-39-1/journal-debats/CRC-091117.html>) et du 24 novembre 2009 (<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/crc-39-1/journal-debats/CRC-091124.html>); on trouvera facilement les passages pertinents en faisant une recherche dans le texte avec le mot «funéraire».

<sup>256</sup> dont il faut toutefois signaler qu'elle représente à peine un peu plus de la moitié de l'industrie: selon le mémoire précité de la Corporation, ses membres «occupent près de 55% du secteur funéraire québécois» (p. 6).

#### 4.3.4.2 le régime actuel et ses avantages

En vertu de l'article 3 de la LAPSFS, seul un directeur de funérailles<sup>257</sup> peut conclure un contrat visé par le régime qu'elle établit. Les pratiques reliées à l'offre de ces contrats sont rigoureusement encadrées, puisque le «vendeur» doit notamment obtenir une autorisation expresse avant de se présenter au domicile d'un consommateur, il doit le quitter sur demande, sa visite ne peut dépasser deux heures, il ne doit invoquer que des arguments économiques vérifiables, toute information doit être remise au consommateur dans un langage compréhensible pour lui (ce qui établit un seuil de compréhensibilité subjective exceptionnel en droit québécois), et aucune sollicitation ne peut être faite dans certains lieux (comme les hôpitaux et les centres d'accueil) ou à partir de listes de personnes ayant séjourné dans de tels lieux, sauf exceptions, ni auprès de personnes qui viennent de perdre un proche. On ne peut non plus offrir de cadeau, ou effectuer de la sollicitation téléphonique<sup>258</sup>.

Le contenu des contrats régis par la LAPSFS est aussi spécifiquement encadré et, en particulier, il ne peut contenir aucune clause d'indexation, en vertu de l'article 9 de la Loi. Le consommateur peut résoudre le contrat en tout temps et il récupérera les sommes payées, sous réserve dans certains cas d'une pénalité équivalant à dix pour cent (10%) du prix<sup>259</sup>. Les sommes versées par le consommateur sont conservées dans un compte en fiducie et sont insaisissables. Les dispositions de la LAPSFS sont d'ordre public, en vertu de ses articles 46 et 47, et l'article 48 allège les formalités en matière de preuve au bénéfice du consommateur. Dans certains cas où le directeur de funérailles a contrevenu à la Loi, le consommateur aura droit non seulement à la réparation du préjudice subi, mais aussi à des dommages-intérêts punitifs, en vertu de l'article 56 LAPSFS.

En somme, la consommatrice prévoyante qui veut régler dès maintenant ses arrangements funéraires fait affaires avec une seule entreprise, bénéficie de mesures encadrant les représentations qui peuvent lui être faites, sait précisément quels services seront fournis et sait qu'ils seront disponibles dès la conclusion du contrat, sait exactement combien elle devra payer (puisque'il ne peut y avoir d'indexation), peut résoudre le contrat en tout temps, peut dans ces cas récupérer la plus grande partie (sinon

<sup>257</sup> Cette désignation sera remplacée par celle d'«entreprise de services funéraires» en vertu de l'article 109 de la *Loi sur les activités funéraires*, L.Q. 2016, c. 1<sup>er</sup>, mais cette modification de forme (et les quelques autres qui découlent de cette nouvelle Loi) n'aura pas d'impact sur notre propos. La Loi a été sanctionnée le 17 février 2016. On utilisera ici la terminologie présentement en vigueur.

<sup>258</sup> Ces règles sont établies par l'engagement volontaire étendu par le *Décret concernant l'adoption de règles de conduite en matière de vente d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture par commerce itinérant*, RLRQ c. P-40.1, r. 1. La contravention commise par le représentant engage automatiquement la responsabilité civile du directeur de funérailles qui recourt à ses services.

<sup>259</sup> À cet égard, le régime établi par la LAPSFS s'apparente pratiquement à une forme d'épargne forcée, que la consommatrice peut récupérer en cas de difficulté financière, quitte bien sûr à perdre le bénéfice du contrat d'arrangements préalables qu'elle avait conclu et du prix qu'elle avait obtenu. Mais cette faculté comporte aussi des avantages lorsque la consommatrice déménage dans une autre région (ou un autre pays), par exemple, de sorte que le contrat d'arrangements préalables conclu ne pourrait plus correspondre aux besoins reliés à son décès. Troisième avantage, la faculté de résolution accroît le potentiel de concurrence, puisque la consommatrice peut changer de fournisseur sans encourir de pertes excessives; nous y revenons *infra*.

la totalité) de la somme versée et sait que la somme qu'elle a investie est conservée dans un compte en fiducie. Il s'agit par conséquent d'un régime simple et efficient, qui facilite la concurrence entre des prestataires qui sont tous assujettis aux mêmes règles<sup>260</sup>, qui atténue les conséquences de l'asymétrie informationnelle entre fournisseur et consommateur et qui donne de solides assurances à l'égard de l'éventuelle conformité du fournisseur à ses obligations contractuelles.

Les indications dont nous disposons nous laissent croire que ce régime fonctionne relativement bien. En particulier, l'un des organismes membres de la CACQ offre régulièrement des ateliers d'information sur les questions liées au décès et a rejoint près de deux cents personnes dans ce cadre autour des deux premières années. Cela lui a permis de constater que les personnes préoccupées par ces questions sont souvent âgées, et à faible revenu; elles sont particulièrement vulnérables, surtout quand il s'agit de discuter de questions de cette nature. Lorsqu'elles sont bien informées, toutefois, elles peuvent magasiner plus adéquatement, et faire jouer la concurrence. Certains fournisseurs en particulier, parfois reliés au mouvement coopératif, offrent des services tout à fait adéquats à des prix assez abordables, même pour des personnes à faible revenu. On ne saurait exclure au passage que cette concurrence croissante au plan des prix puisse inciter certains acteurs de l'industrie à vouloir maximiser leurs revenus en tentant de générer des commissions d'assurance qui pourraient leur sembler plus alléchantes que le rendement permis par la LAPSFS sur un capital relativement petit. Dans l'ensemble donc, les consommateurs paraissent satisfaits du régime actuel.

Il faut d'autre part dire un mot au passage d'un épouvantail soulevé par la Corporation des thanatologues dans son mémoire. Elle souligne en effet que plus de quarante pour cent «du montant total des transactions effectuées au Québec par des membres de la Corporation» avec leurs clients et utilisant les services de la Fédération des Caisses Desjardins du Québec à titre d'acquéreur ou de fournisseur de crédit en 2013 et 2014 auraient été acquittées «avec une carte de crédit Visa Desjardins ou un financement Accord D», de sorte que la Corporation pointe vers le spectre du surendettement<sup>261</sup> en matière de préarrangements funéraires. Ceci ne permet cependant pas de conclure à cela, et pour deux raisons.

D'abord, les données divulguées par la Corporation visent «le montant total des transactions» effectuées par ses membres, ce qui inclut évidemment celles qui visent à régler des services requis et obtenus après le décès, et non pas seulement les arrangements préalables de services funéraires. Ensuite et surtout, on sait que les Canadiens (et les Québécois) requièrent de plus en plus à la carte de crédit non pour obtenir du crédit, mais simplement pour bénéficier des avantages liés aux programmes de fidélisation. Il est en effet établi que les deux tiers des consommateurs paient intégralement le solde de leur carte de crédit à la fin du mois<sup>262</sup>. Davantage, le coût d'un

<sup>260</sup> Sous cette réserve que le régime de la LAPSFS ne s'applique présentement pas aux cimetières religieux, une exception qu'il y aurait peut-être lieu de revoir; on y revient *infra*.

<sup>261</sup> Corporation des thanatologues du Québec, *op. cit.*, p. 14.

<sup>262</sup> Association canadienne des paiements. *Canadian Payment Methods and Trends 2016*. Ottawa, Association canadienne des paiements, novembre 2016. 24 p. P. 11. Disponible au [https://www.payments.ca/sites/default/files/cpmt\\_report\\_english.pdf](https://www.payments.ca/sites/default/files/cpmt_report_english.pdf). La tendance relative au

contrat de préarrangements funéraires excédera souvent le transit autorisé relié à une carte de débit, mais pourra sans difficulté être porté sur la carte de crédit de la consommatrice: une simple règle administrative oriente par conséquent la consommatrice vers l'utilisation de sa carte de crédit, plutôt que de débit. Par ailleurs, les données de la Corporation elles-mêmes indiquent que le recours à un régime axé spécifiquement sur le crédit est marginal. Il est donc tout simplement impossible de conclure du seul fait que les consommateurs paient par carte de crédit qu'ils glissent vers les affres de la détresse financière. Par contre, le paiement pendant des dizaines d'années peut-être d'une prime destinée à faire face à des prix qui évolueront de manière imprévisible comporte assurément, lui, une part de risque financier non négligeable.

#### 4.3.4.3 le régime proposé

Si nous comprenons bien le régime proposé dans le PL 141, le contrat d'assurance de frais funéraires viserait le versement d'une prestation servant à acquitter le prix des biens ou des services prévu dans un contrat d'arrangements préalables<sup>263</sup> qui lui serait associé<sup>264</sup>. Cette prestation devrait être au moins égale au prix des services convenus dans des contrats d'arrangements préalables, mais peut lui être supérieure, en vertu du nouvel article 18.1 ajouté à la LAPSFS par l'article 602 du PL 141. En vertu de la même disposition, le prix fixé dans le contrat d'arrangements préalables sera toutefois indexé annuellement en fonction de l'indice des prix à la consommation<sup>265</sup>. Par ailleurs et toujours en vertu de cet article 18.1, la prestation de l'assureur sera plafonnée au montant

---

recours systématique à la carte de crédit, surtout pour des paiements de consommation d'une certaine ampleur, est confirmée par l'édition 2017 de cette publication, *op. cit.*, pp. 10-11, 16-17.

<sup>263</sup> Pour alléger le texte, on entendra par «arrangements préalables» tant ceux visant les services funéraires que ceux visant la sépulture.

<sup>264</sup> PL 141, art. 600, ajoutant un nouvel alinéa 2 6° à la LAPSFS. Notons que cette définition est différente de celle établie par l'article 2441.1 CCQ, qui n'est pas en vigueur, et selon lequel la prestation d'assurance est destinée à acquitter, *en tout ou en partie*, les frais funéraires convenus dans un contrat d'arrangements préalables. Se pose donc évidemment la question de la concordance entre les textes et de la survie de l'article 2441.1 CCQ, qui deviendrait apparemment inutile mais que le projet de loi 141 ne propose pourtant pas d'abroger. Nous notons d'autre part que l'obligation faite à l'assureur par le troisième alinéa de l'article 2441.1, i.e. qu'il veuille à ce que «la prestation qu'il verse serve effectivement à acquitter les frais funéraires convenus», ne paraît pas se retrouver dans les dispositions proposées dans le projet de loi 141; s'il nous semble improbable que les assureurs aient joué ce rôle de contrôle avec toute la diligence souhaitable, la question de fond demeure: qui veillera au respect des volontés du défunt? L'AMF? La présidente de l'Office de protection du consommateur?

<sup>265</sup> Cette indexation des prix devient nécessaire en l'occurrence. C'est que le régime actuel permet au directeur de funérailles de bénéficier du rendement des sommes versées par la consommatrice, et placées en fiducie, ce qui compense pour l'inflation; par contre et en matière d'assurance, c'est l'assureur qui bénéficie de ce rendement, tandis que le directeur devra faire face lors du décès à l'obligation de rendre les services prévus au contrat, aux coûts applicables à ce moment. En somme, dans le régime établi par la LAPSFS, le rendement sur le capital bénéficie au consommateur, puisqu'il est appliqué au paiement des coûts encourus en raison du décès, et il est versé au directeur de funérailles, qui encourt toutefois un risque si ce rendement est inférieur à l'inflation; dans un régime d'assurance, ce rendement bénéficie à l'assureur, qui le conserve. Le directeur de funérailles ne peut donc gérer le risque de hausse de prix qu'en bénéficiant d'une indexation des prix et c'est – en principe – l'assureur qui court le risque que le rendement obtenu ne compense pas le niveau de l'inflation sauf, bien sûr, s'il peut le reporter sur quelqu'un d'autre.

des primes déjà payées en cas de décès survenant dans les deux ans suivant la conclusion du contrat d'assurance.

D'autre part et lors du décès, le fournisseur des services décrits dans le contrat d'arrangements préalables auquel l'assurance est associée doit en vertu d'un nouvel article 18.2 ajouté dans la LAPSFS en informer l'assureur par déclaration assermentée, sur réception de laquelle l'assureur verse alors la prestation prévue. Si la valeur de la prestation excède le prix des services, le reliquat sera remis au bénéficiaire désigné par l'assuré ou à sa succession.

Paradoxalement, puisque la prestation d'assurance doit être au moins égale au prix des biens et services prévus par les arrangements funéraires comme on l'a noté *supra*, on prévoit que le «vendeur»<sup>266</sup> des arrangements funéraires pourrait réclamer à la succession du défunt une somme équivalant à la différence entre la prestation d'assurance et le prix indexé des biens et des services, en vertu d'un nouvel article 18.3 inséré dans la LAPSFS. Le risque relié à l'insuffisance de la prime d'assurance, et donc à l'imprévoyance de l'assureur et à sa contravention à l'article 18.1, repose par conséquent sur la succession. En clair, l'assureur a établi une prime trop basse et fournit par conséquent une prestation trop basse lors du décès: c'est la succession qui écope.

Autre singularité, le contrat d'assurance demeurerait valide malgré la résolution du contrat associé, en vertu du nouvel article 18.5; la prestation d'assurance serait donc sans objet au moment du décès, mais l'assuré devrait continuer à payer ses primes tout au long de sa vie (ou perdre en cas de résiliation les sommes déjà versées), tandis que la prestation serait versée à son décès à un bénéficiaire désigné ou à sa succession.

Par contre, l'annulation du contrat d'assurance, elle, emporte automatiquement la résolution du contrat associé, à moins que l'ex-assuré et le fournisseur de services ne concluent dans les quatre-vingt-dix (90) jours suivants une entente visant le paiement de services dont le prix sera indexé en vertu de l'indice des prix à la consommation, le tout en vertu du nouvel article 18.6 LAPSFS. En somme, l'assuré est prisonnier de son assureur en vertu de l'article 18.5 même s'il résout le contrat d'arrangements préalables, mais l'assureur peut se dégager de ses obligations envers l'assuré sans pénalité particulière et en laissant ce dernier dans une situation où il devrait renégocier une entente visant le financement des arrangements préalables dont le prix sera obligatoirement indexé de temps à autre.

On notera aussi au passage qu'alors que l'alinéa 7 1° de la LAPSFS établit clairement que les services prévus dans un contrat d'arrangements funéraires peuvent bénéficier à une autre personne que l'acheteur, les dispositions relatives à l'assurance de frais funéraires introduites par le PL 141 ne paraissent pas distinguer clairement entre le preneur de la police et l'assuré: on ne pourrait donc peut-être qu'assurer des services reliés à son propre décès, et non ceux reliés au décès de membres de sa famille ou d'autres proches.

<sup>266</sup> Le recours à la notion de «vente» et à ses dérivés (comme celle de «vendeur») dans la LAPSFS constitue juridiquement une erreur, dans la mesure où ce régime vise surtout la prestation de services, qui ne peuvent faire l'objet d'une vente au sens technique du terme. Mais c'est un autre débat.

On établit du moins en vertu d'un nouvel article 18.4 que les droits conférés par le contrat d'assurance de frais funéraires sont en principe insaisissables. La disponibilité des sommes au moment du décès et toutefois tributaire de la survie et de la solvabilité de l'assureur jusqu'à ce moment, puisqu'elles ne sont pas placées en fiducie.

Résumons.

La consommatrice doit faire affaire avec deux fournisseurs, un assureur et un directeur de funérailles, plutôt qu'avec un seul. Et si on sait que le contrat d'assurance de frais funéraires devra être «associé» à un contrat d'arrangements préalables, rien ne permet de savoir dans quel ordre on devra conclure ces contrats<sup>267</sup>. Il n'est pas non plus certain que cette consommatrice pourrait conclure un contrat d'assurance de frais funéraires relatif aux arrangements préalables visant d'autres membres de sa famille, par exemple.

Quant à l'offre des modalités de financement, on ne sait pas qui pourrait offrir de l'assurance de frais funéraires (ce à quoi on revient *infra*), mais rien n'indique pour l'instant que ce «représentant» serait assujéti à des règles aussi exigeantes que ce n'est présentement le cas en matière d'arrangements préalables.

Le prix des arrangements préalables est dans ce régime imprévisible, puisqu'il sera annuellement indexé en fonction du coût de la vie. Mais comme l'assureur aurait en vertu de l'article 18.1 l'obligation de verser une prestation au moins égale à ce prix, il devrait incliner vers la prudence et fixer une prestation (et donc une prime) qui sera assez élevée pour prévoir tous les aléas de l'économie au cours des vingt, trente ou cinquante prochaines années. Par contre et s'il a erré en fixant une prestation trop basse (et donc une prime plus abordable...), ce n'est pas lui qui en fera les frais, mais la succession du défunt. On assiste ici à un spectaculaire transfert du risque, qui ne fournit à l'assureur que bien peu d'incitatifs à gérer adéquatement son risque et à fixer une prime qui lui corresponde. En d'autres mots, on pourrait voir émerger des pratiques dont l'effet à long terme prendra des allures de «payez peu maintenant, votre succession sera ruinée plus tard.»

D'autre part, la consommatrice qui met fin à son contrat d'arrangements préalables doit néanmoins continuer à payer sa prime d'assurance, sans répit et quels que soient les motifs justifiant la résolution des arrangements, sous peine de perdre intégralement la valeur des primes payées. On veut bien qu'il faille un aménagement permettant la survie provisoire de l'assurance en cas de faillite du fournisseur de services, par exemple, afin de donner le temps à la consommatrice de conclure d'autres arrangements préalables mais on aurait pu, comme on le fait à l'article 18.6, aménager une plage temporelle pendant laquelle cette réorganisation peut s'effectuer, ou permettre à l'assurée de mettre

---

<sup>267</sup> Faut-il d'abord s'assurer – mais on ignorera encore le prix des services qui seraient visés par un contrat d'arrangements préalables non encore conclu, et donc la valeur de prestation requise? Faut-il alors conclure d'abord un contrat d'arrangements préalables – mais sans savoir comment le paiement sera financé, si on trouvera à s'assurer à un prix abordable...? Dans tous les cas de figure, on baigne dans l'incertitude juridique, et les contrats devront par conséquent être grevés d'obligations conditionnelles (art. 1497 – 1507 CCQ) qui ne feront rien pour en améliorer la lisibilité ou pour accroître la transparence des marchés. À moins, bien sûr, que cette assurance ne puisse être vendue que par les directeurs de funérailles, mais cela soulève d'autres difficultés auxquelles on revient dans la sous-section suivante.

fin à l'assurance et de récupérer au moins une partie des primes payées. C'est que, dans l'état actuel de la proposition, cette mesure fait nettement office de coût de sortie: la consommatrice n'a rien à gagner à résoudre son contrat d'arrangements préalables pour faire jouer la concurrence. Le contrat d'assurance la rend en effet pratiquement prisonnière du contrat d'arrangements préalables, qu'elle ne peut résoudre qu'en perdant la valeur accumulée des primes payées depuis, peut-être, des années. Le législateur québécois se montre incidemment à cet égard moins généreux qu'il ne l'avait été il y a un siècle<sup>268</sup>. Cependant, cet aspect clairement anticoncurrentiel du nouveau mode de financement ne déplaît peut-être pas à certains ténors de l'industrie des services thanatologiques.

Qui plus est et en cas de décès dans les deux ans suivant la conclusion de l'assurance, il est pratiquement certain que la succession devra passer à la caisse, puisque la prestation de l'assureur peut être plafonnée au montant des primes alors versées<sup>269</sup>. L'assureur transfère par conséquent son risque financier vers la succession à l'égard d'une variable sur laquelle l'assuré n'a le plus souvent aucun contrôle, soit le moment de son décès.

Par ailleurs et lors du décès, le directeur de funérailles devra transmettre une déclaration assermentée à l'assureur pour obtenir le paiement de la prestation. On comprend mal la lourdeur exceptionnelle imposée à cette formalité et on craint surtout les imbroglios administratifs qui retarderont le paiement de la prestation, et peut-être la fourniture des biens et services prévus par les arrangements préalables conclus, au détriment de la sérénité (ou du patrimoine) des proches de la personne décédée<sup>270</sup>. En cas de litige entourant le contrat d'assurance, bien sûr, tout pourra être bloqué pendant de longs mois, sinon des années.

Les éventuelles difficultés reliées à l'interprétation des contrats d'assurance seront traitées judiciairement, en vertu des règles du droit des assurances et sans le bénéfice des règles établies par la *Loi sur la protection du consommateur* visant certaines pratiques douteuses, ni droit à des dommages punitifs en cas de contravention<sup>271</sup>.

<sup>268</sup> En vertu de l'article 7031m ajouté en 1916 à la *Loi des assurances* refondue en 1909, tout contrat d'assurance funéraire dont la prime avait été acquittée en un seul versement devait contenir une annexe établissant la somme que l'assuré pouvait toucher en cas d'«abandon du contrat» (et donc de résiliation) dans l'année suivant le paiement: *Loi amendant la loi des assurances de Québec concernant l'assurance funéraire*. 7 Geo V (1916), c. 47, art. 1<sup>er</sup>. En d'autres termes, l'assuré ayant conclu un contrat dont la prime devait être acquittée en un seul versement (vraisemblablement lors de la conclusion ou peu de temps après) pouvait dans l'année suivante mettre fin au contrat récupérer une somme d'argent, dont le montant devait être établi dans le contrat après avoir été déterminé par un actuaire. Cette disposition a subsisté jusqu'à la réforme du droit des assurances de 1974, par laquelle on a interdit l'assurance de frais funéraires.

<sup>269</sup> On notera aussi incidemment que rien n'interdirait à l'assureur qu'aucune somme n'est payable en cas de suicide dans les deux ans suivant la conclusion du contrat, ce en quoi il ne dérogerait pas à l'article 2441 du *Code civil du Québec* – mais mettrait la succession dans une situation fort ennuyeuse qui ne se pourrait pas se produire en cas de conclusion d'un contrat de préarrangements..

<sup>270</sup> Et la Corporation des thanatologues du Québec évoque elle-même certaines des difficultés administratives que cela peut susciter: *op. cit.*, p. 11.

<sup>271</sup> La *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, édicte notamment certaines balises concernant les exclusions de responsabilité, la modification ou la résiliation unilatérale du contrat

Plus globalement et en établissant un second régime normatif, on accroît aussi le risque juridique pour les consommateurs par augmentation du risque de confusion et on place les prestataires – et surtout ceux qui, par choix ou en raison de leur situation, n’offriraient pas d’assurance de frais funéraires – dans un cadre où le terrain de jeu juridique n’est pas équitable.

Moins de garde-fous à l’égard des asymétries informationnelles, moins d’efficience en raison de la multiplication des acteurs et des régimes normatifs, moins de certitude à l’égard des prix et de la disponibilité de la prestation (au moins dans les deux ans suivant la conclusion du contrat d’assurance), moins de flexibilité en cas de résolution, alourdissement des coûts de sortie et accroissement du risque juridique pour la consommatrice. En somme et à tous égards, ou presque, le régime proposé est nettement moins avantageux pour les consommateurs que le mécanisme actuel. Mais ce n’est pas tout.

#### 4.3.4.4 les avanies de la distribution

Le PL 141 ne fournit aucune balise à l’égard de la distribution des contrats d’assurance de frais funéraires. Cela suscite un certain nombre de points d’interrogation.

L’offre de tels contrats sera-t-elle réservée aux représentants en assurance de personnes dûment certifiés<sup>272</sup>? Leurs pratiques seraient du moins encadrées par des obligations déontologiques, certes moins précises que celles présentement imparties aux «vendeurs» d’arrangements préalables, mais dont la mise en œuvre est assurée par un processus éprouvé. Il n’en reste pas moins que le représentant pourrait être tenté d’inclure la proposition d’un régime d’assurance de frais funéraires «en passant», alors qu’il offre d’autres produits à des clients, et que ces derniers pourraient être tentés de régler rapidement une question somme toute délicate, plutôt que de passer chez un directeur de funérailles pour entamer une conversation vaguement inconfortable. Le représentant n’aurait peut-être alors rien à se reprocher au plan déontologique, mais le consommateur ne s’en trouvera pas mieux servi pour autant.

Empruntera-t-on plutôt la voie de la distribution sans représentant, en vertu des vestiges du titre VIII de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*<sup>273</sup>? On se retrouvera alors dans un régime qui n’établit *a priori* que fort peu d’obligations en matière de pratiques déontologiques et de qualité de l’information, et qui pose aussi cette difficulté que le distributeur n’aura sans doute pas la compétence requise pour fournir des conseils à la consommatrice à qui il s’adresse, alors qu’on a ici affaire à des produits complexes et qui requièrent des comparaisons minutieuses avec l’offre d’arrangements préalables, par exemple, tout en tenant compte de la situation financière d’ensemble de la

---

par le commerçant, l’exigibilité des frais ou les clauses pénales. Elle prohibe également l’exclusion du recours aux actions collectives, et elle donne droit en cas de contravention à des dommages punitifs. En vertu de son alinéa 5 a), toutefois, ces règles ne s’appliquent pas au contrat d’assurance. Par contre, elles s’appliquent intégralement au contrat d’arrangements préalables de services funéraires ou de sépulture conclu dans le cadre législatif actuel.

<sup>272</sup> Compte tenu des articles 2393 et 2395 CCQ, il nous paraît qu’il s’agit bien ici d’assurance de personnes.

<sup>273</sup> Mais on a vu comment le PL 141 éviscère ce régime.

consommatrice, pour que cette dernière puisse faire un choix judicieux<sup>274</sup>. On ne bénéficiera pas non plus de la couverture offerte par le Fonds d'indemnisation en cas de pratiques de «vente» douteuses de la part du directeur de funérailles ou de ses représentants.

Autre difficulté en matière de distribution sans représentant, elle devrait probablement être effectuée par des directeurs de funérailles ou leur personnel, compte tenu du libellé de l'article 408 de la LDPSF<sup>275</sup>. On voit d'emblée le conflit d'intérêts: offrira-t-on de l'assurance, fournie par un tiers, mais dont le bénéficiaire ultime est le directeur de funérailles, ou des préarrangements, qui sont présentement tout bénéfice pour le directeur de funérailles?

Et cela conduit à une autre difficulté. Pour inciter les directeurs de funérailles à offrir leur produit plutôt que des préarrangements régis par la LAPSFS, les assureurs devront vraisemblablement leur proposer des commissions hautement attrayantes, et ce d'autant plus qu'il s'établirait une concurrence entre assureurs afin de recruter des directeurs de funérailles disposés à distribuer leur produit<sup>276</sup>.

C'est qu'on a ici affaire à ce qui prend toutes les apparences d'un marché biface (ou *two-sided*<sup>277</sup>). L'assureur cherche à la fois à capter le marché des directeurs de funérailles en leur offrant un rendement, et à séduire le marché des consommateurs en leur offrant un service qui paraît intéressant. Stratégiquement, la priorité sera toutefois donnée au marché des directeurs de funérailles, puisqu'ils font office de distributeurs; on s'assurera de les rémunérer généreusement, pour s'attirer leurs bonnes grâces.

Cela se traduira presque inévitablement par des prix totaux plus élevés pour les consommateurs, puisqu'on devra offrir aux directeurs de funérailles une rentabilité supérieure à celle des produits actuels; mais on fera passer la pilule en offrant aux consommateurs de faibles mensualités, qui occulteront le coût réel – et peut-être exorbitant – de services qu'ils auraient obtenu à bien meilleur prix avec le régime actuel.

<sup>274</sup> Et on verra par exemple à cet égard les distinguos subtils et nombreux décrits dans l'article du magazine *Conseiller* précité.

<sup>275</sup> La Corporation des Thanatologues semble s'attendre pour sa part à ce que ses membres bénéficient de ce monopole: *op. cit.*, p. 7. Nous n'en voyons toutefois pour notre part aucune confirmation expresse dans le PL 141.

<sup>276</sup> Nous remercions nos collègues de l'Union des consommateurs, qui ont attiré notre attention sur cette problématique. L'analyse qui suit n'engage toutefois que la Coalition.

<sup>277</sup> Les marchés bifaces font depuis une quelques années l'objet de nombreuses études par des économistes; pour un sommaire, on verra notamment Rochet, Jean-Charles; Tirole, Jean. *Two-Sided Markets: an Overview*, 12 mars 2004, disponible au [http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf); le professeur Tirole a reçu en 2014 le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques à la mémoire d'Alfred Nobel. Les médias constituent l'archétype de ces marchés: ils doivent attirer à la fois un auditoire et des annonceurs afin de combiner achalandage et revenus. Le marché des réseaux de cartes de paiement constitue un autre exemple bien connu, où on sait que la concurrence entre réseaux s'est traduite par une augmentation des sommes promises aux institutions financières émettrices de cartes, qui conduit à l'augmentation des commissions d'interchange imposées aux commerçants et, par conséquent, à l'augmentation des prix de détail. C'est précisément ce phénomène, où la concurrence dans une des faces du marché provoque l'accroissement des prix sur l'autre face, qui risque de se produire ici. La concurrence ne produit pas toujours de l'efficience.

Il ne s'agira pas de crédit au sens traditionnel du terme; le prix réel payé par les consommateurs pourrait toutefois s'avérer tout aussi inique que si on leur imposait un régime de crédit. En définitive, on tend ici aux consommateurs le piège classique de l'escompte hyperbolique<sup>278</sup> : on préfère l'avantage immédiat, même plus faible, à l'avantage futur, même s'il est plus considérable. De la même manière, la consommatrice sera tentée de choisir la mensualité plus basse, même si l'autre solution lui offre plus de certitude et un coût total inférieur.

Bref et en matière de distribution par représentant, on risque que la problématique du paiement des frais funéraires soit noyée dans l'offre d'autres produits, et réglée hâtivement. En matière de distribution sans représentant, on risque que les consommateurs ne disposent pas des conseils dont ils auraient besoin à l'égard de produits complexes, et que le marché évolue de telle sorte que les prix augmenteront de manière inefficace en raison d'un accroissement de l'offre de produits médiocres, mais plus lucratifs pour les vendeurs<sup>279</sup>. Le consommateur en sort perdant de toute manière.

Si encore on pouvait arguer que l'assurance de frais funéraires répond à un besoin réel dans le marché québécois. Rien n'indique toutefois que ce soit le cas. Réitérons que nous n'avons connaissance d'aucune étude rigoureuse dans le domaine public qui établisse qu'il existerait actuellement des lacunes dans ce marché. Le régime de la LAPSFS répond à une bonne partie des besoins, et le fait adéquatement. Dans les cas où, en raison de la situation patrimoniale des consommateurs, d'autres solutions seraient plus appropriées, on leur recommandera généralement dans le cadre d'une planification successorale de se doter d'une assurance-vie dont la valeur sera adaptée pour tenir compte du paiement du prix des services funéraires<sup>280</sup> et qui constituera pour ces consommateurs un bien meilleur investissement qu'un produit de pacotille comme l'assurance de frais funéraires.

Signalons au passage que nous partageons l'agacement de la Corporation des thanatologues à l'égard de trois questions très précises: il est depuis longtemps urgent que l'on procède à l'indexation de la prestation de décès de Retraite Québec<sup>281</sup>, et il conviendrait également de réviser l'actuelle exclusion des cimetières religieux du régime de la LAPSFS, de manière à ce que les consommateurs puissent bénéficier de tous les avantages de ce régime à l'égard de toutes les étapes du rituel funéraire, quels que soient leurs choix personnels à cet égard<sup>282</sup>. Dans tous les cas, et les membres de la Coalition le constatent sur le terrain, il est aussi impératif d'accroître notablement la disponibilité d'informations crédibles et désintéressées en matière de gestion financière des arrangements funéraires.

<sup>278</sup> qu'on a abordée à la sous-section 3.2.4.

<sup>279</sup> Les consommateurs ne seront pour leur part pas en mesure d'évaluer les caractéristiques de ces produits, en raison de leur complexité et parce qu'il s'agit de biens expérientiels, dont on ne peut vraiment constater les qualités et les défauts qu'au moment de les utiliser, i.e. en l'occurrence après le décès.

<sup>280</sup> On verra à cet égard *Assurance vie ou préarrangements funéraires? Conseiller, op. cit.*

<sup>281</sup> Bien sûr, il faudrait aussi ajuster en conséquence la prestation spéciale pour frais funéraires du ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale, à l'égard de laquelle on pourra consulter le <http://www4.gouv.qc.ca/FR/Portail/Citoyens/Evenements/deces/Pages/prestation-speciale-frais-funeraires.aspx>.

<sup>282</sup> Corporation des thanatologues, *op. cit.*, pp. 15 et 7-8.

#### 4.3.4.5 des allures de veuve noire

Avec le PL 141, on prétendra améliorer la concurrence dans le marché, mais en offrant un produit de bas de gamme indûment coûteux et risqué, présenté sous les oripeaux d'une faible mensualité susceptible de séduire une partie de la population et assorti de coûts de sortie. C'est un peu comme si on prétendait améliorer le marché de la vente de véhicules neufs en permettant à quelques fournisseurs d'offrir des voitures sans ceinture de sécurité et sans coussin gonflable –et donc à plus faible prix – et de proposer du crédit à cinq pour cent par an, sur une période de quarante ans<sup>283</sup>. Au prétexte d'accroître l'accessibilité, on aura fait du nivellement par le bas et on aura induit dans le marché des externalités négatives et des pertes d'efficacité extrêmement coûteuses.

D'abord, les consommateurs auront payé davantage pour un service donné. Ensuite, les fournisseurs auront dû composer avec la complexité induite par la concurrence entre deux régimes réglementaires distincts, ce qui n'a rien d'équitable<sup>284</sup>. Les consommateurs auront encouru davantage de risque et l'administration du paiement des frais des services fournis à l'occasion d'un décès aura été compliquée par la multiplication des intervenants.

Tout ça pour permettre à quelques assureurs de s'emparer d'une poignée de dollars aux frais des consommateurs les plus vulnérables, et pour accroître peut-être les revenus des directeurs de funérailles tout en allégeant quelque peu le fardeau administratif qui leur incombe actuellement.

Mais, nous dit-on, l'assurance de frais funéraires fait fureur dans d'autres territoires; c'est peut-être que, puisqu'on n'a pas eu la prévoyance d'y établir un régime plus avantageux pour les consommateurs et analogue par exemple à celui encadré par la LAPSFS au Québec, ces consommateurs n'ont pas d'autre choix que de recourir à un produit médiocre, comme celui qu'on veut maintenant importer au Québec.

Le petit tableau suivant permet de comparer les caractéristiques principales du régime actuel et celles du mécanisme d'assurance de frais funéraires proposé: il nous paraît éloquent.

---

<sup>283</sup> Un calcul extrêmement sommaire indique qu'après une trentaine d'années, le consommateur aurait payé l'équivalent de la valeur du véhicule en frais d'intérêt et devrait encore le quart du capital, mais le véhicule lui-même aurait évidemment et depuis longtemps perdu toute valeur.

<sup>284</sup> Et on songe ici au concept rendu en anglais par la notion de *level playing field* en matière réglementaire. Signalons aussi au passage une difficulté institutionnelle: en vertu de l'article 82 de la LAPSFS, c'est la ministre responsable de l'application de la *Loi sur la protection du consommateur* qui est responsable de son application, alors que l'assurance et sa distribution relèvent du ministre des Finances, tandis que l'article 83 LAPSFS confie la surveillance de son application à l'Office de la protection du consommateur, l'assurance et sa distribution relevant plutôt de l'AMF. On ignore comment s'arrangeront ces responsabilités et, à la lecture de certaines dispositions procédurales de la LAPSFS, on voit mal comment la présidente de l'Office pourra s'acquitter des obligations que lui impose la Loi à l'égard des activités d'assurance de frais funéraires qu'elle encadrerait dorénavant.

| Caractéristique                                         | LAPSF                                                                                            | Assurance frais funéraires                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Structure administrative                                | Simple: le directeur de funérailles                                                              | Complexe: l'assureur, un représentant, le directeur de funérailles                                                                         |
| Information au consommateur et représentations          | Précisément encadré par la Loi et un décret                                                      | Imprécis et variant selon les modalités de distribution                                                                                    |
| Contenu du contrat                                      | Encadré par la <i>Loi sur la protection du consommateur</i> et d'autres dispositions spécifiques | Aucun encadrement particulier                                                                                                              |
| Bénéficiaires possibles                                 | Le client, mais aussi d'autres personnes                                                         | Le client; incertitude quant à d'autres bénéficiaires                                                                                      |
| coût                                                    | Fixé dans le contrat et non modifiable                                                           | Imprévisible, puisqu'indexé annuellement                                                                                                   |
| Attribution du risque en cas de hausse de coût imprévue | Absence de risque                                                                                | Risque imputé à la succession                                                                                                              |
| Protection des sommes                                   | Obligation de conservation dans un compte en fiducie                                             | Tributaire de la solvabilité de l'assureur                                                                                                 |
| Résolution par le consommateur                          | En tout temps, avec remboursement de la somme versée, moins une pénalité dans certains cas       | Non prévue, et entraîne la perte des primes payées                                                                                         |
| Disponibilité des services visés                        | Immédiate et entière dès la conclusion du contrat                                                | Pendant les deux premières années, prestation de l'assureur limitée à la valeur des primes payées                                          |
| Formalités lors du décès                                | Simple et gérées par le directeur de funérailles                                                 | Obligation au directeur de funérailles de présenter une déclaration assermentée à l'assureur; risque de confusion, d'erreurs, de délais... |
| Sanction en cas de non-conformité                       | Droit à des dommages-intérêts et des dommages punitifs                                           | Droit à des dommages-intérêts seulement                                                                                                    |

Reprenons.

En matière de gestion des externalités négatives, le régime proposé déplace le risque d'insuffisance de la prestation vers les consommateurs et accroît le risque que des imbroglios administratifs entre directeurs de funérailles et assureurs aient des répercussions négatives sur les proches d'un défunt. Le régime déplace également certains risques administratifs et financiers du directeur de funérailles vers l'assureur, qui les compensera vraisemblablement en imposant aux consommateurs un prix plus élevé.

En matière de gestion des asymétries, le régime proposé n'assure pas l'extension à l'assurance de frais funéraires des règles concernant la sollicitation et l'information proposée aux consommateurs, ni des règles visant l'équité contractuelle.

En matière de mitigation des facteurs comportementaux, le régime proposé fait craindre que, par escompte hyperbolique, des consommateurs soient incités à préférer un régime leur offrant une plus petite mensualité maintenant en retour d'un régime moins avantageux au moment du décès.

En matière d'efficacité, le régime proposé met en place un mécanisme très formaliste (et donc moins efficient) relativement aux rapports entre directeur de funérailles et assureur et accroît les coûts de sortie pour les consommateurs, ce qui réduit la mobilité sur le marché et la concurrence; de plus, il met en concurrence deux dispositifs de financement des préarrangements funéraires qui obéissent à des règles différentes, de sorte que le champ concurrentiel n'est pas équitable. L'accroissement de la concurrence dans le marché se fait par l'offre d'une formule globalement moins avantageuse pour les consommateurs, ce qui n'augmente pas l'efficacité

En matière de risque juridique, le régime proposé offre aux consommateurs moins de protection que le régime existant en matière de contenu de contrats, de droits de résolution et de droit à des dommages punitifs, tout en compliquant les relations en proposant de substituer une relation trilatérale (consommateur – directeur – assureur) à une relation bilatérale (consommateur – directeur).

En matière d'efficacité des structures réglementaires, le régime proposé ne fournit pas d'indication quant à l'arrimage des compétences des autorités chargées de l'application et de la surveillance de la LAPSFS d'une part, et de la dimension «assurance» qu'on y insère partiellement, d'autre part.

Tous les indicateurs étant donc négatifs, on ne s'étonnera pas que l'évaluation globale le soit également.

#### **Assurance de frais funéraires**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficacité                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 4.1 Que le gouvernement renonce à permettre la commercialisation de l'assurance de frais funéraires, et que par conséquent il retire les articles 599 à 603 du projet de loi 141 et les remplace par une disposition abrogeant l'article 2441.1 du *Code civil du Québec*;**
- 4.2 Que le gouvernement, s'il devait néanmoins permettre la commercialisation de l'assurance de frais funéraires**
  - établisse un encadrement rigoureux relatif à sa distribution et, notamment, aux informations devant être fournies au consommateur et**

au contenu de tout contrat, qui devrait s'inspirer des règles présentement applicables au régime d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture;

- clarifie qu'un régime d'assurance de frais funéraires peut bénéficier non seulement au preneur assuré, mais aussi à d'autres personnes;
- modifie le texte proposé du nouvel article 18.1 LAPSFS afin que la prestation d'assurance payable le soit dès la conclusion du contrat, quel que soit le moment du décès de l'assuré;
- modifie le texte proposé du nouvel article 18.3 de la LAPSFS afin que l'assureur assume seul et intégralement le risque en cas de situation où il a sous-estimé la valeur de la prestation requise;
- permette au consommateur de résilier cette assurance en tout temps et de récupérer une valeur qui pourrait équivaloir à quatre-vingt-dix pour cent (90%) des primes payées;
- retire le texte proposé du nouvel article 18.6 LAPSFS,
- et clarifie le partage des responsabilités en matière d'application et de surveillance entre la ministre responsable de l'application de la LAPSFS, le ministre des Finances, l'Office de la protection du consommateur et l'AMF;

**4.3 Que le gouvernement, procède dans les plus brefs délais à une indexation adéquate de la prestation de décès de Retraite Québec, et**

**4.4 Que le gouvernement examine la possibilité d'abroger le régime d'exception dont bénéficient actuellement les cimetières religieux en vertu de la LAPSFS.**

#### 4.3.4 L'industrielle abeille

Si tous connaissent le nom d'Alphonse Desjardins, celui de Cyrille Vaillancourt a comparativement sombré dans l'oubli. Il a pourtant contribué à l'unification du mouvement des caisses Desjardins et a dirigé son organe central pendant des décennies<sup>285</sup>. Passionné d'apiculture, on lui doit aussi la présence d'une abeille stylisée, dans son alvéole, au cœur du sigle de Desjardins<sup>286</sup>.

Il faut bien dire que cette abeille a été extraordinairement active au Québec depuis plus d'un siècle, et surtout depuis la fin des années 1950. Elle a essaimé dans pratiquement toutes les régions du Québec, elle a été une pionnière du décroisement

<sup>285</sup> Maheux, Pierre-Olivier. *Cyrille Vaillancourt : le «second fondateur des caisses populaires»*. Histoire Québec, (2013) 19:2 34-37. Consulté au <https://www.erudit.org/fr/revues/hq/2013-v19-n2-hq01043/70713ac.pdf>.

<sup>286</sup> Bertrand, Emmanuelle. *D'où vient le symbole de Desjardins?* Consulté au <https://blogues.desjardins.com/coopmoi/2015/10/dou-vient-le-logo-de-desjardins.php>. On verra aussi le <https://www.desjardins.com/a-propos/desjardins/qui-nous-sommes/notre-histoire-musee/logos-autres-symboles/index.jsp>.

des services financiers et elle a contribué tant au développement économique régional qu'à la prospérité des ménages. Elle a bâti une image axée sur la proximité avec ses membres, entendus comme des participants à la construction du mouvement et non comme les simples clients d'une banque.

Depuis une vingtaine d'années toutefois, on perçoit un reflux. Des centaines de points de service ont fermé. Des centaines de caisses ont été fusionnées, parfois sans grand enthousiasme de la part des membres touchés. On centralise de plus en plus la gestion. On a signalé *supra* l'intolérance croissante de Desjardins lorsqu'il s'agit de desservir des clientèles peut-être moins immédiatement rentables ou de régler des différends. Beaucoup ont l'impression qu'il n'existe plus de différence significative entre Desjardins ou la première banque venue. Le PL 141 satisfera peut-être les gestionnaires de Desjardins, mais il ne fera rien pour corriger l'impression que ce mouvement n'a plus de coopératif que le nom et qu'il s'éloigne de plus en plus de ses membres.

D'abord, les modifications aux articles 5, 45 et 64 (qui est abrogé) de la *Loi sur les coopératives de services financiers*<sup>287</sup> consacrent une tendance déjà bien amorcée: une coopérative de services financiers pourra fournir des services à toute personne, même si elle n'est pas membre. Par contre, un membre ne pourra démissionner s'il n'a pas acquitté toutes ses dettes envers la coopérative, en vertu de l'article 122 LCSF. La différence coopérative s'estompe.

Ensuite, on assiste à une centralisation de plus en plus manifeste. L'intérêt sur les parts sociales émises par une coopérative sera déterminé par le conseil d'administration de la Fédération, en vertu de l'article 62 LCSF. En vertu de l'article 90.1 LCSF, un virement de la réserve d'une coopérative au fonds d'aide du développement du milieu devra être conforme aux normes de la Fédération des caisses Desjardins du Québec. En vertu de l'article 95 LCSF, le conseil d'administration ne pourrait créer d'autres postes de gestionnaires que ceux autorisés dans le règlement intérieur de la Fédération, quels que soient les besoins locaux<sup>288</sup>. La coopérative peut conserver ses livres et registres financiers ailleurs qu'à son siège, en vertu de l'article 137 – et donc, peut-être, dans les systèmes informatiques de la Fédération<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> L.R.Q., c. C-67.3, ci-après la «LCSF».

<sup>288</sup> Considérant qu'il ne subsiste qu'une seule coopérative de services financiers non membre de la Fédération des caisses Desjardins, soit la Caisse des mutuellistes, présente à Rimouski, Amqui et Mont-Joli (<https://www.caissedesmutuellistes.com/>), avec le plus profond respect pour ces braves résistants, nous nous concentrerons ici sur le sort des clients des coopératives affiliées au mouvement Desjardins.

<sup>289</sup> Cela dit, on s'étonne un peu que l'article 137.1 permette à une coopérative de faire tenir sa comptabilité hors du Québec, compte tenu notamment des problèmes que cela pourrait susciter aux plans de l'inspection et de la mise en preuve de ces données au Québec. Et on est sidéré par le statut particulier accordé législativement aux livres de la coopérative (ce qui inclut les registres des opérations avec les membres) qui, en vertu de l'article 137.3, feraient preuve *prima facie* de leur

La démocratie s'est déjà mieux portée. Une assemblée générale pourrait déléguer au conseil d'administration le pouvoir de modifier le règlement général – à condition bien sûr que le conseil se conforme aux normes établies par la Fédération, en vertu du nouvel article 218 LCSF. En somme, la souveraineté passe des membres à la Fédération<sup>290</sup>. Une vacance au conseil d'administration pourrait être comblée non par les membres, mais par le conseil d'administration de la Fédération, en vertu de l'article 234. En vertu du nouvel article 223.1 LCSF, les membres ne pourraient requérir la convocation d'une assemblée si le sujet qu'il s'agirait de traiter ne relève pas juridiquement des prérogatives des membres: on ne pourrait donc même plus tenir d'assemblée consultative où les membres pourraient du moins s'exprimer sur une question comme la fermeture d'un point de service, à défaut d'adopter des résolutions légalement contraignantes. Et, dans un geste un rien orwellien, on garantit au membre l'accès au rapport annuel le plus récent de sa coopérative à l'article 165, mais on ne dit mot de l'accès aux rapports des exercices antérieurs. L'histoire s'efface...

Elle s'efface mais, à certains égards, elle ne pourrait plus se reproduire. Le nouvel article 547.5 LCSF interdirait à une coopérative de services financiers de quitter le groupe Desjardins, à moins de se dissoudre. Il convient ici de rappeler un peu d'histoire. En 1945, en raison d'orientations divergentes à l'égard de questions qui nous paraissent aujourd'hui surannées, mais qui recouvrent aussi des divergences socio-économiques régionales profondes, neuf (9) caisses quittent le mouvement<sup>291</sup> et créent la Fédération de Montréal des caisses Desjardins, qui ne réintègrera le giron lévisien qu'en 1982. Avec l'article 547.5, une telle révolution sera désormais impossible. La règle est simple: crois, ou meurs.

D'aucuns y verront la consolidation financière et la stabilisation de Desjardins. Soit. Mais c'est aussi condamner au silence d'éventuels tenants d'une vision minoritaire du développement de cette entité, qui en seront prisonniers. Plus que jamais, l'abeille sera toute seule dans son alvéole, et toujours plus grosse. Grosse comme un bourdon.

On assiste d'autre part à une manœuvre juridique fort insolite, qui repose sur l'article 547.2 ajouté à la LCSF. En vertu de cette disposition, le règlement intérieur du Groupe coopératif, adopté par l'assemblée générale de la Fédération des caisses Desjardins du Québec, pourrait permettre aux caisses membres de déroger à une cinquantaine d'articles de la LCSF ou pourrait substituer «toute autre disposition» au texte législatif.

---

contenu devant les tribunaux, alourdissant ainsi le fardeau de preuve imparti à la consommatrice qui conteste l'existence ou la validité d'une opération effectuée sur son compte.

<sup>290</sup> On limite semblablement la liberté démocratique des membres d'une fédération à l'article 305.1. En somme et si des membres veulent convoquer une assemblée générale, il suffira à la direction de prétexter que le sujet ne relève pas de leurs prérogatives, et les membres devront aller s'adresser aux tribunaux pour faire renverser cette décision si elle s'avérait non fondée.

<sup>291</sup> Lambert, Martin. *Le Mouvement Desjardins ou la cristallisation d'un déchirant passage de la tradition à la modernité*. Revue Annales sociologiques (2004) 11:1 59-90, 71-74.

En d'autres termes et à l'égard de la quasi-totalité du mouvement coopératif financier québécois, Desjardins pourrait tout bonnement remplacer le législateur. Sans doute aurait-il été plus simple qu'il tienne tout bonnement la plume pour rédiger lui-même la LCSF. Mais on assiste ici à cette chose extraordinaire qu'un fournisseur pourra à sa guise, en tout temps, sans contrôle démocratique autre que celui de ses membres, modifier l'effet de la loi à l'égard de ses activités. Quant à la capacité de la consommatrice de connaître l'état du droit, elle sera encore amoindrie, puisqu'elle pourra peut-être repérer la loi, mais elle ne s'arrêtera sans doute pas à ce texte un peu incompréhensible que lui paraîtra être l'article 547.2 et rien n'assure d'autre part que la modification apportée par le Groupe coopératif à l'état du droit sera facilement accessible. La norme pourrait ici devenir pratiquement invisible.

À la réflexion, peut-être nous faut-il admettre après tout qu'il subsiste deux régulateurs du secteur financier au Québec: l'AMF, et la Fédération des caisses Desjardins du Québec... Peut-être est-il temps de se demander si Desjardins n'a plus de coopératif que le nom, puis en réformer explicitement la structure en conséquence (mais ce serait bien sûr s'aventurer périlleusement près du champ de compétence fédéral). Peut-être faudrait-il au moins en débattre, plutôt que de se résigner à une irrésistible centralisation.

Entretemps, les modifications proposées dans le PL 141 en ce qui a trait à la LCSF accroîtront les asymétries entre les membres et leur mouvement «coopératif». Elles ne feront sans doute rien pour réduire les impacts régionaux négatifs de la centralisation, qui constituent autant d'externalités. Elles induisent des risques juridiques croissants, ne serait-ce qu'en raison de l'incertitude liée au recours à l'article 547.2 LCSF.

### Réforme du mouvement Desjardins

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ◇ |
| efficience                               | ◇ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 5.1 que le libellé de la *Loi sur les coopératives de services financiers* ne soit pas modifié par des mesures réduisant ou éliminant en pratique son caractère coopératif, démocratique et régionalisé;**
- 5.2 que soit supprimé du PL 141 la disposition insérant dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* l'article 547.2, qui ferait primer les règles du mouvement Desjardins sur la loi et**

**5.3 que soit supprimé du PL 141 la disposition insérant dans la Loi sur les coopératives de services financiers l'article 547.5, interdisant à une coopérative de quitter sa fédération autrement que dissolution.**

#### 4.3.5 Le traitement des plaintes et l'indemnisation

Faire une erreur et ne pas la corriger, cela constitue vraiment une erreur.

孔夫子<sup>292</sup>

##### 4.3.5.1 le traitement des plaintes

###### 4.3.5.1.1 le régime actuel

Au fil de millions d'interactions annuelles, il est inévitable que se produisent à l'occasion des erreurs ou des malentendus. Parfois aussi, certains trichent. Le plus souvent, on réglera rapidement ces difficultés. Tous y ont d'ailleurs intérêt.

La chose va de soi pour la consommatrice, qui souhaitera consacrer le moins d'énergie possible à un conflit tout en obtenant justice. Elle va aussi de soi pour le fournisseur. Bien gérée, une plainte devient un moyen d'améliorer le contrôle de la qualité des services, de conserver un client et de le «fidéliser»<sup>293</sup>; elle permet d'afficher sa différence et de réduire les coûts reliés à des litiges. À ces avantages s'ajoute l'invitation faite par des organismes internationaux à mettre en place des mécanismes de traitement des plaintes équitables et efficaces<sup>294</sup>.

Par contre, la plainte mal gérée constitue une catastrophe pour la réputation du fournisseur. Selon Léger Marketing,

- Un client satisfait en parle à 5 clients, mais
- Un client insatisfait en parle à 13 clients;
- 96% des clients insatisfaits ne disent rien, mais
- 91% des clients insatisfaits ne reviennent pas; toutefois,
- 95% des clients insatisfaits reviennent si on corrige leur problème.<sup>295</sup>

<sup>292</sup> On attribue d'innombrables aphorismes à celui dont on a latinisé le nom en Confucius (551 av. J.-C. – 479 av. J.-C.), mais celui-ci paraît authentique, puisqu'on le trouve dans la traduction que les Jésuites ont effectuée des *Entretiens* en 1687, traduite à son tour en anglais dans Meynard, Thierry. *The Jesuit Reading of Confucius: The First Complete Translation of the Lunyu (1687) Published in the West*. Leiden; Boston, Brill, 2015. 675 p. P. 477. Notre traduction de l'anglais.

<sup>293</sup> Le texte classique en la matière est sans doute Reichheld, Frederick; Sasser, W. Earl. *Zero Defections: Quality Comes to Services*. Harvard Business Review, sept.-oct. 1990, p. 105.

<sup>294</sup> Organisation de coopération et de développement économiques. *Recommandation de l'OCDE sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation*. Paris, Organisation de coopération et de développement économiques, 2007. 14 p. Consulté au <http://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/38960185.pdf>; G20, *G20 High-Level Principles*, op. cit., principe 9.

<sup>295</sup> Léger Marketing. *L'entreprise infidèle – les clients veulent être loyaux mais les entreprises les font fuir*. Montréal, Les Éditions Transcontinental/Les Éditions de la Fondation de l'entrepreneursip, 2009. 210 p. P. 109.

Les entreprises clairvoyantes s'efforcent par conséquent de bien gérer ces situations. Toutes ne le sont pas... et donc il arrive que les autorités les y incitent.

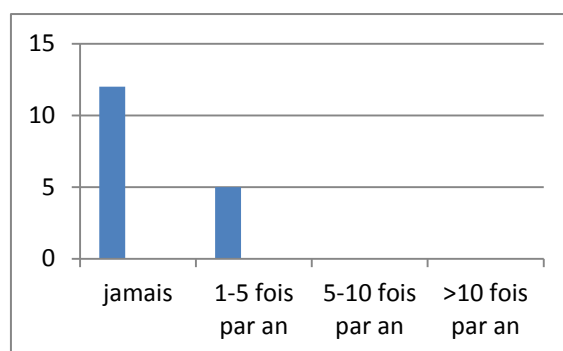
C'est ce à quoi on a assisté en 2002, lorsque le législateur a modifié la LCSF pour établir, aux articles 131.1 et suivants, un processus d'examen des plaintes et de règlement des différends, que le PL 141 vient modifier. Les autres lois québécoises régissant le secteur financier ont instauré des processus pratiquement identiques, que le PL 141 modifie semblablement. Pour la commodité de l'exposé, nous nous concentrerons sur les règles visant les coopératives de services financiers, nos conclusions pouvant ensuite être étendues aux autres régimes.

Le mécanisme actuel requiert la coopérative de «traiter de façon équitable» les plaintes qu'elle reçoit, et de se doter d'une politique relative à leur examen et à leur règlement. La consommatrice insatisfaite du traitement de sa plainte peut s'adresser à la Fédération des caisses Desjardins du Québec (qui peut faire des recommandations à la caisse) et, en cas d'insatisfaction persistante, elle peut s'adresser à l'AMF, qui examine le dossier et peut agir à titre de médiateur. Il s'agit donc d'une procédure en trois étapes dont on aura saisi qu'elle ne peut mener à une décision contraignante visant le fournisseur.

Dans le cadre de notre enquête auprès des associations de consommateurs, nous avons eu la curiosité de nous enquérir de la perception qu'elles ont de ce mécanisme et de la fréquence à laquelle elles y ont recours. Les résultats méritent qu'on s'y arrête brièvement.

Nous avons d'abord voulu savoir si les associations recouraient à cette mécanique:

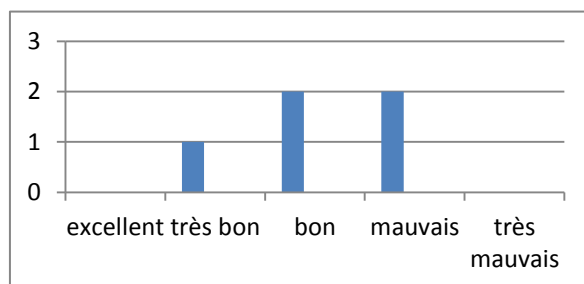
*À quelle fréquence avez-vous déjà accompagné ou aidé des consommateurs ou des consommatrices qui avaient eu recours au processus de traitement des plaintes de Desjardins?*



Le résultat est sans équivoque: les associations accompagnent assez rarement les consommateurs dans ce contexte. Est-ce parce qu'il n'y a pas de problème? Que les consommateurs ne s'adressent pas à leur association à cette fin, ou que les associations se sentent mal outillées? Ou que, tout simplement, ce processus est généralement mal connu? On ne le sait pas avec précision, mais les quelques répondants ayant formulé des commentaires notent que les problèmes se règlent souvent au niveau de la direction de la caisse – et qu'ils ont souvent trait à des demandes d'ouverture de compte. Il ne s'agit

donc pas d'un processus très utilisé; mais quand on en a fait l'expérience, quelle évaluation en fait-on? Là également, même si le sous-échantillon est bien sûr très petit, les réponses s'avèrent assez limpides:

*Si vous n'avez pas répondu «jamais» à la question [précédente], quelle évaluation globale feriez-vous de ce processus de traitement des plaintes, aux niveaux de l'accessibilité (lourdeur de formalités, coût...), de la rapidité, de la transparence, de l'impartialité et de l'efficacité?*



Pour une note «très bon», on obtient deux «bon» et deux «mauvais». On paraît donc percevoir ce processus comme étant somme toute médiocre. Dans leurs commentaires, les répondants ont signalé la grande lourdeur du processus, l'opiniâtreté dont doit faire preuve la consommatrice, l'absence de pouvoir réel de l'AMF lorsqu'elle intervient et la rigidité intraitable de Desjardins à l'égard de certaines situations.

En somme, ou bien le problème se règle en première ligne (ou la consommatrice renonce à aller plus loin), ou bien on risque de se décourager ou d'être déçu.

Il nous paraît par conséquent qu'avant de songer à réformer les mécanismes de traitement des plaintes présentement établis par la législation, il serait opportun de faire une évaluation beaucoup plus rigoureuse de leur efficacité. Le tout petit coup de sonde que nous avons donné laisse croire en effet que tout ne va pas pour le mieux en cette matière.

On pourrait commencer par réviser la politique type de traitement des plaintes que propose l'AMF<sup>296</sup>. Si elle recommande la mise en place d'une procédure «équitable et gratuite», elle requiert aussi la formulation d'une plainte écrite et propose qu'en cas d'avis à la consommatrice requérant un complément d'information, tout retard fasse en sorte que la plainte soit *réputée* abandonnée<sup>297</sup>. La politique type ne fournit non plus aucune balise au fournisseur à l'égard de ce qui pourrait constituer un délai «raisonnable» d'examen d'une plainte. Il s'agit donc d'un processus assez rigide, qui n'invite pas à mettre en place des moyens facilitant la formulation de griefs.

<sup>296</sup> Autorité des marchés financiers. *Politique type de traitement des plaintes et de règlement des différends*. Québec, Autorité des marchés financiers, s.d. Consulté au <https://lautorite.gc.ca/fileadmin/lautorite/professionnels/obligations/politique-traitement-plaintes.pdf>.

<sup>297</sup> On sait qu'en droit québécois, le recours au terme «réputé» établit une présomption irréfragable, sous l'influence de l'article 2847 du *Code civil du Québec*. La consommatrice en retard même d'une seule journée ne pourrait donc invoquer aucune justification. La politique ne propose par ailleurs pas ce que devrait être ce délai accordé à la consommatrice, qui pourrait être indûment court.

Faisons le parallèle avec le processus mis en place par la Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision du Canada (la «CPRST»). On recommande la formulation d'une plainte sur le site web de l'organisme, mais on s'ajuste aussi notamment aux besoins des personnes devant relever des défis au plan de l'accessibilité; si la plainte est incomplète, on en informe la plaignante et on met le dossier en attente, tout simplement<sup>298</sup>. La plainte étant acheminée au fournisseur pertinent, on lui accorde un délai clair de trente (30) jours pour la régler. S'il ne peut y avoir entente, la CPRST peut rendre une décision qui deviendra juridiquement exécutoire si la consommatrice l'accepte.

Quant à l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (l'«OSBI»), il accepte les plaintes par téléphone ou par courriel<sup>299</sup> et, si sa recommandation ne peut lier juridiquement le fournisseur, l'OSBI se réserve toutefois le droit de publier le fait qu'un fournisseur a choisi de ne pas se conformer à ce qui lui était proposé.

En somme, il y a actuellement, au Canada, mieux que le régime établi par le législateur québécois il y a une quinzaine d'années. Le PL 141 vient-il moderniser ce processus au bénéfice des consommateurs? On doit malheureusement répondre par la négative.

#### 4.3.5.1.2 la proposition du PL 141

Aussi déconcertante que la chose puisse paraître, le PL 141 parvient à miner la protection que l'actuel régime de traitement des plaintes peut accorder à la consommatrice québécoise, en le rendant plus rigide, moins avantageux et potentiellement plus coûteux.

D'abord, on ajouterait à l'article 131.1 de la LCSF un alinéa selon lequel la politique de traitement des plaintes d'une coopérative doit prévoir « les caractéristiques qui font d'une communication [...] une plainte devant être consignée ». En somme, c'est la coopérative dont on se plaint qui déterminera si une plainte est recevable, que ce soit en fonction de sa nature ou de sa forme. On ne propose aucune balise à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La politique d'une coopérative (ou de son groupe coopératif) pourrait donc exclure des pans entiers de ses activités – comme tout ce qui a trait à l'accès aux services de base et à l'ouverture de comptes – du champ de ce qui peut faire l'objet d'une plainte, ou exiger qu'une plainte soit formulée par écrit sur un formulaire prédéterminé et remise en personne au président de la coopérative, et personne n'y pourrait rien redire. Pour faire une analogie avec le droit pénal et s'il faut prévoir les caractéristiques d'un acte d'accusation, on ne demandera manifestement pas à l'accusé de les établir.

<sup>298</sup> On verra le site web de la CPRST et en particulier, à l'égard de ce dernier élément, le <https://www.ccts-cprst.ca/fr/pour-les-consommateurs/plaintes/processus-de-traitement-des-plaintes/>. On verra aussi, dans une perspective plus technique, le *Code de procédures* de la CPRST, dont l'alinéa 6.2 précise qu'il peut au besoin accepter des plaintes téléphoniques, notamment; consulté au <https://www.ccts-cprst.ca/wp-content/uploads/2017/07/CPRST-Code-de-procédures-sep-2017.pdf>.

<sup>299</sup> On verra le site web de la CPRST et en particulier, à l'égard de ce dernier élément, le <https://www.obsi.ca/fr/consumer-complaint-process.aspx>, phase 4. On verra aussi le <https://www.obsi.ca/fr/how-we-work/principles-and-practice.aspx>.

On ne fixe par ailleurs aucun délai relatif au traitement de la plainte, sinon que la coopérative doit pour l'essentiel en accuser réception dans un délai de dix (10) jours, en vertu de l'article 131.2. Pour le reste, la coopérative pourra consacrer le temps qu'elle voudra à l'examen du dossier, sans qu'on lui impose même une obligation générale de diligence. Tout au plus la consommatrice insatisfaite pourrait-elle passer à l'étape suivante, qui pose ses propres difficultés

En vertu de l'article 131.3 en effet, la consommatrice insatisfaite du traitement de sa plainte par la coopérative peut en requérir l'examen par l'AMF – sauf si la coopérative est membre d'une fédération, c'est-à-dire pratiquement toujours, hormis le cas de la caisse des Mutuellistes, auquel cas la plainte doit être transmise à la Fédération des caisses Desjardins du Québec. La Fédération se substitue donc à l'autorité publique en matière de révision de la plainte, cas de figure qui n'est pas particulièrement fréquent dans la législation québécoise.

En présumant par ailleurs que l'article 131.4 LCSF s'appliquerait dans un tel cas à la Fédération (mais le texte législatif n'est pas limpide à cet égard), elle pourrait, «avec le consentement des parties et sur paiement par chacune d'elles des frais déterminés par règlement du gouvernement, agir comme conciliatrice [...]». Passons sur cette autre imprécision qu'on ne sait trop si on peut recourir à ce mécanisme en l'absence d'un règlement. L'aberration fondamentale se trouve ailleurs: la consommatrice pourrait être requise de payer des frais pour que son institution financière traite sa plainte.

Rappelons que les processus mis en place par la CPRST et l'OSBI, évoqués *supra*, sont gratuits pour le consommateur. Redisons également que, dans sa recommandation précitée sur les processus de traitement des plaintes, l'Organisation pour la coopération et le développement économiques indique aux paragraphes II A 2 et 6 que ces mécanismes «ne devraient imposer aux consommateurs aucun coût qui soit disproportionné par rapport à l'enjeu de la réclamation» et qu'on devrait prendre en compte les «besoins spécifiques des consommateurs défavorisés ou vulnérables» dans le cadre de recours individuels; on ajoute d'autre part à l'alinéa IV 2 a qu'en matière de recours établi par le secteur privé lui-même, on ne devrait pas «imposer de frais ou charges pour pouvoir accéder à ou utiliser ces procédures». Quant au G20, il énonce dans ses principes relatifs à la protection des consommateurs de services financiers, au principe 9, que des mécanismes de règlement des différends *should not impose unreasonable costs, delays or burdens on consumers*. La directive européenne en matière de règlement extrajudiciaire des litiges exige pour sa part que la procédure soit gratuite ou accessible à un coût modique<sup>300</sup>.

Quels que soient les coûts qui seraient fixés dans cet éventuel règlement, la philosophie même de l'imposition potentielle de coûts à ce stade de l'examen d'un litige va à l'encontre de l'esprit (et parfois de la lettre) des recommandations de l'OCDE, de celles du G20 et de l'équité la plus élémentaire. Elle ne peut agir que comme frein à l'exercice des recours qui devraient être les plus simples et les plus accessibles. Ce n'est

<sup>300</sup> Union européenne. Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE. J.O. L165-63, 18 juin 2013. Alinéa 8 c.

rien d'autre qu'un obstacle à l'accès à la justice<sup>301</sup>. Cette proposition est foncièrement incompatible avec la notion de protection des consommateurs.

D'autre part, ce processus, pour lequel la consommatrice pourrait avoir payé des frais, ne mènerait à aucune décision contraignante. Il n'est non plus assorti d'aucune obligation à l'égard de l'impartialité des décideurs, surtout en ce qui a trait aux processus internes. On voit donc mal pourquoi la consommatrice s'engagerait dans une telle aventure.

On accorde par ailleurs à l'article 131.6 LCSF un droit de veto de la coopérative sur l'accès de la consommatrice à son dossier détenu par l'AMF qui lui est conféré par la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et la sur la protection des renseignements personnels* (L.R.Q., c. A-2.1); non seulement donne-t-on un droit de veto à une entreprise sur l'exercice d'un droit établi par la loi, mais on le donne à une entreprise qui se trouve en conflit d'intérêts, et bien sûr sans accorder la réciprocité à la consommatrice. On conçoit certes que certains renseignements particuliers se trouvant dans le dossier puissent être exclus d'une communication, mais la loi aménage déjà un régime permettant de gérer ses situations dans le respect des droits de toutes les parties. Le PL 141, lui, passe outre et privilégie la coopérative, au détriment de la citoyenne.

On a vu que le régime actuel de traitement des plaintes institué par les lois québécoises comporte des lacunes, et ne paraît pas très populaire. On réussit, avec le PL 141, à le dégrader. Il pourrait devenir financièrement moins accessible, ce qui accroît évidemment les asymétries. Un ticket modérateur, même hypothétiquement modeste, risque d'être perçu comme excessif. Puisque des griefs ne seront donc pas réglés adéquatement, on crée des externalités négatives. Davantage de litiges devront être portés devant les tribunaux, faute de décision contraignante, alors qu'on aurait pu régler ces affaires plus simplement, plus rapidement et à moindre coût : la solution proposée n'est pas efficiente. Et non seulement ne contribue-t-elle pas à l'application efficiente de la norme, mais les règles proposées comportent elles-mêmes des ambiguïtés quant à leur portée. On n'établit certainement pas ainsi des structures réglementaires, entendues au sens large pour inclure le traitement des plaintes, qui soient recommandables.

### Traitement des plaintes

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

<sup>301</sup> On n'évoquera l'argument du ticket modérateur que pour l'écarter sommairement. Nous ne connaissons aucune démonstration qu'il y ait présentement abus des mécanismes de traitement des plaintes des institutions financières québécoises, et les rarissimes cas de quérulence ou d'abus de procédure peuvent être gérés autrement qu'en barrant la route à la grande majorité des consommateurs.

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 6.1 que le fonctionnement des mécanismes de traitement des plaintes actuellement institué par les lois québécoises dans le secteur financier fasse l'objet d'une évaluation en profondeur, et**
- 6.2 que les mesures visant à modifier ces mécanismes soient retirées du PL 141.**

#### 4.3.5.2 le régime d'indemnisation

L'article 258 LDPSF établit présentement un Fonds d'indemnisation des services financiers destiné à rembourser les victimes «de fraude, de manœuvres dolosives ou de détournement de fonds» attribuables à des assujettis à la LDPSF ou au titre V de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Si la constitution du Fonds a constitué une excellente initiative, il est toutefois depuis longtemps critiqué parce qu'on estime que le champ des réclamations pouvant faire l'objet d'une réclamation est trop étroit.

Nous constatons que l'article 526 du PL 141 viendra étendre quelque peu ce champ en précisant que le Fonds remboursera également les victimes dans les cas où un assujetti a posé un des actes proscrits à l'égard d'un produit qu'il n'était pas autorisé à offrir.

Nous aurions toutefois préféré nettement que le Fonds puisse secourir les consommateurs dans tous les cas où une infraction déontologique avérée d'un représentant lui a occasionné un préjudice financier direct. Nous notons d'autre part que le Fonds ne sera toujours d'aucun secours aux personnes ayant obtenu de l'assurance dans le cadre de la distribution sans représentant, et qu'on peut s'interroger sur les recours que pourraient exercer un consommateur ayant obtenu de l'assurance en ligne.

En somme, on fait un tout petit pas dans la bonne direction. On réduit légèrement les asymétries, on déplace des externalités négatives du bilan de la consommatrice à celui du Fonds et on réduit ce faisant le risque juridique de la consommatrice et on augmente vraisemblablement l'efficacité.

#### Fonds d'indemnisation

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ◇ |
| asymétries                               | ▲ |
| facteurs comportementaux                 | ◇ |
| efficacité                               | ▲ |
| risque juridique                         | ▲ |
| efficacité des structures réglementaires | ◇ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▲ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 6.3 que les modifications proposées au Fonds d'indemnisation soient adoptées, mais**
- 6.4 qu'on poursuive l'examen afin d'étendre davantage le champ d'application du Fonds.**

#### 4.3.6 Les sanctions

Nous pourrions résumer notre perception des sanctions qui découleraient des modifications proposées dans le PL 141 en deux mots: «trop peu».

On ne fera pas ici un inventaire complet des sanctions administratives ou pénales proposées dans le projet et dont le quantum nous paraît insuffisant. C'est qu'une sanction doit comporter des aspects punitifs et dissuasifs.

Croit-on vraiment qu'une sanction administrative de mille dollars (1 000\$) imposée à un assureur (article 488 de la *Loi sur les assureurs*) ou qu'une amende maximale de cent cinquante mille dollars (150 000\$, article 512 de la *Loi sur les assureurs*) puisse être dissuasive? Les seuls cas, dans cette Loi, où les amendes atteignent des montants appréciables (jusqu'à deux millions de dollars) sont ceux où elles ne seront sans doute jamais recouvrables, puisqu'il s'agit des cas où une entité agit à titre d'assureur sans y être autorisée (et les responsables seront alors sans doute insolvable ou en fuite) et ceux où l'assureur aurait contrevenu à une ordonnance, auquel cas il est sans doute plongé de toute manière dans des ornières dont il aura grand-peine à sortir (article 513 de la *Loi sur les assureurs*).

Il est vrai qu'on fait nettement mieux à l'article 115 LDPSF, puisque certaines infractions peuvent être assorties d'une amende de deux millions de dollars (mais l'article 496 du PL 141 fera toutefois en sorte que ce plafond ne s'appliquera pas en cas de contravention de nature déontologique.)

Des sanctions trop faibles privent pratiquement la norme juridique d'effet, tout comme si elle était inapplicable. La norme ne peut alors jouer son rôle en matière de réduction des externalités négatives et des asymétries. Pour le contrevenant putatif, il y a davantage à gagner maintenant en enfreignant la norme, et peu à perdre peut-être plus tard en cas de condamnation; la sanction trop faible contribue à la décision de contrevenir. Rien de cela ne contribue à l'efficacité, ni à l'efficacité des structures réglementaires.

#### Sanctions

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficacité                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

**7.1 que les montants associés aux sanctions administratives pécuniaires et aux amendes qui seraient instaurés en vertu du PL 141 soient sensiblement révisés à la hausse, afin d'en assurer le caractère dissuasif et punitif.**

#### 4.3.7 Le grenier

Nous dirons ici très rapidement un mot de quelques autres questions soulevées par le projet de loi 141.

Le premier alinéa de l'article 28 de la *Loi sur le courtage immobilier* (L.R.Q., c. C-73.2) établit actuellement que

Malgré toute stipulation contraire, le client peut résilier à sa discrétion le contrat dans les trois jours qui suivent celui où il reçoit un double du contrat signé par les deux parties, à moins qu'il n'ait signé une renonciation écrite entièrement par lui.

En vertu de l'article 394 du PL 141, on en supprimerait le passage relatif à la renonciation écrite. Il ne serait donc plus possible de renoncer au droit de résilier, de quelque manière que ce soit. Nous accueillons favorablement cette proposition de modification législative.

Par ailleurs, l'article 571 du PL 141 ajouterait à la LAMF les articles 17.0.1 à 17.0.5, qui aménagent un régime de dénonciation en cas d'infraction à loi. Nous accueillons favorablement cette proposition de modification législative; nous notons toutefois qu'il conviendrait d'étendre le champ d'application de l'article 17.0.5 afin qu'il s'applique explicitement non seulement à des représailles directement liées au milieu de travail, mais aussi aux atteintes aux droits garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12) et à la diffamation. Nous notons également

Nous déplorons par ailleurs que, par l'article 524 du PL 141, on abroge la faculté accordée à l'AMF par l'article 240 LDPSF de tenir un registre des assurances individuelles sur la vie, sans prévoir de substitut. Un tel registre, qui pourrait d'ailleurs inclure également les contrats d'arrangements préalables de services funéraires ou de sépulture, s'avérerait hautement utile, et nous inclinons plutôt à inviter l'Assemblée nationale à s'inspirer des projets de loi 994 et 995<sup>302</sup> pour requérir l'AMF ou, au besoin, un autre organisme, de créer un registre intégrant des traces de ces divers contrats et prendre les autres mesures pertinentes.

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 8.1 que l'amendement proposé à l'article 28 de la *Loi sur le courtage immobilier* soit adopté;**
- 8.2 que le régime de dénonciation qui serait instauré par les articles 17.0.1 à 17.0.5 de la *Loi sur l'autorité des marchés financiers* soit instauré, mais que le champ d'application de l'article 17.0.5 soit élargi afin de mieux protéger les personnes visées, et**

<sup>302</sup> Projet de loi 994 – *Loi modifiant la Loi sur la distribution de produits et services financiers dans le but d'instaurer un registre des assurances individuelles sur la vie pour assurer le paiement des produits d'assurance-vie aux bénéficiaires concernés*, présenté le 22 novembre 2017; Projet de loi 995 – *Loi modifiant la Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture afin que les contrats d'arrangements préalables de services funéraires soient inscrits au registre des droits personnels et réels mobiliers*; présenté le 22 novembre 2017.

**8.3 qu'on modifie l'article 524 du PL 141 afin de permettre la création d'un registre des contrats d'assurance-vie et d'arrangements préalables des services funéraires et de sépulture.**

#### 4.4 La concurrence et la modernisation

L'article premier du PL 141 nous assure que les modifications qu'il prévoit visent non seulement une meilleure protection du consommateur, mais aussi l'adaptation des pratiques des fournisseurs à l'évolution du secteur et aux nouveaux besoins de la clientèle. Il ne nous paraît pas qu'il y parvienne beaucoup plus efficacement qu'il ne protège les consommateurs.

Comment le secteur évolue-t-il? Ailleurs dans le monde, on voit poindre des fournisseurs aux modèles d'affaires plus légers, qui recourent davantage à la technologie pour fournir des services financiers: on parle de plus en plus *fintech*. Des formes d'intermédiation (apparemment) novatrices se développent autour de plates-formes en ligne, le sociofinancement en fournissant le meilleur exemple. Les intermédiaires de paiement se multiplient et offrent une kyrielle de nouveaux produits. Pensons PayPal, Apple Pay, Nanopay... Beaucoup de ces fournisseurs ont pignon sur rue hors-Québec.

Ces phénomènes se traduisent par un accroissement potentiel de la concurrence, l'offre de nouveaux services, l'essor des opérations en ligne, l'augmentation du nombre d'opérations transfrontalières et une augmentation significative des risques juridiques (et autres) encourus par les consommateurs. Pour l'essentiel toutefois, le PL 141 ignore souverainement ces tendances et envisage le secteur financier québécois comme si nous étions encore au vingtième siècle.

En matière de paiements, on sait que les autorités fédérales se proposent de légiférer afin de mettre en place un tout nouveau cadre relatif aux paiements de détail<sup>303</sup>. Le PL 141 est pratiquement muet à cet égard. La *Loi sur les entreprises de services monétaires* demeurerait pour l'essentiel une loi de police et on ne songe pas à se pencher sur des questions comme celles liées au sort des fonds d'une consommatrice qui sont détenus par un intermédiaire de paiement qui, tel PayPal par exemple, n'est pas une institution de dépôt. On ne fait rien pour aménager l'arrimage avec un éventuel régime fédéral, alors qu'il s'agit d'un domaine où les compétences constitutionnelles sont partagées.

En matière de gestion des comptes de nature bancaire, on ne prend aucune mesure pour aménager le rôle que pourraient jouer certains intermédiaires ou pour faciliter la portabilité des numéros de compte, des secteurs où les autorités européennes ont agi dès 2014 par la Directive sur la portabilité des comptes à laquelle on faisait allusion à la sous-section 3.3.3.3.

Si le PL 141 aborde du bout des lèvres la problématique de la distribution en ligne de produits d'assurance – et on a vu avec quel succès... – il ne fournit aucune balise à l'égard d'un autre phénomène en émergence, soit celui de la fourniture en ligne de recommandations de placement<sup>304</sup>.

<sup>303</sup> Que l'on a déjà évoqué à la sous-section 3.3.3.3.

<sup>304</sup> On verra à cet égard le rapport du Bureau de la concurrence de décembre 2017 cité *supra*.

Mieux: en 2015, le ministère des Finances écrivait que la «distribution en ligne de biens de consommation ne requiert généralement pas de disposition particulière en matière de protection des consommateurs.»<sup>305</sup> Cet avis dénote une méconnaissance extraordinaire des défis que pose la consommation en ligne et du droit de la consommation<sup>306</sup>. Il explique peut-être en partie l'apathie dont le PL 141 fait preuve.

Nous craignons toutefois qu'un autre facteur contribue à cette perspective tronquée dont le projet fait preuve. Il est tout entier axé sur les préférences des grands fournisseurs desservant actuellement le marché québécois, qui ne voient aucun intérêt à favoriser la concurrence de rivaux *hi-tech*. Le projet allège certaines des contraintes imposées à ces dinosaures, mais ne fait rien pour faciliter l'entrée sur le marché en général, ni pour adapter la protection des consommateurs à des tendances qui vont occuper de plus en plus de place, que les Desjardins ou Industrielle-Alliance de ce monde le veuillent ou non.

Dans cette mesure, l'article premier du PL 141 dit vrai, mais il oublie quelques mots : pour bien décrire ce que produit le projet, il aurait fallu écrire «l'adaptation des pratiques des fournisseurs à l'évolution du secteur et aux nouveaux besoins de la clientèle *telles que les perçoivent les concurrents bien établis dans le marché*». Nous ne croyons pas que le PL 141 réussira longtemps à sauvegarder cet oligopole; il risque toutefois de retarder l'évolution du secteur financier québécois en général et, entretemps de nuire abondamment aux consommateurs.

**Par conséquent, nous recommandons:**

**9.1 que le gouvernement procède à une réflexion en profondeur et aux consultations appropriées afin que soit conçu un cadre réglementaire visant le secteur financier québécois qui favoriserait la concurrence et en favoriserait véritablement la modernisation.**

## 4.5 Le cadre réglementaire

### 4.5.1 introduction

Une toile n'est jamais plus forte que son rayon le plus faible. Un régime d'encadrement ne vaut que dans la mesure où ceux qui sont chargés de son application disposent d'un mandat clair et de toutes les ressources requises. Par ailleurs et dans une

<sup>305</sup> On verra le rapport ministériel précité, relatif à l'application de la LDPSF, en page 13.

<sup>306</sup> On incitera simplement les rédacteurs à jeter un coup d'œil sur les articles 54.1 à 54.16 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, ou à consulter *Le consommateur numérique: une protection à la hauteur de la confiance?* Actes du colloque sur la protection du consommateur numérique, Fondation Claude Masse et Centre de recherche en droit public, 12 novembre 2015. Montréal, Yvon Blais, 2016. 345 p. Les sources dans ce domaine sont en fait innombrables, tant les problèmes sont divers et graves. Lesdits rédacteurs pourraient aussi vouloir consulter la *Directive 2002/65/Ce du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE*, JO L271/16, 9.10.2002. Il y a quinze ans, les autorités européennes s'entendaient déjà pour régir cette question; en 2015, on se demandait encore au Québec s'il fallait faire quelque chose et, en 2018, on ne fait... à peu près rien.

société démocratique, on s'attend à ce que, au bout du compte, les autorités soient imputables auprès du public et de ses représentants élus.

Le cadre réglementaire du secteur financier québécois, tel qu'il serait revu et corrigé par le PL 141, nous laisse perplexes à certains égards, et franchement inquiet à d'autres. On maintient un organisme aux mandats multiples et on le surcharge encore, on élimine des organismes utiles et on prend d'autres mesures qu'on serait tenté de qualifier, au total, de mi-chair mi-poisson, tout en réduisant encore le faible niveau d'imputabilité de cet organisme. En somme, nous éprouvons quelque peine à nous montrer optimistes.

#### 4.5.2 l'Autorité des marchés financiers

##### 4.5.2.1 la bonne toile?

C'est peu dire qu'on en demande beaucoup à notre Autorité des marchés financiers. Non seulement joue-t-elle un rôle central dans l'encadrement du secteur financier, mais on lui a aussi confié d'autres tâches, en matière de vigie reliée au maintien de l'intégrité dans le cadre de l'octroi des contrats du secteur public notamment.

Dans le secteur financier, elle est chargée tout à la fois de l'encadrement prudentiel et de l'encadrement des pratiques commerciales; on lui confierait en plus avec le PL 141 l'encadrement complet de dizaines de milliers de représentants. C'est, au plan conceptuel, beaucoup; c'est fort possiblement trop. Comme on l'a noté dans la sous-section 3.3.2.1, ce cumul de fonctions est désormais remis en cause un peu partout dans le monde.

L'encadrement prudentiel et l'encadrement des pratiques commerciales ne requièrent pas que des expertises techniques différentes. Ils divergent profondément par la perspective qui les sous-tend. Les deux contributions sont nécessaires à la santé du secteur et de l'économie, mais l'une tend trop souvent à l'emporter sur l'autre.

On l'a vu un peu partout dans le monde, et au Canada en particulier: la première priorité des autorités va presque toujours à l'encadrement prudentiel. La chose est particulièrement palpable quand on examine l'expérience canadienne au niveau fédéral, où l'Agence canadienne de la consommation en matière financière ne bénéficie encore, plus de quinze ans après sa création, que de pouvoirs bien modestes et d'un crédit fragile.

L'accent mis sur l'encadrement prudentiel s'explique aisément: il s'agit de prévenir un risque exceptionnel, mais de très grande magnitude et dont la concrétisation s'avérerait catastrophique. D'autre part et notamment pour ne pas inquiéter indûment le public par des rumeurs qui pourraient provoquer un exode de clientèle qui contribuerait lui-même à empirer une crise appréhendée, l'encadrement prudentiel s'entoure habituellement de discrétion, sinon de secret. Il exige aussi désormais une maîtrise exceptionnelle de questions complexes comme l'évaluation du risque relié à des instruments dérivés ou la compréhension des relations multiples entre les divers acteurs du marché, au niveau mondial. Et puis il s'agit de questions auxquelles les économistes s'intéressent.

L'encadrement des pratiques commerciales pose de tout autres défis. Le fournisseur délinquant provoquera rarement l'écroulement du secteur financier – encore qu'il pourra ruiner des milliers de consommateurs. Par contre, on a affaire à des risques qui se concrétisent tous les jours, et qu'on a tout intérêt à combattre publiquement, à des fins d'information du public et de dissuasion des fripons notamment. Il ne s'agit pas d'abord de saisir les arcanes des notes abscondes accompagnant les états financiers de quelques

firmes déployant des prodiges d'ingéniosité financière, mais d'analyser des centaines de produits et de contrats mis tous les jours à la disposition des consommateurs puis d'agir, de manière préventive et curative. C'est affaire de juristes ou de sociologues...

On sait d'autre part que, dans le passé, des organismes réglementaires ont toléré des pratiques de marché douteuses parce que, si on les avait interdites, on aurait pu provoquer la débandade de certains fournisseurs. On a donc parfois subordonné l'encadrement des pratiques de marché à la sacro-sainte stabilité du marché. Ce faisant, on a laissé se perpétuer des pratiques qui érodent graduellement la confiance des consommateurs dans la capacité des autorités de garantir la sécurité juridique et financière des consommateurs. Les autorités succombent parfois aussi à l'attrait du gain immédiat – ce fournisseur ne faillira pas immédiatement – au détriment de l'intérêt à long terme.

Cela pose une question d'architecture réglementaire. Considérant ces deux mandats en apparence divergents, les réconciliera-t-on mieux si on les confie tous deux à un même organisme, ou si on les répartit entre deux autorités distinctes? La solution intégrée comporte l'avantage de la cohésion<sup>307</sup>, mais le risque de la subordination. L'autre solution contribue à ce que chaque mission soit mieux mise en œuvre, mais au risque de problèmes de coordination.

Nous n'entendons pas trancher ce débat maintenant, encore que nous inclinions intuitivement vers une variante du modèle *Twin Peaks*, qui répartirait les responsabilités en matière de gestion prudentielle et de gestion des pratiques de marché entre deux organismes distincts et admettrait le maintien d'autres organismes spécialisés, dont les chambres présentement instituées par la LDPSF.

Ce qui nous semble absolument essentiel, toutefois, c'est qu'on tienne ce débat.

Le modèle implanté au Québec en 2002 se conformait aux tendances réglementaires qui avaient alors la cote auprès des régulateurs et des fournisseurs. Un peu partout dans le monde, il a échoué, ou il est à tout le moins sérieusement remis en cause, pour les motifs qu'on a évoqués dans les sous-sections 3.2.5 et 3.3.2.1. On explore donc la mise en place de nouvelles architectures. Le Québec peut-il vraiment faire l'économie d'une réflexion concernant le modèle réglementaire qui conviendrait le mieux au secteur financier tel qu'il évolue en ce début de vingt-et-unième siècle? Nous ne le croyons pas.

La discussion nous paraît s'imposer d'autant que l'implantation du PL 141 produirait deux résultats. D'une part, on maintiendrait l'énoncé actuel de la mission de l'AMF dans la législation, alors qu'il est nettement inadéquat, et on abolirait les chambres constituées en vertu de la LDPSF. Pour les motifs que nous exposons *infra*, ces deux orientations nous paraissent malavisées. L'abolition des chambres vient toutefois renforcer – au moins en apparence – le caractère intégré de l'AMF. Avant de s'engager aveuglément dans cette direction, comme si cela allait de soi, nous invitons instamment le législateur à se pencher dès maintenant sur l'efficacité de ce modèle.

---

<sup>307</sup> Certains feront aussi valoir un hypothétique gain d'efficacité par économies d'échelle ou de gamme; cet argument nous laisse sceptiques et les inconvénients reliés au conflit de missions nous paraissent susceptibles d'avoir un impact négatif nettement plus considérable sur l'efficacité à long terme du régulateur dans le fonctionnement du marché. En somme, l'économie réalisée dans le budget des organismes de réglementation pourrait générer des externalités négatives importantes, quoique difficilement quantifiables.

C'est qu'à notre avis, l'intégration des mandats suscite des risques juridiques importants. Il n'est notamment pas certain que l'autorité intégrée adopte les bonnes normes, en raison du conflit entre les missions qui lui sont confiées. L'intégration se trouverait alors génératrice d'externalités négatives. Elle accroît également l'asymétrie entre les ressources des consommateurs et celles de l'organisme de réglementation.

#### 4.5.2.2 les missions de l'AMF

Mettons en relief des textes législatifs énonçant les missions des régulateurs chargés (à tout le moins) de l'encadrement des pratiques de marché, en France, au Royaume-Uni et au Québec:

##### *en France*

L'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers, [...] et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers, [...]. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international.

Dans l'accomplissement de ses missions, l'Autorité des marchés financiers prend en compte les objectifs de stabilité financière dans l'ensemble de l'Union européenne et de l'Espace économique européen et de mise en oeuvre convergente des dispositions nationales et de l'Union européenne en tenant compte des bonnes pratiques et recommandations issues des dispositifs de supervision de l'Union européenne. Elle coopère avec les autorités compétentes des autres Etats.

Elle veille également à ce que les entreprises soumises à son contrôle mettent en oeuvre les moyens adaptés pour se conformer aux codes de conduite homologués mentionnés à l'article L. 611-3-1.<sup>308</sup>

##### *au Royaume-Uni*

#### 1B The FCA's general duties

(1) In discharging its general functions the FCA must, so far as is reasonably possible, act in a way which—

- (a) is compatible with its strategic objective, and
- (b) advances one or more of its operational objectives.

(2) The FCA's strategic objective is: ensuring that the relevant markets (see section 1F) function well.

(3) The FCA's operational objectives are—

- (a) the consumer protection objective (see section 1C);
- (b) the integrity objective (see section 1D);

<sup>308</sup> République Française. *Code monétaire et financier*. Article L621-1.

(c) the competition objective (see section 1E).

(4) The FCA must, so far as is compatible with acting in a way which advances the consumer protection objective or the integrity objective, discharge its general functions in a way which promotes effective competition in the interests of consumers.

[...]

#### 1C The consumer protection objective

(1) The consumer protection objective is: securing an appropriate degree of protection for consumers.

(2) In considering what degree of protection for consumers may be appropriate, the FCA must have regard to—

- (a) the differing degrees of risk involved in different kinds of investment or other transaction;
- (b) the differing degrees of experience and expertise that different consumers may have;
- (c) the needs that consumers may have for the timely provision of information and advice that is accurate and fit for purpose;
- (d) the general principle that consumers should take responsibility for their decisions;
- (e) the general principle that those providing regulated financial services should be expected to provide consumers with a level of care that is appropriate having regard to the degree of risk involved in relation to the investment or other transaction and the capabilities of the consumers in question;
- (f) the differing expectations that consumers may have in relation to different kinds of investment or other transaction;
- (g) any information which the consumer financial education body has provided to the FCA in the exercise of the consumer financial education function;
- (h) any information which the scheme operator of the ombudsman scheme has provided to the FCA pursuant to section 232A.

#### 1D The integrity objective

(1) The integrity objective is: protecting and enhancing the integrity of the UK financial system.

(2) The “integrity” of the UK financial system includes—

- (a) its soundness, stability and resilience,
- (b) its not being used for a purpose connected with financial crime,

- (c ) its not being affected by behaviour that amounts to market abuse,
- (d) the orderly operation of the financial markets, and
- (e) the transparency of the price formation process in those markets.

#### 1E The competition objective

(1) The competition objective is: promoting effective competition in the interests of consumers in the markets for—

- (a) regulated financial services, or
- (b) services provided by a recognised investment exchange in carrying on regulated activities in respect of which it is by virtue of section 285(2) exempt from the general prohibition.

(2)The matters to which the FCA may have regard in considering the effectiveness of competition in the market for any services mentioned in subsection (1) include—

- (a) the needs of different consumers who use or may use those services, including their need for information that enables them to make informed choices,
- (b) the ease with which consumers who may wish to use those services, including consumers in areas affected by social or economic deprivation, can access them,
- (c) the ease with which consumers who obtain those services can change the person from whom they obtain them,
- (d) the ease with which new entrants can enter the market, and
- (e) how far competition is encouraging innovation.<sup>309</sup>

#### *au Québec*

7. L'Autorité est chargée d'exercer les fonctions et pouvoirs qui lui sont attribués par les lois énumérées à l'annexe 1 ou par d'autres lois et d'administrer toutes les lois ou dispositions d'une loi dont la loi ou le gouvernement lui confie l'administration.

L'Autorité agit également à titre de centre de renseignements et de référence dans tous les domaines du secteur financier.

Elle exerce de plus les fonctions et pouvoirs que lui attribue la présente loi.

8. L'Autorité exerce ses fonctions et pouvoirs de manière:

- 1° à favoriser la confiance des personnes et des entreprises à l'égard des institutions financières et

<sup>309</sup> Royaume-Uni. *Financial Services Act 2012*, 2012, c. 21, à jour au 11 janvier 2018.

autres intervenants du secteur financier quant à leur solvabilité et à l'égard de la compétence des agents, des conseillers, des courtiers, des représentants et des autres intervenants qui oeuvrent dans le secteur financier;

- 2° à promouvoir une offre de produits et services financiers de haute qualité et à un prix concurrentiel pour l'ensemble des personnes et des entreprises dans toutes les régions du Québec;
- 3° à assurer la mise en place d'un cadre réglementaire efficace favorisant le développement du secteur financier et permettant l'évolution des pratiques de gestion et des pratiques commerciales dans ce secteur;
- 4° à donner aux personnes et aux entreprises un accès à une information fiable, exacte et complète sur les institutions financières et autres intervenants du secteur financier et sur les produits et services financiers offerts;
- 5° à assurer la protection du public contre les pratiques déloyales, abusives et frauduleuses et à donner accès aux personnes et aux entreprises lésées à divers modes de règlement de différends.<sup>310</sup>

Synthétisons.

En France, l'Autorité veille à la protection de l'épargne et à l'information. Elle doit prendre en compte les objectifs de stabilité financière et les activités des autres organismes réglementaires.

Au Royaume-Uni, la *Financial Conduct Authority* doit d'abord s'assurer que les marchés fonctionnent bien, et se conformer à des objectifs précis touchant la protection des consommateurs, l'intégrité et la protection des marchés.

Au Québec, l'AMF doit exercer ses pouvoirs, accordés par diverses lois, de manière à favoriser la confiance envers les fournisseurs à l'égard de leur solvabilité et de leur compétence, à promouvoir une offre «de haute qualité», à assurer la mise en place d'un cadre réglementaire efficace, à donner une information fiable et à protéger le public contre les pratiques déloyales.

Comment dire? On a le sentiment, à lire les articles 7 et 8 de la loi régissant l'AMF, d'un certain manque d'envergure. On ne protège pas l'épargne et la stabilité ou on ne s'assure pas que les marchés fonctionnent: on favorise simplement la confiance envers les fournisseurs. On promeut une offre de produits de qualité. On donne de l'information sur les intervenants. On favorise le développement du secteur. Examinés isolément, les alinéas 1° à 4° de l'article 8 donnent l'impression qu'on a affaire au mandat d'une agence

---

<sup>310</sup> *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, L.R.Q., c. A-33.2. Ci-après la «LAMF». Nous choisissons de nous en tenir ici à son titre actuel, plutôt qu'au titre de «Loi sur l'encadrement des services financiers» qui serait institué par l'article 567 du PL 141.

publicitaire ou d'une association professionnelle chargée de la promotion de l'industrie, et non d'un organisme de réglementation.

Le libellé français, concis, formule des objectifs globaux. Le libellé britannique, plus détaillé, aborde une grande variété de problématiques et requiert la FCA de s'assurer que les marchés seront concurrentiels, intègres et sûrs pour les consommateurs, compte dûment tenu de leur situation. Le libellé québécois met le régulateur au service de l'industrie, sauf pratiques déloyales, abusives et frauduleuses (qu'on espère pouvoir lire de manière disjointe).

La formulation de la mission d'un organisme réglementaire oriente la manière dont il exercera ses pouvoirs. Au Québec, celle de l'AMF la tourne implicitement vers une certaine complaisance envers l'industrie et fait de la protection du public un incident, ajouté en fin de liste. On notera au contraire que la protection des consommateurs constitue le premier objectif spécifique de la FCA britannique et que la formulation de l'objectif spécifique relatif à la concurrence renvoie aussi aux consommateurs.

En somme, l'énoncé de mission actuel de l'AMF ne lui accorde pas un mandat fort en matière de gestion du risque prudentiel, puisqu'elle n'a qu'à «favoriser la confiance» à l'égard de la solvabilité, et lui fixe un mandat médiocre en matière d'encadrement des pratiques de marché. Même dans l'optique du maintien de l'orientation favorable à un régulateur intégré, il paraît impératif de revoir à tout le moins l'énoncé de la mission de cet organisme.

L'AMF fait-elle davantage que ce qui lui dictent les articles 7 et 8 de sa Loi constitutive? Nous voulons bien le croire. Mais il serait alors temps d'ajuster le texte législatif à la réalité. Et s'il devait plutôt s'avérer que l'AMF ne fait guère plus que ce que dictent ces dispositions, on ne saurait trop l'en blâmer – mais il faudrait alors reprocher au législateur de lui avoir donné en 2002, et de lui avoir conservé en 2018, un mandat anémique, et profondément insatisfaisant.

En définitive, nous devons faire ici le constat de l'existence de normes juridiques inadéquates et imprécises, qui sont susceptibles de réduire considérablement l'efficacité des structures réglementaires.

#### 4.5.2.3 la structure de l'AMF

Behold, the fool saith, "Put not all thine eggs in the one basket"—which is but a manner of saying, "Scatter your money and your attention;" but the wise man saith, "Put all your eggs in the one basket and — WATCH THAT BASKET"— *Pudd'nhead Wilson's Calendar*.

Mark Twain, *The Tragedy of Pudd'nhead Wilson*, c. 15 (1894)

Encadrer le secteur financier? Au Québec, c'est l'affaire d'un seul homme (on attend du moins la nomination d'une première femme). C'est que l'article 20 LAMF est aussi limpide que formel: les affaires de l'organisme «sont administrées par un président-

directeur général». Il n'est pas simplement responsable de l'administration, comme on le voit dans la définition du mandat des présidentes ou présidents de la Commission de la construction du Québec, de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail ou de la Régie de l'énergie au Québec, par exemple; il n'assure pas simplement la direction de l'organisme comme le président du Conseil de la radiodiffusion ou des télécommunications canadiennes. Le président incarne l'AMF.

Comme on l'a noté à la sous-section 3.3.3.1.2, ce type de modèle réglementaire est de moins en moins fréquemment retenu. Les autorités réglementaires sont le plus souvent dirigées par un conseil ou un collège, plus ou moins représentatif des milieux intéressés au secteur financier selon le cas.

Certes, l'article 48 LAMF adjoint au président un Conseil consultatif de régie administrative, composé de sept (7) personnes. Les attributions de ce Conseil sont toutefois assez limitées: en vertu de l'article 57 LAMF, il opine à l'égard de la conformité des activités de l'Autorité à sa mission et de qualité de la régie administrative, il formule des recommandations relatives à la nomination des surintendants et il fait rapport au ministre à l'égard des questions que ce dernier peut lui poser. Il s'agit donc d'un rôle principalement réactif et administratif, ce Conseil n'étant structurellement doté que de fort peu de pouvoirs d'initiative, surtout en matière de détermination des orientations réglementaires, à l'égard desquelles il a bien peu à dire<sup>311</sup>.

Non seulement le président-directeur général administre-t-il l'AMF, mais il jouit peut-être d'un traitement particulier. Alors que la secrétaire, les surintendants et le reste du personnel ne peuvent détenir un intérêt, même indirect, dans une entreprise susceptible de faire naître un conflit d'intérêts, en vertu de l'article 27 LAMF, l'article 29 requiert quant à lui le président directeur-général de le divulguer au ministre sous peine de déchéance de sa charge. La divulgation s'avérera bien sûr très souvent moins onéreuse que la disposition d'un intérêt. D'où une question: compte tenu du libellé de la LAMF, le président-directeur général fait-il partie du personnel de l'Autorité? Pourquoi, à l'article 27, renvoie-t-on spécifiquement à la secrétaire et aux surintendants, mais pas au président-directeur général?

On ne trouve d'autre part aucun mécanisme d'imputabilité dans la LAMF. Le président-directeur général administre, le ministre supervise de loin, le contrôle judiciaire est strictement balisé (comme il est d'usage, et en l'occurrence par l'article 18 LAMF), le public peut être consulté au bon vouloir du président ou dans le cas, comme l'adoption de certains règlements, où la loi le requiert par ailleurs.

Or cet organisme établit le droit par l'entremise de divers instruments, il inspecte, il enquête, il poursuit et il encadre un tribunal (auquel il peut substituer son évaluation de l'intérêt public, ce à quoi on reviendra à la sous-section 4.5.2.4). Il cumule des fonctions de nature législative, exécutive et, indirectement, quasi-judiciaires. On le charge de l'encadrement du risque systémique et de l'encadrement des pratiques d'affaires de pratiquement tout le secteur financier quant à ce qui relève de la compétence québécoise. Mais il n'est à toutes fins pratiques imputable auprès de personne.

---

<sup>311</sup> Et peut-être cela explique-t-il un peu pourquoi l'article 582 du PL 141 inverserait l'ordre des critères de sélection des membres de ce Conseil (établi par l'article 49 LAMF), faisant désormais passer l'expertise en matière de gestion administrative avant la connaissance du secteur financier.

Bien sûr, un organisme tel que l'AMF doit jouir d'une grande indépendance. Il faut néanmoins qu'il existe des garde-fous.

Dans d'autres cas que nous avons évoqués *supra*, des structures collégiales peuvent dans une certaine mesure jouer ce rôle. Dans des modèles comme celui du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, qui jouit aussi d'un mandat très étendu, le contrôle s'exerce par la force des choses par le processus quasi-judiciaire auquel il doit se conformer, par l'existence de processus d'appel et par un mécanisme d'instruction ministérielle. Hydro-Québec, qui a longtemps bénéficié d'une vaste autonomie, se trouve depuis vingt ans assujettie à la Régie de l'énergie.

La structure pose en soi des risques juridiques. Si elle omet d'agir, il y aura absence de norme, puisqu'elle détient un monopole. Si elle se trompe dans la détermination des normes, elle entraînera tout le secteur financier avec elle, et son erreur échappera par ailleurs à pratiquement tous les contrôles juridiques, puisque les processus normaux de vigie lui sont inapplicables. Il en résulte une architecture qui paraît robuste mais qui est, en fait, hautement fragile. Elle est bien sûr hautement susceptible de capture. Elle nous inquiète.

En somme et dans l'alternative que posait Mark Twain en 1894, le législateur a choisi de mettre tous les œufs dans le même panier (ce qui nous laisse sceptiques), mais il n'a mis en place pratiquement aucun mécanisme de surveillance de ce panier. Nous voilà par conséquent lotis avec le pire des deux mondes.

On veut conférer à l'AMF tous les pouvoirs et lui éviter toutes les redditions de compte. Il nous paraît qu'il y a là une question qui mérite que, dans une démocratie, on y réfléchisse.

#### **Mission et structure de l'AMF**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

- 10.1 que le gouvernement procède à une réflexion en profondeur et aux consultations appropriées afin de réévaluer la pertinence d'encadrer le secteur financier à l'aide d'un organisme intégré, et qu'on sursoie à toute intégration des chambres avant que cette réflexion ne soit achevée;**
- 10.2. qu'on reformule l'énoncé législatif de la mission de l'AMF en s'inspirant des meilleurs modèles à cet égard à l'échelle internationale, et**
- 10.3 que l'on réévalue les mécanismes d'imputabilité applicables à l'AMF.**

#### 4.5.3 le Tribunal administratif des marchés financiers

On admet sans peine qu'il faille un tribunal spécialisé en matière d'encadrement des marchés financiers. Nous souhaitons toutefois soulever au passage trois éléments qui nous paraissent mériter qu'on s'y arrête, soit le renouvellement du mandat des membres, la discrétion dans la détermination de l'intérêt public et l'exercice des fonctions en matière disciplinaire que le PL 141 confierait au Tribunal administratif des marchés financiers (ci-après le «TAMF»).

D'abord, l'article 594 du PL 141 ajouterait notamment à la LAMF un article 115.15.18 qui nous laisse songeurs. En effet, le renouvellement du mandat d'un membre du Tribunal pourrait, selon les choix que le gouvernement exercera (ou non) par règlement, être assujéti à la recommandation favorable d'un comité dont on sait seulement qu'il ne pourra comprendre de personnes faisant partie de l'administration gouvernementale. Rien, dans le texte législatif, ne prohibe toutefois que certains membres d'un comité, la majorité ou la totalité d'entre eux soient associés, directement ou indirectement, à des fournisseurs.

Le renouvellement du mandat d'un juge administratif suscite inévitablement des questions liées à son indépendance et à son impartialité, et les juges administratifs le savent<sup>312</sup>. Or le renouvellement du mandat d'un membre du TAMF pourrait dépendre de la recommandation d'un comité formé de personnes liées à l'industrie. En somme, par crainte du sort qu'on pourrait lui faire en fin de mandat, le juge administratif pourrait s'efforcer de rendre des décisions qui ne seront pas impopulaires auprès des décideurs, mais qui pourraient ne pas être les meilleures au plan juridique.

On nous répondra peut-être qu'il faut présumer non seulement de l'intégrité des juges administratifs, mais aussi de la bonne foi du gouvernement, qui établirait une procédure permettant d'éviter de tels résultats. Toutefois et même dans les cas, examinés par le Pr Noreau et ses collègues, où une procédure analogue a été mise en place, l'impact potentiel sur l'indépendance du décideur demeure présent. Nous inclinons donc à recommander qu'on mette en place un processus de renouvellement plus objectif et qui pourrait être inspiré des recommandations 12 et 13 formulées par le Pr Noreau et ses collègues, qui proposent notamment l'abolition de comités tels que ceux qui seraient constitués en vertu de l'article 11.5.15.18<sup>313</sup>.

Le régime actuel soulève des difficultés au plan des questions de nature comportementale, le juge administratif pouvant préférer le gain à court terme (son emploi) à l'intérêt général à court terme. Dans une telle situation, il crée des externalités tout en altérant la qualité de la norme par la prise de décisions inappropriées. L'efficacité des structures réglementaires s'en trouve inévitablement compromise.

D'autre part et comme nous le mentionnions plus haut, l'article 93 LAMF prescrit actuellement que le Tribunal, lorsqu'il apprécie les faits ou le droit, ne peut «substituer

<sup>312</sup> On verra par exemple Noreau, Pierre; Valois, Martine; Houle, France; Issalys, Pierre. *La justice administrative: entre indépendance et responsabilité*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014. 428 p. Pp. 100-108, 291-303. Parmi les juges administratifs que les auteurs ont interrogés durant leur enquête, c'est à l'égard du problème du renouvellement et de son impact sur leur indépendance «que les répondants ont manifesté la plus grande insatisfaction» (p. 291).

<sup>313</sup> *Ibid.*, pp. 368-369.

son appréciation de l'intérêt public à celle que l'Autorité en avait faite pour prendre sa décision.» En d'autres termes, le Tribunal est présentement lié par la détermination faite par l'AMF. Cette restriction à l'indépendance et à la discrétion quasi-judiciaire nous paraît injustifiable.

Nous nous réjouissons donc que, par son article 591, le PL 141 vienne restreindre quelque peu le champ d'application de cette contrainte en restaurant la liberté de pensée du TAMF dans les cas relevant de la LDPSF et de la *Loi sur les entreprises monétaires*. Elle continuerait toutefois à s'appliquer à l'égard des affaires relevant de la *Loi sur les instruments dérivés*, ce qui n'a généralement pas de pertinence directe en matière de protection des consommateurs, et de la *Loi sur les valeurs mobilières*, ce qui peut en avoir beaucoup.

Le législateur a amorcé le travail; il ne devrait pas s'arrêter en si bon chemin et il devrait abroger complètement cette limitation à la discrétion du TAMF. Même dans l'état où le PL 141 laisserait la compétence du TAMF, on aurait affaire à une norme juridique inopportune, qui réduit l'efficacité des structures réglementaires en minant la juridiction du TAMF.

En troisième lieu, on sait que le PL 141 envisage l'abolition des deux chambres instituées par la LDPSF et, par conséquent, le transfert des compétences de nature disciplinaire des comités de discipline établis par cette Loi au TAMF. Nous reviendrons à l'abolition des chambres à la sous-section 4.5.3; nous nous pencherons cependant ici brièvement sur ce transfert des affaires disciplinaires mues devant des comités de discipline vers un tribunal.

En matière disciplinaire, il est admis que «la faute s'analyse comme la violation de principes de moralité et d'éthique propres à un milieu et issues de l'usage et des traditions.»<sup>314</sup> La description de la faute disciplinaire, pour être constitutive d'une obligation juridiquement valide, ne requiert pas le degré de précision qu'on exige en matière pénale ou criminelle<sup>315</sup>. La règle qui établit cette faute doit d'autre part être interprétée en faisant primer l'intérêt public<sup>316</sup> et en lui donnant une interprétation souple, de manière à ce qu'on puisse contrôler l'ensemble des comportements jugés répréhensibles et afin d'éviter qu'on puisse contourner la règle générale, et la rendre confuse, en proposant des distinctions indûment tatillonnes.

D'autre part et à moins que le texte constitutif de l'infraction ne le requière par son libellé, il n'est généralement pas nécessaire de prouver que la personne à qui on reproche une infraction déontologique était animée par une intention coupable ou la volonté de ne pas se conformer à la règle: «la faute déontologique n'exige pas la preuve d'un

<sup>314</sup> Ouellette, Yves. *L'imprécision des codes de déontologie professionnelle*. [1977] 69 R. du B 669-671, 670.

<sup>315</sup> Ouellette, *Ibid.*, p. 670; Béliveau c. Barreau du Québec (Comité de discipline), [1992] R.J.Q. 1822 (C.A.); Latulippe c. Tribunal des professions, JE 98-1367 (C.A.).

<sup>316</sup> Ouellette, *op. cit.*, p. 671. Cité avec approbation dans l'arrêt Tremblay c. Dionne, 2006 QCCA 1441, par. 42, qui précise par ailleurs que de telles règles «doivent s'interpréter en faisant primer les intérêts du public sur les intérêts privés» (*ibid.*) – et donc l'intérêt de la collectivité sur celui de la personne qui aurait commis un acte prohibé.

manquement volontaire [...]»<sup>317</sup>. Le constat que le comportement prohibé a eu lieu emporte la conclusion qu'une infraction a été commise, quels qu'aient été l'état d'esprit ou la bonne volonté des personnes à qui ce comportement est reproché.

En somme, le processus disciplinaire relève d'une philosophie judiciaire qui n'est tout à fait ni celle du droit civil, ni celle du droit pénal. Il s'agit d'un univers spécialisé, que le TAMF n'a peut-être pas pleinement exploré jusqu'ici. Certes, il est doté d'attributions comme celles qui découlent de l'article 273.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*<sup>318</sup>, qui lui permet d'interdire à une personne d'agir dans certains cas, mais il s'agit quand même d'une dynamique quelque peu différente.

On ne saurait par conséquent exclure que ce transfert de responsabilité s'accompagne d'une perte d'expertise au plan de l'encadrement déontologique des représentants régis par la LDPSF. Qui plus, les assesseurs issus du milieu professionnel et qui contribueraient au processus disciplinaire n'auraient en vertu du nouvel article 112 LAMF qu'un rôle de conseil<sup>319</sup>, sans participer à la décision. On accroît par conséquent le risque juridique et on risque de réduire l'efficacité, de sorte que cette modification à l'architecture réglementaire nous paraît inopportune.

#### **Cadre réglementaire – TAMF**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficacité                               | ◇ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

**11.1 que le processus de renouvellement du mandat des membres du TAMF soit repensé;**

**11.2. qu'on retire de l'article 93 de la LAMF toute mesure empêchant le TAMF d'évaluer ce qui constitue l'intérêt public et**

<sup>317</sup> Cournoyer, Guy; Cournoyer, Nicolas. *La faute déontologique: sa formulation, ses fondements et sa preuve*. In *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*. Cowansville, Éd. Yvon Blais/Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2007, vol. 271, p. 185. P. 200. On verra aussi les pp. 210 à 212. Dans la même perspective, on verra par exemple *Marcoux c. Monty*, 500-09-010768-018, 25 janvier 2004 (Cour d'appel) qui, en matière de déontologie policière, indique que la «Cour est d'avis que l'intention coupable n'est pas requise pour démontrer» la commission de l'infraction reprochée, soit en l'occurrence le manque de politesse envers des citoyens.

<sup>318</sup> L.R.Q., c. V-1.1.

<sup>319</sup> Et nous apprécions pleinement toute l'ironie que met le PL 141 à leur reconnaître ici un rôle de *conseil* – mais rien de plus.

**11.3 que l'on réévalue la pertinence de confier au TAMF la charge de processus disciplinaires.**

#### 4.5.4 l'abolition des chambres

**Arachnophobie:** Phobie des araignées.

Le Petit Robert, 2017

##### 4.5.4.1 les petites bêtes qui font peur

L'encadrement de dizaines de milliers de spécialistes qui doivent interagir avec des millions de consommateurs afin de leur prodiguer les meilleures recommandations en ce qui a trait à des coûts qui se chiffrent en milliards de dollars pose des défis considérables. Il faut à la fois comprendre les enjeux, faire preuve d'indépendance, savoir prévenir et pouvoir sanctionner.

Mais pour comprendre adéquatement, il faut se trouver au plus près de l'industrie; cela peut compromettre l'indépendance. L'équilibre n'est pas facilement établi.

Dans beaucoup de domaines où se pose le même dilemme, on a opté pour des solutions reposant sur un modèle qu'on qualifiera de «professionnel». Il repose sur la thèse que les experts disposent du savoir requis, et qu'ils font tous face au même risque réputationnel: si un pair commet un impair, l'image de toute la profession sera compromise. Personne n'aurait donc davantage intérêt à sanctionner les resquilleurs délinquants que leurs pairs.

Cette logique comporte toutefois une autre face: personne d'autre que les pairs n'a autant intérêt à balayer sous le tapis toute trace de fraude ou d'incompétence qui pourrait souiller l'image du milieu. On peut aussi vouloir se montrer indulgent envers un pair, sachant bien qu'on sera peut-être un jour celui qui est jugé et escomptant bénéficier de la même sollicitude. Le modèle professionnel comporte donc aussi des risques importants.

Mais l'alternative? On ne peut tolérer le laisser-faire ou s'en remettre à l'exclusion graduelle par le marché d'un fournisseur médiocre, en raison de la gravité des enjeux. La police et les tribunaux de droit commun ne disposent pas de l'expertise requise. L'administration étatique peut acquérir une partie de cette expertise mais pas toute, puisque par définition elle n'intervient pas à titre d'actrice dans le marché, et sa motivation principale relève de son mandat, et non de son intérêt propre à titre de victime collatérale des bourdes d'un confrère.

Dans le domaine de la distribution de certains produits financiers, on a cherché au Québec un équilibre entre les défis et les contraintes, et on l'a trouvé par l'entremise de la LDPSF avec la mise en place de la Chambre de l'assurance de dommages et la Chambre de la sécurité financière<sup>320</sup>, qui remplaçaient des organismes préexistants.

---

<sup>320</sup> On notera que le rédacteur de ces lignes a siégé à titre de représentant du public au conseil d'administration de la Chambre de la sécurité financière de 1998 à 2004. Il n'a cependant pas eu depuis de lien pouvant altérer son indépendance à l'égard de cet organisme et ne se souvient pas qu'on l'ait jamais à l'époque soupçonné de complaisance envers l'industrie ou la Chambre...

Les chambres sont établies par la loi et ont pour mission, en vertu de l'article 312 LDPSF, «d'assurer la protection du public en maintenant la discipline et en veillant à la formation et à la déontologie» de leurs membres. Les affaires d'une chambre sont administrées par un conseil de treize (13) membres, dont cinq (5) sont nommés par le ministre des Finances à titre de membres indépendants. Les chambres établissent des exigences en matière de formation continue obligatoire et de déontologie.

En mai 2015, le ministre indiquait dans son rapport à l'Assemblée nationale à l'égard de l'application de la LDPSF qu'elle «a bien répondu aux besoins de l'industrie et de la population» et que, sous son égide, «[l']industrie est performante et concurrentielle.» Tout au plus notait-il – avec raison – les défis liés à l'adaptation aux nouvelles technologies<sup>321</sup>.

Le régime des chambres n'est pas parfait. On aurait parfois préféré que les comités de discipline se montrent plus sévères. On ne formera jamais suffisamment les représentants. Mais ce régime fonctionne. Et il comporte un immense avantage: il établit la responsabilité personnelle du représentant à l'égard des actes qu'il pose, et les modalités de cette responsabilité déontologique sont formulées par des organismes sur lesquels les grands fournisseurs ont relativement peu d'emprise<sup>322</sup>.

Alors pourquoi veut-on les abolir?

#### 4.5.4.2 arguments arachnides

C'est peut-être dans le rapport LDPSF 2015 qu'on trouve la meilleure synthèse des arguments susceptibles d'être invoqués pour critiquer le système établi par cette Loi. Et peut-être faut-il d'ailleurs s'en inquiéter... Le rapport met l'accent sur trois éléments; nous en envisagerons aussi deux autres.

D'une part, nous dit le rapport ministériel, l'approche québécoise, qui «présente donc l'avantage d'ajouter un élément de protection supplémentaire pour le consommateur [...] est plus lourde que les approches adoptées ailleurs au Canada.»<sup>323</sup> On y renoncerait par conséquent par souci d'harmonisation – mais ce serait en l'occurrence faire du nivellement par le bas: dans cette logique, on ne remplacera sûrement pas le régime des chambres par un mécanisme qui protégerait mieux les consommateurs, et donc qui serait perçu comme plus lourd par l'industrie. Cet argument comporte aussi cet aspect fort paradoxal qu'il équivaut tacitement à une renonciation à la compétence provinciale exclusive en matière d'encadrement de la distribution d'assurance. Il équivaut à dire:

<sup>321</sup> Ministère des Finances du Québec. *Rapport sur l'application de la Loi sur la distribution de produits et services financiers*. Québec, Finances Québec, mai 2015. 35 p. 11. Consulté au [http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/fr/AUTFR\\_lroidistriprodsvfin.pdf](http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/fr/AUTFR_lroidistriprodsvfin.pdf). Ci-après le «Rapport LDPSF 2015».

<sup>322</sup> Trois membres du conseil d'administration de la Chambre de l'assurance de dommages occupent des postes de dirigeants au sein de grands fournisseurs, tout comme deux membres du conseil d'administration de la Chambre de la sécurité financière; s'ajoutent dans chaque cas un membre du Barreau relié à un grand cabinet d'avocats montréalais. Information provenant notamment des sites <http://www.chad.ca/fr/a-propos/conseil-dadministration/291/composition> et <http://www.chambresf.com/fr/la-chambre/a-propos-de-nous/conseil-dadministration/> (dont on apprécierait incidemment qu'il soit un peu moins avare de détails biographiques d'intérêt général).

<sup>323</sup> Rapport LDPSF 2015, p. 19.

«voyons ce que font les autres, et ne faisons surtout pas mieux». On voit mal comment le ministre pourrait étayer le choix qu'il a opéré dans le PL 141 par un tel argument.

Ensuite, nous dit-on, la LDPSF a pour effet d'établir un double régime, l'un s'appliquant au cabinet et l'autre, au représentant, qui sera généralement son mandataire et, souvent, son employé, de sorte que le cabinet assume la responsabilité juridique des actes de son préposé; c'est vrai. Le rapport ajoute: [Il] en découle qu'il doit pouvoir leur imposer des pratiques et des politiques.» Nous n'en disconvenons pas. Le rapport poursuit:

On peut alors se trouver dans une situation où ces pratiques ou politiques contreviennent à son code de déontologie.<sup>324</sup>

C'est ici que la logique de cet argument proposé par les fournisseurs nous échappe. On peut en effet envisager trois scénarios. D'abord, les politiques du fournisseur équivalent aux exigences déontologiques; il n'y aurait alors aucune difficulté. Second cas de figure, les politiques du fournisseur s'avèrent même plus exigeantes que les exigences déontologiques; le fournisseur ne se plaindra pas de ses propres politiques, et la consommatrice non plus en l'occurrence.

Troisième cas de figure, les exigences déontologiques excèdent les politiques du fournisseur; la solution juridique ne pose alors aucune difficulté, puisque la représentante devra se conformer à son code de déontologie et le fournisseur ne peut s'en formaliser. Il existe en droit une hiérarchie des règles, et la règle relevant de l'ordre public de protection posée par le code de déontologie prime sur la règle purement privée posée par le fournisseur, tout simplement. Le déplorer, de la part du fournisseur, c'est dire tout candidement qu'il ne veut pas que ses équipes soient requises de respecter certaines règles qui protègent les consommateurs. C'est admettre que les fournisseurs préfèrent des pratiques moins déontologiques. C'est suggérer que les employés des banques qui ont dénoncé en 2017 les méthodes de vente de leurs employeurs décrivaient peut-être des politiques internes que certains fournisseurs aimeraient instituer ou généraliser. C'est, là encore, arguer en faveur du nivellement par le bas et de l'élimination des règles qui protègent les consommateurs.

On notera que les assureurs semblent particulièrement agacés par l'encadrement déontologique des représentants qui sont à leur emploi, et l'être assez pour avancer que «les attentes des consommateurs à l'égard des représentants et des experts en sinistre qui sont à l'emploi d'un assureur ne sont pas les mêmes qu'à l'égard des autres représentants.»<sup>325</sup> Ils devraient par conséquent être moins bien protégés? Faire affaire avec un assureur, ce serait accepter d'encourir davantage de risque à l'égard de la compétence et de l'intégrité de la représentante? Ce serait faire le pari que l'employeur se montrera au moins aussi exigeant envers l'employée dont il attend un rendement que ne le serait un organisme professionnel qui ne se trouve pas dans la même situation de conflit d'intérêts? On voit mal comment les assureurs pourraient sérieusement admettre qu'il serait plus dangereux de faire affaire avec eux, ou prétendre que le renard peut protéger les poussins mieux que fermier.

---

<sup>324</sup> *Ibid.*

<sup>325</sup> *Op. cit.*, p. 23.

Bien sûr, nous nous inscrivons en faux contre de telles assertions si elles devaient être avancées. La consommatrice a le droit d'être aussi bien protégée, quel que soit le statut d'emploi du représentant avec qui elle fait affaire, et elle a le droit de bénéficier pleinement des règles d'ordre public qui sont établies conformément à la volonté du législateur. Il appartient aux fournisseurs de faciliter la conformité de leur personnel à ces exigences, tout simplement.

En somme, l'argument des fournisseurs est ici tout simple: certaines des règles instituées par les chambres leur déplaisent. Nous en prenons acte. Et elles leur déplaisent sans doute notamment parce qu'elles restreignent leur latitude à l'égard du déploiement de diverses méthodes de marketing qui ne sont pas manifestement compatibles avec l'encadrement déontologique des représentants. Le Québec a fait le choix de protéger les consommateurs suffisamment pour que certaines de ces méthodes ne puissent y être utilisées et pour contrer la prédation à l'égard des personnes vulnérables. Nous ne connaissons pas de raisons qui justifieraient que l'on revienne en arrière à cet égard.

*Tertio*, l'existence de deux régimes d'encadrement – celui des cabinets et celui des représentants – générerait des coûts pour les fournisseurs et contribuerait à des problèmes de coordination entre régulateurs. Mais s'il existe des problèmes de coordination, on peut les régler autrement qu'en abolissant les chambres. Quant aux coûts, on peut sans doute là encore favoriser la coopération entre régulateurs, mais un fait demeure: les deux régimes visent des éléments différents. Si on veut maintenir une vigie adéquate à l'égard de tous ces éléments, il faudra maintenir sensiblement les mêmes exigences, et donc les mêmes coûts de conformité. Pour imaginer de manière simpliste, nous doutons qu'il en coûte beaucoup moins cher à un fournisseur parce qu'au lieu de recevoir des visites d'une heure chacune des inspecteurs de l'AMF et d'une chambre, il recevrait une visite d'une heure cinquante du seul inspecteur de l'AMF<sup>326</sup>.

Signalons qu'on entend parfois un quatrième argument: l'existence des chambres engendrerait de la confusion auprès du public, qui ne saurait à qui s'adresser s'il éprouvait un problème<sup>327</sup>. Cet argument ne convainc pas davantage, pour deux raisons.

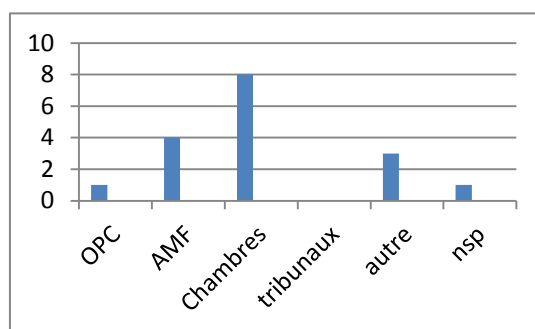
D'abord, il s'agirait de quantifier cette confusion et de la comparer à celle qui peut exister dans de nombreux autres domaines<sup>328</sup>. Pour notre part et dans le cadre de notre enquête auprès des associations de consommateurs québécoises, nous avons toutefois voulu évaluer le degré de perplexité de certains intervenants à cet égard. Voici la question que nous avons posée, et le résultat que nous avons obtenu:

<sup>326</sup> dont il faut d'ailleurs noter que, puisqu'il sera moins spécialisé, il sera peut-être moins efficient dans le processus de vérification de certains éléments. Et donc ou bien sa visite sera plus longue, ou bien la qualité du résultat au plan de la supervision sera moins élevée. Dans tous les cas, il n'y aura pas de gain d'efficience. Bref, si le fournisseur économise des coûts, ce sera possiblement au prix d'une baisse de la qualité de la supervision, ce qui est susceptible de générer des externalités négatives.

<sup>327</sup> Passons sur la variante de cet argument selon laquelle les campagnes d'information menées par l'AMF et les chambres seraient trop onéreuses. On n'aurait pas besoin de beaucoup moins d'information parce qu'un seul organisme subsisterait.

<sup>328</sup> Nous notons incidemment l'observation formulée par Option consommateurs dans la section 8 de son mémoire présenté à la Commission, alors qu'elle note qu'aucun consommateur lui ayant requis de l'information n'a jamais signalé de telle confusion.

*Si un consommateur ou une consommatrice éprouve un problème en matière d'assurance parce qu'un représentant l'a mal conseillé, à quel organisme gouvernemental recommanderiez-vous à cette personne de s'adresser?*



Compte tenu du libellé de la question, la réponse la plus précise renvoyait aux Chambres de l'assurance de dommages et de la sécurité financière. La moitié des répondants ont fourni la meilleure réponse, ce qui est d'autant plus satisfaisant que les répondants dans la catégorie «autre» ont affiché un niveau élevé de compréhension des domaines d'intervention de nombreux intervenants (et ils ont répondu «autre» en fournissant en commentaire une réponse plus complète et détaillée que le choix un peu schématique qu'on leur offrait<sup>329</sup>). En somme, les associations connaissent assez bien les ressources dans ce domaine et les deux tiers ont fourni une réponse irréprochable.

D'autre part, l'abolition des chambres laisserait subsister les mécanismes de traitement des plaintes des fournisseurs, le Centre d'information du Bureau d'assurance du Canada, l'Ombudsman des assurances de personnes, l'Office de protection des consommateurs... Elle ferait donc bien peu pour réduire le nombre d'intervenants, et les risques de confusion. Il n'y aura pas de guichet unique, ni dans ce domaine, ni dans les autres secteurs du domaine financier.

Si incertitude il y a parfois sur l'identification de l'organisme le plus compétent dans une situation donnée, elle sera généralement vite dissipée par le premier répondant et elle est sans doute largement compensée par l'expertise de l'organisme le plus compétent.

Et puis, soyons réalistes: y a-t-il une si grande différence entre, d'une part, communiquer avec l'AMF pour qu'on nous réponde: «Communiquez plutôt avec la Chambre de la sécurité financière», et, d'autre part, communiquer avec l'AMF pour qu'on nous réponde: «veuillez vous adresser à notre service compétent»<sup>330</sup>?

On éprouve donc quelque peine à suivre les arguments avancés par l'industrie, et recensés notamment dans le rapport LDPSF 2015.

<sup>329</sup> Un répondant qui a coché «autre» a par exemple ajouté en commentaire qu'il aiguillerait la consommatrice vers la chambre compétente quant à l'aspect déontologique, et vers les tribunaux pour le recouvrement de sommes dues. Compte tenu du libellé de la question, il n'est en effet pas du tout certain que le Fonds d'indemnisation des services financiers tel qu'il est présentement constitué par l'article 258 LDPSF pourrait compenser une consommatrice dans ce cas.

<sup>330</sup> On sait que, même au sein d'une seule organisation, la quête du laissez-passer A38, par exemple, peut relever de l'exploit. Au plan de la facilitation des relations avec l'administration, il ne faut surtout pas exagérer les vertus «magiques» des regroupements de services et des réorganisations.

#### 4.5.4.3 de l'utilité écologique des arachnides

Les araignées font peur. Elles jouent néanmoins un rôle écologique essentiel, en contrôlant notamment des populations d'insectes indésirables. Et elles ont peu de substituts.

Dans ce contexte, force nous est toutefois de noter un détail. La réforme instituée par le PL 141 laisse intact le régime de reconnaissance des organismes d'autoréglementation établi par les articles 59 à 91 LAMF, à quelques détails techniques près. On pourrait donc envisager qu'après l'élimination des chambres, l'AMF reconnaisse pour les remplacer quelque organisme d'autoréglementation pancanadien et plus ou moins dominé par l'industrie. Après tout, l'AMF n'envisage présentement pas, que l'on sache, de retirer la désignation d'organisme d'autoréglementation à l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (ci-après l'«ORCVM»), qui encadre les représentants agissant dans le domaine des valeurs mobilières<sup>331</sup>: dans ce domaine, l'argument du guichet unique ne paraît pas valoir.

On ne s'étonnerait donc pas qu'à terme, tant l'AMF que les fournisseurs ne préfèrent déléguer l'encadrement des représentants régis par la LDPSF à un organisme analogue (au risque de confirmer au passage l'inanité de l'argument du guichet unique – mais on n'en aurait plus besoin...)

Qu'y gagneraient-ils, et qu'y perdraient les consommateurs? L'AMF n'aurait pas à gérer ces activités. L'industrie, elle, pourrait conserver une mainmise sur le processus normatif qu'elle n'a pas tout à fait réussi à établir depuis la création des chambres, et elle pourrait favoriser une harmonisation normative à la baisse avec le reste du Canada. Surtout, ce sont les cabinets qui sont membres de l'OCRCVM, alors que ce sont les représentants qui sont les membres des chambres. Si la vie démocratique d'une organisation veut dire quelque chose, cette variante dans le membership devrait avoir un impact sur ses objectifs et ses stratégies.

D'autre part, rien n'assure que les consommateurs seraient protégés aussi bien, ou mieux, qu'ils ne le sont présentement. La perspective d'un organisme d'autoréglementation dominé par les fournisseurs, et non les représentants, ne comporte donc rien de particulièrement alléchant pour les acteurs de la société civile.

On ne saurait non plus ignorer la dimension administrative de la problématique. Une réorganisation telle que l'absorption des chambres par l'AMF entraîne inévitablement des pertes d'efficacité à court terme, en raison de l'énergie qu'il faut consacrer à des questions de gestion. Seront-elles compensées par des économies d'échelle ou de

---

<sup>331</sup> Deux commentaires au passage; d'abord la composition du conseil d'administration de l'ORCVM est en principe paritaire, incluant 7 représentants de l'industrie, le président et 7 administrateurs indépendants – mais on compte présentement parmi ces derniers une ancienne dirigeante d'un groupe financier encadré par l'organisme, une administratrice d'une banque et deux personnes dont les activités professionnelles visent le conseil à des firmes de courtage ou à des investisseurs (on verra le <http://www.iroc.ca/about/Pages/Board-of-Directors.aspx>); ensuite, l'organisme a effectué en tout 16 enquêtes au Québec en 2016, sur 138 à l'échelle nationale: voilà les investisseurs québécois pleinement rassurés. On verra le *Rapport sur la mise en application 2016* de l'organisme au [http://www.ocrcvm.ca/news/Documents/IIROC2016EnforcementReport\\_fr.pdf](http://www.ocrcvm.ca/news/Documents/IIROC2016EnforcementReport_fr.pdf) (et plus particulièrement la p. 22).

gamme? Cette intégration «oblique» (elle est sans doute partiellement verticale et partiellement horizontale) permettrait-elle à la fois de réduire les coûts de fonctionnement réglementaire et d'améliorer le résultat obtenu<sup>332</sup>? On l'ignore, faute d'étude documentée qui en fasse la démonstration. Nous sommes toutefois sceptiques.

Il nous semble que l'abolition des chambres soulève au fond un enjeu démocratique. Si on pose l'axiome que des règles doivent encadrer les pratiques des représentants, il s'agit de déterminer qui les formule. Puisque, d'autre part, l'auteur de la norme ne vit pas dans une tour d'ivoire, on doit ensuite établir qui pourra exercer une quelconque influence sur le processus normatif.

Dans le modèle des chambres, les représentants eux-mêmes peuvent jouer un rôle significatif dans l'élaboration et l'interprétation de la norme par leur participation au conseil d'administration, le choix qu'ils font des administratrices qu'ils élisent, leur participation à divers comités de travail et leur rôle à titre de membre du comité de discipline. Les fournisseurs peuvent exercer une certaine influence par leur présence au moins indirecte au sein du conseil d'administration et leurs relations avec les dirigeantes. Les consommateurs et les autres acteurs de la société civile peuvent d'autre part interagir assez facilement avec des organismes dont le siège est au Québec et qui ont fait preuve depuis leur création d'un appréciable souci de dialogue. L'existence de l'AMF d'une part, et des chambres d'autre part, en multipliant les auteurs de normes, réduit le risque de capture. Par ailleurs, l'hypothétique dérive normative d'un de ces trois organismes ne devrait pas contaminer tout le secteur financier. Enfin, les chambres tirent leur mandat et leur légitimité non seulement des membres, mais de la Loi.

Dans le modèle reposant sur la délégation à un organisme d'autoréglementation privé sur un modèle tel que ceux de l'OCRCVM ou de l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels, les représentants ne jouent aucun rôle particulier, sinon à titre de membres de comités de travail. Les fournisseurs détiennent directement la moitié des sièges au conseil d'administration et plusieurs des administrateurs dits «indépendants» ont eu, ou ont encore, des liens relativement étroits avec l'industrie qu'encadre l'organisme; ils baignent du moins dans la même culture. Les consommateurs québécois et les autres acteurs de la société civile québécoise ont peu d'emprise sur l'organisme. Si le nombre de régulateurs contribue à réduire le risque de capture, la nature de certains d'entre eux peut en fait l'accroître sensiblement. Les risques de dérive sont également contenus. Enfin, l'organisme d'autoréglementation tire l'essentiel de son mandat et de sa légitimité de l'adhésion des ténors de l'industrie qu'il réglemente, ce qui peut produire un effet de conservatisme normatif.

Dans le modèle entièrement intégré, enfin, les représentants ne jouent aucun rôle. Le risque de capture est présent. Les acteurs de la société civile peuvent être consultés mais, dans le modèle actuel (et nous y reviendrons à la sous-section 4.5.5), ils ressentent... une

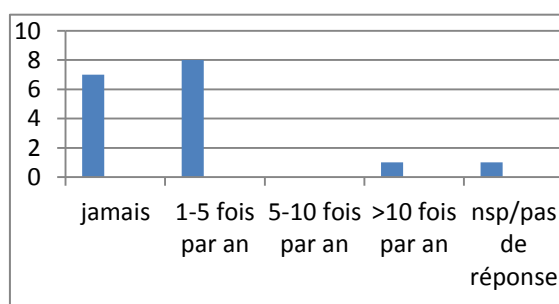
<sup>332</sup> On se souvient qu'à l'époque de la création de ce qui est devenu l'AMF, les mesures transitoires prévoyaient le maintien en fonction de tout le personnel des organismes qu'on intégrait. En vertu de l'article 559 du PL 141, l'AMF désignerait les employés des chambres qu'elle conserve. Deux scénarios sont alors possibles: l'AMF conserve pratiquement tous les employés des chambres, auquel cas l'intégration ne produira pas de réduction de coût significative, ou elle en écartera plusieurs, auquel cas il y aura perte (peut-être significative) d'expertise. Nous éprouvons donc quelque peine à voir l'intérêt de l'opération en termes d'efficience.

certain distance à l'égard des principaux leviers de pouvoir. Le risque de dérive normative peut affecter toute l'industrie. L'organisme tire enfin son mandat et sa légitimité de la loi.

Posée ainsi, la question devient simple: veut-on que les représentants et les utilisateurs aient voix au chapitre quand il s'agit d'encadrer l'activité à caractère professionnel des personnes détenant un certificat émis en vertu de la LDPSF? Notre réponse est positive, parce que cela nous paraît pouvoir représenter un des contrepoids les plus efficaces à l'encontre de l'influence – inévitablement immense – des grands fournisseurs. Par nature, les chambres contribuent à une participation plus diversifiée au processus normatif, et donc à l'amélioration de sa qualité.

Nous ne sommes pas naïfs pour autant. Le bilan des chambres n'est pas parfait. Les associations de consommateurs québécoises entendent encore à l'occasion des histoires d'horreur, comme en témoignent les résultats d'une autre question que nous leur avons posée dans le cadre de notre petite enquête du mois de décembre:

*À quelle fréquence constatez-vous des situations où un consommateur ou une consommatrice a éprouvé des difficultés en matière d'assurance à cause du manque de compétence ou de la malhonnêteté d'un représentant en assurance?*



Les réponses sont partagées, mais 9 des 17 répondants signalent quand même que tout ne baigne pas dans l'huile en matière de comportement des représentants en assurance. Dans leurs commentaires, les répondants ont évoqué d'importants problèmes liés à l'insuffisance de l'information fournie et au manque d'impartialité des représentants, qui offrent parfois le produit qui les avantage le plus. Des répondants ont constaté la distribution assez massive d'assurance-vie universelle à des clientèles à faible revenu pour qui ce type de produit n'était pas adapté. La problématique des nouveaux arrivants paraît aussi complexe: entre autres, on leur dirait parfois que l'assurance est «obligatoire».

Il faut néanmoins s'entendre. Ces problèmes persistants ne sont pas dus à la structure réglementaire. Rien ne permet d'affirmer que l'encadrement par l'AMF les réglerait – et d'ailleurs, ces pratiques douteuses sont aussi le fait de cabinets ou d'assureurs qui relèvent déjà de l'AMF, et non pas seulement des représentants.

Il faut donc poursuivre le travail et améliorer l'encadrement des pratiques en matière de distribution des produits financiers. Il nous paraît manifeste que le meilleur modèle à cet égard demeure celui qui existe présentement. D'une part, les arguments invoqués pour l'attaquer sont faibles, et plusieurs ont pour corollaire une volonté à peine camouflée de réduire la protection accordée aux consommateurs québécois. D'autre part, les chambres

détiennent une expertise qu'il serait déplorable de dilapider, et elles peuvent tirer parti du souci partagé par une part appréciable de leurs membres d'améliorer l'image et la réputation de leur industrie. Par ailleurs, les chambres ont tout intérêt à s'acquitter de leur unique mission avec zèle, tandis que l'encadrement des représentants ne constituerait pour l'AMF qu'une mission parmi tant d'autres, et à laquelle on n'accorderait peut-être pas le même niveau d'importance.

L'abolition des chambres comporte un risque juridique considérable. Rien n'assure qu'on maintiendra à terme un encadrement aussi rigoureux – si imparfait soit-il – des représentants régis par la LDPSF. Rien ne permet de conclure que cette opération se traduirait par des gains d'efficacité, et ce d'autant moins qu'on perdrait ce qui devrait être dans une analyse économique néo-classique le principal motif favorisant une réglementation rigoureuse, soit l'intérêt individuel des représentants de contribuer à la réputation de l'industrie pour favoriser leur propre activité. Elle accroîtrait l'asymétrie entre acteurs de la société civile et autorités réglementaires et augmenterait les risques de capture. Elle renforcerait l'intégration des structures réglementaires : l'AMF se verrait chargée de la réglementation prudentielle, de la réglementation des pratiques de marché des cabinets et de l'encadrement des pratiques de marché des représentants. Les hypothétiques réductions de coût obtenues par les fournisseurs et l'autorité intégrée seraient vraisemblablement compensées par des externalités négatives liées notamment à l'accroissement du risque juridique. Bref, nous ne voyons rien qui puisse justifier une telle mesure.

#### **Cadre réglementaire – abolition des chambres**

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| externalités                             | ▼ |
| asymétries                               | ▼ |
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficacité                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

**12.1 que les Chambres de l'Assurance de dommages et de la Sécurité financière soient maintenues.**

#### 4.5.5 l'institution d'un comité consultatif

Serions-nous contre la vertu? On ne saurait évidemment s'opposer en principe à la constitution d'un comité consultatif auprès de l'AMF qui donnerait une voix formelle et permanente aux utilisateurs. Il nous faut toutefois signaler un certain nombre de détails qui requerraient d'être peaufinés rigoureusement avant qu'on institue ce comité.

Voyons d'abord son nom et sa mission, qui seraient établis par les articles 58.1 et 58.8 LAMF, introduits (comme tout ce nouveau titre de la Loi) par l'article 583 du PL 141. Le Comité consultatif des consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers aurait pour mission de faire valoir auprès de l'AMF l'opinion de ces mêmes consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers. Mais de qui parle-t-on?

L'expression «consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers» n'est présentement utilisée qu'à l'article 4 dans la LAMF, qui en fixe la mission, pour préciser que c'est à eux qu'elle «prête assistance» en établissant des programmes d'éducation et en assurant le traitement des plaintes, que c'est en vue de protéger leurs intérêts qu'elle veille à ce que les fournisseurs respectent des normes de solvabilité et que c'est pour eux qu'elle met en place des programmes de protection et d'indemnisation. On voit d'emblée l'ambiguïté qui entoure la formule.

Certes, beaucoup de ces éléments visent au premier chef la protection des consommateurs, au sens strict. Mais si on restreignait ainsi la portée de l'expression, l'encadrement de la solvabilité de fournisseurs visant seulement les marchés de gros ou s'adressant exclusivement à des entreprises ne relèverait plus de la mission de l'AMF, ce qui nous paraît indéfendable; l'AMF n'aurait pas non plus à prêter assistance aux clients de ces fournisseurs, même s'il s'agit de micro-entreprises par exemple, ni à songer à les protéger.

Il nous paraît par conséquent que la seule interprétation logique qu'on puisse faire du libellé de la mission confiée à l'AMF par le législateur mène à la conclusion que l'expression «consommateurs de produits et utilisateurs de services financiers» inclut tous les clients des fournisseurs encadrés par l'AMF. Ce constat est renforcé par le fait que le législateur a choisi, dans l'énoncé de la mission de l'AMF comme dans la formulation des articles 58.1 et 58.8, d'utiliser deux termes différents, soit «consommateurs» et «utilisateurs»; on l'a déjà dit, il existe une présomption juridique voulant que le législateur ne parle pas inutilement et s'il utilise deux termes, c'est donc qu'il songe à deux concepts.

Par conséquent et tel qu'on les lit, les articles 58.1 et 58.8 visent la mise sur pied d'un comité représentant les intérêts de tous les clients de fournisseurs assujettis à l'AMF. Si telle n'est pas l'intention du législateur, il nous paraît impératif qu'il modifie la formulation de ces deux dispositions.

Envisageons d'abord le scénario selon lequel il faut donner cette interprétation extensive aux articles 58.1 et 58.8. Cela signifie que tous les clients se disputeront les quelques sièges disponibles. Les représentants des consommateurs n'en obtiendraient que la part congrue, et indéterminable. Ils se trouveraient sans doute en minorité. Le Comité discuterait par ailleurs d'une foule de questions qui ne les touchent peut-être pas directement; cela serait certes passionnant et hautement formateur, mais il faut aussi gérer des ressources limitées. Il ne s'agit pas là d'un scénario particulièrement attirant. Par ailleurs, dans quelle mesure certains segments de clientèle autres que les consommateurs auraient-ils besoin de participer à ce comité, compte tenu que l'AMF a déjà établi six (6) comités consultatifs<sup>333</sup> et que rien ne l'empêche d'en créer d'autres?

<sup>333</sup> On en trouvera la liste, avec leurs mandats et leur composition, au <https://lautorite.qc.ca/grand-public/a-propos-de-lautorite/comites-consultatifs/>.

Nous nous concentrerons par conséquent sur l'autre scénario, selon lequel ce comité serait voué à l'examen des questions intéressant directement les consommateurs, au sens strict, i.e. des personnes physiques agissant à des fins personnelles<sup>334</sup>. Il faudrait donc d'abord, comme on l'a mentionné, clarifier le nom et l'énoncé de la mission de ce comité.

En vertu de l'article 58.2, sa composition serait à géométrie variable, puisqu'il serait composé «d'au moins cinq membres et d'au plus neuf membres». Il nous paraîtrait nettement préférable d'arrêter un nombre précis, ce qui clarifierait la dynamique et qui éviterait le risque qu'on évince un membre lors de son renouvellement au motif qu'on a décidé de réduire le nombre de membres. Compte tenu par ailleurs du mode de nomination des membres envisagé à l'article 58.2, l'imprécision du nombre de membres laisse au président-directeur général de l'AMF un pouvoir discrétionnaire d'assez mauvais aloi. On s'étonne d'ailleurs que le président désigne les membres, et détermine parmi eux qui fera office de président. On fait ici bien peu pour assurer l'indépendance de ce comité consultatif, pourtant établi par la Loi.

Nous notons d'autre part que par le renvoi effectué à l'article 50 LAMF, une personne ne pourrait siéger pendant plus de six ans au comité. Nous sommes certes sensibles à l'importance d'assurer un certain dynamisme et un certain roulement; nous savons toutefois aussi que les ressources des associations de consommateurs sont limitées, et qu'elles ne comptent souvent qu'une seule personne détenant une expertise en matière d'encadrement des services financiers relevant de l'AMF. La contraindre à quitter après six ans, c'est se condamner à une perte d'expertise. Il faudrait peut-être envisager d'autres mécanismes afin d'assurer le roulement par ailleurs souhaitable.

Quant à la mission et aux fonctions du comité, nous nous réjouissons notamment de l'alinéa 58.9 2°, qui attribue un pouvoir d'initiative au comité à l'égard des questions qu'il veut aborder. Cet élément devra impérativement être conservé. Il nous paraît toutefois qu'il y aurait lieu de clarifier le mandat confié par l'alinéa 58.9 1° : s'agit-il pour le comité de formuler des commentaires à l'égard des politiques, règles et lignes directrices (et on aimerait aussi lire explicitement «règlements», notamment) une fois que ces documents normatifs sont publiés, ou alors qu'ils sont en cours d'élaboration, ce qui serait nettement plus utile?

Nous observons d'autre part qu'en vertu du dernier alinéa de l'article 58.2, l'article 56 LAMF s'appliquerait aux membres du comité consultatif. Cet article 56 prescrit qu'un membre du conseil ne peut en principe divulguer à quiconque des renseignements confidentiels dont il a pris connaissance ni, bien sûr, les utiliser à son profit. Compte tenu notamment des documents auxquels le comité aurait accès en vertu de l'article 58.10, nous partageons pleinement la préoccupation du législateur à l'égard de la prévention de délits d'initiés ou d'autres bévues regrettables. Cette règle soulève toutefois deux questions.

D'abord, la personne provenant d'une association de consommateurs et siégeant au comité pourrait légitimement vouloir obtenir un éclairage de la part de ses collègues à l'égard de l'analyse qu'il conviendrait de proposer. L'article 56 pourrait toutefois constituer un frein à de telles consultations internes.

---

<sup>334</sup> On s'inspire évidemment ici du concept tel qu'on le trouve à l'article 1384 du *Code civil du Québec*.

Ensuite, cela soulève implicitement une question beaucoup plus délicate. Dans quelle mesure la membre du comité agit-elle, lorsqu'elle y siège, à titre purement personnel, ou à titre de représentante de l'association avec laquelle elle collabore? Il importe au premier chef de clarifier cette dimension du fonctionnement du comité, parce qu'elle aura un impact direct sur le rôle de ses membres, et peut-être sur la volonté de certaines associations de participer au processus.

Plusieurs modèles peuvent être envisagés. Par exemple, l'article 12.6 de la *Loi sur le ministère du travail*, L.R.Q., c. M-32.2, établit que le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre se compose de membres, nommés par le ministre, incluant «six personnes choisies celles qui sont recommandées par les associations de salariés les plus représentatives» et six parmi des personnes «recommandées par les associations d'employeurs les plus représentatives». L'affiliation de chaque membre à un secteur, à tout le moins, est donc claire. Puisque ce sont généralement de hauts dirigeants de leur organisme d'origine<sup>335</sup>, on s'attendra sans doute en pratique à ce qu'ils s'expriment au nom de cet organisme ou à tout le moins de leur secteur, tout en s'efforçant bien sûr de contribuer à la mission collective du Comité. On notera incidemment que le législateur a fixé des balises nettement plus précises à l'égard de la composition du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre que ne le fait le projet de loi 141, qui rendrait tout à fait possible la nomination de neuf (9) personnes n'ayant aucun lien avec les associations de consommateurs et aucune représentativité.

Hors-Québec et avec un libellé encore plus clair, l'*Independent Electricity System Operator* ontarien (dont le rôle comporte certaines analogies avec celui d'Hydro-Québec TransÉnergie) est doté d'un comité consultatif dont les règles de fonctionnement précisent que ses membres doivent être des *senior members of their respective organization who are committed to represent their constituency's position on various issues*<sup>336</sup>. Ici, le mandat de représenter son secteur, implicite dans le cas du Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre, est parfaitement explicite.

À l'opposé, les membres du *Payment Systems Regulator Panel* britannique, nommés afin de prodiguer des conseils au *Payments Systems Regulator* établi par la loi,

are appointed in an individual capacity on the basis of their experience and current role, and not as representatives of specific constituencies or organisations. They are expected to understand the general viewpoint of their sector and be able to contribute constructively in Panel discussions towards the development of the PSR's strategic thinking from that perspective. There is no express requirement on Panel members to consult with colleagues or related organisations on the issues discussed

<sup>335</sup> On trouvera la liste et l'affiliation des membres actuels du Comité au [https://www.travail.gouv.qc.ca/a\\_propos/comite\\_consultatif\\_du\\_travail\\_et\\_de\\_la\\_main\\_doeuvre/membres.html](https://www.travail.gouv.qc.ca/a_propos/comite_consultatif_du_travail_et_de_la_main_doeuvre/membres.html).

<sup>336</sup> Independent Electricity System Operator. *Stakeholder Advisory Committee to the IESO Board and Executive*. Toronto, Independent Electricity System Operator, 23 avril 2015. Alinéa 3.4.1. Consulté par l'entremise du <http://www.ieso.ca/sector-participants/engagement-initiatives/stakeholder-advisory-committee/meetings-and-materials>.

by the Panel, although they are free to do so (subject to confidentiality) if they wish to.<sup>337</sup>

Là encore, les paramètres sont clairs, puisqu'on précise que les membres ne doivent pas agir à titre de représentants des milieux d'où ils proviennent.

On voit bien, avec ces trois exemples, la diversité des modèles qui peuvent être envisagés. Il nous paraît que les membres du comité consultatif rattaché à l'AMF devraient – en majorité à tout le moins – provenir d'associations représentatives et devraient être autorisés à faire valoir le point de vue de leur milieu d'attache. Le PL 141 ne fournit toutefois aucune indication quant à la conception que se fait le législateur du rôle du comité qu'il crée pourtant par la loi. Cette problématique aura pourtant non seulement une grande importance à l'égard du travail du comité, mais peut-être aussi à l'égard de l'intérêt qu'y porteront ou non les associations de consommateurs québécoises et de leur volonté d'y siéger.

D'autre part, il importera évidemment que l'AMF continue à renforcer ses autres processus de consultation avec les communautés, quel que soit le rôle qui attend ce nouveau comité consultatif.

Notons enfin qu'en vertu de l'article 58.5, les membres du comité ne seront pas rémunérés, sauf dans la mesure déterminée par un règlement de l'Autorité (et il faudrait peut-être aussi s'assurer à cet égard de la concordance entre cette exigence, d'une part, et le libellé du pouvoir réglementaire conféré à l'AMF par l'article 58.6, d'autre part). Il faut toutefois tenir compte, ici encore, des ressources extrêmement limitées des associations de consommateurs; elles risquent fort d'être incapables de contribuer activement aux activités de ce comité, directement ou indirectement, si on ne leur assure pas un soutien financier adéquat, sous une forme ou sous une autre.

La création de ce comité pourrait permettre dans une certaine mesure de réduire les asymétries informationnelles entre les représentants des consommateurs d'une part, et les autorités réglementaires et les fournisseurs d'autre part. Elle pourrait de ce fait contribuer à l'efficacité. Par contre, la proposition, telle qu'elle est actuellement formulée, comporte trop d'incertitude, et donc trop de risque juridique pour qu'on puisse y adhérer sans réserve. La proposition contribuerait par ailleurs, si elle était clarifiée et améliorée, au renforcement de l'efficacité des structures réglementaires.

Il nous faut conclure cette sous-section par un dernier constat. Il nous paraît hautement paradoxal que le ministre n'ait pas consulté les milieux associatifs avant de nous annoncer la création d'un comité consultatif. L'eût-il fait qu'il se serait épargné quelques critiques et aurait pu fournir immédiatement, dans le PL 141, les balises qui manquent encore pour qu'on puisse se satisfaire entièrement de la création de ce comité consultatif.

### **Cadre réglementaire – comité consultatif**

|              |   |
|--------------|---|
| externalités | ◇ |
|--------------|---|

<sup>337</sup> Payment Systems Regulator. *Payment Systems Regulator Panel – Terms of Reference*. Londres, Payment Systems Regulator, 21 janvier 2015. Article 9. Consulté au <https://www.psr.org.uk/sites/default/files/media/PDF/Create%20File%20page/psr-panel-terms-of-reference.pdf>. On aura incidemment noté, à la fin de la citation, la faculté accordée aux membres de consulter des collègues, sous réserve évidemment de règles élémentaires de confidentialité.

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| asymétries                               | ▲ |
| facteurs comportementaux                 | ◊ |
| efficience                               | ▲ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▲ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▲ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

**13.1 qu'un comité consultatif des consommateurs auprès de l'AMF soit établi, mais qu'on en repense notamment le nom, la composition et la mission.**

#### 4.5.6 le Fonds d'éducation à la saine gouvernance

La lecture de l'article 580 du PL 141 nous a... étonnés. On entend supprimer le Fonds pour l'éducation et la saine gouvernance et détourner vers les goussets du ministre des Finances les fonds qui y étaient versés.

Dans un domaine caractérisé par d'immenses asymétries informationnelles, on a grand-peine à comprendre pourquoi on élimine un mécanisme éducatif et pourquoi on prive l'AMF des ressources qui lui auraient permis de poursuivre cette mission, quitte à ce que soit selon un autre modèle.

Nous voulons bien qu'à l'usage, on ait constaté qu'il convenait de revoir et d'assouplir les critères d'attribution de subventions du Fonds et d'en améliorer le fonctionnement de diverses manières. L'abolition ne constitue pas une amélioration et on aurait aisément pu effectuer les révisions qui pourraient être requises dans le cadre législatif actuel.

Mais, nous répondra-t-on peut-être, l'AMF est toujours là, qui veille! D'autres programmes seront mis en place. Sans doute. Mais ils dépendront du bon vouloir administratif, et leur financement ne sera pas garanti par la loi.

Il nous paraît qu'en abolissant le Fonds, sans le remplacer par quoi que ce soit d'adéquat, le législateur lancerait un message hautement regrettable. Si la protection des consommateurs lui importe, il doit le montrer par des gestes clairs et il doit garantir le maintien d'un soutien renforcé aux associations qui défendent leurs droits.

En programmant la réduction des ressources consacrées à l'éducation, cette mesure ne peut que contribuer à accentuer les asymétries informationnelles dans le marché, à réduire l'évaluation, la connaissance et l'application du droit, à augmenter les risques que les consommateurs soient moins bien équipés pour prendre de bonnes décisions, et donc à créer des externalités qui réduiront l'efficacité des marchés. Elle fait d'autre part reposer la survie de programmes de soutien à caractère éducatif sur le bon vouloir des autorités réglementaires, à qui on laisse désormais toute discrétion à cet égard.

#### **Cadre réglementaire – abolition du Fonds d'éducation**

|              |   |
|--------------|---|
| externalités | ▼ |
| asymétries   | ▼ |

|                                          |   |
|------------------------------------------|---|
| facteurs comportementaux                 | ▼ |
| efficience                               | ▼ |
| risque juridique                         | ▼ |
| efficacité des structures réglementaires | ▼ |
| <b>évaluation globale</b>                | ▼ |

**Par conséquent, nous recommandons:**

**14.1 que soient maintenues dans la LAMF l'existence d'un Fonds d'éducation et les mesures lui garantissant un financement adéquat.**

#### 4.6 Une synthèse

On peut à ce stade proposer une synthèse visuelle de nos constats. On a rassemblé d'abord les réformes proposées par le PL 141 qu'il nous paraît globalement utile d'adopter, sous réserve des commentaires que nous avons exprimés ci-haut. Le tableau ne laisse planer aucune ambiguïté:

|                                                                              |                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Adoption de la LIDPD</b>                                                  |    |
| <b>Fonds d'indemnisation</b>                                                 |    |
| <b>Régime de dénonciation</b>                                                |    |
| <b>Création d'un comité consultatif des consommateurs</b>                    |    |
| <b>Absence d'une obligation d'ouverture de compte</b>                        |    |
| <b>Absence d'une règle de mise à disposition des fonds</b>                   |    |
| <b>Absence d'une règle reliée aux fermetures</b>                             |    |
| <b>Absence d'une règle relative au refus d'assurer</b>                       |    |
| <b>Absence règle relative à l'accès au micro-crédit</b>                      |    |
| <b>Modification au régime de distribution d'assurance par représentant</b>   |    |
| <b>Modification au régime de distribution d'assurance sans représentant</b>  |    |
| <b>Modalités du régime de distribution d'assurance en ligne</b>              |    |
| <b>Assurance de frais funéraires</b>                                         |  |
| <b>Réforme du mouvement Desjardins</b>                                       |  |
| <b>Traitement des plaintes</b>                                               |  |
| <b>Sanctions</b>                                                             |  |
| <b>Modernisation du secteur financier</b>                                    |  |
| <b>Mission et structure de l'AMF</b>                                         |  |
| <b>Mission et structure du Tribunal administratif des marchés financiers</b> |  |
| <b>Abolition des chambres</b>                                                |  |
| <b>Abolition du Fonds d'éducation à la saine gouvernance</b>                 |  |

## 5.0 Araignée du soir, espoir

### 5.1 絡新婦

Dans la mythologie japonaise, la jorōgumo est une araignée qui, pour capturer sa proie, se transforme en une séduisante jeune femme. Le plus souvent, le protagoniste des légendes décèle à temps la supercherie et il évite le piège qu'on lui tend.

Le projet de loi 141 se drape dans les atours de la protection du consommateur. Hélas, nous y voyons tout autre chose.

Nous l'avons examiné avec certains des outils de l'économie et du droit. Nous y avons trouvé un amas de mesures qui ne réduiront pas les asymétries dans le marché, ni les externalités négatives dont les consommateurs font les frais, et qui risquent de les aggraver. Nous y avons découvert des règles qui tiennent trop peu compte de la manière dont les consommateurs prennent véritablement des décisions. Nous y avons décelé des processus et des institutions qui aggraveront les risques juridiques auxquels les consommateurs sont confrontés dans le marché des produits financiers. Nous n'y avons d'autre part rien vu qui nous rassure quant à l'évolution des structures réglementaires; au contraire, on cherche à accentuer une concentration qui nous paraît de mauvais aloi.

Nous devons donc conclure que, pour l'essentiel, le PL 141 ne tient pas sa promesse originelle.

Il nous paraît que les auteurs du PL 141 ont porté une grande attention aux préoccupations exprimées du côté de l'offre: on a cherché à éliminer pratiquement tous les irritants que les fournisseurs ont pu recenser. Par contre, l'analyse du texte rend inévitable la conclusion que ces auteurs connaissent assez mal les préoccupations du côté de la demande. On se trouve ainsi avec un projet de loi profondément déséquilibré.

Nous inclinons à croire qu'il aurait été utile, après les consultations de l'été et du début de l'automne 2015, que le ministre propose une synthèse de ses conclusions et, peut-être, un énoncé d'intention où il aurait présenté l'orientation législative qu'il entendait mettre en œuvre. Un tel livre blanc aurait inspiré une discussion globale dont nous soupçonnons qu'elle aurait été fort utile. Nous voilà plutôt au début de 2018, à débattre des modalités spécifiques et techniques d'un projet de loi. Il aurait fallu un débat économique, sociologique, philosophique, avant qu'on en vienne à ces arguties juridiques (si essentielles qu'elles soient...) Il n'a pas eu lieu. Nous persistons à croire qu'il est nécessaire.

Par contre, nous constatons également que le PL 141 met en place un nouveau régime de résolution en cas de difficulté financière majeure, dont ne pouvons sans doute pas faire l'économie. Nous notons d'autre part la présence de quelques autres initiatives plus heureuses.

## 5.2 orientations et recommandations

Par conséquent et comme nous l'indiquions à la fin de la première section de ce mémoire,

**A-nous soutenons l'adoption des mesures entourant la *Loi sur les institutions de dépôts et la protection des dépôts*, qu'on trouve aux articles 315 à 359 du PL 141, et de mesures corrélatives disséminées ailleurs dans le projet visant une meilleure gestion du risque systémique ainsi que des mesures relatives à la dénonciation, à l'amélioration du Fonds d'indemnisation des services et à la création d'un comité consultatif des consommateurs au sein de l'AMF, sous réserve des préoccupations ci-exprimées;**

**B-nous invitons le ministre à retirer du PL 141 toutes les mesures ayant un impact, direct ou indirect, sur les pratiques dans le marché des services**

financiers ou les marchés connexes et nous invitons l'Assemblée nationale à surseoir à l'adoption de ces mesures, et

C- nous invitons le ministre à tenir une consultation globale sur l'encadrement des pratiques de marché dans le secteur financier québécois, y compris l'évolution du mouvement Desjardins et l'architecture réglementaire, afin de mieux cerner les mesures qui permettraient véritablement de protéger les consommateurs, tout en permettant aux fournisseurs de s'adapter à l'évolution de ce secteur et à l'évolution des besoins des consommateurs québécois, et de proposer une vision globale d'un tel encadrement qui corresponde pleinement au contexte du vingt-et-unième siècle.

D'autre part et dans la mesure où l'orientation B pourrait ne pas obtenir la pleine adhésion du législateur, nous formulons également, à l'égard de divers éléments du PL 141, les quarante-trois (43) recommandations spécifiques suivantes:

- 1.1 que la LIDPD soit adoptée, sous réserve des éléments énoncés dans les alinéas suivants;
- 1.2 que l'article 21 LIDPD soit modifié afin qu'on y lise «la sollicitation ou la réception des dépôts»;
- 1.3 que le texte de la LIDPD soit remanié afin qu'il soit précisé que la sollicitation ou la réception sous de faux prétextes de fonds qui constituent en fait des dépôts est assimilée à l'activité d'institution de dépôt;
- 1.4 que la question du plafond de la garantie de paiement fournie par l'AMF soit réexaminée et que ce plafond soit, au besoin, haussé;
- 1.5 que les dispositions relatives au processus de résolution qui peuvent entraîner un préjudice patrimonial pour les consommateurs soient modifiées afin d'y introduire davantage de flexibilité;
- 1.6 que le libellé de l'article 40.47 LIDPD renvoie à l'Association canadienne des paiements.
- 2.1 que soit insérée dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* une disposition établissant un droit au compte au bénéfice de tout consommateur se conformant à certaines exigences minimales;
- 2.2 que soit insérée dans la LIDPD une disposition permettant l'aménagement d'un régime relatif à la mise à disposition des fonds;
- 2.3 que soit insérée dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* une disposition permettant la mise en place d'un régime d'évaluation préalable des décisions relatives à la fermeture de points de service;
- 2.4 que la problématique relative au refus d'assurer fasse l'objet de recherches visant à en établir la nature, les causes et l'ampleur, et à y trouver le cas échéant des solutions adéquates;
- 2.5 que la problématique relative à l'insuffisance de l'offre de micro-crédit à la consommation fasse l'objet de recherches visant à en établir la nature, les causes et l'ampleur, et à y trouver le cas échéant des solutions adéquates.
- 3.1 que ne soient pas adoptées les mesures du PL 141 inscrites dans la *Loi sur les assureurs* ou modifiant la LDPSF qui altéreraient la notion de «représentant» ou qui permettraient à d'autres personnes physiques que

des représentants de donner des conseils en matière d'assurance (à l'exception de celles visées par le régime de la distribution sans représentant);

- 3.2 que des recherches soient menées par l'AMF ou le ministère des Finances afin de mieux cerner les problèmes reliées à l'assurance qui sont éprouvés par les consommateurs québécois;
- 3.3 que ne soient pas adoptées les mesures du PL 141 modifiant le régime de la distribution sans représentant;
- 3.4 que soient conçues des mesures qui permettraient d'améliorer véritablement ce régime et de protéger plus adéquatement les consommateurs qui se procurent de l'assurance par distribution sans représentant;
- 3.5 que ne soient pas adoptées les mesures du PL 141 inscrites dans les *Loi sur les assureurs* ou modifiant la LDPSF qui permettraient la distribution en ligne;
- 3.6 que soient conçues des mesures qui permettraient d'accorder une protection adéquate aux consommateurs qui se procurent de l'assurance en ligne;
- 3.7 que des recherches soient menées par l'AMF ou le ministère des Finances pour mieux comprendre les phénomènes reliés à l'assurance pair-à-pair afin, le cas échéant, de concevoir des mesures qui permettraient d'accorder une protection adéquate aux consommateurs qui participent à ce mode d'assurance ou de prohiber ces régimes.
- 4.1 Que le gouvernement renonce à permettre la commercialisation de l'assurance de frais funéraires, et que par conséquent il retire les articles 599 à 603 du projet de loi 141 et les remplace par une disposition abrogeant l'article 2441.1 du *Code civil du Québec*;
- 4.2 Que le gouvernement, s'il devait néanmoins permettre la commercialisation de l'assurance de frais funéraires
  - établisse un encadrement rigoureux relatif à sa distribution et, notamment, aux informations devant être fournies au consommateur et au contenu de tout contrat, qui devrait s'inspirer des règles présentement applicables au régime d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture;
  - clarifie qu'un régime d'assurance de frais funéraires peut bénéficier non seulement au preneur assuré, mais aussi à d'autres personnes;
  - modifie le texte proposé du nouvel article 18.1 LAPSFS afin que la prestation d'assurance payable le soit dès la conclusion du contrat, quel que soit le moment du décès de l'assuré;

- modifie le texte proposé du nouvel article 18.3 de la LAPSFS afin que l'assureur assume seul et intégralement le risque en cas de situation où il a sous-estimé la valeur de la prestation requise;
  - permette au consommateur de résilier cette assurance en tout temps et de récupérer une valeur qui pourrait équivaloir à quatre-vingt-dix pour cent (90%) des primes payées;
  - retire le texte proposé du nouvel article 18.6 LAPSFS,
  - et clarifie le partage des responsabilités en matière d'application et de surveillance entre la ministre responsable de l'application de la LAPSFS, le ministre des Finances, l'Office de la protection du consommateur et l'AMF;
- 4.3 Que le gouvernement, procède dans les plus brefs délais à une indexation adéquate de la prestation de décès de Retraite Québec, et
- 4.4 Que le gouvernement examine la possibilité d'abroger le régime d'exception dont bénéficient actuellement les cimetières religieux en vertu de la LAPSFS.
- 5.1 que le libellé de la *Loi sur les coopératives de services financiers* ne soit pas modifié par des mesures réduisant ou éliminant en pratique son caractère coopératif, démocratique et régionalisé;
- 5.2 que soit supprimé du PL 141 la disposition insérant dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* l'article 547.2, qui ferait primer les règles du mouvement Desjardins sur la loi et
- 5.3 que soit supprimé du PL 141 la disposition insérant dans la *Loi sur les coopératives de services financiers* l'article 547.5, interdisant à une coopérative de quitter sa fédération autrement que dissolution.
- 6.1 que le fonctionnement des mécanismes de traitement des plaintes actuellement institué par les lois québécoises dans le secteur financier fasse l'objet d'une évaluation en profondeur, et
- 6.2 que les mesures visant à modifier ces mécanismes soient retirées du PL 141.
- 6.3 que les modifications proposées au Fonds d'indemnisation soient adoptées, mais
- 6.4 qu'on poursuive l'examen afin d'étendre davantage le champ d'application du Fonds.
- 7.1 que les montants associés aux sanctions administratives pécuniaires et aux amendes qui seraient instaurés en vertu du PL 141 soient sensiblement révisés à la hausse, afin d'en assurer le caractère dissuasif et punitif.
- 8.1 que l'amendement proposé à l'article 28 de la *Loi sur le courtage immobilier* soit adopté;

- 8.2** que le régime de dénonciation qui serait instauré par les articles 17.0.1 à 17.0.5 de la *Loi sur l'autorité des marchés financiers* soit instauré, mais que le champ d'application de l'article 17.0.5 soit élargi afin de mieux protéger les personnes visées, et
- 8.3** qu'on modifie l'article 524 du PL 141 afin de permettre la création d'un registre des contrats d'assurance-vie et d'arrangements préalables des services funéraires et de sépulture.
- 9.1** que le gouvernement procède à une réflexion en profondeur et aux consultations appropriées afin que soit conçu un cadre réglementaire visant le secteur financier québécois qui favoriserait la concurrence et en favoriserait véritablement la modernisation.
- 10.1** que le gouvernement procède à une réflexion en profondeur et aux consultations appropriées afin de réévaluer la pertinence d'encadrer le secteur financier à l'aide d'un organisme intégré, et qu'on sursoie à toute intégration des chambres avant que cette réflexion ne soit achevée;
- 10.2.** qu'on reformule l'énoncé législatif de la mission de l'AMF en s'inspirant des meilleurs modèles à cet égard à l'échelle internationale, et
- 10.3** que l'on réévalue les mécanismes d'imputabilité applicables à l'AMF.
- 11.1** que le processus de renouvellement du mandat des membres du TAMF soit repensé;
- 11.2.** qu'on retire de l'article 93 de la LAMF toute mesure empêchant le TAMF d'évaluer ce qui constitue l'intérêt public et
- 11.3** que l'on réévalue la pertinence de confier au TAMF la charge de processus disciplinaires.
- 12.1** que les Chambres de l'Assurance de dommages et de la Sécurité financière soient maintenues.
- 13.1** qu'un comité consultatif des consommateurs auprès de l'AMF soit établi, mais qu'on en repense notamment le nom, la composition et la mission.
- 14.1** que soient maintenues dans la LAMF l'existence d'un Fonds d'éducation et les mesures lui garantissant un financement adéquat.

Il nous paraît essentiel d'assurer un excellent encadrement du secteur financier québécois. La confiance des consommateurs en dépend et, sans elle, la prospérité et la stabilité même du secteur seront mises en péril. Les consommatrices et consommateurs du Québec comptent maintenant sur l'Assemblée nationale. On peut tirer des leçons du processus qui a mené à la présentation du projet de loi 141. On peut chercher à mieux comprendre les préoccupations et les besoins des consommateurs. Et on peut par conséquent remettre l'ouvrage sur le métier. Un cadre législatif solide, ancré sur une pleine compréhension de tous les enjeux, vaudra mieux qu'un cadre mis en place à la hâte.

Le matin nous a rendus tristes. Mais nous sommes confiants que, d'ici le soir, nous aurons trouvé des motifs de reprendre espoir.

