
La réglementation des banques virtuelles au Canada

Marc Lacoursière*

Les nouvelles technologies de communications électroniques ont transformé le secteur des services bancaires. Déjà, la plupart des institutions financières canadiennes proposent à leur clientèle toute une gamme de services par Internet qui coûtent moins cher et sont plus accessibles qu'elles ne l'étaient en succursale. Pourtant, la transition de la population vers ces nouveaux services virtuels se fait lentement. Cette inéficace s'explique en partie par la difficulté qu'éprouve le gouvernement canadien à réglementer les banques virtuelles, surtout lorsque celles-ci sont étrangères et n'ont pas de présence physique au Canada. Cela pose le problème de créer un cadre réglementaire qui permettra l'épanouissement des services bancaires électroniques dans un marché concurrentiel, sans remettre en question la protection des épargnants et des emprunteurs.

Afin de faire des propositions de réformes, il importe de se familiariser avec le présent cadre réglementaire auquel sont soumises les banques virtuelles au Canada. Le concept de «banque virtuelle» n'inclut pas seulement les banques *stricto sensu*, mais également les quasi-banques, telles les sociétés de fiducies et de prêt. Les banques sont soumises à la législation fédérale, qui imposait à l'origine un contrôle strict des banques étrangères. Dernièrement, le législateur a considérablement assoupli ces exigences. Dans le cas des quasi-banques, il a toujours existé moins de différences entre le traitement des institutions étrangères et canadiennes. Pour le moment, la législation fédérale et provinciale ne traite pas de façon spécifique des banques et quasi-banques en ligne.

Face à cette inadéquation entre la réglementation et la réalité du secteur bancaire, plusieurs méthodologies sont disponibles afin de poser les bases d'un nouveau cadre réglementaire : d'abord, l'autorégulation par le secteur bancaire, qui inspire peu confiance; ensuite, la coopération internationale pour permettre aux États de mieux comprendre et coordonner leurs droits respectifs; enfin, l'harmonisation du droit de tous les pays dans le but ultime de créer des règles internationales uniformes. Ce dernier modèle semble avoir réussi au niveau européen, mais n'a pas eu un succès comparable parmi les membres de l'ALÉNA. La solution la plus appropriée pour le Canada est tout autre et peut s'effectuer au niveau purement national. D'une part, il s'agit de déréglementer le secteur bancaire canadien afin de favoriser la concurrence dans l'intérêt du consommateur. D'autre part, le secteur bancaire devrait contribuer à l'élaboration de règles concernant les banques virtuelles qui seraient, par la suite, appliquées par l'État.

New electronic communications technologies have transformed the banking services sector. Most Canadian financial institutions already offer a wide range of services on the Internet that cost less and that are more accessible than those offered at local branches. Nevertheless, customers have been slow to begin using these new virtual services. This hesitation can be explained in part by the difficulties the Canadian government has had in regulating on-line foreign banks with no physical presence in Canada. The challenge is to create a regulatory regime that will allow for the development of electronic banking services in a competitive market without putting at risk borrowers and savers.

In order to make recommendations for reform, it is important to become familiar with the current regulatory regime in which virtual banks in Canada operate. The concept of the "virtual bank" does not only include banks *stricto sensu*, but also quasi-banks like trust and loan companies. Banks are subject to federal law, which originally imposed strict controls on foreign banks. Recently, Parliament has considerably relaxed its requirements. In the case of quasi-banks, there has always been less of a difference between the treatment of foreign and Canadian institutions. For the moment, federal and provincial legislation do not specifically deal with on-line banks and quasi-banks.

Faced with this disconnect between regulation and reality in the banking sector, a number of methodologies are available to help construct the foundations of a new regulatory regime. The first option, self-regulation by the banking industry, has inspired little confidence. Second, international co-operation allows states to better understand and coordinate their respective rights. Lastly, there is the possibility of harmonizing the law in all countries with the goal of creating uniform international rules. This last model seems to have succeeded at the European level, but has not enjoyed the same success among the members of NAFTA. The most appropriate solution for Canada is of another kind and can be implemented on a purely national basis. Part of the solution is the deregulation of the Canadian banking sector so as to promote competition in the interests of consumers. Also, the banking sector should contribute to the establishment of rules regarding virtual banks that will then be enforced by the state.

* Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur tient à remercier la professeure Nicole L'Heureux pour ses commentaires, ainsi que M^{re} Édith Vézina et Mme Anastassia Chtaneva pour leur collaboration. L'auteur désire également remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada pour le financement de cet article. Sous réserve d'une indication contraire quant à la date d'accès, la consultation des sites Internet cités dans le présent article est à jour au 1^{er} novembre 2003.

Introduction	685
I. Le cadre réglementaire des banques virtuelles au Canada	687
A. <i>La nature des banques virtuelles</i>	687
1. Historique de l'informatisation des banques	687
2. La nature et la définition des banques virtuelles	690
B. <i>La réglementation des banques virtuelles</i>	698
1. La réglementation canadienne des institutions financières étrangères	698
a. <i>Historique</i>	698
b. <i>Les caractéristiques inhérentes aux banques étrangères</i>	704
c. <i>Les caractéristiques inhérentes aux quasi-banques étrangères</i>	709
2. La réglementation canadienne des banques en ligne	711
3. L'inadéquation du cadre réglementaire canadien	712
II. Les perspectives de réforme	713
A. <i>Les tentatives de solutions</i>	713
1. L'autorégulation	713
2. La collaboration	717
3. L'harmonisation des normes	719
a. <i>Les principes de l'harmonisation</i>	719
b. <i>L'expérience internationale</i>	721
c. <i>L'expérience européenne</i>	723
d. <i>L'expérience nord-américaine</i>	726
B. <i>Les propositions de réforme</i>	730
1. La déréglementation	731
2. La corégulation	734
Conclusion	737

Introduction

Depuis leur création au cours du XII^e siècle¹, les banques contemporaines étaient confinées à l'exécution des ordres de paiement, à la réception des dépôts, ainsi qu'à l'octroi de prêts. Le rôle des banques en tant qu'intermédiaires dans le système des paiements et dans la gestion du crédit connaît actuellement des transformations majeures en raison de la diversité croissante des services et des développements technologiques qui bouleversent les habitudes des consommateurs. Au Canada, notamment, les banques à charte canadiennes et les quasi-banques — institutions financières autres que les banques à charte — offrent à leur clientèle la plupart des opérations bancaires courantes par le truchement des communications électroniques : virements de fonds entre comptes de la même succursale ou entre succursales de la même banque, paiement de factures, remboursement d'une marge de crédit et possibilité d'effectuer des demandes de prêt. Ces services s'ajoutent aux services offerts traditionnellement.

De nouveaux intermédiaires commerciaux offrent également aux consommateurs des services bancaires en ligne, analogues à ceux des banques et des quasi-banques traditionnelles. Quelques uns de ces services sont relativement avant-gardistes : services de certification des cartes de crédit transmises par Internet, chèques électroniques et micropaiements, aussi connus sous le nom de monnaie digitale ou virtuelle. Non seulement ces entités commerciales virtuelles ont été les premières à concevoir les nouveaux systèmes de paiements adaptés pour le commerce électronique, mais c'est d'elles que proviennent actuellement les mécanismes de paiements les mieux conçus².

Malgré la déshumanisation des rapports consommateurs-commerçants engendrée par le commerce en ligne, cette nouvelle génération d'activités bancaires offre des avantages indéniables aux consommateurs, tels une diminution relative des coûts, un accès plus rapide, des horaires plus flexibles et des marchés plus vastes. Les statistiques révèlent toutefois que les consommateurs canadiens demeurent méfiants vis-à-vis l'utilisation d'Internet pour effectuer leurs transactions bancaires. Une étude récente indique que près de 80% des internautes québécois sont réticents à utiliser le commerce électronique et, plus particulièrement, les activités bancaires, en raison de la sécurité douteuse des transactions³. Selon l'Association des banquiers canadiens (ABC), seulement 16% des Canadiens — contre 8% en 2000 — effectuent leurs transactions au moyen d'Internet, bien qu'un grand nombre d'entre eux soient

¹ Voir Charles F. Dunbar, «The Bank of Venice» (1892) 6 Quart. J. Econ. 308 aux pp. 308-11.

² Voir Catherine Lee Wilson, «Banking on the Net : Extending Bank Regulation to Electronic Money and Beyond» (1997) 30 Creighton L. Rev. 671 aux pp. 683-86.

³ Voir Institut de la statistique du Québec, *Enquête sur les transactions et l'identification dans un contexte d'inforoute : rapport d'analyse descriptive*, Québec, Institut de la statistique du Québec, 1999, en ligne : Autoroute de l'information <<http://www.autoroute.gouv.qc.ca/publica/pdf/isq.pdf>>.

conscients de l'importance de ce médium de communication⁴. Ce rythme de transition est similaire à celui des États-Unis⁵.

Or, ces expériences suggèrent que certains obstacles juridiques peuvent exister au Canada et freiner l'apparition de nouvelles formes d'intermédiation. En l'occurrence, les barrières juridiques qui nuisent au développement des pratiques bancaires dans Internet semblent prendre leur source dans l'inadéquation de la réglementation bancaire canadienne au regard de l'avènement de nouveaux intermédiaires. D'une part, ces derniers ne peuvent être que de simples entités commerciales, canadiennes ou non, ayant pignon sur rue sous une enseigne comprenant le mot «banque», ce qui va à l'encontre de la *Loi sur les banques*⁶. D'autre part, des banques étrangères peuvent également offrir des services financiers au Canada sans présence physique. Les remous suscités par l'arrivée du conglomérat financier néerlandais ING Groep N.V. (ING Bank), ainsi que de la banque américaine Wells Fargo Bank, qui sollicitent les consommateurs canadiens en leur offrant des services de crédit sans aucune présence physique en sol canadien, témoignent de l'existence d'un problème. Ces situations engendrent une incertitude de taille et représentent la pierre angulaire du problème de la présence des banques virtuelles au Canada⁷.

Ces nouvelles entreprises peuvent aisément contourner la réglementation canadienne, fondée sur l'exigence d'une présence physique au Canada, et outrepasser les obligations qui découlent de la *Loi sur les banques* relatives aux formalités de constitution, aux règles de propriété, aux activités permises, à la capitalisation, à la supervision et à l'assurance-dépôts. Lorsque ces entités proviennent de l'extérieur du Canada, la question prend d'autant plus d'importance que la *Loi sur les banques* est beaucoup plus stricte à l'égard des banques étrangères que des banques à charte canadiennes. Toutefois, une ouverture récente de la *Loi sur les banques* permet maintenant à certaines grandes banques étrangères à vocation commerciale — banques étrangères autorisées — de poursuivre en sol canadien des opérations bancaires similaires aux banques domestiques canadiennes.

Le développement d'un cadre réglementaire adapté aux opérations bancaires en ligne doit-il tenter d'écarter cette politique protectionniste afin de permettre au commerce électronique de s'épanouir dans un environnement juridique en harmonie

⁴ Voir Association des banquiers, «Technologie et services bancaires : sondage sur les attitudes des clients», Toronto, ABC, 2003, en ligne : Association des banquiers canadiens <<http://www.cba.ca/fr/viewdocument.asp?fl=3&sl=142&tl=&docid=408&pg=1>>.

⁵ «Survey on E-Commerce : Shopping Around the Web» *The Economist* 354:8159 (26 février 2000) S5.

⁶ L.C. 1991, c. 46 [*Loi sur les Banques*].

⁷ Puisqu'il est possible pour le législateur de réglementer les banques virtuelles canadiennes, mais qu'il est très difficile d'en faire autant vis-à-vis les banques virtuelles non canadiennes, ces dernières représentant de plus un problème plus délicat pour le législateur fédéral, nous avons choisi de limiter notre étude à celles-ci.

avec les ententes de libéralisation des échanges auxquels le Canada a adhéré⁸ ? Bien que tempérée vis-à-vis les banques étrangères autorisées, il convient d'étudier la pertinence d'adoucir la politique d'accès des banques étrangères au marché canadien à l'endroit d'autres banques plus modestes qui s'adressent à une clientèle de consommateurs. En somme, il importe d'éviter que des entités virtuelles échappent à l'application d'une réglementation destinée à protéger les épargnants et les emprunteurs, et plutôt de favoriser la concurrence et la stabilité du marché.

Les efforts des organismes de réglementation, ainsi que les récentes modifications législatives, représentent une première étape qui ne peut suffire à résoudre le problème soulevé par les nouveaux intermédiaires commerciaux et, notamment, par ceux situés à l'extérieur du Canada. Compte tenu de l'impact potentiel de ces derniers sur l'évolution du système bancaire canadien, tant en ce qui a trait au système des paiements qu'en ce qui concerne le crédit à la consommation, il convient d'aller au-delà de ces considérations embryonnaires et d'analyser plus en profondeur les incidences juridiques des nouvelles formes d'intermédiation.

I. Le cadre réglementaire des banques virtuelles au Canada

La détermination du cadre réglementaire des banques en ligne nécessite une analyse en deux temps. D'abord, il est nécessaire d'étudier la nature des banques virtuelles, étant donné leur diversité. Notamment, le problème posé par les banques en ligne établies à l'extérieur du Canada doit être mis en relief (A). Par la suite, une étude de l'environnement juridique du système bancaire canadien, en tenant compte du traitement juridique à l'égard des banques étrangères, doit nécessairement précéder un examen du cadre réglementaire des banques en ligne (B).

A. La nature des banques virtuelles

Les banques virtuelles représentent l'ultime développement du cheminement des banques vers l'informatisation de leurs opérations. Après une courte revue de l'historique de l'informatisation des banques (1), nous étudierons la nature de ces nouvelles banques, lesquelles peuvent servir de vitrines pour des banques traditionnelles, des entités appartenant à un groupe bancaire ou encore des entreprises bancaires ou commerciales indépendantes (2).

1. Historique de l'informatisation des banques

Les activités bancaires électroniques (*electronic banking*) représentent un concept en constante évolution. Les premières expérimentations de transactions dématérialisées eurent lieu vers 1918 lors de la transmission d'ordres de paiement

⁸ Voir Alan Gathan et Jeff Graham, «Financial Services in an Electronic Age : Some Emerging Legal Issues» (1997) 16 Nat'l Banking L. Rev. 41 à la p. 42.

sous la forme de code morse par le réseau interbancaire Fedwire⁹. Toutefois, l'intrusion des ordinateurs dans le monde bancaire s'est produite au cours des années 1950 aux États-Unis. L'American Bar Association (ABA) avait mis sur pied le Technical Subcommittee on Mechanization of Check Handling en avril 1954 pour se pencher sur la question du traitement des chèques¹⁰. Peu de temps après, elle introduisait le Magnetic Ink Character Recognition (MICR) pour faciliter le traitement du nombre grandissant de chèques¹¹, ce qui fut alors considéré comme «one of the most important banking developments in recent years»¹².

En plus de la troncature des chèques apparue vers le milieu des années 60¹³, cette époque a été très prolifique en termes d'innovations technologiques bancaires : l'apparition de la carte de crédit au Canada¹⁴, l'informatisation des systèmes de

⁹ Voir Donald I. Baker et Roland E. Brandel, *The Law of Electronic Fund Transfer Systems*, feuilles mobiles, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 1999 au n° 11.02 à la p. 11-3.

¹⁰ Ce sous-comité a produit le Automation of Banking Operating Procedure en janvier 1955, *ibid.* au n° 1.02[2] aux pp. 1-3-1-4.

¹¹ Aux États-Unis, le volume annuel des chèques compensés a augmenté de 3.5 milliards en 1939 à 6.5 milliards en 1950, à 13 milliards en 1960 et à 60.9 milliards en 1994, *ibid.* au n° 1.02[1] à la p. 1-2.

¹² Voir Technical Subcommittee on Mechanization of Check Handling of the Bank Management Commission of the American Banking Association, «Magnetic Ink Character Recognition» (août 1956) Banking 65, cité par Baker et Brandel, *supra* note 9 au n° 1.02[2] à la p. 1-4. Plus précisément, la MICR est devenue «the first instance in which the banks, the Federal Reserve System, and the equipment vendors collaborated in developing standards for a major technological innovation in payment systems».

¹³ Baker et Brandel, *supra* note 9 au n° 1.03[1] à la p. 1-18. La troncature du chèque est définie comme une «practice directed at the reduction or elimination of paper movement in the collection and payment process. Whenever at least one step in the movement of paper cheques is eliminated there exists "cheque truncation"»: voir Benjamin Geva, «Off-Premises Presentment and Cheque Truncation under the Bills of Exchange Act» (1986-87) 1 B.F.L.R. 295 à la p. 299. Voir de plus Johanna Vroegop, «The Legal Implications of Cheque Truncation» [1990] L.M.C.L.Q. 244 à la p. 246. Il est à noter toutefois que la troncature n'est pas encore apparue au Canada et que les chèques y circulent encore physiquement par l'entremise du système de compensation et de règlement.

¹⁴ D'abord émise pour des buts de divertissement, les banques américaines, telles la Franklin National en 1951 sur une base régionale et les Bank of America et Chase Manhattan en 1958 au niveau national, ont commencé l'émission de leurs propres cartes. En 1967, «Interbank Card» fut la première carte émise par une association de banques, devenue plus tard MasterCard et une des cartes d'importance aux États-Unis. La carte Visa est apparue en 1958 quand le programme BankAmericard fut initialisé par la Bank of America : VISA, «Who We Are», en ligne : <<http://www.visa.ca/en/about/history.cfm>>. En 1975, 16% des ventes au détail étaient conclues par des cartes de crédit, pour une valeur estimée à 71 milliards de dollars. En 1984, les ventes par cartes de crédit étaient estimées à 293.3 milliards de dollars. Le nombre de cartes émises était estimé à environ 124.1 millions en 1994, comparativement à 113.2 millions en 1990, Baker et Brandel, *supra* note 9 au n° 1.02[3] à la p. 1-9. En 2002, plus d'un milliard de produits Visa étaient en circulation dans le monde, avec un taux surpassé d'acceptation dans plus de 150 pays. La même année, 2,4 trillions de dollars de biens et services ont été acquis par un des moyens de paiement Visa. Pour plus d'informations, voir <<http://corporate.visa.com/pd/main.shtml>>. De son côté, la compagnie MasterCard a généré plus de 1,141 milliards de dollars en transactions en 2002, une augmentation de 15% par rapport à l'année

compensation et de règlement¹⁵, les paiements préautorisés et les premiers guichets automatiques bancaires¹⁶. Comme le notaient deux auteurs : «[o]ne of the greatest success stories in the development of EFT [Electronic Funds Transfer] services has been the growth of ATM [Automatic Teller Machine] services»¹⁷. La carte de débit a été traditionnellement associée à un retrait d'argent à partir d'un guichet automatique ou au paiement à un point de vente. Dans le but d'offrir de meilleurs services bancaires à leur clientèle¹⁸, les institutions financières se sont orientées vers un élargissement de l'éventail des services disponibles aux guichets automatiques, tels que l'ouverture d'un compte bancaire et la vérification du solde d'un compte ou d'un prêt, le virement — et la révocation — entre comptes, le virement de fonds sur une carte de crédit, la cotisation à un régime enregistré d'épargne retraite. Quelques années plus tard, une nouvelle génération de carte de paiement a vu le jour : la carte à puce, qui n'est ni une carte de crédit, ni de débit, et qui contient un semi-conducteur capable de mémoriser une grande quantité d'information¹⁹. Le *nec plus ultra* de l'informatisation bancaire connaît toutefois son apogée avec l'utilisation d'Internet.

2001, pour un total de 590 millions de cartes en circulation. Pour plus d'informations voir en ligne : MasterCard <http://www.mastercardintl.com/corporate/corp_stat.html>. Pour une explication détaillée des exigences d'une telle opération, voir : *Worthen Bank & Trust Co. v. National Bank Americard, Inc.*, 485 F.2d 119 (8th Cir. 1973) aux pp. 121-22.

¹⁵ Voir notamment les sites Internet des organismes suivants, en ligne : National Automated Clearing House Association (NACHA) : <<http://www.nacha.org>> ; Clearing House Interbank Payments System (CHIPS) : <<http://www.chips.org>> ; Fedwire : <<http://www.federalreserve.gov/paymentsystems/fedwire>> ; Système des transferts des paiements de grande valeur (STPGV) : <http://www.cdnpay.ca/rules/lvts_rules_fr.asp> ; Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System (TARGET) : <<http://www.ecb.int>>.

¹⁶ Les premiers guichets ont été implantés aux États-Unis en 1969 : voir Baker et Brandel, *supra* note 9 au n° 1.03[4] à la p. 1-24.

¹⁷ *Ibid.* au n° 1.03[4] à la p. 1-23. Au Canada, il y avait environ 18 570 guichets automatiques bancaires en 1996 comparativement à 36 922 en 2000 : voir Comité sur les systèmes de paiement et de règlement, *Statistics on Payment Systems in Selected Countries : Figures for 2000*, Bâle, BRI, 2001 à la p. 18.

¹⁸ En plus des services offerts, l'utilisation de guichets automatiques permet d'augmenter les heures d'ouverture à 24 heures par jour. L'effet néfaste de cette politique se caractérise bien sûr par les coupures de personnel.

¹⁹ Baker et Brandel, *supra* note 9 au n° 1.03[7] à la p. 1-28. D'autres prototypes ont été présentés par la suite. Notamment, Visa Casli par Visa en 1988 et Mondex en 1995, par un consortium bancaire. Pour plus de détails sur les cartes à puce, voir : Shameela Chinoy, «Electronic Money in Electronic Purses and Wallets» (1997) 12 B.F.L.R. 15 aux pp. 23-26; Jane Finlayson-Brown, «Mondex: Structure of a New Payments Scheme» [1997] 12 J.I.B.L. 362 ; Wilson, *supra* note 2 aux pp. 681-83 ; A. Michael Froomkin, «Flood Control on the Information Ocean : Living with Anonymity, Digital Casli and Distributed Databases» (1996) 15 J.L. & Com. 395 aux pp. 467-71. Alors que la carte à puce tarde à s'implanter en Amérique du Nord, elle progresse lentement en Europe — notamment en France avec Moneo (en ligne : <<http://www.moneo.net>>) et elle est très populaire dans d'autres régions du globe, notamment en Afrique, en Asie, aux Caraïbes, en Amérique centrale et en Amérique du Sud, au Mexique et au Moyen-Orient, par l'entremise de la carte Visa Electron, en ligne : Visa Electron <<http://www.international.visa.com/ps/products/electron>>.

2. La nature et la définition des banques virtuelles

Au Canada, la Banque de Montréal, par l'entremise de son projet mbanx²⁰, ainsi que deux banques étrangères, la ING Bank²¹ et la Wells Fargo Bank²², furent les premières à offrir des services en ligne à la population canadienne. Cette expérience a encouragé les banques à charte canadiennes et étrangères à emboîter le pas²³. Les entreprises — bancaires ou non — qui offrent des services bancaires à la communauté cyberspatiale se présentent sous diverses formes. Premièrement, la plupart des institutions financières offrent leurs services par l'entremise d'une vitrine Internet, ces services étant habituellement les mêmes que ceux offerts en succursale²⁴. Deuxièmement, certaines institutions financières opèrent en tant qu'entité distincte, que ce soit sous la forme d'une succursale ou d'une autre manière. Le projet mbanx, commencé par la Banque de Montréal en octobre 1996, fut la première incursion d'une institution financière canadienne dans le monde cybernétique²⁵. Les clients pouvaient choisir entre les services bancaires en ligne de la Banque de Montréal, offerts dans le site Internet de la banque, ou les services virtuels de mbanx²⁶. Ce projet a cessé après trois années d'exploitation, car la Banque de Montréal avait décidé de regrouper les services de mbanx et les services bancaires en ligne de ses succursales traditionnelles afin de répondre à la demande de sa clientèle, désireuse de pouvoir rencontrer des conseillers en personne²⁷. L'expérience de cette forme de distribution

²⁰ Mathew W. Barrett, «Bank of Montreal Launches New North American Brand For Virtual Bank», Toronto, 16 octobre 1996, en ligne : Bank of Montreal <<http://www.bmo.com/News/mbankxmk>> ; John Partridge, «B. of M. Launches Virtual Banking Division» *The [Toronto] Globe and Mail* (17 octobre 1996) B1.

²¹ À ce sujet, voir notamment Susan Yellin, «Innovation, Acquisition Catapult ING to the Top» *The Financial Post* (12 février 1997) 8 ; Keith W. Perrett, «Wells Fargo Bank and the Regulation of Cross-Border Lending» (2000) 16 B.F.L.R. 89.

²² Perrett, *ibid.*

²³ Par exemple, la Banque Royale du Canada en décembre 1996, la Banque nationale du Canada et la Banque Laurentienne du Canada en 1997, la Bank One (États-Unis) en 1998, la BNP Paribas (France) et la banque UBS (Suisse) en 1999.

²⁴ Parmi les 16 banques de l'Annexe I, seule la Banque Pacifique et de l'Ouest du Canada (Pacific & Western Bank of Canada) ne possède pas une présence sur Internet. La plupart des banques des Annexes II et III ont également pignon sur rue dans le village global.

²⁵ Voir Sophie Cousineau et Réjean Boudreau, «Les banques surfent sur la vague» *La Presse [de Montréal]* (17 octobre 2000) D1. L'entreprise mbanx était une entité distincte de la Banque de Montréal. La fusion des services de nibanx et de Téléservices financiers — devenus mbanx direct — en octobre 1999 a permis alors de satisfaire la clientèle sur tous les points en ayant accès à toute la gamme des services en ligne offerts préalablement par mbanx et les services en succursale de la Banque de Montréal : Bernard Nguyen, «Opération séduction pour les banquiers virtuels» *Les Affaires* (29 avril 2000) 9.

²⁶ Voir Lisa Binsse, «La banque virtuelle : pas la même pour tous» *La Presse [de Montréal]* (3 mai 1997) F1.

²⁷ Voir Cousineau et Boudreau, *supra* note 25. Cette décision n'est donc pas due à une diminution de la clientèle et à l'insuccès de cette aventure. En bref, «Mbanx, la première banque virtuelle, s'agrandit» *Le Devoir [de Montréal]* (12 août 1999) B5. Par ailleurs, après une année d'existence, mbanx comptait déjà plus de 100 000 clients. Voir Miville Tremblay, «Mbanx satisfait de sa

de services bancaires et financiers a été riche d'enseignements, car nombreuses ont été les questions relatives à sa rentabilité. On se demande notamment si une banque en ligne peut gruger les profits de la banque traditionnelle, celle-ci appartenant à une même société — appelée «cannibalisme». Contrairement à certaines opinions véhiculées²⁸, cette crainte ne semble pas être bien fondée. En effet, plusieurs banques, notamment aux États-Unis, ont créé des entités bancaires virtuelles²⁹.

Enfin, la troisième forme de banque virtuelle a trait à des entreprises qui opèrent en ligne indépendamment de toute banque traditionnelle. À titre d'exemple, au Canada, la Banque Le Choix du Président, de la société Loblaw's³⁰, et la Banque ManuVie, de l'assureur gestionnaire des fonds mutuels Altamira³¹, sont de telles entreprises bancaires³².

Les entreprises incorporent parfois le nom «banque» dans leur raison sociale afin de se présenter comme des banques virtuelles et obtenir la confiance des consommateurs. Il devient donc nécessaire de distinguer entre les entreprises bancaires — celles qui se présentent comme des banques³³ — et les entreprises simplement commerciales³⁴. Quelle est la nature de ces deux formes d'entreprises ? Doivent-elles être considérées comme des «banques» au sens de la *Loi sur les banques* ? Il convient de se demander si l'étendue du concept de banque virtuelle doit être limitée aux institutions financières existantes — telles les banques et les quasi-banques — ou si ce concept doit inclure des entreprises commerciales — habituellement des intermédiaires de paiement. Pour le moment, il n'existe aucune législation à ce sujet au Canada, mais il est possible de s'inspirer de la jurisprudence pour déterminer la nature d'une banque virtuelle.

croissance» *La Presse [de Montréal]* (13 novembre 1997) E2. Voir également Daniel Chrétien, «Les 50 champions du web au Québec, 23 : www.mbanx.com» *Commerce*, 101:18 (1^{er} octobre 2000) 38.

²⁸ Voir C.N. Watson, «The Growth of Internet-only Banks : Bricks and Mortar Branches are Freeing the “Byte”» (2000) 4 N.C. Banking Inst. 345 à la p. 352.

²⁹ Par exemple Everbank, division virtuelle de la First National Bank, en ligne : Everbank <<http://www.everbank.com>> et VirtualBank, une division virtuelle de la Lydian Private Bank, en ligne : VirtualBank <<http://www.virtualbank.com>>.

³⁰ Pour plus de détails, voir en ligne : President's Choice Financial <<http://www.pcfincancial.ca>>.

³¹ Pour plus de détails, voir en ligne : Banque Manuvie <<http://www.banquemanuvie.ca>>.

³² Ces entreprises sont en quelque sorte des rejets d'ING Bank et de Wells Fargo Bank. Les banques Le Choix du Président et la Banque Manuvie sont incorporées sous l'Annexe I de la *Loi sur les banques*.

³³ Voir notamment NetBank, en ligne : NetBank <<http://www.netbank.com>>, Security First Network Bank, en ligne : Security First Network Bank <<http://www.sfab.com>>, Fairbank Group <<http://www.fairbank.qc.ca>>.

³⁴ Par exemple, bien qu'elle possède depuis 1986 l'American Express Centurion Bank pour répondre aux besoins financiers de ses clients, American Express a longtemps été simplement une compagnie privée émettrice de cartes de paiement, de chèques de voyages et de services divers. Pour plus de détails sur cette entreprise, voir en ligne : American Express <<http://www.americanexpress.com>>.

Plusieurs magistrats ont tenté de définir une opération bancaire (*business of banking* ou *banking business*)³⁵. Une des premières décisions sur cette question remonte au XIX^e siècle. Dans l'affaire *Jones v. Imperial Bank of Canada*³⁶, la cour devait décider si l'Imperial Bank of Canada³⁷ pouvait acheter des débetures émises par la ville de Toronto. Pour justifier sa décision, la cour a analysé les pouvoirs des banques à charte canadiennes de l'époque³⁸. Après avoir considéré le point de vue de ses collègues, en tenant compte de la *General Banking Act*³⁹ — l'ancêtre de la *Loi sur les banques* —, le juge V.C. Proudfoot a énoncé que

[t]he conclusion which seems to me deductible from these Acts is, that the business of banking consists in dealing in money, the precious metals, and in bonds and negotiable securities; that this dealing confers the power of lending on them or of purchasing them, whichever the bank directors may deem most for the advantage of the corporation [...]⁴⁰.

Depuis lors, la jurisprudence canadienne⁴¹, ainsi que les décisions du Commonwealth⁴², ont généralement appuyé ce point de vue strictement juridique. Ceci s'explique par le fait que les activités bancaires de l'époque étaient de loin beaucoup moins diversifiées qu'aujourd'hui.

La décision *In Re Shield's Estate* a soulevé une autre facette de la définition des activités bancaires⁴³. Qui peut être considéré comme un banquier ? Une banque visée par la *Loi sur les banques* ? Une institution financière dont les gens croient qu'il s'agit d'une banque ? En d'autres termes, est-ce que le fait de se présenter comme un banquier est déterminant pour établir le statut d'une banque ? Lord Denning répondait

³⁵ Nous utiliserons également l'équivalent «activités bancaires».

³⁶ (1876) 23 Gr. 262 [*Jones*].

³⁷ 36 Vic. c. 74.

³⁸ Ces banques sont : The Bank of Upper Canada (1819), 59 Geo. III, c. 24, s. 15 ; The Commercial Bank (1832), 2 Wm. IV c. 2, s. 14 ; The Quebec Bank (1841), 4 & 5 Vic. c. 74, s. 10 et The Bank of Niagara District (1841), 4 & 5 Vic. c. 96, s. 15.

³⁹ 36 Vic., c. 5, D. L'art. 40 prévoyait que «the Bank shall not directly or indirectly, deal in the buying and selling, or battering of goods, wares, or merchandise, or engage or be engaged in any trade whatever, except as a dealer in gold and silver bullion, bills of exchange, discounting of promissory notes or negotiable securities, and in such trade generally appertains to the business of banking».

⁴⁰ *Jones*, *supra* note 36 aux pp. 274-75.

⁴¹ Voir *Ontario Bank c. McAllister*, [1910] 43 R.C.S. 338 aux pp. 348-49 ; *Montgomery v. Ryan* (1908), 16 O.L.R. 75 à la p. 98 (C.A.) ; *Tennant v. The Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 à la p. 46, (1893) 10 C.R.A.C. 387 (P.C.) [*Tennant*] ; *In Re Bottomgate Industrial Corporation Society* (1891), 65 L.T. 712 (Q.B.) ; *In Re Bergethaler Waisenamt* (No 2), [1949] 1 D.L.R. 769 aux pp. 773-74, 1 W.W.R. 323 (Man. C.A.). Voir également *Re Stouffville District Credit Union Ltd. c. Village of Stouffville* (1966), 56 D.L.R. (2d) 103 à la p. 114, [1966] 2 O.R. 139 (H.C.) ; *White v. The Bank of Toronto*, [1952] O.R. 398 aux pp. 421-22 (H.C.), conf. par [1953] 3 D.L.R. 118 (C.A.).

⁴² Voir *Commissioners of the State of Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Company Ltd.* (1914), 19 C.L.R. 457 aux pp. 470-71 (Austr. H.C.) ; *In Re Shield's Estate*, [1901] 1 I.R. 172 (Chan. Div.) [*Shield's*] ; *Stafford v. Henry* (1850), 12 Ir. Eq. 400 (Eq. Exch.) à la p. 406.

⁴³ *Shield's*, *ibid.*

positivement à cette question, soulignant à juste titre que «like many other beings, a banker is easier to recognise than to define»⁴⁴. Au Canada, ce problème a été examiné après la décision *Shield's*. Cette jurisprudence est à l'origine du paragraphe 983(2) de la *Loi sur les banques*, qui empêche l'utilisation du mot «banque» sans autorisation⁴⁵.

À ce chapitre, l'arrêt de principe *Canadian Pioneer Management Ltd c. Le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*⁴⁶ a précisé le sens du concept d'opération bancaire⁴⁷. Aux yeux de la Cour suprême du Canada, s'exprimant par la plume du juge Beetz, il importe de considérer l'interprétation littérale dudit paragraphe 983(2)⁴⁸, ainsi que le fait que le gouvernement fédéral n'a jamais exprimé dans aucune loi, y compris dans la constitution canadienne, que les sociétés de fiducie et de prêt, ou d'autres institutions financières, pouvaient poursuivre des opérations bancaires au Canada⁴⁹. L'état actuel du droit canadien exige qu'une entreprise qui exerce des activités bancaires au Canada soit incorporée et possède une charte

⁴⁴ *Ibid.* aux pp. 197-98. Dans cette cause, Lord FitzGibbon a déclaré que

[...] the name was assumed by Shield's, and the Bank of Ireland accepted it as a truthful designation [...] From the beginning to end they treated him as a banker. That being so, it is a question of fact, and one upon which the presumption is in the affirmative, whether there is reasonable evidence to warrant the conclusion that Shields was what he professed to be, and what the Bank of Ireland took him to be, namely, a «Banker?».

⁴⁵ Sur ce point, dans *Piquette c. R.*, [1990] A.Q. No. 1892 (C.A.) [*Piquette*], le défendeur a utilisé l'expression «Banque d'échange Manhattan» et «La banque d'échange Manhattan (Canada) — The Manhattan Exchange Bank (Canada)». La Cour d'appel du Québec a souligné que le paragraphe 564(2) de la *Loi sur les banques* à l'époque [maintenant 983(2)] était très limpide, et, elle a rejeté l'appel. Voir de plus *Crédit Lyonnais Limitée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, (1996), R.D.F.Q. 3, A.Q. No. 3 (C.A.) [*Crédit Lyonnais*]; *R. c. Milelli* (1989), 51 C.C.C. (3^e) 165, 45 B.L.R. 209 (Ont. C.A.), requête pour permission d'appeler à la C.S.C. rejetée, 53 C.C.C. (3^e) vii, 38 O.A.C. 160n.

⁴⁶ [1980] 1 R.C.S. 433, (1979) 31 N.R. 361 [*Canadian Pioneer* avec renvoi aux R.C.S.].

⁴⁷ *Ibid.* Dans cette cause, une des questions en litige était de décider quel était le tribunal compétent pour accrédiiter un syndicat d'employés d'une compagnie de fiducie. Afin d'y parvenir, il fut nécessaire de déterminer la constitutionnalité de *Pioneer Trust*, c'est-à-dire de décider si cette dernière était une entreprise fédérale. *Prima facie*, *Pioneer Trust* apparaissait être engagée dans les «opérations bancaires». Conséquemment, la question sous-jacente était de clarifier le concept «d'opérations bancaires» dans le cas de *Pioneer Trust* dans le but de savoir si celle-ci était assujettie à la législation fédérale, par le biais de l'art. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁴⁸ À l'époque, art. 157 de la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, c. B-1. Cette disposition représente en quelque sorte une codification du critère de la prise en compte de la réputation d'un banquier lors de la détermination d'une opération bancaire, *Canadian Pioneer, ibid.* à la p. 462.

⁴⁹ Les décisions suivant *Canadian Pioneer* ont interprété très strictement ce paragraphe, en empêchant les institutions provinciales d'utiliser le terme «banque» ou tout autre terme semblable dans leur raison sociale. Voir *Crédit Lyonnais, supra* note 45 à la p. 7; *In Re National Mortgage Bank of Greece and Andoniadis* (1992), 29 L.A.C. (4th) 275 aux pp. 282-83 (Can.) [*Andoniadis*]; *Piquette, supra* note 45 à la p. 4.

bancaire⁵⁰. Cependant, en pratique, d'autres institutions financières mènent de telles activités dans le secteur bancaire.

En considérant la déréglementation des institutions financières canadiennes, il est permis de croire qu'une banque virtuelle engagée dans des activités similaires à des opérations bancaires, mais qui ne se présente pas comme une banque, pourrait agir en toute légalité au Canada en profitant de l'état actuel de la réglementation sur les institutions financières. Ainsi, le concept de banque virtuelle n'est pas limitatif. Il inclut non seulement les banques, mais également les quasi-banques, car en pratique les activités de celles-ci sont sensiblement les mêmes que celles des banques, tel que l'a souligné la Cour suprême du Canada⁵¹. Bien que la définition d'une opération bancaire ne soit toujours pas établie, les institutions financières étrangères mènent régulièrement ce genre d'activités. Les décisions *Crédit Lyonnais*⁵² et *Andoniadis*⁵³ s'inscrivent dans la pensée du juge Beetz dans *Canadian Pioneer*.

À la suite des développements précédents au sujet du concept d'opération bancaire, est-il possible d'affirmer que la sollicitation de clients est partie intégrante de ce concept ? La jurisprudence est très discrète sur cette question. Dans *Laarakker v. Royal Bank of Canada*⁵⁴, la banque avait engagé un photographe pour un programme de promotion et de publicité. Puisque cette promotion était offerte gratuitement à la clientèle de la banque, et qu'il était incontestable que la banque n'avait aucunement l'intention de s'engager dans le commerce de la photographie en s'associant avec la défenderesse, le juge Anderson a jugé que : «[i]f the purpose or object was, in essence, promotion or advertising, then it was, in my view, part of the business of banking and unobjectionable. It was nowhere contended that promotion or advertising was not a proper part of the banking business»⁵⁵. L'année précédente, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse déclarait que l'utilisation d'une marque de commerce par une banque faisait partie intégrante de ses opérations bancaires et que

⁵⁰ Voir notamment *Bank of Nova Scotia v. British Columbia (Superintendent of Financial Institutions)* (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 327, [2001] B.C.J. n° 2276 (S.C.).

⁵¹ Plus précisément, le juge Beetz rappelle que 99% des activités de *Canadian Pioneer* sont similaires à celles des banques à charte. *Canadian Pioneer*, *supra* note 46 à la p. 445.

⁵² *Supra* note 45.

⁵³ *Supra* note 49. En l'espèce, la cour a jugé que la National Mortgage Bank of Greece était une banque de l'Annexe II, par le biais des critères formels et institutionnels, car elle possédait un bureau de représentation au Canada dûment enregistré en vertu du *Règlement de 1992 sur les bureaux de représentation des banques étrangères* : D.O.R.S./92-299. La cour a également décidé, *ibid.*, à la p. 281 que

the absence of activity on its part that may be called the business of banking does not, in and of itself, remove the respondent from under the jurisdiction of the Bank Act. Moreover, it is quite clear that a determination of whether or not an institution is a bank, solely on the basis of this type or nature of the business it conducts, is not an acceptable test.

⁵⁴ (1980), 31 O.R. (2d) 188 (H.C.).

⁵⁵ *Ibid.* à la p. 193.

«whenever the Bank offered any service apart from merely receiving deposits, cashing cheques and lending money, it could not advertise these services without it being said that it was carrying on business in the name of the service»⁵⁶.

Il est vrai que ce point de vue n'est pas unanime en jurisprudence. En effet, K. Perrett nous rappelle qu'il a été affirmé dans la décision *Pullman c. R.*⁵⁷, que des sollicitations de prêts d'argent effectuées par téléphone à partir de l'extérieur du Canada à des Canadiens ne constituaient pas une sollicitation⁵⁸, et qu'il ne pouvait donc pas s'agir en l'espèce d'opérations bancaires. Avec déférence, nous trouvons cette conclusion erronée. Le fait de contacter des Canadiens à partir d'un endroit situé à l'extérieur du Canada dans le but de leur offrir un prêt d'argent constitue bel et bien une sollicitation ; et si elle est effectuée par une entreprise qui se présente comme une banque, il s'agit d'une opération bancaire. La décision *Pullman* doit être replacée dans son contexte. En l'espèce, on a jugé qu'un simple contribuable — un particulier — n'exploitait pas une entreprise et qu'il n'y avait donc aucune sollicitation de la part de ce dernier⁵⁹. Cette décision de common law s'accorde avec la définition de l'exploitation d'une entreprise au sens de l'article 1525, troisième alinéa, du *Code civil du Québec*. Ainsi, un particulier qui effectue des activités de placement

⁵⁶ *Bank of Montreal c. Price* (1979), 60 C.P.R. (2d) 57 à la p. 72, 105 D.L.R. (3d) 62 (N.S.C.A.). Voir de plus *Gowling, Strathy & Henderson c. Royal Bank of Canada* (1995), 63 C.P.R. (3d) 322 à la p. 325 (C.F. 1^{re} inst.).

⁵⁷ [1983] 2 C.F. 452, 83 D.T.C. 5080 (C.F. 1^{re} inst.) [*Pullman*].

⁵⁸ *Perrett, supra* note 21 à la p. 93 ; voir également B.W. Keefe et S.J. Fournier, «Significant New Opportunities for U.S. Banks in Canada» (2003) 120 *Banking L.J.* 671 aux pp. 674-75. Plus précisément, le contribuable, citoyen canadien demeurant en Suisse, avait effectué quelques prêts à des Canadiens par l'entremise d'un courtier torontois. Le tribunal a retenu que le contribuable n'exploitait pas une entreprise au Canada, car «[l]es seuls éléments canadiens de ces opérations, c'est-à-dire le compte en banque, la procuration et la tenue des livres, étaient secondaires et n'existaient que pour des raisons de commodité», et que, somme toute, le prêt d'argent ne constitue pas l'exploitation d'une entreprise au Canada, *Pullman, ibid.* au para. 21. La cour ajoute que le contribuable n'a nullement sollicité des Canadiens, puisque les prêts ne peuvent être offerts en vente, opinion fondée sur une vieille décision australienne, *Bank of New South Wales and Others v. Commonwealth and Others*, [1948] 76 C.L.R. 1 (H.C. Austr.).

⁵⁹ L'argument de la cour est d'ailleurs très laconique. Voir *Pullman, ibid.* au para. 23 :

À mon avis, il ne peut être dit que le demandeur sollicitait des commandes ou offrait en vente quoi que ce soit au Canada, par l'entremise d'un mandataire, préposé ou autrement. Le demandeur n'a pas sollicité de commandes au Canada et n'avait nul besoin de le faire. Il demeurait en Suisse où il recevait d'un courtier des offres de participation à des activités de prêts d'argent. On ne peut pas dire non plus que des prêts peuvent être offerts en vente ;

voir également *ibid.* au para. 24 :

Même si j'admettais la proposition que le Parlement avait l'intention d'assujettir les prêts d'argent à l'alinéa 253b), ce que je ne pense pas, il ne fait aucun doute que cette disposition, même au sens le plus large, ne pourrait s'appliquer à des prêts consentis dans d'autres pays que le Canada — ce qui constitue une grande partie des prêts consentis par le demandeur.

n'exploite pas une entreprise⁶⁰, alors que le prêt d'argent représente une opération bancaire et ce concept s'applique aux banques étrangères. Cette nuance est pertinente à notre analyse. En effet, non seulement Pullman ne se présentait pas comme un banquier⁶¹, mais en plus, il n'était pas incorporé et ne possédait pas de charte bancaire⁶². Dans l'hypothèse où Pullman eût été un banquier, ses transactions auraient été classifiées d'opérations bancaires.

La conclusion au sujet de *Pullman* permet d'affirmer que les activités de la banque Wells Fargo au Canada constituent des opérations bancaires, contrairement à l'opinion exprimée par le Bureau du surintendant aux institutions financières (BSIF)⁶³. Avec respect, cette décision du BSIF s'explique difficilement, vu sa position historique à l'effet que la sollicitation des consommateurs canadiens constitue une opération bancaire⁶⁴.

À ce sujet, le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers (le Groupe de travail) a recommandé de limiter la définition d'opération bancaire pour comprendre «la prestation de services financiers par des banques étrangères non présentes matériellement au Canada qui font de la sollicitation de masse ou du marketing ciblé auprès de Canadiens»⁶⁵. Plus précisément, il avait été proposé de «modifier la disposition de la *Loi sur les banques* qui interdit aux banques étrangères d'effectuer des opérations bancaires au Canada, parallèlement aux pouvoirs d'accréditation des prêteurs étrangers». Ainsi,

[I]es «opérations bancaires» effectuées au Canada resteraient interdites (aux exceptions existantes près), mais elles seraient décrites de manière à inclure la fourniture de tout produit ou service financier par un non-résident qui : n'établit pas une présence matérielle au Canada ; sollicite la clientèle en puissance par une publicité générale ou un marketing ciblé [et] n'est pas agréé par le BSIF⁶⁶.

⁶⁰ Voir Mistral Goudreau, «De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le Code civil du Québec» (1994) 25 R.G.D. 235 à la p. 239 ; Nabil N. Antaki et Charlaïne Bouchard, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. I, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 à la p. 226. D'ailleurs, dans la décision *Loeck c. R.* (1978), 78 D.T.C. 6368 (C.F. 1^{re} inst.), le contribuable avait formé une société (*partnership*) avec une autre personne, contrairement à *Pullman*.

⁶¹ À ce sujet, voir *supra* note 45.

⁶² Voir *Canadian Pioneer*, *supra* note 46

⁶³ Voir Perrett, *supra* note 21 aux pp. 89 et 98.

⁶⁴ *Ibid.* à la p. 102.

⁶⁵ Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadiens, *Changement, défis et possibilités*, Ottawa, Ministère des Finances, 1998, aux pp. 218-19 [Rapport MacKay].

⁶⁶ Voir Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadiens, *L'amélioration structurelle de la réglementation*, Document d'information n° 5, Ottawa, Ministère des Finances, 1998, 87 [Document d'information n° 5]. Le Groupe de travail est d'avis qu'une exception devait être accordée à l'égard des prêteurs étrangers qui sont agréés par le BSIF.

Cette suggestion a été retenue lors de l'adoption du projet de loi C-8 en 2001⁶⁷. Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Comité sénatorial) a également abondé dans ce sens⁶⁸.

En conséquence, ces développements permettent de constater que le concept d'opération bancaire a évolué depuis plus de cent ans. Il est clair que ce concept inclut les activités bancaires en ligne pour les motifs suivants. D'abord, les banques ont la permission d'exercer le commerce de paiements électroniques depuis plusieurs années. Ensuite, aux États-Unis, l'Office of the Comptroller of the Currency (OCC) a émis des lignes directrices en 1999 afin de permettre aux banques nationales d'exploiter des autorités de certification⁶⁹, répondant ainsi à une demande de la Zions First National Bank en 1997-1998 qui désirait agir en tant qu'autorité de certification pour la vérification de signatures électroniques et de dépositaire pour les certificats⁷⁰. Au sujet du concept d'opérations bancaires, l'OCC a indiqué que le concept d'opération bancaire «can evolve to reflect logical outgrowths from the special skills, expertise, and competencies of banks»⁷¹. Les lignes directrices de l'OCC furent codifiées en 2002⁷². Au Canada, certaines institutions financières agissent comme autorités de certification, malgré l'absence d'une législation spécifique à cet égard⁷³.

Pour les fins de cet article, nous considérons que le concept de banque virtuelle, ou banque en ligne, doit être entendu dans le sens des activités des institutions financières qui utilisent le réseau Internet comme un moyen de communication.

⁶⁷ *Loi constituant l'Agence de la consommation en matière financière du Canada et modifiant certaines lois relatives aux institutions financières*, L.C. 2001, c. 9, art. 132 [Projet de loi C-8].

⁶⁸ Comité sénatorial, *Plan directeur de changement : réponse au rapport du groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien rapport du comité sénatorial permanent des banques et du commerce*, Ottawa, 1998, à la p. 41, n° 168, en ligne : Parliamentary Internet Parlementaire <<http://www.parl.gc.ca/36/1/parlbus/commbus/senate/com-f/bank-f/rep-f/rep17dec98-f.htm>>.

⁶⁹ OCC, *OCC Bulletin 99-20: Certification Authority Systems*, 4 mai 1999, Washington (D.C.), en ligne : Office of the Comptroller of the Currency <<http://www.occ.treas.gov/1999/May.htm>> [OCC Bulletin 99-20]. Voir de plus les bulletins suivants relatifs à ces lignes directrices : OCC, *OCC Bulletin 98-38 : Technology Risk Management : PC Banking*, 24 août 1998, Washington (DC), en ligne : Office of the Comptroller of the Currency <<http://www.occ.treas.gov/1998/August.htm>>, et OCC, *OCC Bulletin 98-3 : Technology Risk Management*, 4 février 1998, Washington (D.C.), en ligne : Office of the Comptroller of the Currency <<http://www.occ.treas.gov/1998/February.htm>>.

⁷⁰ OCC, *Conditional Approval no 267*, 12 janvier 1998, p. 1, Washington (D.C.), en ligne : Office of the Comptroller of the Currency <<http://www.occ.treas.gov/netbank/ibi.htm>>.

⁷¹ Voir *ibid.* à la p. 13. L'approbation a été sujette à deux conditions : le requérant devait fournir une description complète du système d'information proposé à l'OCC avant le début des opérations et également informer les vendeurs potentiels que le contrat était sujet à une supervision par l'OCC, *ibid.* à la p. 20. Pour une discussion plus approfondie du concept d'opération bancaire, voir *supra* note 45.

⁷² 12 C.F.R. § 7.5000.

⁷³ D'ailleurs, l'Association canadienne des paiements (ACP) a lancé un projet d'autorité de certification de niveau supérieur en 1999, mais devant le faible degré de participation des banques, elle a suspendu le projet en 2003 : ACP, «L'ACP cesse son initiative de l'ICP», 1999, en ligne : <http://www.cdnpay.ca/news/pki_fr.asp>.

Comme le mentionnent Ritter et Gliniecki : «[e]lectronic commercial practice does not require changing the principles on which business is conducted. It merely changes the medium»⁷⁴. L'élaboration d'un cadre réglementaire devrait se définir en tenant compte de ces balises.

B. La réglementation des banques virtuelles

Comme la réglementation des banques en ligne pose un problème particulièrement aigu en ce qui concerne les banques situées à l'extérieur du Canada, il importe d'examiner le cadre réglementaire qui gouverne tant les banques étrangères que les quasi-banques (1). Ce survol permettra de mieux cerner de quelle manière la réglementation canadienne peut s'étendre aux banques en ligne (2). Enfin, cette analyse suppose une remise en question de l'adéquation du cadre réglementaire canadien à l'égard des banques virtuelles (3).

1. La réglementation canadienne des institutions financières étrangères

Une compréhension de la réglementation des institutions financières étrangères nécessite une revue de l'historique de cette réglementation (a), une étude des caractéristiques intrinsèques des banques étrangères (b) et des quasi-banques étrangères (c).

a. Historique

Traditionnellement, l'environnement bancaire et financier canadien est caractérisé par un cloisonnement très étanche entre les banques, les sociétés de prêt et de fiducie, les sociétés d'assurance et les sociétés de valeurs mobilières⁷⁵. Parmi ces catégories d'institutions financières — surnommées les «quatre piliers» —, les banques se situent sous la juridiction du gouvernement fédéral⁷⁶ tandis que les sociétés non bancaires, ou quasi-bancaires, évoluent sous la gouverne des juridictions fédérale et provinciales⁷⁷.

⁷⁴ Jeffrey B. Ritter et Judith Y. Gliniecki, «International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms» (1993) 6 Harv. J. L. & Tech. 263 à la p. 267.

⁷⁵ Pour un historique des lois bancaires au Canada, voir B. Crawford, Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange : A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8^e éd., Toronto, Canada Law Book, 1986, au n^o 101.

⁷⁶ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 47, art. 91(15). Voir généralement *Canada (A.G.) c. Québec (P.G.)*, [1947] A.C. 33, [1947] 1 D.L.R. 81 (P.C.) [*Canada (A.G.) c. Québec (P.G.)*]; *Alberta (A.G.) c. Canada (A.G.)*, [1939] A.C. 117 (P.C.) [*Alberta (A.G.) c. Canada (A.G.)*].

⁷⁷ Au niveau fédéral : *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C. 1991, c. 47 ; *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45. En Ontario : *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, c. 1.8 ; *Loi sur les sociétés de prêt et de fiducie*, L.R.O. 1990, c. L.25. Au Québec : *Loi sur les assurances*, L.R.Q. c. A-32 ; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q. c. S-29-01.

Avant 1964, les banques étrangères devaient s'incorporer au niveau provincial comme des quasi-banques ou s'enregistrer au fédéral comme des bureaux de représentation⁷⁸. En 1964, la Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier a recommandé de réglementer les banques étrangères faisant affaire au Canada afin d'accroître la compétition dans le secteur des services financiers canadiens⁷⁹. À la suite de la Commission Porter, le législateur a prévu certaines restrictions à la détention des actions votantes d'une banque canadienne par des non-résidents canadiens⁸⁰. Des limites additionnelles ont été établies quelques années plus tard pour la propriété des banques au Canada⁸¹.

La *Loi sur les banques* de 1980 catégorise les banques domestiques et étrangères selon ses annexes A et B⁸². En 1976, un livre blanc a proposé que les banques étrangères puissent détenir des filiales au Canada, sujet cependant à un cadre réglementaire très strict⁸³. Ce livre blanc était également destiné à accroître la

⁷⁸ M.H. Ogilvie, «The Legal Regulation of Foreign Banks Doing Business in Canada» (1990-91) 4 C.U.B.L.R. 39 à la p. 43 ; R.M. MacIntosh, «The 1980 Bank Act Revision: An Overview» (1981) Meredith Memorial Lectures 6 à la p. 14 ; J. Harvey Perry, «Bank Act Revision 1980» (1980) 87:6 Can. Bank. 4 à la p. 9. Les premières constitutions des banques étrangères au Canada proviennent de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècles : Ogilvie, *ibid.* à la p. 40 ; Edward P. Neufeld, *Money and Banking in Canada : Historical Documents and Commentary*, Toronto, McClelland & Stewart, 1964, Partie II.

⁷⁹ Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système bancaire et financier*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 aux pp. 374-75 et 396 (président : D.H. Porter) [Commission Porter]. Il faut se rappeler que la constitution canadienne établit que les activités bancaires sont régies par le gouvernement fédéral en vertu de l'article 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 47. Ce pouvoir est exclusif et toute tentative provinciale pour réglementer les banques sont *ultra vires*. Voir *Canada (A.G.) c. Québec (P.G.)*, *supra* note 76 ; *Alberta (A.G.) c. Canada (A.G.)* *supra* note 76 ; *Tennant*, *supra* note 41 ; C.C. Johnston, «Judicial Comment on the Concept of "Banking Business"» (1962) 2 Osgoode Hall L.J. 347 à la p. 348. Voir aussi A.M. Abdalyan, «The Porter Commission Report Revisited» (1995) 11 B.F.L.R. 57 à la p. 59 ; Peter S. Rose, «Competition and the new banks» (1977) 84:4 Can. Bank. 61.

⁸⁰ *Loi sur les banques*, L.C. 1966-67, c. 87, art. 56.

⁸¹ *Ibid.*, art. 52-54. Les limites empêchaient un résident ou un non-résident de détenir plus de 10% des actions votantes d'une banque à charte. Les actionnaires non résidents ne pouvaient détenir plus de 25% du total des actions votantes d'une banque à charte : Helen Sinclair & Martin Krossel, «Foreign Banks, Competition and the Bank Act» (1979) 86:1 Can. Bank. 9 aux pp. 9-10 ; Ogilvie, *supra* note 78 à la p. 41.

⁸² L.C. 1980-81-82-83, c. 40 [*Loi de 1980*]. Depuis 1991, ces banques sont devenues des banques de l'Annexe I et II, *supra* note 6 ; plus récemment, les banques étrangères autorisées font partie de l'Annexe III : la *Loi modifiant la loi sur les banques, la Loi sur les liquidations et les restructurations et d'autres lois relatives aux institutions financières et apportant des modifications corelatives à certaines lois*, L.C., 28, art. 35 [*Loi de 1999*] ajoute par le biais de son art. 35, la partie XII.1 de la *Loi sur les banques* qui seront les banques de l'Annexe III.

⁸³ Ottawa, Ministère des Finances, *Livre blanc sur la révision de la législation bancaire canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et services Canada, 1976 aux pp. 26-27 (président : D.S. MacDonald) ; Angela Barnes, «Centre Stage for the Bank Act» (1978) 85:4 Can. Bank. 11 ; Note, «Boyle Calls for Foreign Bank Regulation» (1974) 81:4 Can. Bank. 6 à la p. 7. La *Loi de 1980*, *supra* note 82, était destinée à resserrer la réglementation des banques étrangères au

compétition entre les banques domestiques et étrangères au Canada⁸⁴. Au cours des années 1980, le gouvernement fédéral a changé sa politique concernant le rôle des institutions financières étrangères dans l'économie canadienne⁸⁵. En particulier, en 1985, il a proposé un livre vert voué à la concurrence, l'innovation et l'efficacité, et à la promotion de la croissance économique et de la concurrence internationale⁸⁶. Ce livre vert remettait en doute l'efficacité du fonctionnement du système bancaire et financier basé sur le cloisonnement traditionnel entre les quatre piliers⁸⁷. À la suite de cette volte-face, une réforme des institutions financières fut mise de l'avant à la fin des années 1980, et surtout au début des années 1990⁸⁸. Il s'agissait alors des premiers balbutiements concrets du décloisonnement des institutions financières une réforme qui a créé un mouvement de fond vers la diversification.

À l'automne 1996, le système bancaire canadien a progressé dans cette nouvelle direction. Graduellement et définitivement, le cloisonnement des institutions financières disparaîtra. Un livre blanc avait été déposé par le ministère des Finances en juin 1996 afin d'analyser la nécessité de réviser le secteur financier depuis la réforme de 1992⁸⁹. En plus d'envisager une révision du cadre réglementaire et de renforcer la protection des consommateurs, ce livre blanc a proposé la création du Groupe de travail⁹⁰.

En octobre 1996, les rapports du Comité permanent des finances de la Chambre des communes (Comité des finances)⁹¹ et du Comité sénatorial⁹² ont conclu que le

Canada ; toutefois, ces règles ne furent pas accueillies unanimement à cette époque : James McMyn, «The rules for foreign banks» (1976) 83:5 Can. Bank. 8 ; Sinclair et Krossel, *supra* note 81 à la p. 16. Pour une vision externe de la *Loi de 1980*, voir Kenneth J. Friedman, «The 1980 Canadian Banks and Banking Law Revision Act: Competitive Stimulus or Protectionist Barrier?» (1981) 13 Law & Pol'y Int'l Bus. 783.

⁸⁴ Voir Barnes, *ibid.* à la p. 12.

⁸⁵ Ottawa, Ministère des Finances, *La réglementation des institutions financières du Canada : propositions à considérer*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et services Canada, 1985 [Livre vert] et Ottawa, Ministère des Finances, *Le secteur financier : nouvelles directions*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et services Canada, 1985 [Livre bleu].

⁸⁶ Livre vert, *ibid.* à la p. 1 ; J. Carr et S. Turnbull, «Regulations and the Green Paper» (1985) 92:5 Can. Bank. 12 ; James A. Riley, «The Foreign Bank Entry Regime : A Critical Assessment» dans Queen's Annual Business Law Symposium 1996, *The Regulation of Financial Institutions — Issues and Perspectives*, Toronto, Carswell, 1997, 27 aux pp. 46 et s.

⁸⁷ Livre vert, *ibid.* à la p. 7.

⁸⁸ *Loi de 1999*, *supra* note 82.

⁸⁹ Ottawa, Ministère des Finances, *L'examen de 1997 de la législation régissant les institutions financières : Propositions de modifications*, Ottawa, Ministère des Finances, 1996, en ligne : Ministère des Finances <<http://www.fin.gc.ca/fs197/rev97f.pdf>>.

⁹⁰ *Ibid.* à la p. 15. Sous la direction de Me Harold MacKay, ce groupe de travail déposait son rapport en septembre 1998 : Rapport MacKay, *supra* note 65 à la p. 21.

⁹¹ Ottawa, Comité permanent des Finances, *L'examen de 1997 de la législation régissant les institutions financières : Propositions de modifications*, 4^e Rapport, Ottawa, Chambre des Communes, octobre 1996, en ligne : Bibliothèque nationale du Canada <http://collection.nlc.ca/100/201/301/hoc_comm-f/fine/35-2/reports/04_1996-10/fine-04-cov-f.html>.

livre blanc était inadéquat à l'égard de plusieurs questions. Ces comités ont entre autres effleuré la délicate question des banques étrangères désirant s'établir au Canada sans la moindre présence physique. C'était alors le cas de Wells Fargo, qui fait maintenant des affaires au Canada par l'entremise de la sollicitation, exclusivement par courrier et par Internet. Le Comité sénatorial a noté que le livre blanc aurait pour conséquence de classer Wells Fargo comme une «quasi-banque étrangère», ce qui l'empêcherait d'effectuer des opérations bancaires au Canada. Le Comité sénatorial a souligné le problème de la signification très large de «faire affaire» au Canada, en se demandant si celle-ci incluait une sollicitation active⁹³.

La réponse à cette question n'a été donnée ni par le comité sénatorial, ni par le Comité des finances⁹⁴. Par contre, ce dernier a mentionné que l'absence de dispositions relatives à l'établissement de banques étrangères sans présence physique au Canada posait des problèmes pour la distribution de services financiers par l'entremise d'Internet⁹⁵. Cette question ne fut pas abordée en détail dans le livre blanc⁹⁶. Par la suite, le Comité des finances émettait un document de consultation sur la politique d'accès des banques étrangères dans lequel il reconnaissait l'importance du problème et surtout, l'importance de protéger le consommateur⁹⁷. À cette fin, il considérait deux options, soit d'interdire toute forme de sollicitation de la part des banques virtuelles étrangères, soit d'imposer des exigences d'information à celles-ci — notamment l'absence de participation à la Société d'assurance-dépôts du Canada (SADC)⁹⁸.

Le Groupe de travail a identifié les objectifs de l'élaboration d'un environnement réglementaire à l'égard des banques étrangères sans présence physique⁹⁹. Il a ensuite

⁹² Ottawa, Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Réforme de 1997 des institutions financières : éliminer les obstacles à l'entrée des banques étrangères*, Ottawa, Sénat du Canada, 1996, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/english/senate/com-f/bank-f/rep-f/lbf-tc-f.htm>>.

⁹³ *Ibid.* à la p. 20.

⁹⁴ Il a toutefois reconnu la commodité de ce service : Ottawa, Ministère des Finances, *L'avenir commence maintenant : une étude du secteur des services financiers au Canada (rapport final)*, Ottawa, Ministère des Finances, 1998, Chapitre 3, Section 2, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/FINA/Studies/Reports/finarp12/07-ch1-f.htm#0.2.5FPCNZ.AIJ85.NNWB4F.S7>>.

⁹⁵ *Supra* note 91 Section 3(e)(ii).

⁹⁶ *Supra* note 89.

⁹⁷ Ottawa, Ministère des Finances, *Document de consultation sur la politique d'accès des banques étrangères*, Ottawa, Ministère des Finances, 1997, en ligne : Ministère des Finances <<http://www.fin.gc.ca/tocf/1997/foreigntoc-f.html>>.

⁹⁸ *Ibid.* à la Partie IV.

⁹⁹ Voir Document d'information n° 5, *supra* note 66 à la p. 216 :

Un premier objectif consiste à permettre aux Canadiens d'avoir accès au plus large choix possible de produits financiers et de fournisseurs de services financiers. Un autre objectif consiste à permettre aux Canadiens d'être mieux renseignés sur leurs fournisseurs de services financiers, de manière qu'ils puissent faire des choix éclairés. Un troisième objectif est d'éviter d'imposer à ces fournisseurs «virtuels» un régime

abordé ce problème en soulignant qu'il «apparaît que la réglementation présente une lacune de taille»¹⁰⁰, tout en insistant sur l'importance de renforcer la concurrence et de protéger les consommateurs. Essentiellement, le Groupe de travail a choisi de définir les fournisseurs étrangers selon qu'ils travaillent dans le secteur des prêts ou encore celui des recueils de dépôts ou de primes, en notant au passage que les fournisseurs qui recueillent des dépôts présentent un danger de loin supérieur aux autres. Le Groupe de travail croit dans l'ensemble qu'un cadre réglementaire doit demeurer souple afin de ne pas nuire à l'établissement d'institutions étrangères, puisque le consommateur, et non les autorités, doit avoir le choix de son fournisseur de services financiers. Ainsi, le Groupe de travail a souhaité encourager le BSIF à agréer les fournisseurs virtuels de services financiers¹⁰¹, poursuivre la démarche actuelle du BSIF qui consiste à afficher la liste des entreprises opérant illégalement au Canada¹⁰² et prévoir que les contrats signés par les consommateurs canadiens soient réputés conclus au Canada¹⁰³. Enfin, le Groupe de travail a réitéré son intérêt envers l'utilisation de sceaux de qualité — ou labels —, tel que l'a préconisé l'OCDE lors de la conférence ministérielle tenue en 1997, dont l'objet consistait à déterminer les obstacles à la croissance du commerce électronique¹⁰⁴.

réglementaire qui pourrait se révéler impossible à appliquer et qui freinerait l'apparition de nouveaux concurrents, à un moment où une concurrence accrue pourrait se révéler utile et devrait être favorisée, et où les organismes de réglementation, dans les autres pays, adoptent une position attentiste.

¹⁰⁰ Rapport MacKay, *supra* note 65 à la p. 216.

¹⁰¹ Document d'information n° 5, *supra* note 66 à la p. 87. Cette forme d'agrégation doit permettre à un prêteur, par exemple, de «se conformer aux règles de comportement sur le marché applicable aux banques au Canada; informer la clientèle qu'il n'est pas réglementé au Canada; prévoir un mécanisme de règlement des différends au Canada».

¹⁰² Rapport MacKay, *supra* note 65 aux pp. 218-19; Document d'information n° 5, *ibid.* aux pp. 88-89.

¹⁰³ Document d'information n° 5, *ibid.* à la p. 89.

¹⁰⁴ *Ibid.* à la p. 90. Au sujet de la conférence ministérielle, voir : OCDE, *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*, 19-21 novembre 1997, Turku (Finlande), en ligne : <http://www.oecd.org/dataoecd/37/55/2751237.pdf> [Conférence de Turku]. Plus précisément, les conférences ministérielles de l'OCDE remontent à février 1995 à Bruxelles lors d'une réunion du G-7 sur la société d'information, suivie par la réunion de Bonn en juillet 1997 au sujet des réseaux d'information. La Conférence de Turku avait pour objet l'atteinte de trois objectifs, à savoir : 1) la détermination de principes généraux, ce qui a notamment mené les participants à déclarer que les forces du marché devraient réguler le commerce électronique ; 2) les discussions concernant la désignation de domaines où une intervention gouvernementale — minimale — est requise, tel le domaine de la fiscalité ; 3) l'identification des organisations pouvant implanter et développer ces solutions, telle la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) — signatures électroniques —, l'Organisation mondiale du commerce — accords de télécommunication — et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle — droits de la propriété intellectuelle —, par exemple. Cette conférence a été caractérisée par le niveau général des débats, excluant les prises de position sur des points précis. Il a alors été convenu d'aborder de telles discussions l'année suivante, lors de la conférence ministérielle d'Ottawa, voir *infra* note 110.

En 1998, le Comité sénatorial répondait au Groupe de travail. Le Comité a d'abord noté que le marché des services financiers nord-américain tend vers une intégration de plus en plus poussée et qu'il devient nécessaire de «mieux harmoniser les politiques canadiennes et américaines»¹⁰⁵. Une telle politique encouragerait l'innovation et éviterait des situations similaires à l'expérience de la banque Wells Fargo¹⁰⁶. Il a ajouté qu'il n'existe aucun organisme de réglementation pouvant exiger que les institutions financières étrangères se soumettent à la réglementation canadienne¹⁰⁷. En conséquence, le Comité sénatorial a recommandé qu'«à court terme, le gouvernement élabore une proposition concrète à soumettre aux autorités américaines au sujet des prestataires de services financiers étrangers», cette politique devant «permettre au Canada et aux États-Unis de forcer les institutions qui offrent des services financiers dans les deux pays à respecter les règles et les règlements des deux pays, même si elles n'ont pas de présence physique dans le pays où elles sont actives»¹⁰⁸.

En juin 1999, le projet de loi C-67 recevait la sanction royale. La loi permettait ainsi la création de succursales, ainsi qu'une nouvelle catégorie de «banque étrangère autorisée»¹⁰⁹. Au même moment, le gouvernement fédéral a présenté la dernière portion de sa réforme des institutions financières¹¹⁰. Dans ce rapport, le gouvernement fédéral considère que les nouvelles technologies de l'information, la mondialisation et les propriétaires de petites et moyennes entreprises (PME) sont des éléments cruciaux dans le secteur des services financiers canadiens¹¹¹. Ainsi, le rapport de 1999 propose quatre principes : 1° promouvoir l'efficacité et la croissance ; 2° favoriser la concurrence à l'échelle nationale ; 3° accroître le pouvoir et la protection des consommateurs de services financiers ; 4° améliorer le cadre réglementaire¹¹².

Enfin, le projet de loi C-8 vient chapeauter la réforme entreprise en 1992¹¹³. En s'appuyant sur le Rapport MacKay, ce projet de loi crée une agence de protection des consommateurs en matière financière¹¹⁴, assouplit des règles relatives au régime de

¹⁰⁵ Comité sénatorial, *supra* note 68 à la p. 41, n° 169.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.* à la p. 41, n° 170.

¹⁰⁸ *Ibid.* à la p. 41, n° 171.

¹⁰⁹ *Loi de 1999, supra* note 82.

¹¹⁰ Ottawa, Ministère des Finances, *La réforme du secteur des services financiers canadien : un cadre pour l'avenir*, Ottawa, Ministère des Finances, 1999, en ligne : Ministère des Finances <http://www.fin.gc.ca/finserv/docs/finservrept_f.pdf> [Rapport de 1999].

¹¹¹ *Ibid.* aux pp. 7-8.

¹¹² *Ibid.* à la p. 10.

¹¹³ Projet de loi C-8, *supra* note 67. Ce projet a été sanctionné le 14 juin 2001. Pour les fins de notre étude, nous conserverons le nom de «Projet de loi C-8». Il convient de noter que le projet C-8 remplace le projet de loi C-38, mort au feuillet en novembre 2000, lors du déclenchement des élections.

¹¹⁴ Pour plus de renseignements sur cette agence, voir son site : «Agence de la consommation en matière financière au Canada», en ligne : Agence de la consommation en matière financière du Canada <<http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/default.asp>>.

propriété en permettant aux banques de se structurer sous la forme d'une société de portefeuille et modifie les règles gouvernant les banques étrangères de l'Annexe II. Toutefois, le gouvernement semble avoir adopté une approche attentiste à l'égard des banques n'ayant aucune présence physique au Canada¹¹⁵.

b. *Les caractéristiques inhérentes aux banques étrangères*

Les banques canadiennes et étrangères sont astreintes à une panoplie de conditions imposées par le législateur fédéral depuis plus de trente ans, dont les formalités de constitution, les règles de propriété, les activités permises, la capitalisation, la supervision et l'assurance-dépôts. Non seulement ces règles diffèrent entre les banques domestiques et étrangères, mais elles demeurent incertaines quant à leur application aux banques en ligne.

Les pouvoirs dévolus aux banques domestiques canadiennes sont balisés par la Partie VIII de la *Loi sur les banques*. En général, celles-ci peuvent poursuivre des opérations bancaires, c'est-à-dire recevoir des dépôts et effectuer des prêts, fournir des prestations de services de conseil en placement et de gestion de portefeuille et émettre des cartes de paiement. Les banques de l'Annexe I de la Loi peuvent également poursuivre des activités supplémentaires, dont la fourniture de services informatiques ou agir en réseau¹¹⁶. En dépit de la déréglementation des services financiers, certaines activités demeurent interdites aux banques canadiennes, notamment le commerce de l'assurance et du crédit-bail, des valeurs mobilières ou, plus généralement, l'exercice d'activités commerciales¹¹⁷.

Malgré les changements à la *Loi sur les banques* depuis quelques années, les banques étrangères demeurent lourdement handicapées dans la poursuite d'activités bancaires en sol canadien¹¹⁸. Elles ne jouissent pas des privilèges accordés aux banques de l'Annexe I. L'article 2 définit largement une banque étrangère comme une «entité constituée en personne morale ou formée sous le régime de la législation d'un pays étranger qui, selon le cas, a) est une banque d'après la législation du pays étranger où elle exerce son activité ; [...] c) se livre, directement ou non, à la prestation de services financiers [...] ; d) effectue des opérations de prêt d'argent et accepte des dépôts [...] ; f) contrôle une autre banque étrangère [...]». Cette définition, qui couvre d'une manière très large une banque étrangère, implique naturellement que

¹¹⁵ *Infra*, note 179.

¹¹⁶ Les quasi-banques poursuivent sensiblement les mêmes activités que les banques.

¹¹⁷ Ces activités sont en général permises aux quasi-banques : par exemple, il est permis aux caisses populaires d'effectuer de la vente d'assurance. Comme le mentionne la professeure Ogilvie, «[t]he exclusion of banks from leasing and insurance, that is, the preservation of the four pillars approach to the regulation of the financial services sector, is hotly contested, and remains the most significant unresolved policy issue in relation to banking in Canada today» : M.H. Ogilvie, «The Foreign Bank Entry Regime and the Search for a 21st Century Banking Policy for Canada» [1998] J. Bus. L. 397 à la p. 402.

¹¹⁸ *Loi de 1980, supra* note 82, art. 302.

«beaucoup de fournisseurs étrangers de services financiers relèvent du champ d'application de ces définitions, même si l'on ne pense généralement pas à les considérer comme des banques»¹¹⁹. Comme le mentionnait un auteur : «[i]n practice, we have generally found that most foreign financial institutions will have within their corporate group an entity that either looks like a bank or acts like a bank somewhere in the world and which is caught by the definition of "foreign bank"»¹²⁰.

À ce jour, les banques étrangères ne peuvent pas poursuivre d'activités commerciales, maintenir des succursales, établir, maintenir ou acquérir pour l'utilisation au Canada des guichets automatiques bancaires ou des terminaux d'un système décentralisé¹²¹. Cependant, en plus de profiter des quelques exceptions prévues par la *Loi sur les banques*¹²², les banques soumises à ses Annexes II et III peuvent contourner partiellement ces interdictions de la manière suivante.

D'abord, les banques étrangères peuvent s'établir au Canada par l'entremise d'un bureau de représentation¹²³, d'une filiale¹²⁴, d'une succursale ou à la fois d'une filiale et d'une succursale¹²⁵. Les bureaux de représentation doivent se cantonner dans la promotion des services de la banque étrangère et dans l'exercice de la fonction d'agent de liaison entre les clients de la banque étrangère et d'autres bureaux de celle-ci. Il est interdit à tout employé du bureau de représentation d'une banque étrangère d'entreprendre ou de mener, dans l'exercice de ses fonctions, d'autres types d'activités commerciales¹²⁶. Lorsqu'une banque étrangère désire poursuivre d'autres

¹¹⁹ Document d'information n° 5, *supra* note 66 à la p. 80. Plus précisément, les nouveaux amendements à la *Loi sur les banques* ont divisé les banques étrangères en trois catégories : 1. les banques étrangères réglementées qui possèdent un établissement financier au Canada ; 2. les banques étrangères réglementées qui ne possèdent pas un établissement financier au Canada ; 3. les banques étrangères au sens de la Loi mais non réglementées.

¹²⁰ J.W.T. Blake, «Treatment of Foreign Financial Institutions by the Federal Government» (1988) 7 Nat'l Bank. L. Rev. 254 aux pp. 254-55.

¹²¹ *Loi sur les banques*, *supra* note 6, art. 510(1).

¹²² *Ibid.* Notamment, une banque étrangère a la possibilité de conclure des ententes avec des clients qui sont des personnes physiques ne résidant pas habituellement au Canada, afin pour eux d'avoir accès à leurs comptes à l'étranger par l'entremise de guichets automatiques (art. 511), d'établir, maintenir ou utiliser un service téléphonique pour conclure des ententes au sujet des taux de change, des dépôts ou des prêts (art. 512) ou, dans le cas d'une banque étrangère régie par un agrément octroyé en vertu de l'alinéa 522.22(1)(f) afin de faire le commerce de valeurs mobilières ou de sociétés coopératives de crédit, opérer un guichet automatique tel que prévu à l'article 510(1)(c).

¹²³ *Ibid.*, art. 522.

¹²⁴ *Ibid.*, art. 55. La possibilité pour les banques étrangères d'opérer des succursales a fait diminuer substantiellement le nombre de filiales au Canada, de près de la moitié : voir Sheldon Gordon, «Les banques étrangères» *Le Banquier* (2000) 27:4, en ligne : http://www.cba.ca/f/magazine/getArticle.asp?at_id=206.

¹²⁵ *Loi sur les banques*, *ibid.*, art. 521, 522.05, 522.19(1). Au sujet des succursales des banques étrangères autorisées qui sont permises par l'article 522.16, voir *infra*, texte accompagnant les notes 132-139. BSIF, *Guide d'établissement des succursales de banques étrangères*, Ottawa, mars 2002, en ligne : http://www.osfi-bsif.gc.ca/fra/documents/orientation/docs/fbbguide_f.pdf.

¹²⁶ *Règlement sur les bureaux de représentations de banques étrangères*, D.O.R.S./92-299, art. 6.

activités bancaires, une incorporation sous la forme d'une filiale ou d'une succursale le lui permettra¹²⁷. Dans le premier cas, une filiale pourra être autorisée à recevoir des dépôts, lesquels pourront être assurés par la SADC¹²⁸, et elle aura la possibilité également d'émettre des cartes de crédit¹²⁹. Dans le second cas, une succursale pourra poursuivre divers types d'activités bancaires, selon qu'elle est une succursale à services complets ou une succursale de prêt¹³⁰.

Ensuite, si une banque étrangère ne remplit pas les critères qui lui permettent d'opérer des activités bancaires, l'article 522.22 de la *Loi sur les banques* dispose qu'elle pourra obtenir un arrêté ministériel lui permettant d'exercer certaines activités, dont l'acquisition ou la détention du contrôle d'une entité exerçant la collecte, la manipulation et la transmission d'information, principalement de nature financière ou économique, ou le développement de systèmes de transmission de données ou de plateformes informatiques utilisées pour la fourniture d'information de nature financière ou économique. Il importe de noter qu'une banque étrangère ayant obtenu un arrêté ministériel ou un consentement d'opérer au Canada en vertu de l'ancien article 521 peut continuer ses activités tant que les conditions ne sont pas modifiées¹³¹. Dans tous ces cas, les banques sont soumises à l'exigence d'une présence physique au Canada.

En février 1999, le gouvernement fédéral a proposé d'assouplir la *Loi sur les banques*¹³². Le projet de loi C-67 vise l'ajout d'un nouveau type de banque, les «banques étrangères autorisées», en leur permettant de se constituer un réseau de

¹²⁷ Il est plus avantageux d'opérer une succursale qu'une filiale, car celle-ci doit être capitalisée séparément de la banque étrangère et doit supporter les frais de structuration corporative ; toutefois, la filiale peut accepter des dépôts ou emprunter sur les marchés interbancaires. En date de juillet 2002, il existait 14 banques canadiennes, 33 filiales de banques étrangères et 20 succursales de banques étrangères qui étaient actives au Canada. Voir Ottawa, Ministère des Finances (Canada), *Les banques du Canada*, août 2002, en ligne : <http://www.fin.gc.ca/tocf/2002/bank_f.html>.

¹²⁸ Pour plus de renseignements sur la SADC, voir en ligne : société d'assurance-dépôts du Canada <<http://www.sadc.ca>>.

¹²⁹ Dans les faits, il existe peu de filiales de banques étrangères qui acceptent les dépôts : on compte la Banque HSBC Canada (HSBC Holdings plc, Londres), la Banque Commerciale Italienne du Canada (Banca Intesa, Milan), la Banque ING du Canada (ING Groep N.V., Amsterdam) ; certaines banques étrangères ont récemment commencé l'émission de cartes de crédit, dont la Banque Amex du Canada et la Citibank Canada. Voir Gordon, *supra* note 124. Voir également : Rapport de 1999, *supra* note 110 à la p. 47.

¹³⁰ *Infra*, texte accompagnant la note 136.

¹³¹ *Supra* note 6, art. 522.31-522.32.

¹³² *Loi de 1999, supra* note 82. Les banques étrangères autorisées peuvent être créées par l'entremise d'une demande au ministre des Finances, lequel possède un pouvoir discrétionnaire d'émettre une ordonnance pour l'établissement d'une succursale au Canada (art. 524(1)) ou par l'entremise du Surintendant aux institutions financières, lequel peut émettre une «ordonnance d'agrément lui permettant de commencer à exercer ses activités au Canada» (art. 534(1)). La banque étrangère autorisée doit avoir en tout temps un bureau principal au Canada (art. 535). Les banques étrangères autorisées sont sous la gouverne de la Partie XII.1 de la *Loi sur les banques*, et sont des banques de l'Annexe III.

succursales bancaires. Ces banques de l'Annexe III jouissent d'une grande latitude dans la poursuite de leurs activités au Canada, et peuvent opérer des succursales à services complets ou des succursales de prêt. Une banque mère qui désire intervenir de cette manière y trouvera plusieurs avantages :

elles ne sont plus tenues d'avoir une entité légale distincte au Canada, elles peuvent octroyer du crédit à même les capitaux de la banque mère — et ainsi consentir des prêts plus importants qu'elles ne pourraient le faire comme filiale — elles sont assujetties à une réglementation fédérale moins rigoureuse et elles n'ont pas à payer d'assurance-dépôts¹³³.

De plus, certains avantages fiscaux ne sont pas à négliger¹³⁴. Enfin, il importe de souligner que les nouvelles banques étrangères autorisées jouissent d'un avantage notable sur les banques de l'Annexe II, puisque la *Loi sur les banques* leur permet maintenant d'exercer des activités similaires à celles des banques de l'Annexe I¹³⁵.

Les banques étrangères autorisées doivent respecter certaines exigences. D'abord, les succursales à service complet ne peuvent accepter que les dépôts de plus de 150 000 \$, à moins d'avoir obtenu l'approbation du ministre des Finances, alors que les succursales de prêt ne peuvent accepter aucun dépôt¹³⁶. Cependant, le paragraphe 524(2) dispose que «[I]'arrêté *peut être assorti* des restrictions et des exigences visées aux paragraphes 540(1) et (2) respectivement» [nos italiques]. Ensuite, l'article 546 dispose qu'une banque étrangère autorisée ne peut pas agir comme agent pour quiconque reçoit un dépôt d'une valeur moindre que 150 000 \$, à moins d'être sujet au paragraphe 524(2). Également, une banque étrangère autorisée ne peut pas poursuivre des activités d'assurance et de crédit-bail au Canada¹³⁷, ni effectuer des prêts garantis résidentiels au Canada¹³⁸. Enfin, une banque étrangère autorisée d'un

¹³³ Gordon, *supra* note 124.

¹³⁴ Voir généralement : O.M. Moysey et S.V. Maj, «New Canadian Branch Banking Rules for Foreign Banks: Opportunities and Issues» (2000) 48 Can. Tax J. 1869.

¹³⁵ L'étendue des activités bancaires effectuées par les banques étrangères autorisées se retrouve à l'art. 538 de la *Loi sur les banques*, *supra* note 6. Cette disposition est similaire à l'art. 409(2). Des pouvoirs additionnels sont prévus à l'art. 539, lesquels sont les mêmes que l'art. 410. Comme pour les banques domestiques canadiennes, les banques étrangères autorisées peuvent s'engager dans des activités de fourniture de services (art. 543) et participer au système de compensation et de règlement (art. 542). Également, celles qui n'ont pas été créées par l'approbation du ministre peuvent garantir des titres ou accepter ou négocier des lettres de change (art. 541.1).

¹³⁶ *Ibid.*, art. 534(2), 540(1) et (2). Voir notamment : F. Daniel, «L'évolution récente de la législation financière du Canada» (hiver 2002-2003) *Revue de la Banque du Canada* 3 à la p. 7. L'article 545(1) permet de recevoir des dépôts de détails qui n'excèdent pas 1% des dépôts totaux sur une période de 30 jours ; à ce sujet, voir BSIF, «Décision ayant valeur de précédent : Banques étrangères — billets de petites valeurs», n° 2003-05, 2003, en ligne : Bureau du surintendant des institutions financières <http://www.osfi-bsif.gc.ca/fra/documents/preavis/docs/Ruling_FBB_Small_Denomination_f.pdf>.

¹³⁷ *Ibid.*, art. 549-50.

¹³⁸ *Ibid.*

pays non membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne peut avoir une succursale au Canada à moins d'obtenir l'approbation du ministre¹³⁹.

Le dernier volet de la modification à *Loi sur les banques* se trouve dans le projet de loi C-8, lequel a, entre autres, instauré un régime de sociétés de portefeuille — Partie XV de la Loi —, tel que suggéré par le Rapport de 1999¹⁴⁰ et déjà en vogue dans certains pays, dont les États-Unis et le Royaume-Uni. Dans un tel régime, la compagnie mère opère des activités par l'entremise de filiales sous forme d'institutions financières fédérales. Elle est assujettie à la même prohibition quant aux activités commerciales que celle appliquée aux banques¹⁴¹. L'article 673 permet l'émission de lettres patentes à une filiale d'une banque étrangère,

si le ministre est convaincu que, dans les cas où la demande est faite par une banque étrangère d'un non-membre de l'OMC, les sociétés de portefeuille bancaires régies par la présente loi bénéficieront ou bénéficieront d'un traitement aussi favorable sur le territoire où la banque étrangère exerce principalement son activité, directement ou par l'intermédiaire d'une filiale.

La Loi est silencieuse quant à la possibilité pour une succursale d'une banque étrangère de se constituer en société de portefeuille bancaire, mais nous sommes d'avis qu'une telle possibilité existe, car aucune disposition de la Loi ne l'empêche directement.

Il existe deux types de filiales : les filiales bancaires et les filiales non bancaires. Dans le premier cas, les banques sont contrôlées *de jure* par la compagnie mère — 50% des actions votantes. Plus précisément, «[l]e gouvernement appliquera le plafond de 20% pour les actions comportant un droit de vote et celui de 30% pour les actions sans droit de vote par rapport au total des actions cumulatives directes et indirectes détenues par la banque»¹⁴². Dans le second cas, un contrôle *de facto* est la règle. En ce qui concerne les «filiales qui se lancent dans des activités de conseil ou d'agence»,

¹³⁹ *Ibid.*, art. 554(2).

¹⁴⁰ Rapport de 1999, *supra* note 110 aux pp. 18-23.

¹⁴¹ *Ibid.* à la p. 20 :

[p]armi les activités d'une société de portefeuille n'exploitant pas activement d'entreprise, mentionnons la mobilisation de capitaux, sous réserve des règles de capital prévues par règlement, l'investissement et la gestion de sa trésorerie et de ses liquidités ainsi que l'investissement dans les immobilisations liées à son exploitation. La société de portefeuille peut également offrir des services communs aux autres entités du groupe. Toutefois, elle ne sera pas autorisée à exécuter des fonctions bancaires centrales ou à fournir des services financiers centraux, comme les évaluations de crédit [nos italiques].

¹⁴² *Ibid.* à la p. 21.

aucun contrôle n'est requis¹⁴³. Les groupes issus des sociétés de portefeuille seront «assujetti[s] à des exigences consolidées en matière de suffisance des capitaux»¹⁴⁴.

Depuis la réforme législative, une société de portefeuille et une filiale ont maintenant accès à un éventail plus large d'investissements. Plus particulièrement, il y a cinq sortes d'investissements, appelés «placements autorisés» : 1° les institutions financières réglementées (par exemple une banque ou une fiducie) ; 2° les entreprises dont la fourniture de services financiers constitue l'activité principale (par exemple les cartes de crédit, les prêts aux petites entreprises, les prêts à la consommation) ; 3° les entités qui agissent à titre d'agent financier, de conseiller ou d'administrateur (par exemple les conseils en placements, l'administration de la paie) ; 4° les entités qui exercent des activités connexes, complémentaires ou accessoires (par exemple les activités du réseau Interac pour les entreprises, le transport par camions blindés) ; 5° certaines autres activités non liées principalement aux services financiers, mais mentionnées nommément (par exemple certains services d'information, les sociétés de courtage immobilier).

c. Les caractéristiques inhérentes aux quasi-banques étrangères

En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral possède une juridiction exclusive sur les banques et l'incorporation des banques, mais non sur les autres types d'institutions financières — les quasi-banques¹⁴⁵. Celles-ci peuvent donc être incorporées au fédéral ou au provincial.

Les sociétés de fiducie et de prêt fédérales sont régies par la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*¹⁴⁶ et sont constituées en vertu de lettres patentes canadiennes. La définition d'une «[i]nstitution étrangère» vise toute entité, excluant les entités fédérales et provinciales canadiennes, qui se livre à des activités bancaires, fiduciaires et de prêt ou d'assurance¹⁴⁷. Comme pour les sociétés de fiducie et de prêt canadiennes, la loi fédérale prévoit qu'une filiale d'une institution étrangère doit obtenir l'accord du ministre pour l'obtention de lettres patentes¹⁴⁸. La définition

¹⁴³ *Ibid.* à la p. 22.

¹⁴⁴ *Ibid.* Voir aussi à la p. 23 en ce qui concerne les filiales non réglementées de la société de portefeuille. L'emphase est mise sur la transparence et la discipline du marché, bien que le BSIF peut «prendre des ordonnances de conformité, à exiger la tenue de vérifications spéciales et à contraindre la société de portefeuille à accroître ses capitaux lorsque les circonstances l'exigent.

¹⁴⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 47, art. 91(15).

¹⁴⁶ *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45.

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 2.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 23. Cet article précise qu'aucune délivrance de lettres patentes n'aura lieu si la société est la filiale d'une institution étrangère qui exploite une entreprise de fiducie ou de prêt, à moins que le ministre ne soit «convaincu que, dans les cas où la demande est faite par une institution étrangère d'un non-membre de l'OMC, les sociétés régies par la présente loi bénéficient ou bénéficieront d'un traitement aussi favorable sur le territoire où l'institution étrangère exerce principalement son activité, directement ou par l'intermédiaire d'une filiale».

fédérale d'une institution étrangère est similaire à celle utilisée en droit québécois. D'abord, la législation québécoise, la *Loi sur les sociétés de prêts et de placements*¹⁴⁹, s'applique de façon restreinte à certaines personnes morales de Grande-Bretagne, d'Irlande, du fédéral, des autres provinces canadiennes et aux personnes morales du Québec¹⁵⁰. Un permis d'exercice délivré par le ministre des Finances est exigé pour l'exploitation de ces entités. Les personnes morales étrangères d'autres nationalités que celles mentionnées ne peuvent obtenir le permis. Ensuite, le texte d'une autre loi québécoise, la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, ne fait aucunement mention de sociétés étrangères mais se limite à traiter des sociétés québécoises, fédérales et d'autres provinces canadiennes¹⁵¹. Enfin, en droit québécois, les sociétés de prêt et de fiducie, de même que les caisses populaires et les *credit unions*, ont des fonctions similaires à celles des banques¹⁵². Bien qu'elles puissent être de juridiction fédérale¹⁵³, les coopératives sont habituellement de juridiction provinciale, vu leur rôle social particulier qui les confine naturellement dans un marché local¹⁵⁴. Aucune limite n'est prévue dans la loi en ce qui concerne la détention des parts sociales par des étrangers, mais les statuts de chaque caisse peuvent mentionner des restrictions au choix¹⁵⁵.

Les règles qui régissent la propriété désavantagent les sociétés de fiducie et de prêt par rapport aux coopératives. Nul ne peut acquérir un intérêt substantiel dans une

¹⁴⁹ *Loi sur les sociétés de prêts et de placements*, L.R.Q. c. S-30.

¹⁵⁰ *Ibid.*, art. 1.

¹⁵¹ *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q. c. S-29.01, art. 6.

¹⁵² Dans l'arrêt *Canadian Pioneer*, *supra* note 46, il a été admis que 99% des activités de la compagnie Pioneer Trust étaient identiques à celles d'une banque à charte. La *Loi sur les banques*, *supra* note 6, peut être comparée aux lois suivantes : *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, *supra* note 77, art. 409-11 ; *Loi sur les sociétés de prêt et de fiducie*, *supra* note 77, art. 155 ; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, *supra* note 77, art. 170-72, 177, 179, 186-87. Les caisses populaires et les *credit unions* possèdent des pouvoirs similaires : *Loi sur les associations coopératives de crédit*, L.C. 1991, c. 48, art. 375-77 ; *Loi de 1994 sur les caisses populaires et les credit unions*, L.O. 1994, c. 11, art. 173 ; *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q. c. C-4.1, art. 213-14 ; *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q. c. C-67.3, art. 68.

¹⁵³ Voir *Loi sur les associations coopératives de crédit*, *ibid.*

¹⁵⁴ Le Mouvement des Caisses populaires Desjardins tombe sous la juridiction québécoise par un hasard de l'histoire : voir Pierre Poulin, *Histoire du mouvement Desjardins*, t. 1, Montréal, Québec/Amérique, 1990 aux pp. 117-23, 133-42 et Guy Bélanger, *La Caisse populaire de Lévis*, Sainte-Foy (Qc), MultiMondes, 2000 aux pp. 64-66, voir également en ligne : Caisse populaire Desjardins de Lévis <<http://www.caissepoplevis.com/historique.php>>. Le Mouvement Desjardins est maintenant régi par la *Loi sur les coopératives de services financiers*, *supra* note 152. Par ailleurs, il existe seulement quelques caisses populaires et *credit unions* incorporées au fédéral : Credit Union Central of Alberta Limited, Credit Union Central of British Columbia, Credit Union Central of Canada, Credit Union Central of Manitoba, Credit Union Central of Nova Scotia, Credit Union Central of Ontario et Credit Union Central of Saskatchewan.

¹⁵⁵ Voir *Loi sur les coopératives de services financiers*, *ibid.*, art. 10, al. 2. En pratique, aucune coopérative au Canada n'est détenue par des étrangers. La loi ne prévoit aucune restriction de nationalité pour être membre et surtout pour faire partie du conseil d'administration.

société de fiducie et de prêt¹⁵⁶, tandis que toutes les coopératives sont traitées sur le même pied. Cependant, la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*¹⁵⁷ et la *Loi sur les coopératives de services financiers*¹⁵⁸ accordent néanmoins des pouvoirs similaires aux entités domestiques et étrangères, contrairement à la *Loi sur les banques*¹⁵⁹. Ironiquement, il existe peu de quasi-banques étrangères dans la province de Québec¹⁶⁰.

Une divergence profonde entre la législation qui gouverne les banques et les quasi-banques apparaît donc au regard de la réglementation des institutions financières étrangères. Une telle différence, en plus de causer un déséquilibre de traitement entre les institutions financières canadiennes, constitue un obstacle majeur à la réglementation des banques en ligne.

2. La réglementation canadienne des banques en ligne

Le nouvel environnement juridique dans lequel évoluent les banques a donné lieu à certaines initiatives de la part des autorités régulatrices. Outre les restrictions traditionnellement imposées aux opérations bancaires conduites par les banques étrangères, qui tendent à s'estomper graduellement depuis la création des nouvelles banques étrangères autorisées (ce qui pourrait favoriser une uniformisation de la réglementation bancaire), les banques canadiennes jouissent maintenant d'un élargissement de leurs pouvoirs en regard de leurs activités informatiques, comme l'élaboration de plates-formes informatiques ou de portails d'information¹⁶¹, à la suite des modifications à la *Loi sur les banques* apportées par le récent projet de loi C-8¹⁶².

¹⁵⁶ Voir *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, *supra* note 146, art. 375. L'art. 8(1) définit un intérêt substantiel comme étant la détention de 10% des actions, et la règle du 25% présente dans la *Loi sur les banques*, *supra* note 6, n'existe pas. Il convient de souligner que la moitié des administrateurs d'une filiale d'une institution étrangère de même que les deux tiers des administrateurs des autres sociétés doivent être des résidents canadiens (voir *ibid.*, art. 163(2)). Au Québec, pour ce qui est des sociétés existantes, la cession ne peut se faire qu'entre sociétés québécoises et le conseil d'administration doit être composé de 75% de résidents canadiens et de 50% de résidents québécois (voir *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, *supra* note 151, art. 86). Par ailleurs, le nombre d'actions pouvant être détenu par des non-résidents est limité à 25% (art. 72(2)). Le contrôle dont il est question ici est un contrôle de fait et non de droit, notamment par la présence des mots «directement ou indirectement», ce qui ajoute à la restriction. Une détention d'action plus élevée est possible si l'émission d'actions se fait dans le cadre de la constitution (art. 74(3)).

¹⁵⁷ *Supra* note 151.

¹⁵⁸ *Supra* note 154, art. 5-6.

¹⁵⁹ *Supra* note 6, art. 15 et s.

¹⁶⁰ Présentement, l'Inspecteur général des institutions financières n'en répertorie aucune sous sa juridiction : IGIF, Ventilation du nombre d'institutions de dépôts autorisées à exercer au Québec, en ligne : IGIF <http://www.igif.lautorite.qc.ca/inst_financieres/inst_depots/application_asp/ventilation.litm>.

¹⁶¹ Voir *Loi sur les banques*, *supra* note 6, art. 410(1)(c.1).

¹⁶² *Supra* note 67.

Les lacunes de la réglementation canadienne au sujet des banques en ligne s'expliquent par l'approche attentiste du législateur.

Plus avant-gardiste, l'ABC a publié en août 1999 des lignes directrices qui visent la protection des consommateurs dans le commerce électronique¹⁶³. Ces lignes directrices, qui sont le fruit d'une collaboration entre des organismes bancaires et de protection des consommateurs, notamment, «visent à guider les entreprises, les consommateurs et les gouvernements du Canada dans l'élaboration d'un cadre de protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique sur réseaux ouverts»¹⁶⁴. Est donc exclue toute forme de réglementation des banques en ligne.

3. L'inadéquation du cadre réglementaire canadien

Les entreprises qui offrent des services bancaires en ligne peuvent aisément contourner la réglementation canadienne, fondée sur l'exigence d'une présence physique au Canada, et outrepasser les obligations qui découlent de la *Loi sur les banques*, notamment au regard des activités permises¹⁶⁵. Lorsque ces entités proviennent de l'extérieur du Canada, la question prend d'autant plus d'importance que la *Loi sur les banques* est beaucoup plus stricte à l'égard des banques étrangères qu'envers les banques à charte canadiennes. Au fil des dernières années, les modifications à la *Loi sur les banques* ont été importantes, mais le gouvernement canadien s'est essentiellement cantonné à une approche attentiste en ce qui concerne la réglementation des banques virtuelles¹⁶⁶. Si cette approche pouvait se justifier quelque temps après l'arrivée des premières banques en ligne au Canada, il devient maintenant nécessaire de rechercher une véritable solution à cette énigme.

¹⁶³ Canada, Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*, Ottawa, a.m.e., 1999, en ligne : Association des banquiers canadiens <<http://www.cba.ca/fr/content/consumer/principesf.pdf>>.

¹⁶⁴ *Ibid.* à la p. 1.

¹⁶⁵ Tel que mentionné auparavant, pour les fins de cet article nous omettons de discuter des questions relatives aux formalités de constitution, aux règles de propriété, à la capitalisation, à la supervision et à l'assurance-dépôts.

¹⁶⁶ Voir Document d'information n° 5, *supra* note 67 aux pp. 77-90.

II. Les perspectives de réforme

Plusieurs auteurs soulignent la nécessité de réglementer le réseau Internet¹⁶⁷. L'intensité de cette régulation diverge selon l'objet visé. La réglementation des banques en ligne est toutefois loin de faire consensus. Certains opinent qu'il est préférable d'éviter de réglementer les banques virtuelles, devant l'incertitude du développement de ces dernières. Selon eux, il conviendrait plutôt de favoriser une approche attentiste reposant, par exemple, sur l'autorégulation ou la collaboration. D'autres songent plutôt à harmoniser la réglementation existante entre les nations (A). Nous proposons une perspective fondée sur la déréglementation, ainsi que sur la théorie de la corégulation (B).

A. Les tentatives de solutions

Malgré la réticence des gouvernements à imposer un cadre législatif à l'égard des opérations bancaires par Internet, il importe de souligner que plusieurs propositions ont été mises de l'avant afin de les encadrer, ne serait-ce que minimalement. Dans cette partie, nous examinerons les diverses propositions pour l'encadrement des banques virtuelles : l'autorégulation (1), la collaboration (2) et l'harmonisation des normes (3).

1. L'autorégulation

À l'instar de certaines sociétés humaines¹⁶⁸, Internet représente une société en soi, avec son propre code d'éthique (la «nétiquette») plus ou moins informel. À ses débuts, Internet était très homogène, car les usagers de ce réseau étaient habituellement des universitaires¹⁶⁹. Avec la croissance exponentielle du commerce électronique dans la communauté virtuelle à partir de 1994, des analogies ont été

¹⁶⁷ Voir Jean Hellwege, «Internet Regulation: Lawmakers Try to Tame Cyberspace» (1996) 32:1 Trial 11 ; Pierre Trudel, «The Protection of Rights and Values in Open-Network Management» dans Ejan Mackaay, Daniel Poulin et Pierre Trudel, dir., *The Electronic Superhighway: The Shape of Technology and Law to Come*, La Haye, Kluwer Law International, 1995, 159 aux pp. 162-63 ; Dov Wisebrod, «Controlling the Uncontrollable: Regulating the Internet» (1993-1995) 4 Media & Communications L. Rev. 331 à la p. 353 ; Jeffrey B. Ritter & Judith Y. Gliniecki, *supra* note 74 à la p. 266.

¹⁶⁸ Voir notamment Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1991.

¹⁶⁹ Pour un historique d'Internet, voir notamment Peter H. Salus, «The Net: A Brief History of Origins» (1998) 38 Jurimetrics J. 671 ; B.M. Leiner *et al.*, «A Brief History of the Internet — Part 1» (mai/juin 1997) On The Internet 16 ; B.M. Leiner *et al.*, «A Brief History of the Internet — Part 2» (juillet/août 1997) On The Internet 28, en ligne : Internet Society <<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>> ; D. Lynch, «The Internet in Dog Years» (juillet/août 1996) On The Internet 6 ; R.H. Zakon, «Where Were You When ... ?» (mars/avril 1996) On The Internet 22 ; Daniel P. Dem, «Myth or Menace ?» *Internet World* (juillet 1994) 96 ; «Internet : trente ans déjà» *Le Monde* (9 octobre 1999) 1.

tracées entre le développement des règles d'Internet et celles de la *lex mercatoria*¹⁷⁰. Dans certains cas, les coutumes commerciales développées au fil des ans par la communauté cyberspaciale ont mené à l'aboutissement de conventions internationales. Par exemple, la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*¹⁷¹ représente une codification de règles originellement informelles. Plusieurs auteurs ont constaté l'incapacité des gouvernements nationaux à réglementer efficacement les activités et le commerce dans Internet¹⁷². Comme le résume un auteur : «the first principle of the telecommunications regulatory system should be maximum reliance on the market forces, so that regulation is "employed within strictly defined limits and for narrowly constrained purposes"»¹⁷³.

Depuis plusieurs années, les partisans de l'autoréglementation tournent les yeux vers de nouvelles voies¹⁷⁴. Les banquiers, conservateurs par nature, accueillent favorablement la venue de cette théorie¹⁷⁵. Par exemple, la Banque des règlements internationaux (BRI) a exprimé certaines réserves quant à la nécessité de réglementer les banques virtuelles, notamment la monnaie électronique. Dans son rapport intitulé *Implications for Central Banks of the Development of Electronic Money*¹⁷⁶, la BRI conclut que : «[d]esigning an appropriate regulatory framework for e-money [electronic money] involves balancing different objectives including the stability and financial integrity of the issuers, protection of consumers and the protection of

¹⁷⁰ Voir Joel R. Reidenberg, «Lex Informatica : The Formulation of Information Policy Rules Through Technology» (1998) 76 Tex. L. Rev. 553 à la p. 554.

¹⁷¹ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa vingt-neuvième session, Doc. off. AG NU, 51^e sess. Doc. NU A/51/17 (1996), Annexe 1, en ligne : UNCITRAL <<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>> [*Loi type sur le commerce électronique*].

¹⁷² Voir généralement : William S. Byassee, «Jurisdiction of Cyberspace : Applying Real World Precedent to the Virtual Community» (1995) 30 Wake Forest L. Rev. 197 à la p. 213 ; Ilone Knable Gots et Alan D. Rutenberg, «Navigating the Global Information Superhighway : A Bumpy Road Lies Ahead» (1995) 8 Harv. J.L. & Techn. 275 à la p. 341 ; Raj Bhala, «Self-Regulation in Global Electronic Markets Through Reinvigorated Trade Usages» (1995) 31 Idaho L. Rev. 863 aux pp. 905-17 ; Robert L. Dunne, «Deterring Unauthorized Access to Computers : Controlling Behavior in Cyberspace Through a Contract Law Paradigm» (1994) 35 Jurimetrics J. 1 aux pp. 11-15 ; Michael I. Meyerson, «Virtual Constitutions : The Creation of Rules for Governing Private Networks» (1994) 8 Harv. J.L. & Techn. 129 aux pp. 140, 148 et s. ; Ellickson, *supra* note 168 aux pp. 127 et s.

¹⁷³ Richard J. Schultz et Hudson N. Janish, *Freedom to Compete : Reforming the Canadian Telecommunications Regulatory System*, Ottawa, Bell Canada, 1993 à la p. 7, tel que cité dans Wisebrod, *supra* note 167 à la p. 354.

¹⁷⁴ Voir Meyerson, *supra* note 172 aux pp. 148 et s. ; Joel R. Reidenberg, «Rules of the Road for Global Electronic Highways : Merging the Trade and Technical Paradigms» (1993) 6 Harv. J.L. & Techn. 287 aux pp. 301 et s.

¹⁷⁵ Voir D. McInnes, «L'autoréglementation peut-elle réussir?» (1996) 22 Banquier 32 ; Isabelle Marivov et Jean-Claude Wirth, «A Code of Conduct is Drafted by the Luxembourg Bankers' Association» [1995] 9 J.I.B.L. N-186 ; Jeffrey Goss et Carla Lombard, «The Australian Code of Banking Practice» [1994] 4 J.I.B.L. 159.

¹⁷⁶ BRI, *Implications for Central Banks of the Development of Electronic Money*, Bâle, Suisse, a.m.e., 1996, en ligne : BRI <<http://www.bis.org/publ/index.htm>>.

competition and innovation»¹⁷⁷. Aux États-Unis, les défenseurs de la libre concurrence et des forces naturelles des marchés croient également qu'il est trop tôt pour réglementer les banques virtuelles. Un des arguments se résume ainsi :

I do not believe this is a place [subcommittee of Congress on e-banking] that will be aided by a host of new regulations or legislation. It is so nascent at the beginning, it is so hard to determine what consumers really want and in which direction it is going to go. I think regulation would likely stunt development here, not help developments, and so I do not believe this is a fertile field for new regulation. There may be only some tuning of existing sound regulation that was put in place before computers were envisioned¹⁷⁸.

Le Groupe de travail opine dans le même sens, en argumentant qu'il est préférable de conserver une approche attentiste, bien que cela ne signifie pas qu'il y ait lieu de demeurer passif¹⁷⁹.

En fait, il existe une réticence naturelle des gouvernements à prendre des décisions majeures qui affectent leur système financier, sans avoir analysé au préalable les diverses alternatives¹⁸⁰. Pour l'instant, cependant, l'autoréglementation est perçue d'une manière marginale par les protagonistes des règles de droit traditionnelles. Comme le soulignait McInnes : «[L]es codes auto-réglementation ne se substitueront aux lois que s'ils se révèlent véritablement efficaces pour protéger le consommateur et sont perçus comme tels par le public»¹⁸¹.

Par nature, les normes et les standards sont volontaires, puisqu'ils puisent leur source dans le consensus¹⁸², mais dans certaines circonstances, ils peuvent aussi devenir contraignants¹⁸³ dans un environnement bancaire¹⁸⁴. La coercition devient la

¹⁷⁷ *Ibid.* à la p. 11.

¹⁷⁸ Propos de Scott Cook, président de Inuit, Inc., tel que cité dans «Slowly but Surely, Congress is Showing Interest in E-Banking» (1996) 15 Banking Pol'y Rep. 28 à la p. 29. Voir généralement M.E. Bowman, «International Security in the Post-Cold War Era : Can International Law Truly Effect Global Political and Economic Stability ? Is International Law Ready for the Information Age ?» (1996) 19 Fordham Int'l L.J. 1935.

¹⁷⁹ Document d'information n° 5, *supra* note 66 à la p. 88.

¹⁸⁰ Eric Miller, «Financial Services in the Trading System : Progress and Prospects» Occasional Paper 4, Banque inter-américaine de développement, Institut pour l'intégration de l'Amérique latine et des Caraïbes (INTAL), Buenos Aires, 1999, à la p. 23, en ligne : Banque interaméricaine de développement <<http://www.iadb.org/intal/publicaciones/miller.pdf>>.

¹⁸¹ Voir McInnes, *supra* note 175 à la p. 34.

¹⁸² Voir Pierre Trudel, «Les effets juridiques de l'autoréglementation» (1989) 19 R.D.U.S. 247 à la p. 255.

¹⁸³ Voir Trudel, *ibid.* à la p. 261.

¹⁸⁴ Voir Jean Pardon, Allocution, «Quelques normes propres au secteur bancaire», Séminaire organisé par la Commission droit et vie des affaires : Le droit des normes professionnelles et techniques, Spa, Belgique et Balmoral, Royaume-Uni, 16-17 novembre 1983, Bruxelles, Émile Bruylant, 1983 I aux pp. 32 et s. Deux excellents exemples de standards bancaires se retrouvent dans Chambre de commerce internationale, *Règles et usances uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires*, Publication CCI n° 500, 1994 [RUU (n° 500)] et dans le U.C.C. Article 5 — Letters of

Pierre angulaire de toute forme de réglementation du commerce électronique, puisque, sans cette dernière, il devient très difficile, sinon impossible, de réglementer la communauté virtuelle¹⁸⁵. Les mécanismes de contraintes sont également importants lorsque surgit la nécessité de résoudre le problème de la sécurité de toute forme de commerce dans Internet. Comme l'exprime le professeur Pierre Trudel,

[p]our être crédible, l'auto-réglementation suppose la mise en place de règles significatives, c'est-à-dire imposant de véritables obligations aux acteurs. [...] [I]l faut généralement énoncer avec le plus de précision les droits et obligations qui seront reconnus aux participants à une transaction¹⁸⁶.

Ainsi, la route vers l'implantation de l'autoréglementation aux transactions bancaires virtuelles demeure longue et parsemée d'obstacles de toutes sortes, mais les premiers pas dans la bonne direction ont déjà été faits. La contrainte nécessaire pour appuyer l'autorégulation peut parfois diminuer après un certain délai, plus ou moins à l'image du respect qu'on accorde à une coutume. Par exemple, les Incoterms¹⁸⁷ ainsi que les *Règles et usances relatives aux crédits documentaires (n° 500)*¹⁸⁸ représentent une codification d'usages commerciaux qui jouissent d'une grande notoriété dans le monde commercial et auxquels les juges n'hésitent aucunement à donner une valeur juridique. Dans le monde d'Internet, les règles de l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) représentent à ce jour le meilleur exemple d'autoréglementation¹⁸⁹.

Le problème de la coercition trouve son importance dans l'élaboration de la panoplie de normes bancaires qui a cours depuis quelques années. À titre d'exemple, le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique de l'ABC a élaboré un document intitulé *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*¹⁹⁰. Les institutions financières, qui se sont pourtant impliquées dans l'élaboration de ces principes, semblent s'exonérer facilement de leur responsabilités. Ce comportement est susceptible non seulement de brimer les droits de leurs clients, mais de freiner la confiance des consommateurs envers les opérations bancaires par Internet. Il est possible d'espérer que cette situation soit temporaire, si l'expérience de la carte de débit est un bon précédent. En 1992, le Groupe de travail sur les transferts électroniques de fonds de l'ABC avait

Credit (1995). Au Canada, leur caractère contraignant fut reconnu dans les décisions suivantes : *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 59, 36 D.L.R. (4^e) 161 ; *Geestemünder Bank AG c. Barzelex Inc.*, [1995] R.J.Q. 88, [1994] A.Q. n° 1086 (C.A.).

¹⁸⁵ Pour une discussion détaillée de la contrainte des règles dans Internet, voir David G. Post, «Anarchy, State, and the Internet : An Essay on Law-Making in Cyberspace» (1995) J. Online L. art. 3.

¹⁸⁶ Trudel, *supra* note 182 à la p. .

¹⁸⁷ Incoterms 2000, Paris, Publication C.C.I. n° 560.

¹⁸⁸ *RUU (n° 500)*, *supra* note 184.

¹⁸⁹ Pour plus de détails, consulter le site Internet de l'organisme, en ligne : Internet Corporation for Assigned Names and Numbers <<http://www.icann.org>>.

¹⁹⁰ *Supra* note 163.

élaboré le *Code de pratique canadien des cartes de débit*¹⁹¹. Lors de l'introduction de ce code, les institutions financières hésitaient à se sentir liées par celui-ci devant une plainte ou une poursuite judiciaire intentée par un client. Cependant, au fil des ans, plusieurs institutions financières ont inséré ce code de pratique, en totalité ou partiellement, dans leur contrat de cartes de débit.

Face aux transactions bancaires outre-frontières, la théorie de l'autoréglementation peut difficilement s'imposer. Toute banque étrangère qui offre des services bancaires dans Internet, sans aucun lieu physique au Canada, peut aisément outrepasser la *Loi sur les banques* et ses nombreuses contraintes. Le cas échéant, que se passe-t-il ? Si l'on considère qu'une telle banque peut éviter de tomber sous les griffes du BSIF, vu l'absence de coercition, il est possible qu'elle ne soit point intéressée à respecter les lignes directrices de cet organisme. Il est à noter que la situation d'ING Bank est différente, car elle a expressément démontré le désir de s'implanter au Canada, malgré l'absence d'une présence physique¹⁹². À nos yeux, la théorie de l'autoréglementation est donc inadéquate pour régler les banques virtuelles établies à l'extérieur du Canada.

2. La collaboration

La coopération internationale est présente à l'échelle planétaire et dans la plupart des secteurs d'activité¹⁹³, que l'on pense à l'environnement, aux droits de la personne, à l'éducation, aux systèmes juridiques ou au commerce international. À l'ère de la mondialisation, la coopération commence lors de la première prise de contact avec le partenaire étranger. Elle jette les bases d'ententes et de développements futurs et peut conduire jusqu'à une harmonisation des lois, normes et politiques, voire à une intégration des marchés.

La coopération internationale présente de nombreux avantages puisqu'elle permet d'implanter une vision et une base de connaissances communes. Une certaine uniformisation des mentalités et des processus s'ensuit, ce qui est susceptible d'aplanir les différences législatives et opérationnelles entre les pays. Le professeur Leebron souligne qu'une coopération réussie est une alternative intéressante à l'harmonisation. Elle peut atteindre les mêmes buts et souvent à des coûts beaucoup

¹⁹¹ Groupe de travail sur les transferts électroniques de fonds, *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*, ABC, 1992 (mis à jour en 1996 et 2002) en ligne : Association des banquiers canadiens <<http://www.cba.ca/fr/viewdocument.asp?fl=3&sl=65&tl=135&docid=266&pg=1>>.

¹⁹² Voir R. Blackwell, «Nervous Banks Attack Foreign Cherry-Picking» *The Financial Post* (12 février 1997) 8.

¹⁹³ La coopération est particulièrement importante dans le domaine des droits humanitaires. À titre d'exemple, le *Centre canadien d'études et de coopération internationale (CECI) œuvre dans le domaine de l'aide humanitaire et une partie de son plan d'action touche l'aide au développement, la formation et la sensibilisation*. Voir en ligne : CECI <<http://www.ceci.ca>>.

moins élevés¹⁹⁴. De plus, la coopération permet aux États de conserver leur souveraineté, souvent un obstacle majeur à l'harmonisation¹⁹⁵. Enfin, la coopération, qui se construit de bonne foi et qui permet de comprendre les différences culturelles et sociales des partenaires concernés, débouche habituellement sur une plus grande satisfaction des deux parties.

Il existe plusieurs exemples de collaboration dans le domaine des services financiers, particulièrement dans le domaine bancaire. Outre les banques de développement¹⁹⁶, le Mouvement Desjardins a acquis une grande expertise dans le développement des caisses populaires et du crédit social. Il collabore régulièrement depuis plusieurs années avec des institutions financières de l'Amérique latine, notamment¹⁹⁷ afin de leur transmettre son expertise et son soutien à l'implantation de coopératives d'épargne et de crédit (*cooperativas de ahorro y crédito*) ou de banques coopératives (*bancos cooperativos*)¹⁹⁸. Cette forme de collaboration existe aussi en Europe. Par exemple, la Banque populaire de France joue un rôle très similaire à celui du Mouvement Desjardins. Notons que ces deux mouvements coopératifs de services financiers sont membres de la Confédération Internationale des Banques Populaires (CIBP), un organisme international de type coopératif reconnu par l'Organisation des Nations unies, qui vise l'aide aux PME et aux particuliers de divers pays¹⁹⁹ par l'implantation de «réseaux de banques régionales fortement impliquées dans la vie économique locale»²⁰⁰.

¹⁹⁴ David W. Leebron, «Claims for Harmonization : A Theoretical Framework» (1996) 27 Can. Bus. L.J. 63 à la p. 107.

¹⁹⁵ Voir Leebron, *ibid.* à la p. 104.

¹⁹⁶ Par exemple, la Banque de développement du Canada (en ligne : <<http://www.bdc.ca/flash.asp>>) qui facilite le commerce international pour les petites et moyennes entreprises, et de plus grande envergure. Voir également la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), en ligne : BERD <<http://www.ebrd.com>>.

¹⁹⁷ D'autres formes de coopération ont lieu avec une vingtaine de pays d'Afrique, des Antilles, de l'Asie, de l'Europe centrale et de l'Europe de l'Est. Voir Développement international Desjardins, *Rapport d'activités 2002* à la p. 2, en ligne : Développement international Desjardins <http://www.did.qc.ca/fr/information/doc_informations/PDF/rap-act2002fra.pdf>.

¹⁹⁸ Ces ententes de collaboration sont habituellement temporaires ; par exemple, il existe une collaboration très étroite entre Développement international Desjardins et la Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito — COFAC — de l'Uruguay. Pour plus de renseignements sur COFAC, voir en ligne : COFAC <<http://www.cofac.com.uy>> et Développement international Desjardins, en ligne : DID <<http://www.did.qc.ca>>. À notre connaissance, les grandes banques canadiennes n'entretiennent aucune forme de collaboration de ce genre.

¹⁹⁹ Notamment en Allemagne, Argentine, Autriche, Canada, Espagne, France, Italie, Maroc, Turquie : CIBP, «Bienvenue», 2003, en ligne : CIBP <<http://www.cyber.banquepopulaire.fr/french/index.htm>>.

²⁰⁰ *Ibid.*

3. L'harmonisation des normes

Plusieurs tentatives d'harmonisation des normes bancaires ont été élaborées avec plus ou moins de succès depuis quelques décennies. À la suite de certaines réussites au plan international (a), les Européens ont édicté des normes ou directives communes, notamment dans les domaines de la réglementation et des virements transfrontaliers (b). Malgré les succès de ces expériences, les pays membres de l'ALÉNA en sont à leurs premiers balbutiements à cet égard (c)²⁰¹.

a. Les principes de l'harmonisation

Le professeur René David soulignait en 1950 que

[a]près le Code civil, et après les codifications, inspirées de lui, qui sont intervenues à l'étranger, les juristes ont perdu de vue la grande communauté scientifique qui les unissait. Seule de toutes les sciences, la science du droit a cru faussement qu'elle pouvait être purement nationale. Alors que les théologiens, les historiens, les médecins, les chimistes, les astronomes, et tous autres hommes de science rougiraient d'ignorer les progrès que leur science accomplit à l'étranger, les juristes se sont cantonnés dans l'étude de leur droit national²⁰².

Cette époque semble à la fois si lointaine, si on tient compte du progrès réalisé depuis en Europe, et à la fois si près, vu les mentalités parfois conservatrices de certains juristes.

Avant de poursuivre, il convient de souligner les nuances terminologiques entre les notions d'harmonisation et d'unification. L'harmonisation est un procédé qui vise la coordination ou l'adaptation de plusieurs lois afin de former une cohérence entre celles-ci ; il est donc entendu que les règles de conflits de lois y jouent un rôle déterminant. En d'autres termes, comme le rappelle un auteur, «harmonization of law *per se* has no general meaning»²⁰³ dans un modèle juridique purement abstrait, mais elle devient déterminante lorsque transposée dans un milieu social — incluant ses composantes économique, politique et sociologique. Un autre auteur, moins optimiste sur les possibilités de l'harmonisation, lui confère une utilité seulement lorsqu'elle est circonscrite à un domaine particulier du droit²⁰⁴. L'unification implique en revanche la

²⁰¹ Le but de cette section est de présenter les expériences d'harmonisation européennes et non les diverses règles nationales relativement à la réglementation des banques étrangères, puisque nous considérons que celles-ci sont très diverses et une étude approfondie de cette question serait trop fastidieuse.

²⁰² René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1950 à la p. III.

²⁰³ Martin Boodman, «The Myth of Harmonization of Laws» (1991) 39 Am. J. Comp. L. 699 à la p. 707.

²⁰⁴ P.S. Mancini, «De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé

négociation d'une nouvelle législation en remplacement des lois nationales²⁰⁵. La monnaie unique européenne représente un excellent exemple d'unification²⁰⁶.

Le professeur Leebron souligne avec justesse qu'un processus d'harmonisation réussi doit s'accompagner d'une certaine harmonisation des institutions chargées d'appliquer ces normes²⁰⁷. En effet, une interprétation divergente par différents tribunaux qui appliquent la règle du précédent peut créer, après un certain temps, une distorsion des normes plus considérable qu'avant l'harmonisation²⁰⁸.

Le processus d'harmonisation peut être expliqué en quelques mots, bien que l'approche choisie soit tributaire de son auteur. Avant de schématiser le processus, il est nécessaire de rappeler que la résultante — une convention internationale, par exemple — peut être contraignante ou non²⁰⁹. Dans un cas comme dans l'autre, le processus est similaire. La première étape consiste à rechercher des concepts communs²¹⁰. La deuxième étape vise «l'élaboration de principes, ou encore de standards suffisamment souples pour être communs à des systèmes juridiques nationaux comportant par ailleurs des règles techniques différentes»²¹¹. L'unification des règles de droit représente la dernière étape²¹².

Il est juste d'affirmer que la tendance vers le droit comparé et, en particulier, vers l'harmonisation des lois, représente un élément de solution face à des problèmes qui découlent de la mondialisation et de l'informatisation du commerce. Au regard du problème de la réglementation des banques en ligne, il est préférable d'orienter le débat vers l'harmonisation des lois nationales, puisque l'unification — dernière étape — demeure un but utopique en l'espèce. D'ailleurs, la discussion que nous évoquons au sujet du droit international, du droit européen et du droit nord-américain, est très éloquente à cet égard.

pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles» (1874) *Journal de droit international privé et de jurisprudence comparée*, cité dans Paulo Borba Casella, «Economic Integration and Legal Harmonization, with Special Reference to Brazil» [1998] *Revue de droit uniforme* 287 à la p. 291, n. 5.

²⁰⁵ Borba Casella, *ibid.* à la p. 288.

²⁰⁶ En droit européen, voir également l'étude suivante du professeur David : René David, «L'avenir des droits européens : unification ou harmonisation» dans René David, dir., *Le droit comparé : droits d'hier, droits de demain*, Paris, Économica, 1982 à la p. 295.

²⁰⁷ Par exemple, établir à tout le moins un cadre directeur d'interprétation.

²⁰⁸ Voir Leebron, *supra* note 194 aux pp. 72, 90.

²⁰⁹ Borba Casella, *supra* note 204 à la p. 292.

²¹⁰ Véronique Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1999 à la p. 25. Le Dr. Magnier souligne à juste titre que les organismes professionnels, tels que la Chambre de commerce internationale, travaillent à ce niveau.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Voir *ibid.*

b. L'expérience internationale

Plusieurs projets d'harmonisation de normes internationales ont connu un certain succès dans la communauté bancaire internationale, que ce soit par l'entremise de la BRI, de la CNUDCI ou de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS).

Au regard de la réglementation prudentielle, la BRI constitue une première source de référence. Le succès de l'Accord de Bâle de 1988²¹³ — maintes fois bonifié au fil des ans — a mené le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire à proposer un nouvel accord de Bâle, prévu pour 2006, qui vise l'adéquation des fonds propres²¹⁴. La réglementation prudentielle représente un des pôles de recherche de la BRI. Elle a mandaté un groupe de recherche, le Groupe de travail sur les activités transfrontières, qui a présenté un document intitulé *Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle*, dans lequel il est question, entre autres, de l'identification des clients à distance²¹⁵. Ce document doit être lu conjointement avec les principes du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI)²¹⁶ et la Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux²¹⁷. L'identification des clients qui transigent à distance représente une question très sensible, puisqu'il s'agit d'un des problèmes sous-jacents au blanchiment d'argent et qu'elle soulève la dichotomie entre le secret bancaire — liberté individuelle — et la protection du public — intérêt collectif. Cette question étant de loin plus controversée que l'élaboration d'une réglementation prudentielle, l'harmonisation entre les États en sera d'autant plus difficile.

Parallèlement aux travaux de la BRI, la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*²¹⁸ semble également jouir d'un certain succès dans le monde cybernétique, ayant influencé positivement les législateurs canadiens, américains et

²¹³ Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard*, BRI, Juillet 1988, en ligne : BRI <<http://www.bis.org/publ/bcbs04A.pdf>> [Accord de Bâle]. L'Accord de Bâle de 1988 visait l'établissement de standards afin de contrôler, sinon de diminuer, les risques financiers, dont le risque de crédit. Le résultat de cet accord a dépassé les attentes de la BRI, puisque les banques centrales de certains pays industrialisés, ainsi que celles de certains pays en développement, ont élaboré des standards plus élevés que les normes recommandées dans cet accord.

²¹⁴ Le troisième document consultatif a été publié en avril 2003 : Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Vue d'ensemble du nouvel accord de Bâle sur les fonds propres*, BRI, avril 2003, en ligne : BRI <<http://www.bis.org/bcbs/cp3ovfr.pdf>>. Sur cette question, voir Jonathan G.F. Walsh, «The New Basel Capital Accord — The Saga Continues» [2002] J.I.B.L. 73.

²¹⁵ Groupe de travail sur les activités transfrontières, *Devoir de diligence des banques au sujet de la clientèle*, BRI, octobre 2001 à la p. 9, en ligne : BRI <<http://www.bis.org/publ/bcbs85f.pdf>>.

²¹⁶ La plus récente révision des 40 recommandations du GAFI a été rendue publique le 20 juin 2003 : GAFI, *Les quarante recommandations*, juin 2003, en ligne : GAFI <http://www.fatf-gafi.org/pdf/40Recs-2003_fr.pdf>.

²¹⁷ CE, Directive 91/308 du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, [1991] J.O.L. 166/77.

²¹⁸ *Supra* note 171.

européens, entre autres. La *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*²¹⁹, destinée à compléter la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, pourrait assurément avoir le même effet que celle-ci. Encore une fois, la réussite de la CNUDCI était prévisible, non seulement en raison de la convergence des intérêts envers l'élaboration de cette loi type, mais surtout en considération de la volonté des législateurs et même des magistrats de mettre en application ce modèle d'une manière concrète.

Enfin, l'AGCS, créature juridique issue du Cycle d'Uruguay et opérant sous l'égide de l'OMC, prétend être le premier corpus juridique qui gouverne le commerce multilatéral des services. Les bonnes intentions de l'OMC sont toutefois confrontées aux deux réalités suivantes. D'abord, comme le note avec justesse un auteur, «the services dealt with in GATS seem to be of greater interest to developed countries than to developing countries, insofar as higher technology services tend to be viewed separately from the goods in which they are incorporated [...]»²²⁰. Ensuite, le secteur des services financiers étant caractérisé par des environnements réglementaires très restrictifs et par des préoccupations relatives à la politique monétaire, l'AGCS éprouve de sérieuses difficultés à développer ce secteur spécifique du commerce des services²²¹. En effet, ce n'est que le 1^{er} mars 1999, soit quatre ans après l'entrée en vigueur du Cycle d'Uruguay, qu'est entré en vigueur l'accord sur les services financiers devenu partie intégrante de l'AGCS²²². Les résultats de cet accord au Canada sont modestes, car bien que le Canada se soit engagé à ouvrir ses frontières aux succursales bancaires, il s'est contenté de créer le régime des banques étrangères autorisées, lesquelles demeurent lourdement handicapées dans leur tentatives de faire affaire avec des consommateurs canadiens²²³. Ainsi, la position dominante des banques canadiennes de l'Annexe I ne devrait pas être affectée par l'AGCS²²⁴.

Ce portrait permet d'anticiper certaines difficultés liées à l'harmonisation d'une réglementation des banques en ligne. Il convient d'aborder les expériences européennes et nord-américaines avant d'approfondir cette question.

²¹⁹ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, 12 décembre 2001, dans Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa trente-quatrième session, Doc. off. AG NU, 56^e sess., Doc. NU A/56/17 (2001), Annexe II, en ligne : UNCITRAL <<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>> [Loi type sur les signatures électroniques].

²²⁰ Joel P. Trachtman, «Trade in Financial Services under GATS, NAFTA and the EC: A Regulatory Jurisdiction Analysis» (1996) 34 Colum. J. Transnat'l L. 37 à la p. 52.

²²¹ Voir *ibid.* à la p. 53. Pour plus de détails sur l'AGCS, voir en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/serv_f/gatsqa_f.htm>.

²²² Voir Miller, *supra* note 180 à la p. 18.

²²³ Voir le texte correspondant à la note 158.

²²⁴ Voir Miller, *supra* note 180 à la p. 21.

c. L'expérience européenne

À l'instar des expériences internationales, les tentatives d'harmonisation sont particulièrement fertiles dans l'Union européenne. Comme le mentionne Blanche Sousi-Roubi, «[l]e marché bancaire unique repose sur le droit pour un établissement de crédit de s'établir ou de prester ses services dans l'un quelconque des États membres grâce à l'agrément délivré dans l'État membre où il a son siège», en ajoutant que «[l]e contrôle de l'accès à l'activité, mais également des conditions d'exercice de l'activité comme du respect des règles prudentielles est assuré, sur base d'une harmonisation minimale, par les autorités compétentes de l'État membre d'origine de l'établissement de crédit». Elle conclut que «[c]'est ce triptyque ... qui fait le marché bancaire unique : harmonisation minimale, reconnaissance mutuelle des agréments et des contrôles, et enfin contrôle par l'État membre d'origine»²²⁵.

Au cours des années 1970, quelque temps après le début de la libéralisation des services financiers²²⁶, une première directive d'importance portant sur la coordination des activités législatives, réglementaires et administratives concernant les activités de crédit voyait le jour²²⁷. Cette directive, modifiée une dizaine d'années plus tard²²⁸,

²²⁵ Blanche Sousi-Roubi, *Droit bancaire européen*, Paris, Dalloz, 1995, au n° 200 à la p. 97.

²²⁶ Bien que l'art. 59 du *Traité instituant la communauté économique européenne*, 25 mars 1957, Rome, en ligne : Portail de l'Union européenne <<http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/CEE.html>> [*Traité de Rome*] prévoit que «les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation», ce n'est qu'au début des années 70 que l'industrie des services financiers a subi des changements profonds. Cette disposition doit être lue conjointement avec l'art. 8 de ce traité, qui prévoyait une période transitoire de 12 ans — soit en 1969 — pour libéraliser les services. Ce n'est toutefois qu'en 1973 que la première directive a été adoptée : CE, *Directive 73/183/CE du 28 juin 1973, du Conseil concernant la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en matière d'activités non salariées des banques et autres établissements financiers*, [1973] J.O.L. 194/1. Voir à ce sujet Sideek Mohamed, «Limitations to Free Movement of Banking Services» [1997] 12 J.I.B.L. 67 à la p. 68.

²²⁷ CE, Première directive 77/780/CEE du Conseil du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, [1977] J.O.L. 322/30. L'article premier définit une institution de crédit comme «une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte».

²²⁸ CE, Directive 89/646 du 15 décembre 1989, du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive 77/780, [1977] J.O.L. 322/30. Cette directive était destinée «to enable an authorized institution relying on a "single license" [...] provided by the competent authority of its home state to carry on universal banking activities within the scope of its licence throughout the EC via branches or cross-border services. Authorization from the host state is not needed» : Andrew Gamble et Gordon Travers, «Banking and Capital Movements» dans Ralph H. Folsom, Ralph B. Lake et Ved P. Nanda, dir., *European Union Law After Maastricht — A Practical Guide for Lawyers Outside the Common Market*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, 387 à la p. 390.

ouvrait la voie à une harmonisation de plus en plus présente dans certains domaines du monde bancaire européen.

Depuis la seconde moitié des années 1990, plusieurs directives ont été élaborées dans divers domaines du monde des services financiers. Une réforme des systèmes de paiement, caractérisée par le nouveau système TARGET²²⁹ et la directive 97/5/CEE sur les virements transfrontaliers²³⁰, a mené le parlement européen à adopter de nouvelles directives en rapport avec les paiements et le commerce électronique²³¹. La récente directive 2002/65/CE concernant la commercialisation des contrats à distance de services financiers²³² est destinée à compléter la directive 97/7/CE de 1997²³³ en portant une attention particulière à la nature spécifique des services financiers²³⁴.

Toujours au sujet des systèmes de paiement, la définition d'un établissement de crédit au sens de la Première directive de 1977 a été modifiée en novembre 1999 afin d'y inclure les «établissements de monnaie électronique»²³⁵, à la suite des

²²⁹ Voir le site Internet de TARGET, en ligne : Banque centrale européenne <<http://www.ecb.int>>.

²³⁰ CE, Directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers, [1997] J.O.L. 43/25. Cette directive est considérée comme la première directive consumériste sur les moyens de paiement.

²³¹ Voir notamment CE, 97/489/CE : Recommandation de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire, [1997] J.O.L. 208/52 ; CE, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), [2000] J.O. L 178/1 ; CE, Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, [2000] J.O. L 275/39.

²³² CE, 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, [2002] J.O.L. 271/16.

²³³ CE, Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance — Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 — Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret, [1997] J.O.L. 144/19.

²³⁴ Voir notamment Michel Van Huffel, «Commercialisation à distance des services financiers : derniers développements d'une — déjà — longue histoire ... » (2001) *Revue européenne de droit de la consommation* 295 ; Frédéric de Brouwer et Catherine Marty, «La communication de la Commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers : vers un véritable marché intérieur des services financiers ?» (2001) 76 *Banque & Droit* 8.

²³⁵ CE, Position commune (CE) n° 9/2000 du 29 novembre 1999, arrêtée par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/780/CEE visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, [2000] J.O.C. 26/12.

recommandations de la Commission européenne²³⁶, du Comité économique et social²³⁷ ainsi que de la Banque centrale européenne²³⁸.

Toutefois, à l'exception des directives de 1977 et de 1989²³⁹, ainsi que des directives qui concernent les systèmes de paiement, l'harmonisation de la réglementation bancaire européenne progresse tranquillement par l'entremise de quelques initiatives de la Banque centrale européenne (BCE) et de la Commission européenne. En octobre 1998, le Groupe de la politique des services financiers (GPSF), sous l'égide de la Commission européenne, a présenté un cadre d'action destiné à promouvoir l'intégration des marchés financiers, en soulignant que

[i]l faut néanmoins que l'existence d'un tel marché financier européen unique, s'inscrivant dans un marché mondial des capitaux de plus en plus intégré, s'accompagne d'une réglementation et d'une surveillance prudentielles plus efficaces tant au niveau européen qu'à l'échelle mondiale. Cela passe par la nécessaire amélioration de la coordination entre les autorités de réglementation et les autorités de surveillance [...]²⁴⁰

Ce plan d'action pour les services financiers a été bonifié régulièrement au fil des dernières années et la version finale est prévue pour 2005²⁴¹. Le GPSF n'a présenté aucun autre projet de réglementation des banques en ligne, sa seule préoccupation à l'égard du commerce électronique étant l'application de la directive 2002/65/CE qui

²³⁶ CE, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/780/CEE visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, [1998] J.O.C. 317/12.

²³⁷ CE, Avis du Comité économique et social sur : la «Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions», et la «Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/780/CEE visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice» [1999] J.O.C. 101/64.

²³⁸ CE, Avis du 18 janvier 1999 de la Banque centrale européenne, sollicité par le Conseil de l'Union européenne en application de l'article 105, paragraphe 4, du traité instituant la Communauté européenne et de l'article 4(a) des statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne sur 1. une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions, présentée par la Commission, et sur 2. une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 77/780 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, présentée par la Commission, [1999] J.O.C. 189/7.

²³⁹ *Supra* note 228.

²⁴⁰ Commission européenne, *Services financiers : élaborer un plan d'action*, 28 octobre 1998, CE, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/general/fsfr.pdf>.

²⁴¹ Les huit rapports intérimaires peuvent être consultés à la page Internet de la Commission européenne, en ligne : <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/actionplan/index.litm>.

concerne la commercialisation des contrats à distance de services financiers dans le but de mieux protéger les consommateurs²⁴².

Une autre tentative d'harmonisation du marché bancaire prend sa source indirectement dans une récente directive destinée à l'établissement d'un cadre réglementaire des sociétés anonymes européennes²⁴³. Notamment, cette directive permet aux sociétés — incluant les banques — qui opèrent dans plus d'un État de se réorganiser et d'être considérées comme étant une seule société, à la suite d'une fusion ou de la création d'une sorte de société de portefeuille, et d'opérer sous un cadre juridique uniforme. Cette possibilité permet donc aux sociétés de faciliter leurs échanges à l'intérieur du marché commun, vu la baisse de leurs coûts administratifs.

Enfin, comme le mentionnait la Commission européenne, il convient tout de même de garder à l'esprit le successeur du Traité de Rome²⁴⁴, l'Acte unique européen²⁴⁵, lequel est destiné à faciliter l'intégration du marché européen. Plus particulièrement, le traité de 1992 prévoit les principes du contrôle de l'État d'origine et de la reconnaissance mutuelle. Ainsi, une banque qui opère dans autre État — pays d'accueil — continue à être sous le contrôle de l'État d'origine. L'État d'origine serait également responsable d'émettre le permis d'opérer. Dans certains domaines, dont la protection des consommateurs ou la concurrence, une banque serait régie par les règles du pays d'accueil²⁴⁶.

d. L'expérience nord-américaine

En 1988, le Canada s'est engagé dans une entente de libre-échange avec les États-Unis²⁴⁷. La renégociation de cette entente a mené à un nouvel accord au début de 1994 entre le Canada, les États-Unis et le Mexique²⁴⁸. Comme l'affirmaient deux auteurs,

²⁴² CE, Communication de la Commission au conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne l'application aux services financiers des articles 3§4 à 3§6 de la Directive sur le commerce électronique, COM(2003) 259 final, Bruxelles, 14 mai 2003, CE, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2003/com2003_0259fr01.pdf> ; *supra* note 233.

²⁴³ CE, Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), [2001] J.O.L. 294/1. Une première proposition avait été émise une trentaine d'années auparavant. CE, Statut de la société européenne : La Commission accueille favorablement l'adoption formelle, 8 octobre 2001, CE, en ligne : Commission européenne <http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/company/company/news/01-1376.htm>.

²⁴⁴ *Supra* note 226.

²⁴⁵ CE, *Acte unique européen*, [1987] J.O.C. 169/1.

²⁴⁶ Inês Cabral, Frank Dierick et Jukka Vesala, *Banking Integration in the Euro Area*, European Central Bank, Occasional Paper Series n° 6, Décembre 2002 à la p. 9, en ligne : Banque centrale européenne <<http://www.ecb.int/pub/ocp/ecbocp006.pdf>>.

²⁴⁷ *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, c. 65. Historiquement, des ententes bilatérales ont existé entre le Canada et les États-Unis depuis le «Reciprocity Treaty» en 1854. Ce traité, ainsi que d'autres subséquents, n'ont jamais connu un très grand succès : Ronald Wonnacott, «Discussion on Canada-U.S. Agreement : The Wonnacotts after 20 years» North American Economics and Finance Association Meeting, Atlanta, Ga., 28 décembre

[t]he economic rationale for NAFTA depends on the standard conclusions of international trade theory which claim that free trade allows for specialization according to comparative advantage. Furthermore, through specialization and trade, all countries involved benefit. Put differently, free trade promotes economic efficiency and growth²⁴⁹.

En fait, alors que la participation du Canada à l'ALÉNA est essentiellement de nature économique, les intérêts étasuniens sont teintés d'une couleur politique. Comme le mentionne Simer, «NAFTA will strengthen the Mexican economy, encourage further trade liberalization, and, most important, strengthen the Salinas government». Pour le Mexique, «[t]he NAFTA is viewed in Mexico as a means of increasing Mexican economic development by lowering existing barriers to trade with Canada and the United States»²⁵⁰. En bref, malgré certaines critiques, l'ALÉNA a apporté des améliorations substantielles aux relations commerciales en Amérique du Nord, y compris à l'égard des services financiers, à la suite de la reconnaissance de plusieurs principes de droit international²⁵¹.

Ceci dit, les négociations de l'ALÉNA ont été menées à terme en partie grâce à la possibilité pour les trois États membres d'imposer des réserves sur certains points. Ces réserves prévoient que les principes fondamentaux énumérés ci-dessus ne s'appliquent pas dans certaines circonstances. Le secteur des services financiers étant très réglementé dans les trois pays de l'ALÉNA, un nombre important de réserves ont

1989. Certaines ententes sectorielles ont toutefois connu un certain succès, tel le *Décret sur les tarifs des véhicules automobiles (1965)*, D.O.R.S./65-42, connu sous le nom de «pacte de l'automobile» : R. K. Cowan, *Effects of the United States-Canadian Automotive Agreement on Canada's Manufacturers, Trade and Price Posture*, thèse de doctorat, Université du Michigan, 1972 [non publiée] ; Melvyn Fuss et Leonard Waverman, *The Canada-U.S. Auto Pact of 1965 : An Experiment in Selective Trade Liberalization*, conférence présentée à l'atelier sur le commerce et l'organisation industrielle, Collège Massey, juin 1986, Working Paper DP 86-6.

²⁴⁸ *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, c. 44.

²⁴⁹ Alex J. Kondonassis et A.G. Malliaris, «NAFTA : Old and New Lessons from Theory and Practice with Economic Integration» (1996) 7(1) *North American Journal of Economics and Finance* 31.

²⁵⁰ Michael Wallace Gordon, «Economic Integration in North America — An Agreement of Limited Dimensions but Unlimited Expectations» (1993) 56 *Mod. L. Rev.* 157 à la p. 166.

²⁵¹ Premièrement, le chapitre 14 de l'ALÉNA destiné aux services financiers favorise une approche institutionnelle, contrairement à l'AGCS. Deuxièmement, l'ALÉNA reconnaît le droit d'établissement et d'accès au marché (art. 1403), ce qui permet à une institution financière membre de s'établir dans un autre pays membre et «and to expand the operations of such institutions throughout its territory» : Voir Kenneth L. Bachman, Scott N. Benedict et Ricardo A. Anzaldúa, «Financial Services under the North American Free Trade Agreement : An Overview» (1994) 28 *Int'l Law.* 291 à la p. 295. Troisièmement, le principe du commerce transfrontières est également reconnu dans le chapitre 14, ce qui permet la mobilité d'un fournisseur de services financiers et la vente de ses produits dans une autre juridiction (art. 1416), à la condition qu'un État membre ait accordé cette permission (art. 1404) : Voir Bachman, Benedict et Anzaldúa, *ibid.* à la p. 293. Quatrièmement, le principe de transparence permet aux institutions financières d'accéder à l'information des autorités réglementaires (art. 1411). Les cinquième et sixième principes ont trait à la reconnaissance du traitement national (art. 1405) et du traitement de la nation la plus favorisée (art. 1406).

été prévues dans l'Annexe VII²⁵², face à un nombre limité d'engagements spécifiques²⁵³. Pour cette raison, l'intégration des services financiers entre les États membres de l'ALÉNA continue de poser de sérieux problèmes²⁵⁴. Dans un rapport de 1994, un auteur confirme la difficulté d'harmoniser la réglementation bancaire nord-américaine²⁵⁵.

À la suite de l'adoption de l'ALÉNA, les changements apportés au marché des services financiers sont peu nombreux, mais ont néanmoins eu un impact sur l'économie des trois pays. À cette époque, le contexte bancaire des États-Unis était très restrictif et protectionniste, comportant deux règles anti-compétitives majeures²⁵⁶. Un auteur soulignait que :

²⁵² Au regard des activités bancaires, mentionnons brièvement que le Canada a émis une réserve lui permettant de maintenir ou d'adopter des mesures non conformes à la participation étrangère dans la participation étrangère sous contrôle canadien, laquelle est devenue caduque le 1^{er} janvier 1995 à la suite de l'adoption de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, c. 47. Les États-Unis et le Mexique ont maintenu plusieurs restrictions, telles l'obligation pour tous les administrateurs d'être des citoyens américains, la propriété des sociétés bancaires internationales spécialisées et constituées sous le droit fédéral («edge corporations») interdites aux banques étrangères et filiales américaines de banques étrangères. Le Mexique pour sa part a maintenu des réserves sur une panoplie de situations, tant en rapport avec la propriété des sociétés de portefeuille et des banques commerciales que vis-à-vis l'investissement dans des caisses d'épargne et de crédit, la Banque de développement («Banco de Desarrollo»). Pour plus de détails, voir Eric Leroux, *Le libre-échange nord-américain et les services financiers*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 aux pp. 79-89.

²⁵³ Par exemple, le Canada a accordé le traitement national au Mexique, comme pour les États-Unis, en regard des règles de propriété des banques étrangères, et a éliminé la nécessité pour les succursales de banques étrangères au Canada contrôlées par des résidents mexicains d'obtenir un agrément du ministre des Finances pour l'ouverture d'une succursale. Les États-Unis ont permis à un *grupo financiero* éligible d'acquérir une banque ou une société de courtage mobilière qui possède ou contrôle une société de valeurs mobilières aux États-Unis d'exercer les activités de cette société. Enfin, le Mexique s'est engagé à ne pas désapprouver, sur une base individuelle, toute affiliation à une banque commerciale si cette affiliation n'est pas substantielle ou si les activités financières connexes comptent pour au moins 90% des revenus annuels de la société commerciale ; de plus, un investisseur étranger qui est autorisé à établir ou à acquérir une banque commerciale ou une société de valeurs mobilières est également autorisé à établir une société de portefeuille au Mexique.

²⁵⁴ L'annexe 1404.4 de l'ALÉNA contenait un engagement pour les parties à se consulter en vue de négocier de nouvelles ouvertures des marchés avant le 1^{er} janvier 2000. Cependant, cet engagement n'ayant pas de nature contraignante, aucun agenda n'a été adopté obligeant les parties à retourner à la table de négociation : Miller, *supra* note 180 à la p. 22. Il est à noter qu'aucun des trois organismes responsables des services financiers ne font mention de travaux ou de négociations nouvelles relativement aux services financiers. Selon l'annexe 1412.1, il s'agit, pour le Canada, du ministère des Finances, pour le Mexique, du Secretaría de Hacienda y Crédito Público et pour les États-Unis, du Department of the Treasury.

²⁵⁵ William R. White, *The Implications of the FTA and NAFTA for Canada and Mexico*, Ottawa, Banque du Canada, 1994 aux pp. 17-18.

²⁵⁶ La restriction à certaines activités par les banques : *Banking Act of 1933*, c. 89, 48 Stat. 162 [*Glass-Steagall Act*] ; la restriction à l'établissement de branches hors de l'état d'origine : *McFadden Act*, c. 191, 44 Stat. 1224. Il faut noter que par ces restrictions, l'application du traitement national

One possible explanation for the apparently modest impact of NAFTA on the U.S. and Canadian banking sectors is that NAFTA failed to deal with substantial barriers to expanded banking activities. In particular, Glass-Steagall restrictions in the United States on investment banking activities by banks hamper the ability of Canadian-owned banks in the United States to capture economies of scope in the provision of a wide range of banking services, as they are allowed to do in Canada²⁵⁷.

En 1996, Alan Greenspan, directeur de la Réserve fédérale américaine, déclarait que les restrictions qui découlaient de la *Glass-Steagall Act* «result in higher costs and lower quality services for the public and should be removed»²⁵⁸. Effectivement, ces restrictions se sont estompées progressivement par l'entremise de la *Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act*²⁵⁹. Les limites aux activités des banques ont également été érodées par l'entremise de la *Gramm-Leach-Bliley Financial Services Modernization Act*²⁶⁰.

Les exigences de l'ALÉNA, de même que le récent AGCS, ont mené le Canada à abolir certaines barrières imposées aux banques étrangères, notamment par la création des banques de l'Annexe III. D'ailleurs, plusieurs banques états-uniennes ont profité de cette ouverture pour faire leur entrée au Canada²⁶¹ ou pour modifier leur présence en abandonnant leurs filiales de l'Annexe II pour des succursales de l'Annexe III²⁶². Inversement, plusieurs banques canadiennes se sont établies au États-Unis²⁶³ et au Mexique²⁶⁴.

américain n'était pas équivalent à un traitement réciproque entre les parties à l'ALÉNA : Michele Fratianni, «Competition and Convergence of Bank Regulation in NAFTA» dans Georges M. von Furstenberg, dir., *Regulation and Supervision of Financial Institutions in the NAFTA Countries and Beyond*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1997, 126 à la p. 134.

²⁵⁷ Daniel E. Nolle, «Integration and Globalization of the Canadian and U.S. Banking Industries: A Modest Role for NAFTA ?» dans Georges M. Von Furstenberg, *ibid.* 158 à la p. 163.

²⁵⁸ «Banks Near Securities Ceiling» *Wall Street Journal* (29 mars 1996) C1.

²⁵⁹ *Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994*, Pub L. No. 103-328, 108 Stat. 2338. Voir Fratianni, *supra* note 256 à la p. 133; voir également à ce sujet Pranjal Gupta *et al.*, «Crossborder Trade in Financial Services» Texas A&M University, 1998, en ligne : Texas A&M University <<http://wehner.tamu.edu/mgmt.www/nafta/spring98/Groups/04/Assignment1.htm>>.

²⁶⁰ Pub L. No.106-102, 113 Stat. 1338 (1999). Cette loi a abrogé partiellement le *Glass-Steagall Act*, *supra* note 256 et ouvre la compétition entre les banques, les compagnies fiduciaires et les compagnies d'assurances. Voir notamment Anjan V. Thakor, «Financial Conglomeration : Issues and Questions» dans Georges M. von Furstenberg, *supra* note 258 à la p. 194.

²⁶¹ À savoir Capital One Bank, Comerica Bank, State Street Bank et U.S. Bank NA.

²⁶² À titre d'exemple, la Bank of America a mis sa filiale de l'Annexe II en liquidation volontaire pour concentrer ses activités dans une succursale américaine de l'Annexe III, Bank of America National Association. La même chose se produit avec Bank One Canada (Annexe II) qui cessera ses activités pour tout regrouper au sein de Bank One NA, succursale de l'Annexe III.

²⁶³ À titre d'exemple, pensons à la Banque Royale du Canada qui a acquis Centura Bank Inc. (devenue RBC Centura) et qui déploie depuis ses services dans plusieurs états américains, en ligne : RBC Centura <<http://www.centura.com>>.

²⁶⁴ La Banque de Montréal, notamment par le biais de la Banque Harris, détient 16% de Bancomer, et la Banque Scotia détient 8% du Grupo Inverlat. Voir Gupta, *supra* note 259.

Une certaine harmonisation du système financier devient visible dans la réalité quotidienne. Comme le faisait remarquer James Baillie²⁶⁵ :

du point de vue de l'utilisateur, le système financier nord-américain évolue rapidement vers l'intégration, comme on le voit avec les guichets automatiques. Du point de vue réglementaire, il y a une harmonisation des normes internationales, mais pas d'intégration des structures²⁶⁶.

À ce sujet, en 2001, le BSIF a mis sur pied le Groupe des consultations internationales (GCI) pour aider les économies émergentes à améliorer leur système de surveillance, afin de faciliter l'intégration entre ces structures régulatrices. Pour le BSIF, cet engagement est une façon concrète de favoriser la stabilité financière internationale. Le GCI fournit une aide technique, principalement aux autorités de surveillance des Caraïbes, d'Asie et d'Amérique latine, en matière de surveillance et de réglementation des banques et des sociétés d'assurances²⁶⁷. Afin de favoriser le rayonnement international de cette nouvelle orientation du BSIF et de stimuler le débat de fonds, le GCI invite les organismes internationaux de réglementation dont le mandat consiste notamment à surveiller les institutions financières, à participer à leurs colloques de formation interne²⁶⁸.

B. Les propositions de réforme

Les théories de l'autorégulation et de la régulation semblent maintenant inappropriées lorsque vient le temps de réglementer le commerce électronique et, par extension, les activités bancaires par Internet. Par contre, la corégulation est une nouvelle théorie qui puise sa source dans le meilleur de ces deux mondes et qui émerge lentement de la doctrine depuis quelque temps. Nous proposons de réglementer les

²⁶⁵ Prédécesseur de Harold MacKay et premier président du groupe de travail sur les services financiers.

²⁶⁶ Miville Tremblay, «Le système financier nord-américain se métamorphose» *La Presse [de Montréal]* (24 octobre 1998) F1.

²⁶⁷ Pour en savoir plus sur ce groupe de consultation, voir le site du Bureau du Surintendant des institutions financières, en ligne : <http://www.osfi-bsif.gc.ca/fra/ita_f.asp>.

²⁶⁸ En ligne : Bureau du Surintendant des institutions financières <http://www.osfi-bsif.gc.ca/fra/inhouse_training_f.pdf>. Sur le plan provincial, notons que l'IGIF est également impliqué dans un processus d'harmonisation d'un cadre de surveillance des institutions financières. Par exemple, chaque province qui exerce ses compétences en matière de réglementation et de surveillance des institutions financières non bancaires entraîne la mise en œuvre d'instruments d'intervention auxquels ces institutions doivent se conformer pour avoir accès à ce marché. Une institution peut donc être assujettie à autant de régimes réglementaires que de provinces. L'IGIF travaille en collaboration avec les autres provinces afin de réduire les effets tangibles de la juxtaposition des régimes réglementaires et de surveillance : Inspecteur général des institutions financières, *Les orientations stratégiques 2000 à 2004*, Gouvernement du Québec, 2001 à la p. 21, en ligne : Registraire des entreprises <http://www.req.gouv.qc.ca/publications/planification_2000-2004.pdf>. Sur l'harmonisation provinciale, voir notamment : Kenneth K. Mwenda et Alex Fleming, «International Developments in the Organisational Structure of Financial Services Supervision : Part I» [2001] 16 J.I.B.L. 291.

banques virtuelles en deux temps, soit par la déréglementation des banques étrangères de l'Annexe II (1) et par le développement de la théorie de la corégulation (2).

1. La déréglementation

Alors que d'importantes directives européennes sur les services financiers sont présentement négociées et adoptées²⁶⁹, le représentant de la Fédération bancaire française favorise une économie de marché déréglementée, alléguant que « toute extension de la régulation dans le domaine bancaire serait dommageable ; mais nous sommes convaincus qu'une harmonisation du marché de la banque de détail, par exemple, sera favorable au consommateur ». Il préconise néanmoins un renforcement de la réglementation européenne en matière de lutte contre le blanchiment d'argent²⁷⁰. Est-ce que le point de vue de ce banquier français devrait être considéré au Canada ?

Les études au sujet de la déréglementation des marchés financiers sont certes légion, mais les points de vue suivants sont particulièrement intéressants. D'abord, un auteur opine que non seulement une déréglementation est souhaitable, mais qu'une compétition entre pays au sujet de la déréglementation est plus efficace qu'une tentative de coordination internationale pour éliminer les règles multilatéralement. Ainsi, pour l'avancement et le développement du marché, « less-regulated players move faster and more freely than more tightly regulated ones ; regulated players move fast and more freely than their regulators and national regulators move fast and more freely than international regulators »²⁷¹. À cela s'ajoute l'opinion exprimée par

²⁶⁹ Ces directives se retrouvent principalement dans les services d'investissements et les normes comptables : CE, Directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2003 modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance, [2003] J.O. L 178/16 ; CE, Décision 2003/165 du Conseil du 18 février 2003 concernant la création du comité des services financiers, [2003] J.O.L. 67/17 ; CE, Directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil, [2003] J.O.L. 35/1 ; CE, Position commune (CE) n° 25/2003 du 24 mars 2003 arrêtée par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive 2001/34/CE, [2003] J.O.C. 125/21 et CE, Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, [2002] J.O.L. 243/1.

²⁷⁰ Anne Michel, « Les banques françaises veulent peser davantage à Bruxelles face aux Britanniques » *Le Monde* (12 juin 2003) 21.

²⁷¹ Edward J. Kane, « Competitive Financial Regulation : An International Perspective » dans Richard Portes et Alexander K. Swoboda, dir., *Threats to International Financial Stability*, Cambridge (Royaume-Uni), Cambridge University Press, 1997, 111 à la p. 115.

L'Her et Magnan dans une étude fort complète relative aux fusions et aux acquisitions en Amérique du Nord :

[...] la déréglementation des services financiers et certains effets pervers du système d'assurance-dépôt ont conduit à une plus grande flexibilité, mais aussi à plus de concurrence, ce qui a obligé les institutions financières à être plus innovatrices et à s'engager dans des activités plus risquées, voire spéculatives. Ce mouvement de déréglementation a contribué en grande partie à l'essor du marché des obligations à haut rendement. Cependant, vers la fin des années 1980, l'intervention de l'état sur ce marché a contribué à sa fin brutale²⁷².

Le dilemme juridique devant lequel se trouve le législateur canadien, ainsi que ses collègues d'autres pays, au regard de la réglementation des banques en ligne, suscite donc une sérieuse réflexion quant à la possibilité de déréglementer le régime juridique des banques étrangères. Notre survol de la réglementation des banques étrangères de l'Annexe II présentes au Canada démontre que celles-ci subissent une ségrégation tant vis-à-vis des banques de l'Annexe I et III que vis-à-vis des quasi-banques étrangères. Ce phénomène est tellement important que le Canada, ainsi que ses partenaires commerciaux, ont dû insister pour que le traitement imposé aux banques étrangères soit transposé dans une réserve lors des négociations de l'ALÉNA. Nous avons vu également que le BSIF a refusé de considérer que les activités de la banque Wells Fargo constituaient des opérations bancaires²⁷³, permettant ainsi à cette dernière d'éviter les mailles du filet de l'ancien article 508 de la *Loi sur les banques*.

À nos yeux, un élément de solution au problème de la réglementation des banques virtuelles se trouve dans le projet de loi C-67, qui a instauré le régime des banques étrangères de l'Annexe III²⁷⁴. Cette nouvelle catégorie de banques étrangères, qui jouissent de pouvoirs similaires aux banques de l'Annexe I, constitue une forme de compromis de la part du gouvernement fédéral à la suite de son refus d'accéder aux demandes répétées des banquiers canadiens de permettre les fusions bancaires. Le raisonnement est, d'une certaine manière, d'une simplicité désarmante. D'une part, le gouvernement désire accroître graduellement la compétition dans le secteur bancaire canadien, tant par la création des banques de l'Annexe III que par le décloisonnement du secteur des services financiers. D'autre part, lorsqu'il sera convaincu que le niveau de compétition sera suffisamment élevé, le gouvernement permettra les fusions bancaires, sous certaines conditions. Dans les faits, le processus de fusion bancaire est déjà enclenché depuis 1998²⁷⁵ ; il n'en est qu'à une première étape et, pour le moment, il ne permet guère de répondre aux aspirations des grandes banques canadiennes²⁷⁶.

²⁷² Jean-François L'Her et Michel Magnan, «Les vagues de fusions et acquisitions en Amérique du Nord : modes ou rationalités économiques ?» *Gestion* 25:3 (septembre 2000) 119 à la p. 124.

²⁷³ Perrett, *supra* note 21 aux pp. 89, 98.

²⁷⁴ Loi de 1999, *supra* note 82.

²⁷⁵ F. Pouliot, «Pour ou contre les fusions bancaires» *Le Soleil [de Québec]* (24 janvier 1998) A1.

²⁷⁶ Selon une étude récente réalisée par le ministère des Finances, la Réserve fédérale américaine et la Banque d'Italie, il semble que les fusions entre les grandes banques canadiennes ne génèrent pas les résultats escomptés, notamment à l'égard des économies d'échelle et des avantages commerciaux :

La solidité légendaire du système bancaire canadien a reposé sur la possibilité pour le gouvernement de contrôler les banques canadiennes et étrangères et d'imposer ses politiques et points de vue. Considérant l'impact de la mondialisation et des nouvelles technologies sur ses politiques, le gouvernement canadien a choisi de se repositionner avec une grande prudence. Il dévoile sa stratégie au compte-gouttes, afin de ne pas semer la panique sur les marchés financiers.

Quelle est la variable inconnue dans la stratégie du gouvernement fédéral ? L'approche attentiste qu'il suggère est plutôt révélatrice de son ambivalence à l'égard de la réglementation des banques virtuelles étrangères, surtout si l'on considère qu'il maintient cette position depuis quelques années déjà. En conséquence, nous sommes d'avis qu'il serait souhaitable que le gouvernement fédéral adopte une politique qui consiste à déréglementer les banques étrangères de l'Annexe II à l'égard des pouvoirs qui leurs sont dévolus et de leur permettre d'exercer des pouvoirs similaires aux banques de l'Annexe I et III. Vu le décloisonnement des services financiers depuis plus de dix ans, les banques étrangères s'en trouveraient moins désavantagées vis-à-vis les quasi-banques étrangères — notamment les sociétés de fiducie et de prêt²⁷⁷. Il est incontestable qu'une déréglementation de la sorte augmenterait le niveau de compétition entre les institutions financières, ce qui serait bénéfique aux consommateurs canadiens. Notre recommandation est d'autant plus importante que le ministre des Finances a récemment annoncé son intention de prolonger le moratoire sur les fusions bancaires jusqu'à la fin de septembre 2004²⁷⁸. En d'autres termes, la solution que nous proposons n'est pas révolutionnaire en soi, puisqu'il s'agit simplement de concrétiser plus rapidement la pensée du législateur.

À nos yeux, une déréglementation des banques étrangères ne doit pas impliquer une diminution du contrôle de ces dernières. Alors que les gouvernements prônent une certaine forme de collaboration, nous croyons qu'il est nécessaire d'orienter les tentatives de solution vers la corégulation.

«Les fusions bancaires ne sont pas avantageuses» *Le Devoir [de Montréal]* (8 juillet 2003) B5 ; Simon Tuck, «Bank Mergers Yield No Bonanza ; Study» *The Globe and Mail [de Toronto]* (7 juillet 2003) B1.

²⁷⁷ En pratique, cette différence de traitement ne semble pas influencer les banques étrangères qui désirent s'installer au Canada, puisqu'il existe peu de sociétés de fiducie et de prêt étrangères. Au niveau fédéral, le BSIF a un pouvoir de surveillance sur 41 sociétés de fiducie, en ligne : Bureau du Surintendant des institutions financières <<http://www.osfi-bsif.gc.ca/fra/institutions.asp?s=1&g=2>> et l'IGIF en répertorie 36 (dont seulement 6 ne sont pas dans la liste du BSIF), en ligne : IGF <http://www.igif.gouv.qc.ca/inst_financieres/inst_depots/application_asp/socfiduc.htm> et elles sont toutes constituées sous les législations canadienne, québécoise ou d'autres provinces canadiennes.

²⁷⁸ Sinclair Stewart, «Bank Bidding Wars Expected» *The Globe and Mail [de Toronto]* (25 juin 2003) B1. Voir également Ministère des Finances, «Le Ministre Manley rend publique la réponse du gouvernement aux rapports des comités du Sénat et de la Chambre des communes sur les fusions bancaires et l'intérêt public» Ottawa, 23 juin 2003, en ligne : Ministère des Finances <<http://www.fin.gc.ca/news03/03-031f.html>>.

2. La corégulation

Bien qu'elle connaisse un certain succès, l'autorégulation ne saurait convenir à toutes les situations, notamment à la gouvernance des banques en ligne. Dans une étude sur le *soft law*, ou autorégulation, le Groupe juridique des consommateurs européens mentionne qu'il «existe un scepticisme à l'égard du *soft law* [...] [a]uprès de nombre d'organisations de consommateurs»²⁷⁹. En particulier, l'autorégulation pure n'est habituellement pas appropriée dans des domaines tels la fraude, les risques pour la santé, la protection des personnes vulnérables et les cas où la concurrence ne sert pas les intérêts des consommateurs²⁸⁰.

Les motifs de cette inadéquation proviennent de diverses sources. Premièrement, un système d'autorégulation est habituellement applicable à un groupe particulier, et non d'application générale, ce qui procure une couverture incomplète. Deuxièmement, certains systèmes d'autorégulation ont vu le jour justement afin d'éviter une intervention du législateur dans un domaine en particulier²⁸¹. Troisièmement, les intervenants à l'origine d'une règle d'autorégulation sont rarement indépendants, contrairement au processus d'adoption législatif. Quatrièmement, le contrôle est habituellement absent dans un système d'autorégulation. Cinquièmement, un tel système ne dispose habituellement pas d'un processus de sanction, ce qui représente l'obstacle majeur dans l'implantation d'un système d'autorégulation²⁸².

Afin de contrer ces difficultés, certains ont avancé l'idée qu'une intervention législative devrait chapeauter un système d'autorégulation : c'est le système de corégulation. Le cas échéant, «l'État conserve [...] une position centrale par rapport aux autres ordres juridiques, auxquels il est en mesure d'imposer sa tutelle ou sa

²⁷⁹ European Consumer Law Group, «Le *soft law* et l'intérêt du consommateur» [2001] *Revue européenne de droit de la consommation* 113 à la p. 116.

²⁸⁰ *Ibid.* aux pp. 116-17.

²⁸¹ Voir par ex. Association canadienne des fournisseurs Internet, *Code de protection de la vie privée*, en ligne : Association canadienne des fournisseurs Internet <<http://www.caip.ca/privacy/privacyc.htm>>. Il semble que ce code ait été publié afin de tenter d'empêcher le Conseil de la radio-télévision canadienne de régir les fournisseurs ; leurs efforts furent vains, puisque la *Loi modifiant la Loi sur les télécommunications et la Loi sur la réorganisation et l'aliénation de Téléglobe Canada*, L.C. 1998, c. 8, a tout de même été sanctionnée le 12 mai 1998, et est partiellement entrée en vigueur le 31 juillet 1998 (art. 1, 3-7, 9(1)) et le 1^{er} octobre 1998 (art. 2, 11-19, 21-23). Au sujet de cette question, voir «La vie privée protégée sur Internet» *Le Devoir [de Montréal]* (21 septembre 1998) A3 ; Robert Brehl, «CRTC Asks if It Should Regulate Internet» *The Globe and Mail [de Toronto]*, (1 août 1998) A1. Aux États-Unis, un récent rapport a indiqué qu'en ce qui concerne l'autorégulation des fournisseurs d'Internet vis-à-vis la protection de la vie privée des consommateurs dans l'Internet, l'expérience est un échec : Federal Trade Commission, *Privacy Online — Fair Information Practices in the Electronic Marketplace: A Federal Trade Commission Report to Congress* aux pp. 41-43, en ligne : Federal Trade Commission <<http://www.ftc.gov/reports/privacy3/priv-23a.pdf>>.

²⁸² Voir Federal Trade Commission, *ibid.* aux pp. 120-26.

médiation»²⁸³. Ainsi, il est possible d'affirmer que la corégulation «s'installe lorsque l'État a un intérêt quant au résultat, et qu'il remplace les réglementations traditionnelles ou qu'il ajoute des règles. Dans ces situations, généralement, une législation appuie les règles de *soft law*»²⁸⁴. La corégulation apparaît donc comme une méthode et non comme une source de droit²⁸⁵. Dans cette dynamique, le droit se transforme en un droit négocié, puisque les destinataires participent à son élaboration. De l'avis des professeurs Issalys et Lemieux, cette nouvelle tendance est sujette à un bémol, car un organisme d'autorégulation peut se voir teinté par des intérêts d'ordre privés et s'éloigner de sa mission première²⁸⁶.

Cette forme de collaboration entre l'État et des intérêts privés apparaît sous une multitude de combinaisons. Dans le domaine des services financiers, le secteur des valeurs mobilières est déjà très prolifique à cet égard. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, l'État, dans un souci de développement économique, a facilité la libéralisation des échanges à la suite de pressions en provenance du milieu des affaires²⁸⁷. Au Québec, cette collaboration entre l'État et le privé s'est accentuée après la création de la Commission des valeurs mobilières du Québec en 1955, car celle-ci «entretient ... des liens étroits avec les acteurs visés en procédant à des consultations officielles et officieuses des intéressés dans l'élaboration des normes»²⁸⁸.

Le secteur bancaire est également la source de deux exemples de corégulation, soit la réglementation prudentielle et le blanchiment d'argent. Dans le premier cas, le succès de l'Accord de Bâle de 1988²⁸⁹ fait l'unanimité parmi les banquiers. Celui-ci visait l'établissement de standards afin de contrôler, sinon de diminuer, les risques financiers, dont le risque de crédit. Le résultat de cet accord a dépassé les attentes de la BRI, puisque les banques centrales de certains pays industrialisés, ainsi que celles de pays en développement, ont élaboré des standards plus élevés que les normes recommandées dans cet accord. Ce dernier a été maintes fois bonifié au fil des ans, en

²⁸³ Jacques Chevalier, «Vers un droit postmoderne ?» dans Jean Clam et Gilles Martin, dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, 21 à la p. 33.

²⁸⁴ *Ibid.* à la p. 114.

²⁸⁵ Christian Paul, «Du droit et des libertés sur l'Internet : La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale» dans Etienne Picard, dir., *L'Internet et le droit : Droit français, européen et comparé de l'Internet, Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris 1 les 25 et 26 septembre 2000 — Paris*, Paris, Victoires-Éditions, 2001, 43, à la p. 46.

²⁸⁶ Voir Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997, à la p. 343. Voir également Raymonde Crête, «L'État et les entreprises : des partenaires pour la création d'une réglementation favorable à la quête des capitaux dans le marché des valeurs mobilières» (2000) 41 C. de D. 289 à la p. 316.

²⁸⁷ Voir Raymonde Crête, *ibid.* à la p. 296.

²⁸⁸ *Ibid.* à la p. 315.

²⁸⁹ *Supra* note 213.

particulier à la suite de recommandations, non seulement des banques centrales, mais également des banques commerciales²⁹⁰.

Malheureusement, les succès de l'Accord de Bâle dans le domaine de la réglementation prudentielle ne se reflètent pas dans les efforts qui visent à contrer le blanchiment d'argent. En 1989, après diverses tentatives, le GAFI voyait le jour. Celui-ci a émis une série de 40 recommandations pour éviter le blanchiment d'argent dès 1990, lesquelles ont été révisées par la suite. Alors qu'il ne comprenait que 16 membres lors de sa fondation, on dénotait 33 pays membres et 9 pays et territoires non coopératifs en 2003²⁹¹. Bien que les États membres se soient engagés à insérer ces recommandations dans leur corpus législatif, en pratique, les législateurs ne se sont montrés particulièrement coopératifs qu'à la suite des événements du 11 septembre 2001²⁹². Il importe de souligner que, depuis ce temps, les banques commerciales sont particulièrement actives tant dans l'élaboration des recommandations de réglementation qu'en ce qui concerne leur mise en application par le législateur²⁹³. Outre les banques, certains groupes de pression, notamment les représentants de l'Association du Barreau canadien et de l'Ordre des comptables agréés, ont obtenu des modifications législatives favorables à leurs membres²⁹⁴. À la suite de l'adoption de ces modifications législatives sur le blanchiment d'argent, il est donc juste de considérer que le gouvernement canadien collabore avec les représentants du secteur financier dans le but d'adapter sa législation aux besoins du milieu.

L'exemple du blanchiment d'argent est particulièrement pertinent en l'espèce, car les problèmes rencontrés sont analogues à ceux qui s'attachent à la question de la réglementation des banques en ligne. D'abord, dans les deux cas, les législateurs ont adopté une approche attentiste. En ce qui concerne le blanchiment d'argent, quelques conventions ont été adoptées depuis 1912²⁹⁵, mais ce n'est que depuis quelques

²⁹⁰ *Supra* note 214. Sur cette question, voir Walsh, *supra* note 214.

²⁹¹ Pour la liste complète des membres et observateurs au 25 juin 2003, voir Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, «Membres et observateurs», Paris, GAFI, 2003, en ligne : GAFI <http://www.fatf-gafi.org/Members_fr.htm>. Pour la liste des pays et territoires non coopératifs, voir Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, «Pays et territoires non coopératifs», Paris, GAFI, 2003, en ligne : GAFI <http://www.fatf-gafi.org/NCCT_fr.htm>.

²⁹² Voir Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, «Les recommandations spéciales sur le financement du terrorisme», Paris, GAFI, 2002, en ligne : GAFI <http://www.fatf-gafi.org/SRecsTF_fr.htm>.

²⁹³ Le GAFI réunit notamment un forum sur les services financiers tous les deux ans, avec des représentants nationaux et internationaux du secteur des services financiers et d'autres professionnels ou entreprises intéressés, pour discuter de préoccupations communes.

²⁹⁴ Voir l'article 2 du Règlement modifiant certains règlements pris en vertu de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, D.O.R.S./2003-102, lequel abroge l'article 5 du Règlement sur la déclaration des opérations douteuses — , D.O.R.S./2001-317 ; D.O.R.S./2002-185, qui obligeait les professionnels à déclarer certaines opérations douteuses.

²⁹⁵ *Convention Internationale de l'Opium*, 23 janvier 1912, 8 R.T.S.N. 187. Cette convention est maintenant gérée par l'Organisation des Nations Unies (ONU).

années que les gouvernements nationaux ont concrétisé leurs efforts en ce sens. Ensuite, l'adoption de règles par les législateurs nationaux s'avère insuffisante, considérant l'étendue du problème. D'ailleurs, bien que tous s'entendent sur la nécessité de collaborer, ceci demeure difficile en pratique, comme le démontre la faible participation des États au GAFI, ainsi que le nombre — heureusement décroissant — des États non coopératifs. Enfin, le GAFI a souffert d'un certain handicap lors de sa création — manque de notoriété et de crédibilité —, mais le support de l'Organisation de coopération et de développement économiques et de l'ONU permet maintenant de combler cette lacune.

Ainsi, l'architecture d'une réglementation des banques virtuelles doit être chapeauté par un organisme international qui jouit d'une réputation sérieuse et crédible. La BRI est en mesure, selon nous, de remplir une telle mission dans le secteur bancaire. Les organismes nationaux de supervision des institutions financières — BSIF, OCC, par exemple — devraient prendre le relais au niveau national. Les recommandations issues d'un organisme international pourraient être mises en application au plan national. La collaboration, non seulement entre les États, mais surtout entre ceux-ci et leurs partenaires privés, est nécessaire pour la réussite de cette démarche.

Conclusion

L'évolution des banques à travers les derniers siècles a mené à une informatisation qui offre un potentiel très important. Notamment, le consommateur y trouve une convivialité et une flexibilité — tant pour les horaires que pour l'accès en région éloignée —, tandis qu'une banque peut abaisser ses coûts et améliorer sa productivité. Au Canada, les services offerts par les banques canadiennes sur Internet diffèrent peu des services traditionnels disponibles en succursales, et les banques canadiennes exclusivement virtuelles demeurent très rares. Depuis 1996, le paysage bancaire canadien a été marqué profondément lorsque deux banques étrangères — Wells Fargo Bank et ING Groep N.V. — ont annoncé leur intention d'offrir leurs services aux internautes canadiens. Ce phénomène a soulevé la question suivante : de quelle manière doit-on réglementer ces nouvelles banques? Bien que le gouvernement fédéral ait réussi à esquiver le problème immédiat en concluant une entente avec la banque Wells Fargo, tandis qu'ING Groep N.V. s'est incorporée en tant que banque de l'Annexe II, le cadre réglementaire canadien est demeuré inadapté pour réglementer ce type de banques.

Le gouvernement canadien a modifié substantiellement la *Loi sur les banques* depuis quelques années, notamment en déréglementant le secteur bancaire et en ouvrant timidement la porte à une nouvelle catégorie de banques étrangères — appelées les banques étrangères autorisées —, permettant à celles-ci d'effectuer un certain nombre d'activités bancaires jusque là réservées aux banques de l'Annexe I. L'intervention du législateur n'a point allégé le fardeau réglementaire imposé aux banques étrangères de l'Annexe II, celles-ci étant traitées plus lourdement que les autres institutions financières étrangères. Si des banques étrangères paraissent s'accommoder de cette situation, cette lourdeur réglementaire représente une

invitation lancée aux banques en ligne de venir au Canada en évitant de se soumettre à cette réglementation. Cette lacune est amplifiée d'une manière exponentielle par l'approche attentiste du gouvernement canadien au regard des banques par Internet.

Quelques tentatives de solutions ont réussi à améliorer des facettes du secteur bancaire international. L'autoréglementation s'est notamment montrée utile à l'égard du commerce électronique en proposant des balises de références, que ce soit la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*²⁹⁶ ou les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*²⁹⁷. L'harmonisation a également permis de trouver quelques solutions intéressantes en Europe, mais le secteur bancaire demeure réfractaire aux accords internationaux et à l'ALÉNA, comme le démontre les nombreuses réserves dans ces traités.

Il est intéressant de dresser un parallèle entre la réglementation du blanchiment d'argent et celle des banques en ligne. Dans les deux cas, les ententes internationales sont nécessaires pour contrer le problème, puisque les récalcitrants peuvent toujours s'installer dans une sorte de paradis financier et éviter ainsi de s'exposer à l'obligation de se soumettre à un régime réglementaire strict. De même, dans les deux situations, les autorités ont adopté une approche attentiste, bien que le blanchiment d'argent ait attiré l'attention des autorités vers la fin des années 1980.

Nous préconisons une démarche en deux temps. D'abord, en se situant en quelque sorte à contresens de l'approche législative habituelle, l'atténuation de la réglementation du secteur bancaire canadien à l'égard des banques étrangères est nécessaire afin de rendre ce secteur plus compétitif. Plus précisément, ces banques devraient avoir la possibilité d'exercer un plus grand nombre d'activités bancaires avec, pour corollaire, l'obligation d'être membre de la SADC²⁹⁸. Cette piste de solution représente en quelque sorte l'accélération du désir du législateur canadien, tel que le montre son attitude vis-à-vis les fusions bancaires, ainsi que la création des banques étrangères autorisées. Cette ouverture ne doit pas signifier une absence de contrôle à l'égard des banques étrangères, et surtout des banques virtuelles.

Une certaine forme de corégulation doit donc prédominer, car un encadrement juridique minimum doit exister afin de maintenir un niveau de compétition raisonnable entre les institutions financières et, ainsi, éviter les abus. Comme le note à juste titre le Comptroller of the Currency,

[u]ltimately, the market will decide whether these innovations succeed, and whether electronic payment vehicles will come to dominate the payments systems, *but government still has the responsibility to protect the public interest,*

²⁹⁶ *Supra* note 171.

²⁹⁷ *Supra* note 189.

²⁹⁸ *Supra* note 128.

*ensure the efficiency and competitiveness of our markets, and maintain public confidence in our financial institutions and payment system*²⁹⁹.

En considérant cet argument, un cadre réglementaire minimum devrait être implanté pour gouverner les opérations bancaires en ligne. Vu l'expérience de la BRI à l'égard des mesures prudentielles, ainsi que du blanchiment d'argent, il est souhaitable que celle-ci prenne un rôle directeur afin d'assurer une gouvernance internationale des banques en ligne et suggérer des mesures à l'endroit des autorités régulatrices nationales. En outre, il est possible d'anticiper que des mesures que pourrait proposer la BRI rejoindraient celles déjà souhaitées par le gouvernement canadien — affichage de la liste des fournisseurs illégaux, obligation d'information, sceau de qualité — et ainsi, auraient des chances d'être adoptées par plusieurs États. Enfin, il importe de garder à l'esprit qu'une collaboration avec les intervenants du milieu financier pourrait aider l'implantation de telles mesures.

²⁹⁹ E.A. Ludwig, cité par : Note, «Slowly but Surely, Congress is Showing Interest in E-Banking» (1996) 15 Banking Pol'y Rep. 28 à la p. 28 [nos italiques].