



La triste histoire d'un code condamné:

**Les déboires de la mise en oeuvre du
Code de pratique des services de cartes de débit¹**

Rédigé par Jacques Saint Amant
et présenté au
Bureau de la consommation d'Industrie Canada

2005

¹ Gabriel Garcia Marquez voudra bien nous pardonner cette allusion à *L'incroyable et triste histoire de la candide Erendira*.

OPTION CONSOMMATEURS

MISSION

Option consommateurs est une association à but non lucratif qui a pour mission de défendre les droits fondamentaux des citoyens-consommateurs tels qu'énoncés par les Nations unies en matière de protection des consommateurs et de veiller à ce qu'ils soient reconnus et respectés.

HISTORIQUE

L'association existe depuis 1983. En 1999, elle a regroupé ses activités avec l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) qui existait depuis plus de 50 ans et accomplissait la même mission qu'Option consommateurs.

PRINCIPALES ACTIVITÉS

Option consommateurs compte sur une équipe d'une vingtaine d'employés qui oeuvrent au sein de quatre services : le Service budgétaire, le Service juridique, le Service d'agence de presse et le Service de recherche et de représentation. Au cours des ans, Option consommateurs a notamment développé une expertise dans les domaines des services financiers, de la santé et de l'agroalimentaire, de l'énergie, du voyage, de l'accès à la justice, des pratiques commerciales, de l'endettement et de la protection de la vie privée. Chaque année, nous rejoignons entre 7000 et 10 000 de consommateurs directement, nous réalisons de nombreuses entrevues dans les médias, nous siégeons sur plusieurs comités de travail et conseils d'administration, nous réalisons des projets d'intervention d'envergure avec d'importants partenaires, nous produisons notamment des rapports de recherche, des mémoires, des guides d'achat dont le Guide jouets annuel du magazine *Protégez-Vous*.

MEMBERSHIP

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, recours collectifs et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus pour vous en devenant membre d'Option consommateurs au www.option-consommateurs.org

REMERCIEMENTS

Cette recherche a été réalisée par Jacques St Amant, avec l'appui de Maryse Guénette, responsable du Service d'agence de presse, pour l'enquête sur le terrain.

Option consommateurs remercie grandement le ministère de l'Industrie du Canada pour son soutien financier à la réalisation de cette recherche.

La reproduction de ce rapport est permise, à condition qu'en soit mentionnée la source. Sa reproduction ou toute allusion à son contenu à des fins publicitaires ou lucratives est toutefois strictement interdite.

DÉPÔT LÉGAL

Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

ISBN 2-921588-83-8

Option consommateurs
2120, rue Sherbrooke est, bureau 604
Montréal (Québec)
H2K 1C3

Téléphone : (514) 598-7288
Télécopieur : (514) 598-8511
Courriel : info@option-consommateurs.org

La triste histoire d'un code condamné:

Les déboires de la mise en oeuvre du Code de pratique des services de cartes de débit²

Introduction

A- Le sujet: un mirage?

1- le thème

Quatorze ans après son adoption, le *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*³ demeure méconnu et mal aimé. Voilà un bien triste sort pour un instrument normatif qui se voulait à la fois novateur et rassurant pour les utilisateurs de modes de paiement électroniques qui ont depuis déferlé sur les marchés comme on aurait à peine pu l'imaginer en 1992.

Il s'agit pourtant d'une conclusion à laquelle on ne peut guère échapper. Les associations de consommateurs s'égosillent depuis une décennie à dire et redire que, dans le traitement des réclamations individuelles en cas de problèmes associés à l'usage de cartes de débit, les institutions financières canadiennes font trop souvent fi du Code. La société EKOS a déposé en 2002 les résultats d'une étude qui démontrait que tant le texte des contrats-type bancaires que les pratiques au sein des agences⁴ des institutions financières se conformaient plutôt inégalement au Code. La présente étude confirme hélas à certains égards que la situation ne s'est guère améliorée depuis 2002: on fournit peu d'informations au consommateur qui ouvre un compte et obtient une carte, et les

² Gabriel Garcia Marquez voudra bien nous pardonner cette allusion à *L'incroyable et triste histoire de la candide Erendira*.

³ Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds. *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*. Révision 2004. Ottawa, ministère des Finances du Canada. On en trouve le texte au www.fcac-acfc.gc.ca/fra/conformite/DebitCardCode/DebitCardCode_f.pdf, entre autres sources (ci-après le «Code»).

⁴ Afin d'inclure à la fois les succursales bancaires, les caisses individuelles associées à l'un ou l'autre regroupement de coopératives de crédit ou leurs comptoirs ainsi que les points de service d'autres institutions de dépôt, on recourra à l'occasion au vocable d'«agence».

contrats-types divergent toujours – et parfois considérablement – des orientations que le Code voulait imprimer au marché. Certes, tout n'est pas noir; globalement toutefois, l'échec se confirme.

2- le propos

Le fonctionnement d'un mécanisme de paiement requiert des règles: cette proposition revêt les allures d'un axiome. Ces règles joueront leur rôle si elles sont connues et appliquées: la logique paraît encore là implacable. Des règles dont la teneur est imparfaitement communiquée et qui sont inégalement appliquées perdront assurément de leur utilité. La prévisibilité des comportements et des solutions aux litiges occasionnels en sera affectée: les risques deviennent plus difficiles à gérer. La confiance des utilisateurs non seulement dans les règles, mais dans le fonctionnement même de ce mécanisme, pourra s'en trouver érodée. Dès lors, l'efficacité du mode de paiement et sa capacité concurrentielle dans le marché des modes de paiement se trouvent, si peu que ce soit, compromises.

Ces conséquences n'arrangent personne. Les concepteurs de ce mode de paiement voient leur créature sous-utilisée pour des causes extrinsèques à ses mérites propres. Les fournisseurs du mode de paiement perdent des clients. Les utilisateurs, qu'il s'agisse des créanciers ou des débiteurs, préfèrent mieux gérer leur risque en se tournant vers des outils qui paraissent plus sûrs. Dans la mesure où il s'agit d'un mode de paiement efficace à l'échelle globale des marchés, c'est toute l'économie canadienne qui fait les frais de l'inobservance des règles.

Il s'agit dès lors, dans un cas particulier, celui de l'utilisation des cartes de débit bancaires au Canada, de déterminer si on se conforme aux règles et, sinon, de comprendre pourquoi puis de proposer des solutions afin de remédier à ce problème de conformité.

B- Le plan et la méthode

On esquissera les premiers éléments de cette analyse dans les prochaines pages. D'abord, il faut décrire la scène. On situera les personnages. On présentera ce Code qui se situe au coeur de notre étude.

On procédera ensuite à une analyse en deux temps. Des enquêteurs ont visité douze (12) agences d'institutions financières dans la région de Montréal au début de 2005 afin d'y ouvrir des comptes et d'obtenir une carte de débit. Les banquiers leur ont alors

communiqué certaines informations relatives à l'usage d'une telle carte – ou pas. Ces pratiques sont elles-mêmes régies en partie par certaines dispositions du Code et on peut dès lors évaluer la conformité des comportements observés. Il s'agit bien entendu d'un fort petit échantillon et on ne saurait prétendre extrapoler les résultats de ce premier volet de l'étude à l'ensemble du marché canadien; on verra néanmoins que certaines tendances révélées par l'enquête précitée de la société EKOS paraissent toujours pouvoir être décelées, trois ans plus tard.

Ces visites avaient pour but principal d'obtenir une copie des contrats effectivement utilisés par les institutions financières afin d'encadrer leurs relations avec les consommateurs canadiens en matière d'usage de cartes de débit. Il s'agit de contrats-types et il paraît raisonnable de présumer que les mêmes instruments sont utilisés à une époque donnée dans pratiquement toutes les agences d'une institution ou d'un groupe d'institutions financières. Le problème de la taille de l'échantillon ne se pose donc pas ici avec la même acuité.

On décrira plus précisément la méthodologie suivie à l'égard des deux volets de l'étude dans la partie II et on en présentera les résultats. Il faudra ensuite, dans la partie III, tenter de faire le point, douze ans après l'adoption du Code.

I- Le cadre général

A- Une terminologie

Le fonctionnement de mécanismes de traitement des paiements comme ceux reliés à l'usage d'une carte de débit paraît tout simple au consommateur; il fait cependant appel à des processus complexes, qui requièrent le concours de nombreux acteurs. Cet univers s'est donc doté d'une terminologie particulière (qui n'est d'ailleurs pas propre au Canada), qu'il conviendra ici d'utiliser en général et qu'il faut d'abord exposer.

On a déjà évoqué le Code; il est assorti depuis 2002 d'une annexe A intitulée: *Guide d'interprétation de la section 5: responsabilités en cas de perte*. On y renverra en parlant du Guide. On décrira un peu plus précisément le Code à la section I-D. Précisons à ce stade qu'il est divisé en neuf (9) *sections*, qu'on désignera par ce terme; la plupart des sections sont divisées en éléments numérotés qu'on qualifiera ici de «paragraphe» et ces éléments sont eux-mêmes, à l'occasion, subdivisés en «alinéas» identifiés par une lettre.

Le Code régit en pratique les relations entre des institutions financières canadiennes autorisées à accepter des dépôts et qui émettent des cartes de débit, en première part. On parlera généralement des «institutions financières» ou, à l'occasion, des «banquiers», en incluant tant les banques que les autres institutions de dépôt.

D'autre part, le Code s'applique aux «consommateurs», i.e. à des personnes physiques qui effectuent des paiements à des fins personnelles ou familiales à l'aide de cartes de débit. On les désignera aussi à l'occasion par le vocable de «titulaires» d'une carte.

Certaines opérations effectuées avec une carte de débit servent à payer une prestation au bénéfice d'un fournisseur: on parlera de «marchands» ou de «commerçants».

On renverra d'autre part aux définitions contenues dans la section 9 du Code, intitulée «Glossaire», à l'égard des notions de «carte de débit» et de «numéro d'identification personnel», notamment, et abrégera habituellement l'appellation de ce numéro par «NIP».

B- Une recension des acteurs

Avant d'examiner plus précisément la situation en ce qui a trait à la mise en oeuvre du Code, il paraît opportun de brosser le tableau des principaux acteurs auxquels il s'applique ou qui, de près ou de loin, y sont directement intéressés. Ce tableau s'avère d'une complexité que ne soupçonnent généralement pas les consommateurs.

1- le ministère des Finances du Canada

Le ministère des Finances du Canada exerce évidemment une influence déterminante sur l'évolution du secteur des paiements, mais son rôle se situe en général au plan de la formulation des grandes orientations davantage qu'à celui de la mise en oeuvre de mesures concrètes. Il appartient d'abord au ministre de déterminer si des modifications législatives peuvent s'avérer opportunes dans ce domaine. Il maintient un dialogue avec la Banque du Canada. Il dispose de pouvoirs lui permettant d'influencer les décisions de l'Association canadienne des paiements (à laquelle on revient *infra*) en requérant la modification de règles ou en nommant certains de ses administrateurs, par exemple. Bien entendu, il dispose de pouvoirs étendus relativement à l'évolution de l'industrie bancaire, qui joue un rôle pratique important dans la gestion des mécanismes de paiement.

Depuis l'entrée en vigueur des modifications à la loi autrefois connue sous le titre de *Loi sur l'Association canadienne des paiements* découlant des articles 217 à 247.1 de la *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*⁵, le vingt-quatre octobre 2001⁶, le ministre des Finances peut également «désigner» un système de paiement de portée nationale; on entend notamment par «système de paiement» un système «destiné à l'échange de communications effectuant, ordonnant, permettant ou facilitant les paiements ou les transferts de valeurs»⁷. Le ministre dispose de pouvoirs de contrôle à l'égard de systèmes de paiement qu'il désigne⁸. L'encadrement gouvernemental du secteur des paiements pourrait par conséquent s'accroître notablement du fait de la désignation éventuelle de systèmes tels que ceux des grands émetteurs de cartes de crédit, d'Interac ou des chambres de compensation du secteur des valeurs mobilières. On ignore pour le moment dans quelle mesure le ministre jugera opportun de se prévaloir de ce pouvoir.

Plus précisément et pour nos fins, le ministère des Finances a également pris la présidence du Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds depuis le mois de décembre 2002. C'est donc sous son égide que les dernières modifications au Code ont été édictées. Le ministère joue dès lors, dorénavant, un rôle clé dans les questions reliées à l'application du Code.

2- L'Association canadienne des paiements

L'Association canadienne des paiements (ou «ACP») a été constituée en 1981 par une loi fédérale qui la dotait notamment du mandat de gérer le système de compensation interbancaire au Canada. Jusqu'alors, ce système était exploité par l'Association des banquiers canadiens, de sorte que les autres institutions de dépôt telles que les coopératives ou les sociétés de fiducie ne pouvaient y jouer qu'un rôle indirect. L'ACP constitue un hybride: chargée d'une mission d'intérêt public, elle demeure une association

⁵ L.C. 2001, c. 9, codifiée sous la cote L.R.C., c. F-11.1 (ci-après également la «LACMFC»; le titre intégral de la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*, L.R.C., c. C-21, a été modifié pour devenir: *Loi concernant l'Association canadienne des paiements et la réglementation des systèmes et arrangements relatifs aux paiements*, en vertu de l'art. 209 de la LACMFC, tandis que son titre abrégé est devenu: *Loi canadienne sur les paiements*, sous lequel elle est désormais généralement connue (ci-après également la «LCP»).

⁶ *Décret fixant au 24 octobre 2001 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de la Loi*. TR/2001-102. [2001] 135 Gaz. can. 2414. On trouvera le communiqué de presse à cet égard au www.fin.gc.ca/news01/01-092f.html.

⁷ LCP, art. 36 et 37.

⁸ LCP, art. 38-40.

de membres qui sont des institutions financières qui ont elles-mêmes des intérêts particuliers dans l'évolution du monde des paiements⁹.

L'ACP joue un rôle indirect, mais essentiel, dans le fonctionnement des cartes de débit. Toutes les opérations «partagées», i.e. celles où l'acquéreur n'est pas simultanément l'émetteur de la carte de débit utilisée¹⁰, donnent lieu à un transfert de fonds par l'entremise du système automatisé de compensation et de règlement (le «SACR») exploité par l'Association. Ces opérations sont régies par des règles particulières, aux détails assez techniques desquelles il ne paraît pas nécessaire de s'arrêter ici, mais qui contiennent aussi des dispositions d'intérêt pour les consommateurs.

Par exemple et en vertu de l'article 5 de la Règle E1 de l'ACP¹¹, des mesures particulières doivent être appliquées pour assurer la sécurité du traitement du NIP. Entre autres, le clavier utilisé par le consommateur pour indiquer son NIP aux fins d'une opération au point de vente ne doit pas afficher le NIP, qui doit être immédiatement chiffré avant sa transmission à l'émetteur de la carte selon des algorithmes «reconnus à l'échelle internationale ou nationale.» Le consommateur doit également avoir «la capacité d'effectuer des corrections pendant l'introduction» de ses instructions, le montant de l'opération doit être affiché et le consommateur doit pouvoir annuler l'opération en tout temps jusqu'au moment où il donne son autorisation¹².

La Règle E1 contient trois autres dispositions qui méritent d'être soulignées. D'abord et en vertu de l'alinéa 6b), l'émetteur de la carte doit décider s'il approuve ou non le paiement demandé en temps réel et, en cas d'approbation, il est «réputé avoir accepté l'effet de paiement point de service». Ensuite et en vertu de l'article 7, l'émetteur de la carte ne peut *a posteriori* refuser ou retourner un paiement qu'il a d'abord accepté.

⁹ Quoique la LCP permette maintenant à des institutions financières autres que des institutions de dépôt de devenir membres de l'ACP, aucune telle autre institution ne s'est encore prévalu de cette faculté.

¹⁰ On revient à ces notions *infra*; l'exemple le plus manifeste est celui où un client de la Banque A utilise sa carte au guichet automatique de la Banque B. Il doit alors y avoir compensation interbancaire entre les deux institutions de dépôt en cause.

¹¹ Association canadienne des paiements. *Règle E1. Échange des effets de paiement point de service électronique partagé aux fins de la compensation et du règlement*. Disponible au www.cdnipay.ca/rules/pdfs_rules/rule_ei_fr.pdf.

¹² Les règles de l'ACP s'appliquent d'abord et avant tout à ses membres; elles se trouvent toutefois dans une zone grise entre le pur règlement de régie interne d'une association, qui n'est opposable qu'entre les membres, et la véritable législation déléguée, qui est en principe opposable à tous et par tous. On ne tentera pas ici de déterminer où elles se situent dans cet espace mal balisé.

L'article 12 de la Règle vient confirmer le caractère définitif d'un paiement au point de vente par carte de débit: en cas de défaut ou d'insolvabilité de l'émetteur après l'approbation du paiement, mais avant compensation et règlement, les paiements point de service tirés sur cet émetteur ne peuvent faire l'objet d'une contrepassation par l'entremise du système de compensation interbancaire, contrairement à la plupart des autres instruments de paiement traités par l'entremise du SACR.

3- les réseaux

a) l'association Interac

i) la structure d'Interac

Le Canada figure parmi les États où le recours *per capita* aux guichets automatiques, au paiement au point de vente et à la carte de débit est le plus élevé au monde et ce statut se maintient depuis de nombreuses années¹³. Sans doute est-ce attribuable au moins en partie à l'existence de mécanismes qui facilitent la réalisation de ces opérations entre des comptes détenus par des institutions de dépôt différentes, et qui ont été mis en place¹⁴ par l'association Interac, chef de file dans le déploiement de modes de paiement recourant à des cartes de débit au Canada.

Tout le monde connaît le nom et le sigle d'Interac. La nature précise de ce réseau d'organismes et leur rôle demeurent toutefois mal compris. Le terme «Interac» regroupe en fait trois (3) organismes:

L'Association Interac est une association sans but lucratif non constituée en corporation. Sa principale raison d'être est de faciliter les transactions des membres selon des règles communes et d'offrir le soutien marketing commun pour les services de retrait en mode partagé et de Paiement direct *Interac*.

Interac Inc. est une compagnie sans but lucratif qui est propriétaire des marques de commerce *Interac* et qui

¹³ On trouve sur le site web de l'Association Interac divers indicateurs quantitatifs à cet égard. On en donnera aussi un aperçu *infra*, à la section I-C.

¹⁴ à compter de 1986 quant à l'usage des guichets automatiques en réseau, et à l'échelle nationale en 1994 en ce qui a trait au paiement au point de vente. Le mécanisme de paiement en ligne, moins connu et auquel on revient plus précisément *infra*, a commencé à être déployé en 2005. Le groupe Interac offre également, par l'entremise d'une de ses constituantes, un service de virement de fonds par courriel qui n'est pas pertinent pour nos fins.

voit à la cession sous licence du logiciel du réseau intermembres (RIM) aux membres de l'Association Interac. (Le logiciel RIM permet aux membres de communiquer les uns avec les autres pour échanger des transactions).

Acxsys Corporation est propriétaire du logiciel RIM et en accorde la licence en exclusivité à Interac Inc.¹⁵

En somme, Acxsys Corporation détient un logiciel et a concédé une licence à Interac Inc. Cette dernière accorde en quelque sorte des sous-licences à certaines entreprises et détient par ailleurs des marques de commerce qu'elle permet aux mêmes entreprises d'utiliser. Et quelles sont ces entreprises? Les membres de l'Association Interac, qui obtiennent donc par leur participation à cette dernière entité le droit d'utiliser marques et logiciel et bénéficient des services de marketing de l'Association¹⁶. Cette structure assez complexe découle quant à elle directement d'une entente entérinée par le Tribunal de la concurrence, et qui a marqué profondément Interac.

Le membership de l'Association Interac a évolué depuis sa fondation. Il s'agissait à l'origine d'un regroupement des principales institutions de dépôt canadiennes. Le Bureau de la concurrence s'est toutefois ému du caractère apparemment fermé de ce club et a entamé une enquête qui a mené à la ratification d'une ordonnance de consentement par le Tribunal de la concurrence en 1996¹⁷. En vertu de cette ordonnance, Interac devait à

¹⁵ Association Interac. *Interac™ – contexte général*. Septembre 2000. Pp. 4-5. On ne trouve plus cet énoncé dans la version du même document d'information affiché sur le site web de l'Association; il ya cependant lieu de croire que les trois institutions existent toujours et que leurs relations n'ont pas changé significativement. Chose certaine et comme on le verra *infra*, Acxsys existe toujours et joue un rôle de plus en plus important; quant à Interac Inc., elle est toujours identifiée comme détentrice des marques déposées d'Interac sur le site web. Quant à la version actuellement affichée du document d'information, Association Interac. *Association Interac: Information générale*. Toronto, janvier 2003. 11 p. Disponible sur le web au www.interac.ca/pdfs/background_fr.pdf. On trouvera une brève description d'Acxsys (*À propos d'Acxsys Corporation*) au www.acxsys.ca/about.php.

¹⁶ Tous les membres de l'association sans but lucratif ne sont pas actionnaires de l'entreprise à but lucratif du groupe, à laquelle participent seules quelques institutions financières. Acxsys a été constituée en 1996, à l'occasion de la restructuration d'Interac. Elle mène également des activités de recherche et emploie le personnel du groupe. Ces dernières informations ont été obtenues à l'occasion d'une rencontre d'un comité de travail de l'ACP en 2001. Sont actionnaires d'Acxsys, selon son site web, la Banque de Montréal, la Banque Nationale du Canada, la Banque de Nouvelle-Écosse, la Banque Royale du Canada, la Banque Toronto-Dominion/Canada Trust, la CIBC, le mouvement Desjardins et la Centrale des caisses de crédit du Canada: www.acxsys.ca/about.php.

¹⁷ On trouvera l'ordonnance du 20 juin 1996 au www.ct-tc.gc.ca/english/cases/interac/092_a.pdf; elle a fait l'objet de modifications assez mineures en 1998 et 2000.

l'avenir admettre dans ses rangs des intermédiaires de paiement autres que des institutions de dépôt. On y trouve donc maintenant, par exemple, des sociétés apparemment aussi éloignées du domaine des paiements que BCE Emergis inc. ou aux noms aussi inconnus qu'évocateurs, comme Omnicash Services inc¹⁸.

Si la volonté du Bureau de la concurrence était de faire jouer davantage le marché afin de diminuer les prix payés par les consommateurs, il faut poser l'hypothèse qu'il a échoué¹⁹. Les réseaux privés d'exploitation de guichets automatiques se sont en effet développés au Canada, notamment en payant les marchands qui acceptaient d'installer de tels guichets dans leur établissement. Cela a facilité l'expansion de ces réseaux, mais aussi poussé les prix à la hausse, puisque les coûts d'exploitation étaient accrus par ces redevances payées aux marchands, entre autres facteurs²⁰. Les institutions de dépôt elles-mêmes, voyant cette évolution, ont révisé les stratégies de déploiement des guichets portant leur bannière. Résultat: on trouve de plus en plus de guichets «privés» extrêmement coûteux, et au mieux un nombre stagnant de guichets portant la bannière d'institutions, moins coûteux²¹. L'apparition de concurrents exigeant le gros prix pour un service commode semble en fait pousser l'ensemble des prix sur le marché à la hausse²². Ce n'était sans doute pas le résultat recherché... Mais tout cela n'a pas d'incidence directe sur notre propos.

ii) les rôles d'Interac et de ses membres

¹⁸ On en trouvera la liste au www.interac.org/members.html.

¹⁹ On a analysé plus longuement cette question dans St Amant, Jacques. *L'erreur de Pandore: la concurrence et l'évolution du réseau Interac au Canada*. Montréal, Option consommateurs, 2003 202 p.

²⁰ Il faut aussi noter que les exploitants de ces réseaux de guichets non bancaires ne bénéficient pas des mêmes économies de gamme que les institutions financières, puisqu'ils n'offrent qu'un seul service, ni des mêmes économies d'échelle, puisque leurs réseaux individuels demeurent plus petits que ceux des grandes institutions de dépôt, même si leur nombre total est plus élevé. Il s'agit en effet selon toute vraisemblance d'un marché moins concentré, au moins pour l'instant.

²¹ Plus précisément et selon les plus récentes statistiques compilées par le groupe Interac et par l'Association des banquiers canadiens. Il faut évidemment ajouter aux guichets «bancaires» ceux d'autres institutions de dépôt, comme le mouvement Desjardins, mais la tendance paraît là aussi à la baisse: par exemple et alors que Desjardins affichait un parc de 2 939 guichets au Canada à la fin de 2003, ce nombre avait diminué à 2 922 à la fin de 2004, une diminution de 0,6% en un an: Fédération des caisses Desjardins du Québec. *Rapport annuel 2004*. Lévis, Fédération des caisses Desjardins du Québec, 2005. Tableau «Données complémentaires, p. 3.

²² À l'égard de cette question, entre autres, Guénette, Maryse. *Haro sur les guichets privés*. Consommation, vol. 13, no 2, été 2002. P. 9.

D'autre part et contrairement à ce que l'on croit généralement, Interac n'exploite pas un réseau traitant ou acheminant des ordres de paiement: le groupe a établi des protocoles informatiques et d'autres règles auxquels se conforment ses membres et qui leur permettent d'échanger bilatéralement des paiements²³. Il ne s'agit donc pas d'un réseau centralisé où toutes les opérations transiteraient par un commutateur. Par ailleurs, les virements de fonds effectifs sont effectués par l'entremise du SACR, et non des réseaux utilisant le logiciel d'Interac, qui ne transmettent que des informations reliées à l'autorisation des paiements.

Il faut en effet distinguer deux (2) étapes dans le traitement d'un paiement par l'entremise des protocoles d'Interac²⁴: d'abord, et de manière schématique, l'opération est normalement autorisée en temps réel par une communication entre l'institution financière d'un marchand (par exemple) et l'institution financière du consommateur, qui confirme la disponibilité des fonds et les met en quelque sorte en réserve une fois le paiement autorisé par ce dernier. La compensation et le règlement de ces paiements entre les institutions financières s'effectuent ensuite par le SACR²⁵. Ce sont la demande d'autorisation et la confirmation de disponibilité des fonds qui transitent essentiellement conformément aux protocoles d'Interac.

Les protocoles d'Interac envisagent deux (2) types de participants pouvant accomplir quatre (4) types de fonctions. On compte en effet d'une part des participants directs, reliés les uns aux autres par des connexions bilatérales se conformant aux protocoles, et des participants indirects, qui ne peuvent agir que par l'entremise d'un participant direct. Les participants peuvent par ailleurs être

- des émetteurs, i.e. des entreprises qui émettent des cartes utilisables dans le cadre des protocoles Interac; il ne peut s'agir que d'institutions financières;
- des acquéreurs, qui exploitent des terminaux acceptant les cartes;

²³ Association Interac. *Information générale, op. cit.*, pp. 6, 9.

²⁴ On pense ici au retrait en mode partagé et au paiement direct; le service Interac en ligne introduit un élément de complexité supplémentaire (et c'est le moins qu'on puisse en dire), comme on l'évoquera *infra*, à la sous section iii).

²⁵ Association Interac. *Information générale, op. cit.*, p. 9. Compte tenu que la compensation interbancaire s'effectue en soirée et que le règlement des paiements s'opère le lendemain, il en résulterait pour le marchand un risque de crédit lié à la possibilité (très faible, mais non nulle) que le banquier du consommateur devienne insolvable entre le moment où il a autorisé un paiement direct Interac et le règlement de ce paiement par l'entremise du SACR. C'est ce risque qu'élimine l'article 12de la règle E1 de l'ACP, en établissant le caractère irrévocable du virement autorisé au bénéfice du marchand.

- des fournisseurs de raccordement de services, qui offrent aux participants indirects la saisie et la transmission des informations aux autres participants²⁶;
- les agents de règlement, qui effectuent la compensation et le règlement des paiements par l'entremise du SACR (et qui sont donc membres de l'ACP).²⁷

Situons rapidement ces rôles par un exemple. Un consommateur détenant une carte bancaire obtenue d'un émetteur, son banquier, passe chez un commerçant qui loue des terminaux acceptant des cartes d'un sous-traitant. Les instructions de paiement du consommateur passent de l'équipement de ce sous-traitant, qui agit comme «acquéreur» selon la terminologie usitée dans le domaine des paiements, à un fournisseur de raccordement de services branché aux autres participants, puis à l'émetteur de la carte bancaire, qui renvoie une confirmation de paiement par l'itinéraire inverse. Le paiement lui-même sera par la suite traité par les agents de règlement du banquier du consommateur et de celui du commerçant (et ces banquiers peuvent bien sûr être leur propre agent de règlement). On pourrait donc compter jusqu'à huit (8) protagonistes pour effectuer un simple paiement au point de vente²⁸.

iii) un nouveau service

Jusqu'à récemment, les protocoles d'Interac étaient fondés sur le principe qu'un paiement ne peut être autorisé que dans la mesure où celui qui veut donner l'ordre de paiement démontre à la fois qu'il possède et qu'il sait quelque chose: il devait donc y avoir conjonction d'une carte à bande magnétique²⁹ et de l'inscription d'un numéro d'identification personnelle («NIP»), et c'est la règle toujours appliquée en matière de cartes de débit.

Cette orientation a contribué au maintien d'un niveau de sécurité qui paraissait modérément élevé³⁰; elle connaît maintenant une exception, Interac offrant désormais un

²⁶ On pense ici à des entreprises comme Moneris Solutions Corporation, à l'égard de laquelle on trouvera plus de renseignements au www.moneris.com.

²⁷ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁸ Le consommateur, le banquier émetteur de sa carte, le commerçant, le banquier de ce dernier, l'acquéreur, le fournisseur de raccordement de services et les agents de règlement des 2 banquiers.

²⁹ Pour l'instant du moins; l'Association Interac a annoncé en février 2004 que ses membres passeront graduellement à l'usage de la carte à puce, plus coûteuse à contrefaire, à compter de 2007.

³⁰ On connaît évidemment les incidents largement médiatisés où des réseaux criminels ont réussi à contrefaire des cartes et à obtenir les NIP correspondants. On revient très brièvement *infra*, à la section III, à la problématique du risque intrinsèque relié à cette

service de paiement sur l'Internet où le consommateur autorise un paiement en recourant essentiellement à quelque chose qu'il sait. Ce nouveau mode de paiement comporte un certain intérêt pour nos fins, puisque l'ACP invite ses institutions membres à appliquer les dispositions du Code aux différends découlant de l'usage d'effets de paiement de ce type. Le groupe Interac a par ailleurs établi des modalités de traitement des plaintes qui sont visiblement inspirées du Code, sans toutefois être identiques.

Si la mise en oeuvre du nouveau service «Interac en ligne» avait été annoncée avec une certaine discrétion au printemps 2005, c'est à compter de décembre 2005 qu'on l'a vu commencer à s'étendre. On compte pour l'instant dix (10) entreprises canadiennes qui acceptent ce mode de paiement³¹, que peuvent utiliser les consommateurs clients de trois (3) institutions financières³². Au plan technique, le consommateur visitant le site web d'un marchand participant et qui veut y faire un achat en payant par ce mécanisme sera renvoyé au site web de sa propre institution financière participante, à qui il donnera directement l'ordre de faire le paiement, avant d'être redirigé vers le site du marchand pour terminer l'opération. Si le tout paraît assez transparent pour l'utilisateur³³, la mécanique reliée au traitement de ces opérations comporte un degré de complexité qui ne laisse pas d'étonner³⁴.

Les mécanismes mis en place afin d'atténuer les risques pouvant incomber aux consommateurs ne pèchent pas non plus par excès de simplicité. Dans les limites des compétences qu'elle estime avoir, l'ACP a tenté de mettre en place dans la règle E2³⁵ un

technologie et aux conséquences qui devraient en découler en matière de répartition des responsabilités.

³¹ Les plus connues sont La Source par Circuit City, les boutiques La Senza et Compusmart; on trouve la liste complète au www.interacencolonne.com/merchants_merchants.php.

³² Le groupe RBC Banque Royale, la Banque Scotia et le groupe TD Canada Trust: Acxsys Corporation. *Les premiers marchands à offrir Interac^{MD} en ligne sont juste à temps pour la période des Fêtes*. Toronto, communiqué de presse, 7 décembre 2005, disponible au www.interacencolonne.com/press_fr/IO%20Consumer%20Release%20FR%20FINAL.pdf.

³³ On trouve une démonstration en ligne sur le site www.interacencolonne.com.

³⁴ Le diagramme 5.1, en 7 acteurs (omettant les agents de règlement) et 12 étapes, qu'on trouve en p. 12 du document de consultation de l'ACP sur ce type de paiement paraît relativement éloquent à cet égard: Association canadienne des paiements. *Document de consultation sur les exigences visant les paiements en ligne*. Ottawa, Association canadienne des paiements, mai 2004. L'auteur faisait partie du groupe de travail auquel est attribué ce document, qu'on trouve au www.cdnpay.ca/news/pdfs_news/Requirements_doc_fr.pdf.

³⁵ Association canadienne des paiements. *Règle E2 – Échange d'effets de paiement en ligne électronique aux fins de la compensation et du règlement*. Ottawa, Association canadienne des paiements, février 2005. Disponible au www.cdnpay.ca/rules/pdfs_rules/rule_e2_fr.pdf.

certain nombre de mesures susceptibles de les avantager³⁶. La règle exige entre autres que les institutions financières assurent le respect de la confidentialité des renseignements personnels relatifs à leurs clients, qu'elles imposent certaines conditions aux acquéreurs pour le compte de qui elles agissent, qu'elles authentifient les consommateurs avant de donner accès au compte et qu'elles se conforment à certaines règles de sécurité.

À vrai dire toutefois, la règle n'ajoute guère ce faisant aux obligations élémentaires de diligence qui devraient incomber aux institutions financières et elle en précise simplement les modalités. À tout le moins a-t-on pu s'assurer que le montant total de l'opération, y compris les frais exigibles s'il en est, soit communiqué au consommateur avant qu'il autorise le paiement³⁷.

L'ACP a par ailleurs adopté un énoncé de politique sur les pratiques de règlement des différends, en vertu duquel ses membres sont notamment invités à souscrire aux «principes énoncés dans le» Code³⁸. On notera incidemment qu'au moment de la publication de cet énoncé, seules y avaient souscrit, parmi les membres de l'ACP, les institutions suivantes:

- la Banque de Montréal;
- la Banque de Nouvelle-Écosse;
- la Banque canadienne impériale de commerce;
- la Co-opérative de crédit du service civil ltée;
- la Banque CS Alterna;
- la Banque Nationale du Canada;
- la Banque Royale du Canada;
- la Banque Toronto-Dominion et

³⁶ En vertu du paragraphe (2) de l'article 5 LCP, l'ACP, «[d]ans la réalisation de sa mission, favorise l'efficacité, la sécurité et le bien-fondé des systèmes de compensation et de règlement et tient compte des intérêts des usagers.» Malgré cette qualification législative apparemment limpide à sa mission, qui est notamment de faire fonctionner des systèmes nationaux de compensation comme le SACR, l'ACP a reçu à l'automne 2004 un avis juridique émis par un grand cabinet canadien et opinant que la protection des consommateurs (et donc des intérêts de certains usagers) serait étrangère à sa mission. Nous sommes pour notre part incapables de partager cette interprétation.

³⁷ Règle E2, *op. cit.*, al. 12 b) notamment.

³⁸ Association canadienne des paiements. *Énoncé de politique de l'ACP sur les pratiques de règlement des différends des consommateurs dans le contexte des effets de paiement en ligne selon la définition de la Règle E2 de l'ACP*. Ottawa, Association canadienne des paiements, 1er décembre 2004. Disponible au www.cdnpay.ca/news/pdfs_news/online%20payment%20policy%20statement_fr.pdf.

– la Banque MBNA Canada³⁹.

On note là deux grandes absences, soit les regroupements de coopératives de services financiers au Québec et dans le reste du Canada. On s'étonne aussi que des institutions comme la Banque Laurentienne ou la Banque HSBC, qui occupent des créneaux significatifs dans le marché des consommateurs canadiens, n'aient pas non plus souscrit à cet énoncé. Sans doute cela s'explique-t-il par le fait que ces institutions ne permettent pas encore à leurs clients d'utiliser ce mode de paiement à partir de leurs comptes.

Le groupe Interac a décidé d'ajouter sa pierre à cet édifice normatif et, pour la première fois, a publié certaines des modalités associées à l'un de ses services⁴⁰. Acxsys a en effet établi des «Règles du service à la clientèle» relatives au service Interac en ligne qui se trouvent dans le domaine public⁴¹. Ces règles se disent fondées sur un certain nombre de «principes directeurs», dont l'un veut que

pour encourager une gestion des risques appropriée, les risques de perte sont attribués à la partie la mieux placée pour en contrôler les résultats (émetteur, acquéreur, commerçant ou client);⁴²

En vertu de ces Règles, l'institution financière du consommateur doit établir avec son client, à l'égard du recours au service Interac en ligne, un contrat «en langage clair», accessible sur le site web de l'institution et dont les modalités ne peuvent être modifiées sans avis au consommateur⁴³. Le contrat doit «stipuler que les clients ne sont pas responsables des pertes attribuables à des situations indépendantes de leur volonté», comme des problèmes techniques ou des comportements frauduleux au sein de l'institution financière ou de la part de tiers⁴⁴.

³⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁰ Cette initiative éminemment louable découle selon toute vraisemblance au moins en partie des discussions entre l'ACP et certaines associations de consommateurs, notamment, au cours de l'automne 2004, relativement à la protection des consommateurs dans ce nouvel environnement (auxquelles fait allusion l'énoncé de politique précité de l'ACP), et dont le groupe Interac a été saisi. Il faut souhaiter que, comme l'ACP il y a quelques années, Interac publiera éventuellement toutes les règles relatives au fonctionnement de ses services.

⁴¹ Et qu'on peut consulter au www.interacencolonne.com/engagement_clientele.pdf. En tout respect, on aurait toutefois avantage à rendre le document un peu plus facile à trouver sur le site web d'interacencolonne.com.

⁴² Acxsys Corporation. *Interac en ligne – règles du service à la clientèle*. Version 1.0. Toronto, Acxsys Corporation, 1er mars 2005. Alinéa 1 d).

⁴³ *Ibid.*, par. 3 A). On doit aussi divulguer au consommateur, notamment, les frais associés à l'utilisation du service, s'il en est (par. 3 B)).

⁴⁴ *Ibid.*

L'institution financière du consommateur s'engage d'autre part à établir des «procédures claires et rapides pour traiter les problèmes» et à faire office de premier point de contact «en matière de réclamations»⁴⁵. Lorsque la réclamation doit être soutenue par des «allégations de fait», l'institution financière du consommateur doit en vertu des Règles «exiger que toute assertion à l'appui de la réclamation [...] soit faite sous serment par le client.»⁴⁶ L'institution doit mener son enquête avec diligence et répondre à la réclamation dans un délai de dix (10) jours ouvrables, à moins notamment que le consommateur tarde à fournir une déclaration écrite ou assermentée, auquel cas le délai accordé au banquier est prolongé d'une période équivalant au temps mis par le consommateur à s'exécuter à cet égard⁴⁷.

Comme on le verra *infra*, ces exigences s'apparentent dans une certaine mesure à celles qu'on trouve dans le Code. On doit toutefois déplorer le formalisme entourant l'exigence d'une déclaration écrite, et parfois assermentée, et ce notamment dans le cadre d'un mode de paiement à distance. Il n'y a pourtant pas lieu de croire que les demandes frivoles soient si nombreuses qu'il faille requérir de tous les consommateurs (ou presque) qu'ils rédigent une déclaration et trouvent quelqu'un qui la reçoive sous serment avant de la communiquer à leur banquier. Une simple déclaration verbale suffirait amplement dans la plupart des cas, quitte à ce qu'elle soit accompagnée d'un rappel par le préposé de l'institution financière de la teneur générale des articles 361 et 362 du *Code criminel*, en vertu desquels une représentation fautive, faite avec l'intention frauduleuse d'induire une personne à agir de façon à ce que celui qui fait la représentation obtienne un bien, commet un acte criminel passible d'une peine d'emprisonnement maximale de deux (2) ans⁴⁸.

b) le réseau *The Exchange*

Le réseau Interac ne détient pas le monopole du traitement des opérations par guichet partagé au Canada: le réseau *The Exchange* occupe aussi une part réduite du marché, notamment en Colombie-Britannique et en Ontario. Ce sont en effet principalement des *credit unions* qui adhèrent à ce réseau mais en sont aussi membres, notamment, la Banque

⁴⁵ *Ibid.*, par. 3 C).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, par. 3 F).

⁴⁸ L.R.C., c. C-46, al. 361 (1) et 362 (1) a) et (2) b), notamment, la valeur des montants en cause n'excédant généralement pas 5 000\$. D'autres disposition pourraient aussi prohiber les comportements dont il s'agit.

Nationale du Canada, la Banque HSBC et la *Canadian Western Bank*⁴⁹. On compterait présentement deux cent soixante-cinq (265) institutions financières membres de ce réseau, qui exploiteraient plus de deux mille (2 000) guichets automatiques au Canada⁵⁰.

La marque *The Exchange* est détenue et exploitée au Canada par une société en commandite, Ficanex Services Limited Partnership. Il s'agit toutefois à l'origine d'un réseau états-unien qui, outre-frontière, exploite également un réseau de terminaux au point de vente. Il semble que Ficanex fasse office de commutateur central, tout en établissant les règles auxquelles les adhérents au réseau doivent se conformer⁵¹. Seules des institutions financières peuvent devenir membres du réseau et la compensation interbancaire s'effectue apparemment par l'entremise de la *Credit Union Central of British Columbia* et de la Caisse centrale Desjardins⁵².

Confiné au moins pour l'instant dans le créneau des opérations au guichet automatique, qui paraît quelque peu en perte de vitesse au Canada, et pratiquement absent des grands forums qui se sont intéressés à l'encadrement des paiements par carte de débit, le réseau *The Exchange* n'a pas constitué jusqu'à maintenant un acteur déterminant dans les débats entourant le Code. La situation pourrait changer à mesure que croît son membership ou s'il devait décider de s'attaquer au monopole effectif du groupe Interac dans le domaine des paiements au point de vente.

4- les émetteurs

Ces réseaux n'existent pas sans membres. Ces derniers jouent des rôles essentiels dans le traitement des cartes de débit. Il s'agit toutefois d'une distinction principalement fonctionnelle: les institutions financières peuvent en effet jouer à la fois le rôle d'«acquéreur», auquel on revient à l'instant, et celui d'«émetteur».

Le Code distingue l'«émetteur de cartes» de l'«émetteur de NIP». Dans le premier cas, il s'agit d'une «organisation qui émet une carte de débit valide» au nom d'un titulaire et, dans le second, d'un «établissement financier qui attribue» des NIP utilisés avec des

⁴⁹ On trouve sur le web la liste complète des participants à ce réseau, répartis par province, au www.the-exchange.ca/default.aspx?pageID=1003&langID=en.

⁵⁰ Fiche *About Us*, au www.the-exchange.ca/default.aspx?pageID=1002&langID=en.

⁵¹ On consultera à l'égard de ces questions la foire aux questions, qu'on trouve sur le site de l'entreprise au www.the-exchange-ca/default.aspx?pageID=1012&langID=en.

⁵² *Ibid.*

cartes de débit⁵³. Une distinction saute aux yeux: l'émetteur de cartes ne serait pas nécessairement un «établissement financier». On saisit également qu'on envisageait, à l'époque de la conception du Code, que les cartes et les NIP corrélatifs puissent être émis par des organisations différentes.

Treize ans plus tard et sans qu'on ait effectué une recension exhaustive, on ne connaît pas de cas au Canada où la carte de débit et le NIP qui lui est rattaché ne procéderaient pas d'une même organisation, et il s'agit toujours d'institutions financières. Cette situation découle notamment des modalités imposées par l'Association Interac, dont les membres émetteurs doivent impérativement avoir le statut d'établissement financier⁵⁴. Comme Interac joue un rôle dominant dans le marché des réseaux en mode partagé au Canada et que, de toute manière, une carte de débit n'est guère utile que si elle donne accès à un compte de dépôt nécessairement fourni par un établissement financier⁵⁵, on constate en pratique que les émetteurs de NIP sont aussi les émetteurs de cartes. On conçoit en effet fort mal que les institutions financières donnent à leurs clients accès aux fonds qu'ils détiennent pour eux en utilisant un identifiant qui émanerait d'un tiers et à l'égard duquel ces institutions ne pourraient exercer aucun contrôle à l'égard des modalités de sécurité mises en oeuvre, par exemple. On évoquera donc ici les «émetteurs», sans distinction.

Les émetteurs jouent deux rôles. D'une part et par définition, ils fournissent des cartes de débit à des consommateurs, aux conditions qu'ils déterminent: ils permettent donc l'accès au réseau. Mais, élément tout aussi important, ils détiennent les fonds de ces consommateurs et y donnent accès dans une certaine mesure quand une personne combine une carte et le NIP correspondant afin d'autoriser une opération sur le compte correspondant à une carte.

5- les acquéreurs

Les «acquéreurs» constituent eux aussi un maillon dans la chaîne qui permet d'effectuer des paiements par carte de débit. L'exploitant d'un guichet automatique dans lequel le consommateur insère sa carte ou le fournisseur d'accès au réseau au point de

⁵³ Code, section 2.

⁵⁴ Et on a noté que tous les membres du réseau *The Exchange* doivent aussi être des institutions financières.

⁵⁵ En vertu de diverses dispositions législatives, seules des institutions financières dûment accréditées peuvent solliciter des dépôts au Canada. Une carte peut évidemment donner accès à des liquidités sous forme de crédit variable, par exemple, mais il ne s'agit alors vraisemblablement plus d'«opérations faites avec une carte de débit» au sens où l'entend actuellement le Code.

vente jouent ce rôle de réception, d'«acquisition» de l'ordre de paiement que veut formuler le consommateur.

À l'époque de la création du réseau Interac et puisque seules des institutions financières pouvaient alors en être membres, elles seules jouaient ce rôle au Canada. La situation a depuis bien changé. La majorité des guichets automatiques au Canada sont maintenant exploités par des acquéreurs qui ne sont pas des institutions de dépôt. Ces dernières se sont aussi presque toutes retirées du marché de l'acquisition au point de vente, laissant ce créneau en croissance aux soins des autres membres de l'Association Interac qui veulent bien jouer ce rôle.

Il ne faut pas s'étonner de l'importance qu'ont pris ces intermédiaires. Le marchand ne se spécialise pas en effet dans le branchement à des réseaux de paiement: le recours à un sous-traitant qui se charge pour lui de la gestion de la technologie et qui, dans bien des cas, lui offrira non seulement l'accès au réseau Interac, mais aussi aux grands réseaux de cartes de crédit, l'arrange manifestement. Et donc le consommateur qui, chez son épiciériste ou au restaurant, pense donner une autorisation de paiement au point de vente à ce commerçant, la fournit en fait à un acquéreur qui la transmet à l'institution du commerçant. Le clavier identifiera parfois cet acquéreur, mais ce ne sera pas toujours le cas et un acteur crucial dans le traitement du paiement demeurera dès lors, pour le consommateur, parfaitement anonyme.

Voilà pour les principaux acteurs de l'univers des cartes de débit, outre évidemment les consommateurs qui les utilisent pour effectuer des opérations et les commerçants qu'ils paient à l'occasion. Ces intervenants ne chôment pas, comme l'indiquent quelques chiffres.

C- Quelques données quantitatives

La popularité de la carte de débit au Canada ne laisse pas d'étonner. On compterait plus de trente-quatre millions de cartes en circulation au pays et près de neuf Canadiens adultes sur dix (86%) en détiendraient une – pour une moyenne d'environ une carte et demie par détenteur, incidemment⁵⁶. Des données de 2003 diffusées par l'Association Interac et provenant des statistiques de la Banque des règlements internationaux placent le nombre d'opérations par Canadien au sommet des classements mondiaux.

⁵⁶ Association Interac. Pages *Chex un commerçant* et *Au guichet automatique*, au www.interac.ca/fr_n1_10_atthemerchant.html et www.interac.ca/fr_n1_20_attheabm.html.

Les opérations incluses dans le champ d'application du Code prennent une importance considérable dans l'économie canadienne: leur nombre excède maintenant les trois milliards par année, tandis que les montants en jeu en 2004 s'élevaient à plus de cent cinquante-deux milliards de dollars (152,6 G \$), soit un peu plus de quatre cents millions de dollars (418 M \$) par jour. La ventilation de cette masse de paiements selon le type d'opération a par ailleurs évolué dans le temps, les paiements au point de vente se multipliant encore plus vite que les opérations au guichet automatique se raréfient, comme l'indique le tableau suivant:

Tableau 1
Évolution du volume et de la valeur
d'opérations par carte de débit au Canada
(2000 – 2004)⁵⁷

Opération et nombre	2004	2003	2002	2001	2000
Point de vente					
<i>Volume</i> (millions)	2 819,2	2 590,0	2 404,1	2 236,6	1 960,1
<i>Valeur</i> (G \$)	124,4	116,0	104,9	94,9	85,2
Guichets partagés					
<i>Volume</i> (millions)	294,1	306,7	348,2	389,7	374,7
<i>Valeur</i> (G \$)	28,2	28,3	30,9	32,8	30,3
Total					
<i>Volume</i> (millions)	3 113,1	2 896,7	2 752,3	2 626,3	2 334,8
<i>Valeur</i> (G \$)	152,6	144,3	135,8	127,7	115,5

⁵⁷ Les données relatives aux opérations au point de vente sont tirées de Association Interac. *Nombre de transactions de Paiement direct, de détaillants, de transactions, d'utilisateurs par année et valeur en \$*, consulté au www.interac.ca/fr_n3_31_idpstats.html. Ces données font état d'un nombre d'opérations plus élevé que celui recensé par l'Association canadienne des paiements, l'écart étant en 2004 de 429,8 millions d'opérations et de 15 G\$; nous ne pouvons que présumer que certaines opérations au point de vente utilisant le protocole Interac ne sont pas compensées par l'entremise de l'ACP ou qu'elles sont comptabilisées autrement; ce serait vraisemblablement le cas d'opérations où le consommateur et le marchand utilisent les services de la même institution financière. Les données relatives aux opérations par guichets partagés sont tirées de Association canadienne des paiements. *Débit annuel des effets de paiement passant par le système automatisé de compensation et de règlement (SACR)*, consulté au www.cdnpay.ca/publications/acss_ann_fr.asp. Ces données font état d'un nombre d'opérations généralement plus élevé que celui recensé par l'Association Interac, ce qui s'explique sans doute principalement par l'activité du *Canadian Exchange* dans ce créneau particulier. Interac ne fournit par ailleurs pas d'évaluation de la valeur de ces opérations. On a choisi les données quantifiant le plus grand nombre d'opérations, pour donner un reflet aussi exact que possible de l'ampleur du phénomène.

Le nombre total d'opérations a augmenté d'un tiers exactement (33,33%) en cinq ans, tandis que la valeur totale a crû très légèrement moins vite (32,12%) dans la même période. On constate cependant que le nombre d'opérations par guichets partagés fléchit nettement dès 2002, la chute excédant dix pour cent (10,6%) du nombre constaté en 2001. La dégringolade s'est toutefois ralentie en 2004 et on peut croire que le nombre d'opérations par guichets partagés se stabilisera d'ici peu. Est-ce un hasard? Ce phénomène coïncide sensiblement avec la mise en place ou la hausse des frais associés aux retraits interbancaires.

Par contre, le volume et la valeur des opérations au point de vente poursuivent leur croissance: le premier a crû de près de quarante-quatre pour cent (43,8%) de 2000 à 2004 et le second, de quarante-six pour cent (46,0%). La popularité de ce mode de paiement ne se dément pas et le rythme de croissance du nombre d'opérations, qui paraissait s'être stabilisé de 2001 à 2003, s'est accru en 2004. On assiste peut-être là en partie à un déplacement d'opérations électroniques des guichets automatiques vers le paiement direct, mais la hausse spectaculaire du nombre de paiements directs paraît surtout dénoter qu'ils se substituent au numéraire.

Au total, les paiements par carte de débit représentent plus de soixante pour cent (62%) du volume des paiements transitant par le SACR. Encore faut-il dire que ces données sous-évaluent l'ampleur du phénomène total, puisqu'elles n'incluent notamment pas les retraits au guichet automatique appartenant à l'institution émettrice de la carte, et qu'aucune donnée publique ne paraît permettre de quantifier⁵⁸. Peut-être frôle-t-on ainsi les quatre milliards d'opérations par carte de débit par année au Canada.

Plus aucun mode de paiement au Canada ne pourrait donc rivaliser avec la carte de débit quant à la fréquence d'utilisation dans les opérations de consommation courantes, même le numéraire ayant été supplanté depuis 2001 selon l'Association Interac⁵⁹. Les

⁵⁸ Les opérations de paiement direct où le consommateur et l'acquéreur partagent la même institution financière sont possiblement incluses dans les données d'Interac; elles sont de toute manière de plus en plus rares, toutes les grandes institutions de dépôt à l'exception du groupe Toronto-Dominion Canada Trust et de la Fédération des caisses Desjardins du Québec s'étant retirées du marché de l'acquisition, comme on l'a noté *supra*.

⁵⁹ Selon l'Association, «47% des Canadiens [auraient] dit utiliser le Paiement direct *Interac* plus souvent que tout autre mode de paiement (comparativement à 29% pour l'argent comptant)»: Association Interac, *op. cit.*, p. 5. Compte tenu du nombre total d'opérations par année et de cartes, on constate toutefois que chaque carte en circulation au Canada aurait été utilisée en moyenne 91 fois en 2004, soit à tous les 4 jours, que ce soit pour effectuer un retrait ou un paiement direct. Cette statistique spectaculaire d'Interac paraît donc sujette à caution à l'égard des paiements de très faible valeur, comme l'achat d'un café ou d'un quotidien.

opérations par carte de crédit sont notamment distancées quant à la fréquence dans un rapport de près de deux à un, mais leur valeur totale demeure toutefois supérieure à celle des opérations par carte de débit⁶⁰, ce qui dénote que ces outils de paiement tendent en général à être utilisés à des fins quelque peu différentes⁶¹.

Si le service Interac en ligne prend un essor même lointainement comparable à celui des autres services assujettis en principe aux dispositions du Code, on conçoit fort bien l'importance que pourrait prendre ce dernier à titre d'outil normatif dans le domaine des paiements électroniques au Canada. Voilà qui suscite inévitablement deux questions. Au plan du contenu, cet instrument paraît-il à la hauteur des besoins? Mais, d'abord, alors qu'il est en vigueur depuis 1992, joue-t-il bien dans le marché le rôle qui lui incombe?

D- Le Code et sa mise en oeuvre

1- la genèse du Code

Le Code de pratique canadien des services de cartes de débit a été adopté en 1992 par le Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds, un groupe *ad hoc* multipartite qui a aussi présidé à ses révisions en 1996, 2002 et 2004. Créé à l'époque sous les auspices de ce qui devait devenir le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, le Groupe de travail est maintenant chapeauté par le ministère des Finances du Canada.

Il s'agissait de résoudre un problème. Une machine, le guichet automatique, prenait une place croissante dans les relations bancaires; le paiement au point de vente par carte de débit pointait à l'horizon. Or aucune loi au Canada n'encadrait précisément les droits ou les responsabilités des fournisseurs ou des utilisateurs des services reliés à ces mécanismes. L'hypothèse législative ne paraissait pas sourire au ministère des Finances du Canada, qui eut été responsable d'une telle initiative. Les difficultés constitutionnelles reliées à des interventions provinciales en matière de paiement ou d'encadrement de

⁶⁰ On dénombre environ 1,8 G opérations par carte Visa ou MasterCard par année au Canada, dont les deux tiers sous la bannière Visa, pour une valeur de plus de 180 G \$ (les données les plus récentes des 2 réseaux ne visent pas les mêmes années de référence, ce qui ne permet pas de donner une évaluation plus exacte); ces données excluent l'impact des cartes de crédit d'autres émetteurs, comme les magasins de détail ou les pétrolières. On trouve les résultats relatifs aux bannières Visa et MasterCard au <http://corporate.visa.com/md/st/main.jsp> et au www.mastercard.com/canada/general/press/corp_statistics.html, respectivement.

⁶¹ S'il y a assurément superposition des marchés pour ces modes de paiement, on constate aussi en pratique certaines tendances qui font en sorte qu'on utilisera rarement sa carte de crédit pour un achat de moins de 10\$, et qu'on recourra rarement à la carte de débit pour les achats de quelques milliers de dollars, même quand la chose est possible.

l'activité des banques rendaient cette avenue d'autant plus problématique qu'on aurait pu adopter au Canada plusieurs régimes différents. Ici et là, on commençait à parler dans d'autres secteurs du recours à un nouveau type d'instrument, le code de pratique; pourquoi ne pas y recourir ici? On a donc mis en place un groupe de travail chargé d'y réfléchir.

Selon les quelques anecdotes qu'on a pu glaner depuis, l'enfantement s'est fait dans la douleur et certains représentants des consommateurs qui participaient aux travaux en 1992, notamment, demeuraient déjà un rien sceptiques quant aux chances de succès du Code. La bonne volonté alors affichée par les institutions financières ne leur a toutefois guère laissé d'autre choix que d'y souscrire.

Les débats incessants sur l'efficacité de la mise en oeuvre du Code depuis 1992 n'ont guère accru l'enthousiasme des représentants des consommateurs envers cet instrument. La révision de 2002 a permis la mise en place d'un Guide qui, à divers égards, cherche à atténuer la portée du Code ou les avantages qu'il comporte pour les titulaires de cartes de débit. La révision de 2004 n'a pas davantage fait l'unanimité. En 2004, les représentants des consommateurs participant aux travaux du Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds ont d'ailleurs annoncé qu'ils entendaient à l'avenir mettre l'accent sur la recherche de solutions législatives aux difficultés éprouvées par les consommateurs canadiens en matière de paiements électroniques, plutôt que de compter sur le Code ou des instruments analogues. On sait que les banquiers, par exemple, se sont pour leur part déclarés en 2005 favorables à l'extension du champ d'application du Code à l'ensemble des paiements électroniques⁶².

2- l'adhésion au Code

La section 8 du Code recense les organismes qui l'«ont entériné» et qui doivent donc, en vertu de l'alinéa 1 (3), «assurer une protection du consommateur égale ou supérieure» à celle établie par ses dispositions. Là réside incidemment une difficulté: si l'Association des banquiers canadiens, la Centrale des caisses de crédit du Canada et la Fédération des caisses Desjardins du Québec «ont entériné» le Code, ce ne sont pas ces entités qui agissent directement à titre d'émetteurs, au sens du Code.

⁶² Association des banquiers canadiens. *Révision de la législation des services financiers de 2006: améliorer le cadre législatif des consommateurs canadiens*. Toronto, 1er juin 2005. 191 p. On consultera notamment les pp. 78-79 et la recommandation 3. On trouve ce mémoire de l'Association, déposé dans le cadre de la révision de la législation bancaire, au www.cba.ca/fr/content/reports/French%20Bookmarked%20Submission.pdf.

Au plan strictement contractuel, les consommateurs ne peuvent donc guère compter sur l'engagement que constitue la section 8 que dans la mesure où l'Association, la Centrale et la Fédération se portent fort du comportement de leurs membres, que ces derniers s'engagent eux-mêmes à se conformer au Code⁶³ ou qu'on peut démontrer l'existence d'un mandat des émetteurs à leurs représentants ou d'une relation d'*agency*⁶⁴. On pourrait certes envisager aussi de plaider que les dispositions du Code constituent des «usages» dans le domaine bancaire, qui seraient implicitement inclus dans le contrat bancaire⁶⁵, ou qu'une institution a de quelque manière effectué des représentations périphériques au contrat et qui l'engageraient; on voit toutefois clairement que le statut juridique du Code, dans les relations entre le consommateur et son banquier, ne pêche pas par excès de limpidité⁶⁶.

3- le contenu du Code

Le Code est structuré en neuf (9) sections, auxquelles on a ajouté en 2002 un «guide d'interprétation» qui prend la forme d'une annexe. On procédera ici à une synthèse très sommaire des principales dispositions de chacun de ces éléments constitutifs d'un instrument qui, dans sa version imprimée, tient en une vingtaine de pages assez courtes.

La section 1 du Code en constitue une présentation générale. En vertu de son paragraphe (3), les organismes qui l'entérinent s'engagent à «assurer une protection du consommateur égale ou supérieure à celle» qu'il établit. Le paragraphe (4) avance que le

⁶³ Engagement d'ailleurs pris formellement par quelques institutions financières dans la convention régissant l'utilisation de leurs services, comme on le verra dans la section II-C, mais qui ne forment pas la majorité de l'échantillon examiné.

⁶⁴ C'est une règle élémentaire de droit privé qu'un contrat n'a pas d'effet sur les tiers: l'effet relatif des contrats est codifié au Québec à l'article 1440 du *Code civil du Québec* (avec l'exception apparente de la promesse du fait d'autrui, à l'article 1443) et est connu en *common law* sous le nom de *doctrine of privity*, qui a été formalisée par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*, [1915] A.C. 847 (H.L.).

⁶⁵ En vertu, au Québec, de l'article 1434 CCQ; pour une application similaire d'une norme, *Berthiaume c. Val Royal Lasalle et al.*, [1992] R.J.Q. 76, et notamment les pp.102-108 (C.S.), conf. *sub nom. Berthiaume c. Réno-dépôt*, [1995] R.J.Q. 2796 (C.A.), requête en appel incident rejetée *sub nom. Boréal Assurances Inc. c. Reno-Dépôt*, no 25158, 10.10.1996 (C.S.C.).

⁶⁶ On veut bien par ailleurs que l'Agence de la consommation en matière financière du Canada soit dotée du mandat de «surveiller la mise en oeuvre de codes de conduite volontaires» adoptés par des institutions financières, en vertu de l'alinéa 3 (2) c) de sa loi constitutive, mais il s'agit d'un mandat dont la portée est explicitement limitée, qui ne vise que les institutions constituées en vertu d'une loi fédérale et qui vise justement des codes *adoptés* par une institution financière, ce qui constitue justement ici le problème. On se réjouit certes que l'Agence ne s'enferme pas dans ces subtilités juridiques dans la portée qu'elle donne à son mandat, mais les tribunaux pourraient se montrer moins conciliants.

Code expose «les pratiques du milieu», et laisse donc entendre qu'il pourrait être constitutif d'usages. Le paragraphe (6) rappelle laisse entendre qu'on n'entend pas porter atteinte au principe de la liberté du choix du moyen de paiement par le consommateur.

La section 2 vise les modalités de l'émission des cartes de débit et des NIP. On requiert notamment que le consommateur puisse choisir les comptes auxquels il pourra associer une carte, en vertu de l'alinéa 2 (2) b), et que divers renseignements soient transmis au consommateur qui obtient une carte ou un NIP. L'émetteur doit notamment informer le titulaire des combinaisons de NIP à éviter pour des fins de sécurité et «de l'étendue des pertes qui pourraient résulter de l'utilisation non autorisée de sa carte et de son NIP», aux alinéas 2 (2) e) et 2 (3) d), renseignements évidemment capitaux pour le consommateur afin qu'il puisse mesurer, et donc gérer adéquatement, les risques associés à la détention et à l'usage d'une carte de débit.

La forme des ententes entre émetteurs et titulaires de cartes est régie par la section 3 du Code, la plus brève, dont le premier paragraphe requiert d'ailleurs que ces conventions soient rédigées «en langage usuel». On requiert notamment les émetteurs de remettre au consommateur une copie de la convention régissant l'usage de la carte au moment où celle-ci est émise, ou sur demande. Certaines rubriques doivent se retrouver dans les ententes, qui viseraient distinctement la formulation de définitions, le règlement des différends, le partage des responsabilités, la perte ou le vol de la carte, la confidentialité du NIP, les frais et les modalités de résiliation. Si la substance de ces rubriques se retrouve dans les conventions que nous avons utilisées, le découpage n'en est pas toujours aussi rigoureux que paraîtrait le requérir le paragraphe 3 (3) du Code.

La section 4 régit les opérations, et notamment des éléments comme l'émission et le contenu des relevés d'opération ou les mesures de précaution devant entourer la disposition des terminaux. Si importante soit-elle, cette section du Code ne comportait pas d'intérêt particulier aux fins de notre étude.

Depuis l'adoption du Code, c'est sans contredit sa section 5 qui a fait couler le plus d'encre. Elle établit les principes régissant le partage des responsabilités découlant des opérations effectuées avec une carte de débit. Les paragraphes (1) et (2) ne suscitent pas de controverse: le consommateur est responsable des opérations qu'il autorise effectivement et de celles où il a lui-même commis une erreur ou commis une fraude. En vertu du paragraphe 5 (4), le consommateur engagera aussi sa responsabilité dans les cas

où il contribue à l'utilisation non autorisée de la carte, exception faite des situations visées au paragraphe 5 (3), et notamment à l'alinéa 5 (3) c).

En vertu de ce paragraphe 5 (3), le titulaire d'une carte n'est pas «responsable des pertes attribuables à des situations indépendantes de sa volonté». Il s'agit là d'un principe général qui nous paraît aussi limpide que logique. Sa mise en oeuvre semble parfois compliquée du fait que le libellé, une fois le principe formulé, se poursuit par la description de trois (3) types de situations assez différentes qui sont explicitement présentées dans le texte à titre d'exemples, mais dont on a parfois le sentiment qu'elles sont interprétées comme constituant une recension exhaustive des «situations indépendantes de la volonté» du titulaire.

Les trois catégories de situations expressément mentionnées au paragraphe 5 (3) du Code sont les suivantes:

- a) les «défectuosités techniques» et autres problèmes liés au système d'exploitation;
- b) les cas d'autorisation non autorisée alors que l'institution financière savait ou aurait dû savoir qu'on ne pouvait effectuer d'opération valide avec la carte;
- c) les cas d'utilisation non autorisée de la carte «lorsque le titulaire a involontairement contribué à une telle utilisation», auxquels on revient.

Les cas où, par exemple, un consommateur subit un vol de sa carte sans avoir en aucune manière contribué, volontairement ou involontairement, au vol et où il y a retrait avant qu'il ait constaté le vol, ne peuvent être classés dans aucune de ces catégories. On ne saurait cependant douter qu'il s'agit de situations indépendantes de la volonté du consommateur et donc qu'en vertu du principe énoncé au paragraphe 5 (3), il ne devrait pas être tenu responsable des pertes qui en découlent. On verra pourtant que les conventions de certaines institutions financières sont libellées de telle sorte que le consommateur serait dans de telles circonstances tenu des pertes.

La notion de contribution à une utilisation non autorisée est par ailleurs décrite au paragraphe 5 (5). On y évoque les situations où le consommateur est présumé avoir divulgué volontairement son NIP, notamment s'il l'inscrit sur sa carte ou conserve à proximité de cette dernière «une inscription mal camouflée du NIP», ainsi que celles où il néglige d'aviser l'émetteur de la perte ou vol de la carte, ou de la compromission du NIP, «dans un délai raisonnable». S'il s'agit là, aux termes du Code, de situations de

«contribution» apparemment volontaire à l'utilisation non autorisée, il faudrait conclure *a contrario* que les cas où, par exemple, le consommateur a conservé une inscription prudemment camouflée, ou ceux où il a donné un avis dans un délai raisonnable, devraient être assimilés aux cas de contribution involontaire qui, en vertu du paragraphe 5 (3) c), exonèrent le consommateur de toute responsabilité à condition qu'il collabore à l'enquête qui tentera d'éclaircir les circonstances de la perte. Nous ne voyons pas comment on peut lire autrement le texte du Code et donner encore un sens global et cohérent à tous ses éléments constitutifs, et c'est ainsi que nous l'interpréterons aux fins de cette étude.

Signalons enfin en ce qui a trait à la section 5 que son paragraphe (4) précise également les règles applicables au plafonnement du quantum des pertes.

La section 6 du Code décrit les modalités de réception de la dénonciation des problèmes associés à l'usage de la carte de débit. Elle oblige en particulier les institutions financières à établir une procédure à cet égard et à en informer le consommateur au moment où il signale une opération non autorisée. Le Code n'exige donc pas que des informations de cette nature soient fournies dans le contrat visé par les sections 2 et 3, mais on notera incidemment qu'il serait utile que certaines indications au moins soient fournies au consommateur dès ce moment. La section 7 régit le règlement des différends aux étapes postérieures, si les parties ne parviennent pas à s'entendre assez rapidement. Cette section comporte toutefois un élément capital: le paragraphe 7 (3) stipule en effet que le titulaire «ne doit pas être empêché, sans raison valable, d'utiliser les fonds qui font l'objet du différend» en attendant qu'il soit réglé. Ne serait-ce qu'à des fins de transparence, il serait utile qu'une disposition de cette nature soit insérée dans les conventions régissant l'usage des cartes de débit; hélas, nous ne l'avons vue nulle part.

La section 8 recense les organisations ayant adhéré au Code, tandis que la section 9 fait office de glossaire. D'autre part et comme on l'a noté *supra*, on a ajouté en 2002 un Guide d'interprétation de la section 5. Si certaines des dispositions qu'on y trouve constituent des clarifications susceptibles d'être avantageuses pour les consommateurs, comme l'énoncé 3 sous la «clause 2» voulant que l'institution assume la responsabilité d'une erreur causée par la complexité des instructions affichées à l'écran de son guichet automatique, d'autres sont peut-être moins heureuses. On note par exemple que l'interprétation donnée à la notion de «délai raisonnable» utilisée à l'alinéa 5 (5) b) en fait

une obligation de dénonciation «dès que le titulaire se rend compte» d'un vol, par exemple.

Cela dit, le Code ne contient rien qui puisse créer de risque indu pour les institutions financières émettant des cartes de débit, et les associations qui les représentent y ont souscrit. Au moins une de ces associations présente le Code comme l'instrument exemplaire dont on devrait s'inspirer pour encadrer l'ensemble des paiements électroniques au Canada. S'il était appliqué, le Code constituerait un instrument encore insatisfaisant (et on y reviendra *infra*), mais provisoirement tolérable, dans l'optique des consommateurs. Mais voilà: bientôt quinze ans après son adoption, le Code est-il mis en oeuvre au Canada, et dans quelle mesure?

II- Les enquêtes

A- Un repère: l'enquête EKOS

La société EKOS a réalisé en 2002 une enquête évaluant la conformité de l'industrie canadienne des services financiers au Code, dont les faits saillants ont fait l'objet d'une synthèse préparée par Industrie Canada et qui se trouve dans le domaine public⁶⁷. Au plan méthodologique, l'enquête comportait six (6) volets. On a notamment examiné les dispositions contractuelles proposées aux consommateurs et on a effectué des vérifications ponctuelles auprès des émetteurs de cartes. Nous avons procédé à des examens de même nature (mais non de même ampleur) dans le cadre de la présente étude.

La société EKOS a examiné les contrats de dix (10) institutions financières, soit les six (6) grandes banques, la Banque Laurentienne, la Banque Le Choix du Président, le mouvement Desjardins et la Centrale des caisses de crédit du Canada (en visitant deux caisses membres dans chacun de ces deux derniers cas). On a par ailleurs visité quarante (40) agences dans cinq (5) villes, réparties dans les cinq (5) grandes régions du Canada méridional, afin d'y demander une carte de débit et d'évaluer, selon deux scénarios, les renseignements fournis par les préposés⁶⁸.

⁶⁷ Industrie Canada. Bureau de la consommation. *Points saillants de: Évaluation des opérations relatives au Code de pratique canadien pour les services de cartes de débit*. Ottawa, Industrie Canada, 31 octobre 2002. 41 p. Disponible au [http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inocabc.nsf/vwapj/EKOS_fre.pdf/\\$FILE/EKOS_fre.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inocabc.nsf/vwapj/EKOS_fre.pdf/$FILE/EKOS_fre.pdf) (ci-après «EKOS»).

⁶⁸ Dans le scénario «non guidé», l'enquêteur n'«a pas demandé [...] de plus amples renseignements en plus de ce qui était offert» tandis que, dans le scénario «guidé», l'enquêteur posait des questions plus précises et requérait des renseignements supplémentaires: EKOS, p. 3.

On notera au passage que la société EKOS a également demandé aux institutions financières visées de lui fournir des données relatives aux plaintes reçues par leurs centres d'appels en matière de cartes de débit au cours de la période d'un an courant du premier novembre 1999 au 31 octobre 2000. L'évaluation qu'a fait EKOS des réponses reçues, telle qu'elle est résumée dans les «Points saillants», comporte un certain intérêt:

Très peu d'institutions financières ont été capables de fournir les données de leur centre d'appels tel que demandé, et la qualité de même que la rigueur des renseignements variaient énormément [...]. Au total, quatre institutions (sur dix invitées à participer) ont été capables de fournir des données agrégées selon le niveau de détail demandé.⁶⁹

On s'étonne que des institutions financières utilisent si peu et si mal des données qui pourraient leur permettre d'améliorer leurs services et on déplore qu'il soit si difficile d'obtenir des renseignements fiables sur l'évolution de la situation dans le marché des services bancaires au consommateur.

En matière de conformité des contrats examinés au Code, les résultats obtenus par EKOS indiquaient un très haut taux de succès à l'égard de questions comme l'information relative aux façons d'éviter une utilisation non autorisée de la carte, le maintien du secret du NIP lors de son émission ou la responsabilité du titulaire d'assurer le caractère confidentiel du NIP⁷⁰. Les résultats dégringolaient toutefois assez rapidement par la suite, les taux de conformité agrégés dans la documentation destinée aux consommateurs tombant jusqu'à vingt pour cent (20%). Lorsqu'il s'agissait d'informer le consommateur «sur les conséquences possibles d'un manquement à l'obligation d'assurer la sécurité de la carte», les contrats ne se montraient conformes au Code qu'à hauteur de soixante-dix pour cent (70%). On n'informait correctement le consommateur de «l'étendue des pertes qui pourraient résulter de l'utilisation non autorisée de la carte» que dans soixante pour cent (60%) des cas. On omettait enfin très souvent de permettre au consommateur de choisir les comptes auxquels il pourrait avoir accès grâce à sa carte, avec ce résultat qu'à peine un contrat sur cinq se conformait aux exigences du Code à cet égard⁷¹.

⁶⁹ EKOS, p. 6. Il faut dire que les institutions non financières, comme les organismes de réglementation ou les associations de consommateurs, ont aussi éprouvé beaucoup de difficultés à fournir des données précises.

⁷⁰ EKOS, p. 8.

⁷¹ EKOS, p. 9.

La conformité des contrats en ce qui a trait aux modalités de règlement des différends connaissait elle aussi des variations considérables: on n'indiquait par exemple que «le titulaire ne doit pas être empêché, sans raison valable, d'utiliser» ses fonds que dans moins d'un cas sur deux (47%) et on n'évoquait l'obligation d'expliquer le fonctionnement du mécanisme de traitement des différends que dans quarante-deux pour cent (42%) des cas⁷². La documentation interne des institutions semblait toutefois plus susceptible d'être conforme au Code, à l'égard de certaines questions au moins⁷³.

Les vérifications sur le terrain ont également permis de déceler un certain nombre d'anomalies. On n'a par exemple remis au consommateur une copie du contrat que dans soixante-dix-huit pour cent (78%) des cas et on ne l'a renseigné quant à l'objet et à l'utilité d'un NIP que dans deux cas sur trois (65%), un chiffre qui tombe à cinquante-cinq pour cent (55%) dans les visites avec scénario non guidé. On observe d'ailleurs en général, dans ces derniers cas, des pourcentages de conformité de cinq (5%) à vingt pour cent (20%) à ceux constatés dans les scénarios guidés⁷⁴.

Les résultats observés lors des visites sur le terrain chutent d'autre part vertigineusement lorsqu'il s'agit de transmettre aux consommateurs des renseignements relatifs à la sécurité. Entre autres et en ce qui a trait à l'information relative à «l'étendue des pertes qui pourraient résulter de l'utilisation non autorisée» de la carte et du NIP, le pourcentage de réponses adéquates tombe à soixante-dix pour cent (70%) dans le cadre des scénarios guidés, mais à seulement trente-cinq pour cent (35%) dans le cas des scénarios non guidés. Extraordinairement, treize (13) réponses sur quarante (40), soit près d'une sur trois (32,5%), ont été classées par la société EKOS dans la catégorie «en contradiction avec le Code ou n'offre pas assez d'information»⁷⁵. Il s'agit pourtant d'un domaine où il paraît impératif qu'on fournisse aux consommateurs des renseignements adéquats. Comme l'indique la société,

Le fait que ces [...] éléments aient reçu une cote plus faible porte à croire que les titulaires ne reçoivent pas toujours l'information qui pourrait servir d'incitatif à assurer la sécurité de la carte et la confidentialité du NIP.⁷⁶

⁷² EKOS, p. 28.

⁷³ EKOS, pp. 28-29.

⁷⁴ EKOS, pp. 10-11.

⁷⁵ EKOS, p. 13.

⁷⁶ *Ibid.*

La société EKOS a par ailleurs pu examiner la documentation que les institutions financières mettent à la disposition de leurs personnels afin de les informer en matière de traitement des différends relatifs à l'utilisation de cartes de débit. On indique dans les Points saillants qu'elle a conclu à l'égard de ces documents que «des taux de conformité similaires» à ceux touchant les contrats «ont été observés»⁷⁷, ce qui ne contribue pas précisément à rassurer quant à la probabilité que les dispositions du Code soient adéquatement mises en oeuvre: consommateurs et préposés ne les connaissent en effet que fort inégalement. La société EKOS aurait noté d'autre part que «[...] même si le personnel est au courant de ces questions, il a tendance à ne pas partager l'information, à moins qu'une demande précise ne soit formulée.»⁷⁸

Sans qu'on en rappelle ici les résultats en détail, il faut signaler que la société EKOS avait également procédé à un sondage auprès des consommateurs dans le cadre de son étude, qui tendait à indiquer que les consommateurs ne connaissaient pas très bien les mesures de sécurité recommandées en matière d'utilisation de cartes de débit et de NIP, ni les responsabilités qui peuvent leur incomber en cas d'opérations non autorisées⁷⁹. De trois à quatre répondants sur dix estimaient par ailleurs que les mesures de sécurité au point de vente leur paraissaient peu adéquates⁸⁰, malgré les exigences établies notamment par la règle E1 de l'ACP.

Les données divulguées dans les Points saillants, et qu'on a citées dans les pages qui précèdent, ne fournissent aucune ventilation entre institutions financières ou entre régions, par exemple: il s'agit exclusivement de données agrégées. L'examen des résultats détaillés, qui ne sont pas dans le domaine public, oblige toutefois à constater que les résultats des diverses institutions peuvent varier sensiblement. Compte tenu de près d'une trentaine de facteurs d'évaluation du contenu des contrats, par exemple, on constatera que le nombre de mentions totalement manquantes oscille en général autour de quinze pour cent (15%) mais atteint parfois près de vingt-cinq pour cent (25%). Le nombre de mentions contraires au Code dépasse parfois vingt pour cent (20%). La conformité observée à l'égard d'un élément en particulier lors des visites en succursale passe de quatre-vingt-dix-huit pour cent (98%) à trente-trois pour cent (33%), selon l'institution.

⁷⁷ EKOS, p. 17 et tableau, p. 18.

⁷⁸ EKOS, p. 19.

⁷⁹ EKOS, pp. 21-23

⁸⁰ EKOS, p. 23. Les commerçants, eux-mêmes interrogés dans le cadre d'un autre volet de l'enquête, ne paraissaient pas connaître beaucoup mieux leurs obligations à cet égard: EKOS, p. 25.

C'est dire que le marché est extrêmement inégal – ou du moins qu'il l'était au moment de la réalisation de cette enquête.

Les institutions financières ont été saisies des résultats détaillés de l'enquête EKOS. Trois ans se sont écoulés entre leur diffusion aux intervenants intéressés et la saisie des données aux fins de la présente étude. On sait que plusieurs institutions financières ont révisé leurs conventions depuis. Il s'agit maintenant de voir si la situation s'est améliorée depuis 2002.

B- L'enquête terrain de 2005

1- la méthode

Pour analyser les contrats utilisés par les institutions financières afin de régir les relations avec leurs consommateurs en matière de cartes de débit, il fallait évidemment les obtenir. Pour ce faire, rien de plus simple que d'ouvrir un compte, et donc de recevoir (au moins en principe) une copie de la convention régissant les opérations. L'occasion était belle de procéder aussi à une petite enquête-terrain, afin d'observer les pratiques des institutions financières et, notamment, de déterminer quels renseignements sont transmis aux consommateurs en matière d'utilisation de la carte de débit à l'occasion de l'ouverture d'un compte.

Il s'agit d'une enquête-terrain de faible portée. Elle n'a été effectuée que dans la région de Montréal. On a ciblé six (6) institutions ou familles d'institutions, et on a visité deux (2) agences dans chaque cas. Les institutions ont été choisies en tenant compte de leur part du marché des services bancaires au consommateur québécois et de la proximité des agences eu égard au domicile ou au lieu de travail des enquêteurs, afin de réduire le risque de difficulté relié au scepticisme d'agences visitées par des consommateurs n'ayant en apparence aucun lien géographique avec elles. Ce sont eux qui, compte tenu de ce dernier facteur, ont choisi les agences visitées à l'égard d'une institution donnée, en consultation avec la personne chargée de la coordination de l'enquête⁸¹.

On a recouru à onze (11) personnes différentes qui, en février 2005, ont procédé à l'ouverture d'un compte en recourant essentiellement à ce qu'on pourrait qualifier, pour emprunter à la terminologie de la société EKOS, de «scénario non guidé»: le

⁸¹ Cette consultation visait notamment à s'assurer que deux enquêteurs ne visiteraient pas la même agence. Aucun enquêteur n'a par ailleurs visité deux agences d'une même institution.

consommateur ne posait donc aucune question particulière en ce qui a trait aux cartes de débit, sinon une, à la toute fin. L'enquêteur remplissait ensuite un questionnaire d'une page, où on vérifiait d'abord les éléments suivants⁸²:

- 1- le consommateur a-t-il été informé qu'il doit choisir un NIP confidentiel?
- 2- a-t-on indiqué au consommateur comment choisir un NIP confidentiel?
- 3- a-t-on expliqué au consommateur les conséquences pouvant découler du fait que le NIP soit facile à établir?
- 4- a-t-on précisé l'étendue des pertes que le consommateur peut encourir si le NIP est facile à établir?
- 5- a-t-on indiqué au consommateur avec qui il devait communiquer en cas de problème relié à sa carte de débit?
- 6- a-t-on pris des mesures pour que le NIP ne soit connu que du consommateur?
- 7- a-t-on remis au consommateur une copie du contrat?
- 8- lui a-t-on remis d'autres documents?

On voit donc qu'il s'agit d'indications relativement simples et qui devraient être communiquées aux consommateurs dans le cadre de l'obtention d'une carte, en vertu de diverses dispositions du Code. On demandait par ailleurs à l'enquêteur de poser une question précise (9) vers la fin de l'entrevue: «Si on me vole la carte ou si on la clone, suis-je protégé?»

2- la conformité des agences

Les résultats obtenus ne manquent pas d'intérêt, comme l'indique le tableau 2. On y recense en abscisse les questions ayant fait l'objet d'une évaluation en recourant à la numérotation utilisé au paragraphe précédent. On a distingué chacune des agences visitées, selon l'institution en cause. On a attribué une note de «2» lorsque les informations fournies ou la réponse obtenue étaient au moins sensiblement conformes au Code, une note de «1» lorsque les résultats n'étaient qu'approximativement conformes et une note de «0» lorsqu'aucune information n'a été fournie ou que les renseignements communiqués étaient incompatibles avec la teneur du Code, ce dont on donnera quelques

⁸² On trouvera une copie d'un exemplaire du questionnaire à l'appendice 1. Le questionnaire devait être rempli par l'enquêteur immédiatement après la visite de l'agence.

illustrations *infra*. Il s'agit assurément d'un mode de notation assez sommaire, mais on verra qu'il suffit à indiquer l'existence d'un certain nombre de tendances:

Tableau 2
sommaire quantitatif des
informations recueillies à l'occasion
d'une enquête terrain dans 12 agences
de la région de Montréal

Institution ⁸³	1	2	3	4	5	6	7	8	9	Total (%) ⁸⁴
BL 1	2	2	2	0	2	2	2	2	2	89
BL 2	0	0	0	0	0	2	2	2	2	44
BM 1	2	1	0	0	0	2	2	2	0	50
BM 2	1	1	0	0	2	2	2	2	1	61
BN 1	2	2	0	0	0	1	2	2	0	50
BN 2	2	2	0	0	0	2	2	2	2	66
CP 1	1	0	0	0	2	0	2	2	1	44
CP 2	0	0	0	0	2	0	2	2	0	33
RBC 1	2	2	0	0	2	2	2	2	1	72
RBC 2	2	2	0	0	2	2	2	2	1	72
TD 1	1	0	0	0	0	2	2	2	1	44
TD 2	0	0	0	0	0	0	2	2	0	22
Total (%) ⁸³	63	50	8	0	50	71	100	100	46	54

Quelques résultats sautent aux yeux. D'abord, on a uniformément fourni aux enquêteurs non seulement la convention relative à l'usage de la carte de débit, mais aussi et en plus une documentation parfois abondante. On n'a par contre fourni aucune indication quant à l'étendue des pertes que peut encourir le consommateur qui a utilisé un NIP mal dissimulé ou facile à deviner.

⁸³ On entend par «BL» la Banque Laurentienne, par «BM» la Banque de Montréal, par «BN» la Banque Nationale du Canada, par «CP» des caisses affiliées à la Fédération des caisses Desjardins du Québec, par «RBC» la Banque Royale du Canada et par «TD» la Banque Toronto-Dominion.

⁸⁴ On a établi les pourcentages à l'égard de chaque agence en postulant une note maximale possible de 18 (9 x 2) et en rapportant le résultat obtenu en pourcentage de ce potentiel. On a procédé de la même façon à l'égard de chaque question, en rapportant le total des résultats obtenus sur 24 (12 agences x 2). Les pourcentages ont été arrondis.

Les informations fournies varient d'autre part selon l'institution et, dans certains cas, selon l'agence visitée: le contraste entre les deux succursales de la Banque Laurentienne, dont l'une a obtenu une note presque parfaite alors que l'autre affiche des résultats assez médiocres, l'illustre assez bien. Les deux agences de la Banque Toronto-Dominion ont obtenu des résultats fort mauvais, mais qui s'établissent néanmoins aussi dans le même rapport de un à deux. On note par contre la constance des résultats obtenus dans les deux agences de la Banque Royale du Canada. Au total, les résultats obtenus varient, selon l'agence, dans un rapport de un à quatre⁸⁵.

Si on examine plus précisément les réponses aux questions, on s'étonne d'abord de la variation des réponses à la première d'entre elles: on aurait pu croire qu'on insisterait universellement sur l'importance de choisir un NIP confidentiel. Trois (3) agences ont toutefois omis de fournir quelque indication que ce soit à cet égard; dans un autre cas, on s'est borné à dire au consommateur que, compte tenu de son métier⁸⁶, on n'avait pas à lui expliquer l'importance du caractère confidentiel du NIP. On a parfois fourni l'information après que le consommateur eut choisi son NIP, ce qui n'est que médiocrement utile.

Les renseignements fournis à l'égard des critères de choix du NIP manquaient aussi de précision dans bien des cas. On a parfois recensé une série de numéros qui ne devraient pas être utilisés et souligné qu'on ne devait divulguer son NIP à personne; dans d'autres cas toutefois, on n'a pas pipé mot à ce sujet.

On a dans la quasi-totalité des cas éludé la problématique des conséquences du choix d'un NIP relativement facile à déterminer, malgré l'alinéa 2 (2) c) du Code. Une seule institution a fourni des renseignements appropriés à cet égard. Dans trois (3) agences (RBC 2, BM 1 et BM 2), on a répondu au consommateur qu'il est «responsable des transactions dans son compte», sans plus de nuances.

Quant à l'étendue des pertes pouvant résulter du choix d'un NIP facile à déterminer, aucune institution ne s'est conformée, même lointainement, à l'obligation découlant du même alinéa et de l'alinéa 2 (2) e), comme l'indiquent les réponses à la question 4. C'est là le résultat le plus catastrophique, alors qu'on pourrait croire qu'il serait utile que les institutions mettent leurs clients en garde à l'égard des risques qu'ils peuvent encourir.

⁸⁵ TD 2 et BL 1.

⁸⁶ Il effectue du travail de nature administrative pour un corps de police, mais n'est pas policier.

Les réponses à la question 5 partagent les agences en deux (2) groupes égaux: on a parfois fourni une réponse généralement adéquate, mais on a aussi invité par exemple le consommateur à contacter la police, en cas de problème avec la carte⁸⁷. On note aussi à cet égard que, dans les deux tiers des institutions visitées, les deux agences ont fourni des réponses semblables: la formation du personnel ne paraît pas tout à fait homogène dans toutes les institutions.

Les réponses à la question 6 établissent que, dans la plupart des cas, on a permis au consommateur de choisir lui-même son NIP, le préposé de l'agence n'étant pas en mesure d'observer le code choisi par le consommateur. La Banque Nationale recourt à une procédure légèrement différente, mais néanmoins acceptable (quoique peut-être moins pratique): on attribue un NIP provisoire au consommateur, qui est invité à se rendre à un guichet automatique dans la demi-heure suivante afin d'y substituer le NIP de son choix. Quant à la documentation fournie et comme on l'a déjà noté, les résultats sont irréprochables.

On se souvient que l'enquêteur devait en fin d'entrevue s'enquérir de la portée du risque couru en cas de vol ou de clonage de la carte. On a obtenu là des résultats éminemment variés. Le personnel d'une agence a tout bonnement renvoyé le consommateur... à son contrat d'assurance de dommages, sans plus. Dans d'autres cas, on a invité le consommateur à la plus grande prudence, on l'a parfois renvoyé aux stipulations du contrat régissant cette question ou on l'a informé qu'il serait indemnisé en cas de fraude systématique, sans donner d'autres précisions⁸⁸. On a dans un cas recommandé au consommateur de ne pas utiliser sa carte de débit dans «les petits commerces» (TD 2).

Les résultats globaux, par question, couvrent donc tout l'éventail, de l'échec généralisé (question 4) au succès complet (questions 7 et 8). On serait tenté de poser l'hypothèse que plus la réponse à fournir est factuelle ou documentaire, meilleur est le résultat, tandis que les questions où les préposés des institutions doivent fournir des indications plus nuancées donnent lieu à des notes inférieures.

On affiche donc au total une note moyenne cumulative de cinquante-quatre pour cent (54%); seules cinq (5) agences ont obtenu une note supérieure à la moyenne. Cela paraît

⁸⁷ Il s'agit de l'agence BN 1.

⁸⁸ Certains préposés ont parlé de «fraude commerciale»; compte tenu du caractère très incomplet de cette réponse, on a dans ces cas attribué une note de «1».

fort peu, compte tenu que le Code était en vigueur depuis treize (13) ans au moment de la réalisation de l'enquête et qu'on aurait pu espérer des améliorations significatives à la suite de l'enquête menée par la société EKOS en 2001. Hélas, cela ne paraît pas être le cas. D'ailleurs et si on retire des résultats les questions 7 et 8, où il ne s'agissait somme toute que de remettre des documents, on obtient plutôt une moyenne cumulative globale de quarante-et-un pour cent (41%). Il n'y a donc pas de quoi pavoiser.

Il s'agit bien entendu de résultats extrêmement fragmentaires, qu'on ne saurait se risquer à extrapoler à l'ensemble du marché canadien. Il n'en reste pas moins qu'ils concordent sensiblement avec ceux obtenus par la société EKOS. Dans les deux cas, on constate des carences significatives dans l'information fournie aux consommateurs et des variations considérables dans les renseignements fournis en fonction de l'agence visitée. Bref, il y a lieu de poser l'hypothèse qu'on se trouve encore assez loin de la perfection en matière de conformité sur le terrain avec les prescriptions du *Code canadien des services de cartes de débit*. Il s'agit maintenant de voir si les choses ont progressé en ce qui a trait au contenu des contrats utilisés par les diverses institutions financières.

C- L'analyse des conventions

L'analyse des conventions utilisées par les institutions financières constituait le coeur de la présente étude. On a recueilli dans les douze (12) agences visitées dans le cadre de l'enquête décrite dans la section précédente ces conventions et, dans certains cas, d'autres documents plus ou moins complémentaires. Pour chaque couple d'institutions, les conventions proposées étaient identiques; la documentation complémentaire pouvait varier à l'occasion.

On n'a pas procédé à une évaluation exhaustive de toutes les dispositions des conventions en fonction de toutes les règles de droit applicables. L'exercice serait fascinant et nous poserons d'emblée l'hypothèse qu'une telle étude révélerait que ces conventions contiennent de très nombreuses dispositions au moins inopérantes, sinon invalides, selon les règles du droit québécois; il excéderait toutefois très nettement la portée de la présente étude. Sauf quelques exceptions notées dans le texte, on s'est plutôt borné à évaluer les dispositions des conventions bancaires les plus pertinentes en regard du Code, et en fonction du contenu du Code et du Guide. On a procédé à une analyse juridique normale, faite selon les règles de l'art.

Six institutions, six conventions, recensées ici simplement dans l'ordre alphabétique des noms des institutions ou des groupes d'institutions. Et des résultats dans l'ensemble peu reluisants.

1- la Banque Laurentienne

Les pratiques observées dans les agences de la Banque Laurentienne ont varié selon l'agence visitée. Dans un cas, on n'a remis à l'enquêteur que l'Entente relative à l'utilisation du service des guichets automatiques⁸⁹ tandis que, dans l'autre, on lui a également remis la Convention de services financiers⁹⁰. Cette dernière comporte certaines dispositions relatives à l'utilisation des guichets automatiques, notamment, ce qui la rend pertinente pour nos fins et c'est par elle que nous débiterons l'analyse.

Le texte de la Convention BL tient sur deux pages et demie environ, soit un peu plus de la moitié d'un formulaire de quatre (4) pages. Elle est rédigée en caractères relativement petits, mais néanmoins lisibles.

Au plan terminologique, on définit notamment la «carte de guichet», i.e. «toute carte de débit permettant de faire des transactions à un guichet», et on précise que la carte «demeure la propriété de la Banque». La notion de «guichet» renvoie à «tout guichet automatique, terminal point de vente ou tout autre appareil utilisé dans le but de faire des transactions», ce qui ne pèche pas par excès de précision⁹¹. On utilise indifféremment le vocable «NIP» pour désigner un «numéro» servant à faire des retraits à l'aide de la carte de guichet ou un numéro associé à une carte de crédit.

Le titre de la rubrique visant plus précisément les opérations aux guichets inclut la mention suivante:

Les dispositions de la présente entente touchant à l'utilisation de la carte de guichet sont conformes au Code de pratique canadien des services de cartes de débit.

La Banque effectue donc ici un renvoi à des règles qui pourraient servir à interpréter la Convention BL en cas d'ambiguïté de ses dispositions, ce qui ne manque pas d'intérêt. Le

⁸⁹ Formulaire OSV/F7907-3 (03-2002), ci-après l'«Entente BL».

⁹⁰ Formulaire 8065-1 (08-2004), ci-après la «Convention BL».

⁹¹ L'ordinateur personnel du consommateur pourrait-il être assimilé à un «guichet» en cas d'utilisation d'un service comme Interac en ligne, par exemple?

texte du Code n'étant évidemment pas expressément inclus dans la Convention BL, il s'agit en droit québécois d'une clause externe dans le cadre d'un contrat d'adhésion⁹², que le consommateur pourra opposer à la Banque mais que cette dernière ne pourrait lui opposer à moins de faire la preuve qu'elle a été «expressément portée» à la connaissance du consommateur ou que ce dernier «en avait par ailleurs connaissance»⁹³.

L'article 5 de la Convention BL, qui ouvre cette rubrique, aborde de nombreuses questions:

Je suis responsable de la garde de ma carte de guichet et de mon NIP. Je m'engage à garder mon NIP confidentiel. Je dois notamment veiller à ne jamais inscrire mon NIP sur ma carte de guichet ou sur un document facilement accessible (ex.: sur un document gardé dans un portefeuille ou dans un sac à main). Je m'engage à ne pas utiliser comme NIP une série de chiffres qui puisse être facilement découverte, et particulièrement un NIP composé de tout ou partie de mon nom, adresse, numéro de téléphone, date de naissance ou numéro d'assurance sociale. S'il y a plus d'un requérant, un NIP distinct sera accordé à chacun de nous.

On ne saurait s'étonner que le détenteur de la carte soit responsable de sa garde. L'engagement de maintenir le caractère confidentiel du NIP ne surprend pas davantage. On doit toutefois noter que l'interdiction de l'inscription du NIP va nettement plus loin dans l'article 5 de la Convention BL que ce que suggère l'alinéa 5 (5) a) du Code, qui

⁹² On entend par «contrat d'adhésion», en droit québécois, le contrat dont les «stipulations essentielles» ont été imposées ou rédigées par l'une des parties et qui ne pouvaient être librement discutées ou négociées (art. 1379 CCQ). Il ne fait pas de doute que les diverses conventions que nous examinerons ici constituent des contrats d'adhésion, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences en droit québécois, que nous relèverons dans certains cas *infra*. Il n'existe pas de notion immédiatement comparable en *common law*, où on fait plutôt appel à la notion d'*unconscionability*, codifiée dans une certaine mesure par certaines lois provinciales, dont le champ d'application ne s'étend toutefois pas nécessairement à tous les contrats de consommation ou à toutes les pratiques commerciales, et notamment pas au contenu de contrats de nature bancaire. En droit ontarien, par exemple, la *Loi sur la réduction des opérations exorbitantes*, L.R.O., c. U.2, ne vise que les abus entourant le prêt d'argent, tandis que la *Loi sur les pratiques de commerce*, L.R.O., c. B.18, sanctionne des «pratiques déloyales» qui prennent la forme d'«assertions» trompeuses, mensongères ou abusives, mais qui n'incluent pas des modalités contractuelles. Il ne paraît donc pas possible de procéder, dans les quelques pages qui suivent, à un examen de la conformité des divers contrats analysés aux droits d'autres juridictions que le Québec, et on s'en tiendra d'autre part à ce dernier égard à quelques observations sommaires, sans procéder à une étude détaillée.

⁹³ Art. 1435 CCQ.

sanctionne les cas où une inscription du NIP est conservée «à proximité de la carte» *et* est mal camouflée. Le paragraphe 5 de la section correspondante du Guide autorise d'ailleurs l'inscription sur un document susceptible d'être volé en même temps que la carte à condition qu'on ait fait «un effort réfléchi pour cacher ou dissimuler le numéro». La Convention BL paraît ici plus rigoureuse que le Code.

Elle interdit par ailleurs le recours à «une série de chiffres qui puisse être facilement découverte» et elle est en cela conforme à l'interprétation donnée dans le Guide, dans les termes suivants:

4. Le titulaire d'une carte est considéré comme ayant divulgué volontairement le NIP s'il utilise un NIP constitué d'une combinaison basée sur son nom, son numéro de téléphone, sa date de naissance, son adresse ou son numéro d'assurance sociale.

On notera cependant que les tribunaux ne partagent pas nécessairement cette interprétation extrêmement rigoureuse de ce que constitue une divulgation «volontaire», même si elle est accidentelle. Dans une affaire mettant en cause un émetteur de carte de crédit qui imposait une obligation assez similaire aux détenteurs, on a en effet récemment conclu que le choix d'un même NIP pour trois (3) cartes différentes, et constitué des cinq (5) derniers chiffres du numéro d'assurance sociale, on a conclu que le choix de ce NIP ne constituait pas une imprudence:

Par ailleurs, on ne peut conclure que le choix par Soucy des cinq derniers chiffres de son numéro d'assurance sociale, à titre de NIP, puisse être considéré comme étant facile à découvrir.⁹⁴

Encore faut-il préciser que la convention de Visa Desjardins ne prohibait pas explicitement le recours au numéro d'assurance sociale pour établir un NIP et que le tribunal ajoute que «si Visa Desjardins veut empêcher le consommateur d'utiliser ces chiffres, elle devrait le donner à titre d'exemple dans son contrat type».

Il n'en reste pas moins que le caractère raisonnable de la prohibition du recours à un nombre croissant de numéros pour constituer son NIP paraît devenir de plus en plus problématique. Reprochera-t-on au consommateur qui choisit aléatoirement une séquence, sans se rendre compte qu'il s'agit des quatrième, cinquième, sixième et

⁹⁴ *Soucy c. Visa Desjardins*, 22 juin 2005, no 405-32-003922-030 (C.Q. ch. des petites créances)

septième chiffres de son NIP, d'avoir contrevenu à ses obligations en ne vérifiant pas toutes les permutations qui lui étaient interdites? Les interdits de la Convention BL visent visent déjà des séquences comportant total au minimum vingt-six (26) chiffres⁹⁵; quelle est la probabilité qu'aucune des quelque dix mille séquences de quatre (4) chiffres qui peuvent constituer un NIP valide dans la plupart des institutions financières ne se retrouve dans l'ensemble où il est interdit de puiser? Bien sûr, c'est ici non pas la conformité au Code qui fait problème, mais la teneur même du Code, qui paraît exorbitante.

Les quatre (4) articles suivants de la Convention BL ne posent pas de difficulté particulière, à un détail près. En vertu de l'article 6, «le relevé de l'opération produit et délivré par le guichet constitue» les instructions écrites données par le client. Il s'agit évidemment là d'une présomption qui doit être réfutable, sans quoi le consommateur pourrait être lié par une erreur d'un appareil exploité par son cocontractant ou par un tiers. Les autres dispositions régissent le contrôle du contenu des enveloppes de dépôt, l'horaire en matière de détermination du jour d'imputation des opérations et les opérations excédant les montants autorisés. L'article 11 vise par ailleurs les modalités de la politique bancaire de retenue des fonds, ce qui relève d'une tout autre problématique.

À l'instar de l'article 6, l'article 12 de la convention entend établir que les relevés et registres de la Banque portant sur les opérations d'un guichet «feront preuve» des opérations effectuées, et donc présumément que le consommateur ne pourrait en contredire la teneur. Le cas échéant, les tribunaux apprécieront la validité de telles clauses.

Les articles 13, 23 et 24 touchent davantage à nos fins et il convient de les reproduire ici:

13. Je dois utiliser ma carte de guichet et les guichets conformément aux instructions et directives de la Banque. Sous réserve de l'exception prévue à l'article 24, l'usage des guichets et de ma carte de guichet est entièrement à mes risques.

23. Je dois avertir la Banque, sans délai, de la perte ou du vol de ma carte de guichet ou si je soupçonne qu'une

⁹⁵ au moins 4 pour la plupart des adresses, au moins 7 pour les numéros de téléphone (sans compter l'indicatif régional), 6 pour la date de naissance et 9 pour le numéro d'assurance sociale.

autre personne connaît mon NIP, utilise ma carte de guichet ou le numéro sur ma carte de guichet, en contactant [...].

24. Cette section s'applique à toutes les pertes se produisant aux guichets mais ne s'applique pas à des avances tirées sur mon compte VISA, lesquelles sont gouvernées par l'entente relative à l'utilisation de ma carte VISA.

A) **Pleine responsabilité.** Je reconnais être responsable de toutes les opérations effectuées avec mon autorisation, des transactions résultant d'une erreur à l'entrée de données, si je fais des dépôts frauduleux ou sans valeur ou lorsque je contribue involontairement à une utilisation non autorisée et que je ne collabore pas ultérieurement avec la Banque ou un autre corps d'enquête.

B) **Responsabilité limitée.** Je suis responsable des pertes jusqu'à ma limite de retrait quotidienne chaque jour où des pertes se produisent et où je contribue à une utilisation non autorisée de ma carte de guichet par exemple, lorsque je ne respecte pas les engagements des articles 5 et 23. Je peux cependant être responsable pour les pertes excédant le solde de mon compte lorsque j'ai une protection de découvert sur le compte ou une marge de crédit liée au compte ou si le retrait est fait suite au dépôt d'un effet frauduleux ou sans valeur.

C) **Aucune responsabilité.** Je ne suis pas responsable des pertes dues à des défauts techniques, celles dues aux erreurs de la Banque ou dues à tout problème de fonctionnement du système. Je ne suis pas responsable pour les pertes survenant après que j'aie avisé la Banque de la perte ou du vol de ma carte de guichet ou lorsque je soupçonne que quelqu'un connaît mon NIP ou lorsque ma carte est annulée. Je ne suis pas responsable des pertes attribuables à une utilisation non autorisée de ma carte de guichet lorsque j'ai respecté les conditions des articles 5 et 23 et que les transactions menant aux pertes sont faites dans une situation indépendante de ma volonté, en autant que je collabore avec la Banque lors de toute enquête ultérieure.

Voilà qui requiert une analyse détaillée. Notons d'abord et au passage la problématique entourant ce qui fait office de préambule à l'article 24: des opérations apparemment similaires peuvent être visées par des règles tout à fait différentes, selon qu'elles sont effectuées avec une carte de débit ou une carte de crédit. Cela ne simplifie la vie de personne, et surtout pas des consommateurs, mais excède largement le champ de la présente étude.

Rappelons que l'article 5, auquel on renvoie à l'occasion au long de l'article 24, régit notamment le choix du NIP et la conservation de son caractère confidentiel. L'article 23 requiert d'autre part le consommateur de prévenir son institution avec célérité lorsqu'il croit avoir des motifs de soupçonner que son NIP pourrait être connu ou que d'autres informations pourraient circuler et permettre la commission d'une fraude. Il faut noter à l'égard de cette obligation de dénonciation que le Code se borne à stipuler qu'il y a contribution à une utilisation non autorisée lorsque le titulaire d'une carte «néglige d'aviser, dans un délai raisonnable» son banquier de l'une des situations visées à l'alinéa 5 (5) b) du Code. Le Guide invite pour sa part à un signalement *dès que* le titulaire «se rend compte» d'une perte ou d'une divulgation, et non pas seulement à compter du moment où il la soupçonne. L'article 23 impose donc au consommateur un fardeau qui excède celui qu'établit le Code, et même l'interprétation qu'en donne le Guide, qui paraît aller ici nettement plus loin que le texte du Code lui-même en n'envisageant aucun délai entre le constat et la dénonciation.

Certes, l'alinéa 5 (5) b) du Code invite à la dénonciation dans les cas où le consommateur croit qu'il est possible qu'un tiers connaisse le NIP. Le Guide évoque à cet égard les situations où le titulaire de la carte «se rend compte» de la divulgation du NIP. On fixe donc ici, dans le Code et le Guide, des seuils d'alerte qui sont nettement moins élevés que le simple soupçon qu'une personne ait pu capter l'information. Pour emprunter au vocabulaire du droit pénal, on paraît requérir que le consommateur ait des «motifs raisonnables et probables» de croire que le caractère secret du NIP a été compromis, et non pas simplement qu'il puisse avoir un quelconque soupçon qu'il existerait un risque de divulgation, si minime soit-il. L'exigence contractuelle paraît donc bien ici excéder nettement ce qu'autorise le Code.

L'article 24 de la Convention BL vise évidemment la mise en place d'un régime général de responsabilité en matière d'utilisation de la carte de guichet. Son alinéa A) ne

paraît pas poser de difficulté: quoiqu'en les organisant différemment, il reprend divers éléments de la section 5 du Code, et notamment de ses paragraphes (1), (2) et (3).

L'alinéa 24 C) de la Convention BL s'inspire en large part de l'alinéa 5 (3) du Code. En recourant aux règles établies aux articles 5 et 23 de la Convention BL, il prétend toutefois restreindre l'éventail des situations où un consommateur n'encourrait aucune responsabilité. Par exemple et en exigeant un signalement dès que le consommateur soupçonne qu'il y a eu vol ou autre malversation pour dégager le titulaire de la carte de toute responsabilité, l'alinéa 24 C) impose à ce dernier un fardeau en matière de diligence qui excède celui qu'établit le Code à son alinéa 5 (5) b): un titulaire qui ne pourrait pas être tenu responsable d'une perte en vertu des alinéas 5 (3), (4) et (5) b) du Code, parce qu'il aurait dénoncé un vol dans un délai raisonnable, pourrait néanmoins être tenu au moins partiellement responsable d'une perte en vertu de l'alinéa 24 C) de la Convention BL parce qu'il n'aurait pas dénoncé immédiatement un motif de suspicion relativement à une quelconque utilisation non autorisée.

C'est ce que vient en quelque sorte confirmer l'alinéa 24 B): on prétend tenir le consommateur au moins partiellement responsable d'une perte en assimilant à la contribution à une utilisation non autorisée de la carte toute situation où il y a contravention aux articles 5 ou 23 de la Convention BL, dont les exigences excèdent celles du Code. La seconde phrase de l'alinéa 24 B) de la convention correspond par ailleurs à la règle établie par le paragraphe 5 (4) du Code.

Notons également l'alinéa 34 b) de la Convention BL, en vertu duquel la Banque entend se dégager de toute responsabilité attribuable au défaut ou au mauvais fonctionnement d'une carte de guichet ou d'un guichet. Outre que cette disposition contrevient de manière flagrante au paragraphe 5 (3) du Code, une telle clause ne peut en droit québécois protéger une partie contre sa faute lourde⁹⁶ et contrevient vraisemblablement à certaines dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*⁹⁷.

⁹⁶ Art. 1474 CCQ. On entend notamment par «faute lourde» celle qui, précise le Code, dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières.

⁹⁷ L.R.Q., c. P-40.1. On pense ici notamment à l'article 10, qui interdit au commerçant de se dégager «des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant». Il ne fait pas de doute que l'activité bancaire soit de nature commerciale et il paraît improbable qu'un tribunal conclue que cette disposition aurait pour effet de stériliser un élément essentiel de cette entreprise fédérale que constitue une banque: en appliquant le raisonnement retenu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, il y a donc tout lieu de croire que cette disposition de la loi provinciale, adoptée en vertu de la

La Convention BL contient d'autre part quelques dispositions en matière de règlement des différends. On établit à l'alinéa 46 a) que le consommateur devrait d'abord signaler à sa succursale tout «problème quelconque» se posant au cours d'une opération effectuée avec la carte de débit⁹⁸. On précise ensuite que la succursale effectuera une enquête et fournira une réponse «dès que possible et au plus tard dans un délai ne dépassant pas 10 jours ouvrables», délai durant lequel on peut toutefois requérir «une déclaration écrite» de la part du titulaire et qui cessera de courir tant qu'on n'aura pas reçu cette déclaration. Si on respecte ici l'essentiel de l'esprit de la section 6 du Code, la Convention BL n'inclut toutefois pas toutes les mentions en principe requises par le paragraphe 6 (5) du Code; cette dernière ne s'applique toutefois qu'au moment précis du signalement d'une opération non autorisée, de sorte qu'on ne saurait reprocher ici à la Banque ces quelques omissions.

L'alinéa 46 b) de la Convention BL vise quant à lui le «processus avancé de plainte», mais se borne à renvoyer le consommateur à une brochure d'information sur ce processus dont, aux termes de l'alinéa, le consommateur «accuse réception». L'opposabilité d'un tel document externe à un consommateur et la validité de la présomption de réception qu'on tente ici d'établir paraissent toutes deux contestables en droit québécois. On se conformerait aussi peut-être davantage à l'esprit des sections 6 et 7 du Code en fournissant des renseignements un peu plus précis. On notera d'autre part que la Convention BL ne fournit pas au consommateur des informations qui pourraient l'intéresser au plus haut point, comme le principe établi au paragraphe 7 (3) du Code et selon lequel il ne «doit pas être empêché, sans raison, valable d'utiliser les fonds qui font l'objet du différend.»

Au total, on constate donc que la Convention BL s'inspire assurément du Code, mais qu'elle n'y est pas entièrement conforme. Elle se veut notamment moins généreuse pour les consommateurs au plan de la définition de ce que sont des contributions à des opérations non autorisées.

L'Entente BL vise quant à elle précisément les opérations au guichet automatique et on pourrait croire, compte tenu de cet objet, qu'elle se rapproche davantage de la teneur du Code. Hélas, ce n'est pas le cas.

compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils, est opposable à une banque.

⁹⁸ Et on notera incidemment ici qu'alors que la Convention BL évoque partout ailleurs la «carte de guichet», l'alinéa 46 a) recourt pour sa part au vocable «carte de débit».

Il faut d'abord noter à l'égard de ce document qu'il ne contient pas de définition particulière et, en particulier, ne donne pas explicitement à la notion de «guichet» une acception aussi étendue que celle qu'on trouve dans la Convention BL, examinée *supra*. Elle renvoie par contre, et par exemple à son article 5, à des situations où un marchand refuserait d'accepter qu'une carte lui soit présentée à des fins de paiement. Il faut donc présumer que l'Entente vise l'utilisation d'une carte de débit non seulement au guichet, mais aussi au point de vente.

À quelques détails près, qui n'en affectent pas la portée pour nos fins, l'article premier de l'Entente BL est identique à l'article 5 de la Convention BL; on renverra donc le lecteur aux commentaires que nous avons déjà formulés à l'égard de cette dernière disposition. De la même manière, l'article 7 de l'Entente BL reprend le libellé de l'article 6 de la Convention BL, tout comme l'article 14 de l'Entente fait écho à l'article 12 de la Convention.

On notera au passage que la Banque se réserve à l'article 2 de l'Entente BL la faculté, «à sa seule discrétion et sans préavis», de retirer du service tout ou partie de son réseau de guichets automatiques, sans qu'elle puisse encourir de responsabilité à cet égard.

L'article 16 de l'Entente BL rappelle pour sa part et dans une certaine mesure l'article 13 de la Convention, mais il entend dégager encore plus clairement la Banque de toute responsabilité:

16. Sauf l'exception prévue à l'article 18, l'usage des Guichets ou de la Carte est entièrement à mes risques et la Banque n'est aucunement responsable des accidents, agressions, vols, pertes ou dommages que je pourrais subir lors de l'utilisation d'un Guichet, que ce Guichet soit situé ou non dans un endroit appartenant à la Banque.

Si les deux premières lignes de cette clause sont essentiellement identiques à l'article 13 de la Convention et, dans leur principe, difficilement compatibles avec le Code, les limitations de responsabilité qui suivent paraissent viser principalement la gestion de la sécurité physique des usagers des guichets automatiques. Il s'agit d'une question qui n'est abordée ni dans le Code, ni dans d'autres dispositions législatives spécifiques, contrairement à ce qu'on observe aux États-Unis. À l'occasion d'une révision du Code ou (préférentiellement) de l'adoption d'un cadre législatif visant les paiements électroniques au Canada, il s'agit d'une question qu'on pourra vouloir aborder, afin de contrôler la teneur

de dispositions telles que l'article 16 de l'Entente BL. De toute manière et comme on l'a déjà noté, en droit québécois à tout le moins, la portée apparemment universelle d'une telle stipulation serait assurément réduite par les tribunaux.

Les articles 17 et 18 de l'Entente BL sont quant à eux essentiellement identiques aux articles 23 et 24 de la Convention, les quelques écarts dans les rédactions n'ayant aucun impact aux fins de notre analyse. Les commentaires que nous avons formulés *supra* à l'égard de la Convention s'appliquent donc également à l'Entente.

L'article 22 de l'Entente BL précise enfin qu'elle «s'ajoute mais ne se substitue pas» aux autres ententes intervenues entre la Banque et son client.

Pour les fins de la conformité au Code, force est donc de constater que le consommateur n'est pas mieux servi par l'Entente BL que par la Convention BL. La première, plus brève, ne contient par ailleurs aucun énoncé spécifique en matière de règlement des différends, entre autres.

À l'analyse, on doit par conséquent conclure que, malgré son libellé exprès affirmant qu'on se conforme au Code, la Convention BL prétend notamment établir un régime de responsabilité accordant dans certaines circonstances moins de droits que ne le fait le Code. Compte tenu de la grande importance que revêt évidemment la question de la responsabilité du consommateur en cas d'opération non autorisée, on ne peut attribuer la note de passage à la Banque Laurentienne.

2- la Banque de Montréal

Les «conventions relatives aux services courants» de la Banque de Montréal sont constatées dans une brochure de vingt-quatre (24) pages bien tassées⁹⁹. Ces conventions comportent ce grand avantage qu'elles sont remarquablement exhaustives; le lecteur n'est toutefois pas frappé *a priori* par une nette perception d'équilibre entre les droits et les responsabilités du banquier, d'une part, et du consommateur, d'autre part, mais c'est une autre affaire et qui excède largement le cadre de notre analyse.

⁹⁹ Nous analyserons ici le texte qu'on trouve dans Banque de Montréal. *Conventions relatives aux services bancaires courants en vigueur le 1er avril 2003*, qui a été remis à nos enquêteurs. La brochure porte le numéro Prod. 1093683 - Form 3373FR (05/04). On sait que la Banque a procédé à une révision de ces conventions en date du premier octobre 2005, qui ne paraît cependant avoir eu aucun impact sur la convention qui nous intéresse plus particulièrement pour nos fins. On trouve le texte à jour au www4.bmo.com/particuliers/0,4344,35702_37123,00.html?pChannelId=37045#firstbanking.

On s'en tiendra ici principalement à l'examen de la section V de cette brochure, intitulée: «Convention relative aux Services bancaires automatisés de la Banque de Montréal» (ci-après la «Convention BM»). Cette section fait un peu plus de cinq (5) pages): c'est dire qu'elle représente près du quart des conventions relatives aux services bancaires courants. On renverra aussi à la section VII de la brochure, relative à la résolution des plaintes.

La Convention BM vise non seulement les opérations par carte de débit mais aussi, par exemple, les services bancaires automatisés accessibles par l'entremise d'un ordinateur personnel et de l'Internet. Nous nous en tiendrons toutefois ici à l'examen de la portée de ces dispositions dans le champ d'application du Code.

Le paragraphe 2) de la Convention BM stipule notamment que:

- Vous nous autorisez à accepter, sans autre vérification, toutes les instructions concernant des transactions [...] données par l'intermédiaire des Services bancaires automatisés, si elles sont accompagnées de votre Carte et de vos Codes d'identification secrets, et vous en assumez la responsabilité.
- Toute utilisation de votre Carte ou de vos Codes d'identification secrets par vous, ou par toute autre personne, que ce soit à votre insu ou non, avec ou sans votre consentement, pour une Transaction [...], vous lie légalement et vous rend responsable dans la même mesure et de la même façon que si vous nous aviez remis, par écrit, des instructions signées. La présente section est assujettie aux limites de votre responsabilité énoncées dans la rubrique intitulée «Votre responsa-bilité» dans la présente convention.

N'eut été du renvoi, à la fin de ce second alinéa, à une rubrique particulière à laquelle on revient *infra*, on aurait ici contrevenu de manière patente et manifeste à la section 5 du Code. On pose néanmoins ici un principe clair: le consommateur est toujours responsable de tout, à moins qu'il ne puisse invoquer le bénéfice d'une exception particulière. On voit mal comment on peut concilier une telle orientation à l'esprit qui devrait marquer l'application du Code. Et on verra que l'analyse de ladite rubrique n'a rien pour corriger cette impression.

On notera, bien que cela se situe hors du champ d'application du Code, que la Banque se réserve au paragraphe 3) de la Convention BM des délais relativement longs pour traiter des opérations de paiement et qu'elle se réserve également le droit de refuser de les traiter pour de nombreux motifs, et notamment si elle juge les instructions reçues ambiguës ou si elle éprouve quelque doute à l'égard de la légalité de l'opération requise. Il s'agit là d'une immense marge discrétionnaire que se réserve la Banque.

Les dispositions de la Convention relatives au caractère confidentiel du NIP et du numéro de la carte de débit méritent d'être longuement citées, ne serait-ce que parce qu'elles sont à certains égards plus conformes au Code que les dispositions équivalentes dans la Convention BL:

- Vous devez maintenir le caractère confidentiel de vos Codes d'identification secrets et de votre numéro de Carte, qui doivent être utilisés ou divulgués uniquement dans le cadre de services manifestement offerts par nous (ou par nos filiales ou nos fournisseurs de services autorisés) [...].
- Nous ne vous recommandons pas de garder une preuve écrite de vos Codes d'identification secrets mais, si vous le faites, vous devez veiller à ce qu'elle soit, en tout temps, à un endroit différent de celui de votre Carte. Lorsque vous choisissez votre Code d'identification secret, évitez des combinaisons de chiffres qui peuvent être devinées facilement par quelqu'un d'autre comme, par exemple, vos dates de naissance, adresse, numéro de téléphone ou toute autre information facilement accessible aux autres.
- Lorsque vous entrez vos Codes d'identification secrets au clavier d'un guichet automatique, d'un terminal de point de vente et de cartes de débit, [...], vous devez prendre les précautions nécessaires, en vous assurant par exemple que personne ne vous regarde et en cachant le clavier au moyen de votre corps ou de votre main, pour empêcher une autre personne de prendre connaissance de vos codes d'identification secrets.¹⁰⁰

Passons sur quelques difficultés liées à la rédaction particulière de ces dispositions: le consommateur ne peut pas facilement établir en principe qu'un acquéreur quelconque constitue un «fournisseur de service autorisé» de la Banque et il doit présumer qu'une

¹⁰⁰ Convention BM, par. 7.

entreprise utilisant la marque Interac est inclus dans cette catégorie; il ne s'agit pas non plus pour le consommateur de s'assurer que «personne ne le regarde» quand il compose son NIP, mais de s'assurer que personne ne peut observer le NIP. On comprend néanmoins l'esprit qui préside à ces recommandations et elles ne poseront généralement pas de difficulté importante, malgré leur libellé boiteux.

L'exigence du maintien du caractère confidentiel du NIP est évidemment compatible avec la section 5 du Code. La Banque a la sagesse de ne pas prétendre interdire la conservation d'une trace écrite du NIP, et elle recommande plutôt de conserver cet écrit «à un endroit différent» de celui de la carte. Faut-il simplement comprendre que le NIP ne doit pas être inscrit sur la carte ou sur un document physiquement rattaché à la carte? Doit-on étendre l'interprétation de cette exigence jusqu'à la prohibition de la conservation du NIP dans le portefeuille ou le sac à main? Le texte pourrait assurément être plus précis à cet égard. On ne fait d'autre part pas de distinction entre l'inscription du NIP ou l'utilisation d'une version «camouflée» de ce numéro. Dans l'esprit, notamment, de l'alinéa 5 (5) a) du Code, on aurait ici pu être plus précis et la notion de NIP «dissimulé» ou «mal dissimulé», à laquelle recourt le Guide, aurait été d'un précieux secours. On semble vouloir laisser ici au consommateur moins de flexibilité que lui en accorde le Code, en n'envisageant pas l'utilité du recours à un NIP «dissimulé».

Comme c'est généralement le cas, on interdit d'autre part le recours à une série d'identifiants, dans l'esprit du Guide¹⁰¹. On renverra à cet égard à nos commentaires dans la section visant une prohibition semblable dans la Convention BL.

Le paragraphe 8 de la Convention BM requiert pour sa part que le consommateur informe la Banque «dans les 24 heures qui suivent la découverte du vol» ou de la perte de la carte, ou de divulgation du NIP, ou du fait qu'autrui a eu ou «a peut-être eu connaissance» du NIP. Alors que la Banque Laurentienne prétend requérir dans des cas de ce genre une dénonciation «sans délai», la Banque de Montréal accorde du moins un délai de vingt-quatre (24) heures, ce qui constitue vraisemblablement son interprétation de la notion de «délai raisonnable» utilisée à l'alinéa 5 (5) b) du Code.

On requiert toutefois aussi une dénonciation – qui doit être opérée par téléphone, précise la Convention – dès qu'on soupçonne qu'un tiers aurait *peut-être* eu connaissance du NIP. Outre qu'une telle exigence pose en pratique à la Banque des problèmes de

¹⁰¹ Clause 5, par. 4.

preuve difficilement surmontables, ce qui en réduit notablement l'à-propos, on imagine mal les consommateurs communiquer avec leur banquier chaque fois que, chez un marchand, l'aménagement physique des lieux et la disposition du clavier font en sorte qu'un tiers aurait peut-être pu voir les doigts composer le NIP. Comme on l'a noté *supra*, cette exigence excède selon toute vraisemblance les paramètres fixés par le Code lui-même en matière de dénonciation.

Le paragraphe 9 de la Convention BM s'intitule: «Votre responsabilité». On lui a consacré une page distincte et on l'a encadré: il s'agit de la seule rubrique des conventions qui ait droit à ce traitement. C'est dire qu'on tenait à en marquer l'importance. En voici le libellé:

Transactions Maxi-Service autorisées

Vous êtes responsable du montant intégral de toute activité autorisée résultant d'une autorisation de votre Carte ou de votre Code d'identification secret par toute personne. Toute négligence quant à l'utilisation de votre Carte ou de vos Codes d'identification secrets peut occasionner de graves pertes financières.

Transactions Maxi-Service non autorisées

Vous ne serez pas tenu responsable des pertes résultant de l'utilisation non autorisée de votre Carte ou des Services bancaires automatisés en raison de circonstances indépendantes de votre volonté. Ces circonstances découlent de situations où vous n'auriez pas pu empêcher et n'avez pas en connaissance de cause contribué à l'utilisation non autorisée. De telles circonstances peuvent notamment être une erreur de la Banque, un problème technique ou le mauvais fonctionnement d'équipement.

Vous pourriez être tenu responsable de toutes les pertes encourues lors de l'utilisation non autorisée de votre Carte si:

- vous avez sciemment contribué à son utilisation non autorisée;
- vous avez volontairement divulgué vos Codes d'identifications secrets;
- vous avez placé vos Codes d'identification secrets au même endroit que votre Carte; ou
- vous ne nous avez pas avisés par téléphone dans les 24 heures qui ont suivi la découverte du vol ou de la

perte de votre Carte ou du fait que la confidentialité de vos Codes d'identification secrets a été compromise, et qu'il n'y a pas de circonstances exceptionnelles pour votre défaut de nous en aviser ainsi.

Dans de tels cas, votre responsabilité pourra excéder le solde de votre Compte, votre limite de crédit ou toute limite quotidienne de transactions. Autrement dit, votre responsabilité ne se limitera pas au solde de votre Compte, à votre limite de crédit ou à toute limite quotidienne de transactions.

Dans tous les cas

Vous ne serez pas tenu responsable des pertes encourues après que vous nous aurez avisés:

- du vol, de la perte ou de l'utilisation inadéquate de votre Carte;
- de la divulgation de votre Code d'identification secret à quiconque ou du fait que quelqu'un a eu ou a peut-être eu connaissance de votre Code d'identification secret; ou
- du fait que les Services bancaires automatisés sont peut-être utilisés de façon non autorisée.

Vous acceptez de collaborer et de contribuer à toute enquête que nous pourrions mener relativement à l'utilisation non autorisée que vous nous auriez rapportée, votre collaboration et contribution étant des contributions préalables au remboursement de toute perte. Dans le cadre de cette collaboration, vous pourriez, entre autres, être appelé à déposer une plainte auprès des autorités policières.

On ne peut qu'être saisi par l'abîme qui sépare ici la Convention BM du Code. On serait tenté de croire que les rédacteurs de l'une n'ont pas lu le second, si ce n'était que la plupart des situations évoquées dans le Code le sont aussi, et parfois dans des termes analogues, mais pour rechercher des solutions diamétralement opposées, dans le paragraphe 9 de la Convention BM. Examinons-le dans l'ordre successif de ses dispositions.

La section visant les «transactions autorisées» pose tout de go le principe de la responsabilité du titulaire de la carte à l'égard des activités «autorisées» de ce titulaire, ce qui ne pose pas de difficulté, mais aussi des activités d'autres personnes qui, par

définition, ne sauraient être autorisées sans contrevenir par ailleurs à la Convention, qui interdit notamment la divulgation du NIP à un tiers à son paragraphe 7, comme on l'a noté. On a donc quelque peine à comprendre la portée de tout ce qu'on vise ici. Chose certaine, on entend tenir le titulaire responsable de certaines utilisations par «toute personne». On ajoute ensuite que «toute négligence» peut «occasionner de graves pertes financières»; certes, en vertu du Code, certaines négligences s'avéreront coûteuses, mais son alinéa 5 (3) c) envisage clairement des situations où le consommateur ne sera pas responsable des pertes lors même qu'il aurait involontairement contribué à une utilisation non autorisée. Cette première section du paragraphe 9 ne pèche donc ni par excès de clarté¹⁰², ni par excès de conformité avec la section 5 du Code.

Les choses ne s'améliorent pas quand on examine la section suivante, intitulée: «Transactions Maxi-Service non autorisées». On assimile ici à des opérations non autorisées celles qui sont purement indépendantes de la volonté du consommateur, comme les problèmes techniques visés à l'alinéa 5 (3) a) du Code. On les définit comme des situations où le titulaire de la carte n'aurait pas pu empêcher et n'a pas, en connaissance de cause, contribué à une utilisation qu'on qualifie de non autorisée. Notons qu'une interprétation littérale de ce libellé mènerait à la conclusion qu'un consommateur qui, sous la menace d'une arme à feu, a effectué un retrait, ne pourrait invoquer le premier alinéa de cette section, puisqu'il n'aurait pas agi volontairement, mais aurait assurément agi «en connaissance de cause». On déroge ici clairement au Code. Il aurait été nettement préférable que les rédacteurs de la Convention BM s'inspirent ici plus directement des distinctions qu'opère notamment le paragraphe 5 (3) du Code.

On ajoute ensuite que le consommateur pourra «être tenu responsable de toutes les pertes» découlant d'un certain nombre de comportements, dont certains tombent pourtant manifestement dans le champ d'application de l'exception au principe de la responsabilité ménagée par l'alinéa 5 (3) c) et le paragraphe 5 (5) du Code. Par exemple, le recours à une inscription bien camouflée du NIP ne devrait pas constituer une contribution à une utilisation non autorisée, aux termes du Code; le titulaire devrait à tout le moins être dégagé de sa responsabilité en vertu de l'alinéa 5 (3) c) s'il collabore à l'enquête. En vertu de la Convention BM, au contraire, on stipule expressément que le consommateur pourrait être tenu responsable de toute perte parce que son NIP était placé au même endroit que sa carte, sans opérer de distinction.

¹⁰² et pourrait de ce fait contrevenir au principe de clarté sous-jacent au paragraphe 3 (1) du Code.

On ajoute ensuite que, dans tous les cas, le titulaire de la carte pourrait être exposé à des risques financiers excédant le solde du compte ou la limite de crédit ou d'opérations autorisées. On contrevient donc ici manifestement au paragraphe 5 (4) du Code, en vertu duquel les pertes auxquelles le consommateur peut être exposé n'excéderont «le montant maximal des retraits» permis par la convention que dans certains cas¹⁰³.

Dans la dernière section du paragraphe 9 de la Convention BM, la Banque a du moins l'obligance de dégager son client de toute responsabilité une fois qu'il l'a informée du vol de la carte ou de situations analogues; on se conforme là, bien sûr, à l'alinéa 5 (3) b) du Code. Remarquablement, on conclut toutefois cette dernière section en prétendant obliger le consommateur à collaborer à toute enquête, alors que le Code reconnaît bien entendu la liberté fondamentale de l'individu à cet égard, quitte à sanctionner le défaut de collaboration par l'application de l'alinéa 5 (3) c).

En somme, le régime de responsabilité que propose la Banque paraît si éloigné de celui envisagé dans le Code qu'on ne peut que s'étonner de l'ampleur de l'écart. Tant dans le ton que dans la structure des clauses contractuelles et que dans le détail de leur teneur, on aurait voulu écarter sciemment l'application du Code qu'on n'aurait pas fait beaucoup plus.

En matière de résolution des plaintes, par ailleurs, la section VII de la Convention BM mérite à certains égards une meilleure note: on décrit en effet les différentes étapes du processus, en fournissant les coordonnées des personnes responsables. On ne trouve toutefois dans la Convention aucune des informations susceptible d'être fournies au consommateur en cas de litige en vertu des paragraphes 6 (5) et 6 (7) du Code, notamment; il ne s'agit pas là de contraventions au Code, mais la présence de telles mentions dans la convention viendrait équilibrer quelque peu l'impression que donne notamment le paragraphe 9 de cette dernière, et qui ne laissera au consommateur curieux de connaître ses droits que bien peu d'espoirs quant à ses chances de récupérer une somme perdue à l'occasion d'une opération qu'il n'aurait pas autorisée.

En un mot, c'est ici aussi l'échec: la Convention BM contrevient sans ambages au Code, et notamment à sa section 5. Elle impose dans bien des cas une responsabilité au consommateur là où le Code se montre plus indulgent. Elle ne distingue pas entre NIP

¹⁰³ Et on consultera aussi à cet égard les dispositions correspondantes du Guide.

«dissimulé» ou non. Elle requiert une dénonciation dès qu'il y a soupçon d'interception du NIP. Il faut donc renvoyer le rédacteur à ses devoirs.

3- la Banque Nationale

Les relations entre la Banque Nationale du Canada et ses clients en ce qui a trait à l'usage de cartes de débit sont régies par la *Convention d'utilisation des Services automatisés et des Solutions bancaires électroniques*¹⁰⁴, qui s'applique également à des opérations telles que les services bancaires par Internet. Nous ne l'examinerons toutefois que dans la perspective de l'utilisation de cartes de débit. La Convention BN tient en un document de quatre (4) pages en format légal, recto-verso, dont une vise à fournir certaines informations au client (comme le nombre de jours de retenue de fonds établi pour son compte) et à recueillir la signature des parties, une seconde fournit quelques informations de base comme les numéros à composer en cas d'urgence et des indications sur le choix du NIP, les deux autres fournissant le texte des modalités contractuelles.

Notons d'abord, à l'article 6 de la Convention BN, intitulé «Obligations», le passage suivant:

[...] vous ne devez pas utiliser nos Services automatisés et nos Solutions de manière à illégale, frauduleuse, illicite ou d'une manière qui porte atteinte à la sécurité, à l'intégrité et à l'efficacité de nos Services automatisés et de nos Solutions.

Une éventuelle contribution involontaire d'un consommateur à une utilisation non autorisée de sa carte porte-t-elle atteinte à la sécurité des services offerts par la Banque? On l'ignore. On ne saurait toutefois exclure que, dans un cas de cette nature, l'institution puisse vouloir opposer au consommateur moins que parfaitement prudent cette obligation qu'il a en principe souscrite en adhérant à la Convention BN et tenter ce faisant d'en faire porter la responsabilité sur le titulaire de la carte.

L'article 7 de la Convention BN vise plus précisément la gestion des mots de passe et autres NIP:

Vous devez maintenir vos Mots de passe secrets et confidentiels en tout temps. Vous êtes responsables des pertes que vous subissez en rapport avec l'utilisation de nos Services automatisés et de nos

¹⁰⁴ Le formulaire porte le numéro 14331-001 (2003-12-14). Ci-après la «Convention BN».

Solutions ainsi que de l'accès aux renseignements contenus dans vos Comptes si vous faites preuve de négligence, notamment en divulguant un de vos Mots de passe, en le conservant au moyen d'une inscription mal camouflée ou en utilisant un Mot de passe correspondant à des données chiffrées qui vous sont propres comme par exemple celles relatives à vos nom, numéro de téléphone, adresse civique, votre date de naissance ou votre numéro d'assurance sociale. Vous devez nous aviser sans délai en cas de perte du caractère secret et confidentiel d'un de vos Mots de passe ou si vous soupçonnez quelqu'un d'autre de le connaître. Nous vous fournissons initialement un Mot de passe pour nos Solutions. Vous devez cependant modifier ce Mot de passe lors de votre première utilisation de ces Solutions. Vous devez changer vos Mots de passe régulièrement et lorsque nous vous le demandons.

On assimile à la négligence la divulgation d'un NIP, sa conservation sous une forme mal camouflée ou l'utilisation de divers renseignements personnels contenant des nombres¹⁰⁵. Le renvoi à la notion d'inscription mal camouflée marque ici un progrès sur les deux conventions que nous avons examinées *supra*, et qui n'en tenaient pas compte. Cependant et dans tous les cas où il y aurait eu «négligence», au sens où on l'entend ici, on prétendrait tenir le consommateur responsable de toute perte. On pourrait cependant tomber ici dans le champ d'application de l'alinéa 5 (3) c) du Code, puisqu'il y a eu comportement assimilé à une contribution à une utilisation non autorisée mais qui pourrait être involontaire, selon l'acception qu'on donnera à la notion de «camouflage», et le consommateur ne devrait donc pas être dans tous ces cas tenu responsable de la perte s'il collabore à l'enquête.

Les informations fournies par la Banque manquent toutefois de cohérence. Si on admet ici dans une certaine mesure le recours à une inscription camouflée du NIP, les conseils de sécurité que donne l'institution ailleurs dans le document invitent le consommateur à n'écrire nulle part son NIP et à choisir un NIP «que vous retiendrez facilement»¹⁰⁶. De manière un rien ironique, la Banque invoque d'ailleurs dans ces conseils son adhésion au Code pour imputer au consommateur la responsabilité de garder

¹⁰⁵ On présume incidemment ici que le rédacteur de cette disposition, en utilisant l'expression «données chiffrées», voulait signifier des «données contenant des chiffres», et non des «données traitées par un processus cryptographique».

¹⁰⁶ mais qui, rappelons-le, ne doit être lié à aucun point de repère numérique de la vie courante.

son NIP «secret et confidentiel» «en tout temps»... On retiendra du moins que la Banque reconnaît adhérer au Code.

Par ailleurs et dans un encadré intitulé «10 conseils de sécurité» qu'on trouve à la fin de la Convention BN, après son article 24, on formule notamment les recommandations suivantes:

2. N'utilisez pas le même Mot de passe pour plus d'une Carte ou Solution;
4. Mémorisez vos Mots de passe; ne les écrivez nulle part;

Le conseil numéro 2 ne cadre évidemment pas avec l'énoncé 2 dans la rubrique «interprétation» du Guide visant la section 5, énoncé où on précise justement que le fait pour un consommateur d'utiliser le même NIP pour plusieurs cartes «ne constitue pas une contribution à une utilisation non autorisée». Le conseil numéro 4 exclut quant à lui même le recours à des NIP dissimulés ou camouflés, qu'admettent pourtant le Guide et le Code.

L'obligation de dénonciation insérée dans le libellé de l'article 7 de la Convention BN s'étend par ailleurs ici aussi aux cas où le consommateur soupçonne simplement qu'un tiers pourrait connaître son NIP. Surtout, on prétend exiger du consommateur qu'il modifie son NIP «régulièrement». Une telle règle a sans doute sa place dans les milieux professionnels, mais il paraît tout à fait irréaliste de prétendre l'imposer à des millions de clients qui éprouvent quelque difficulté à trouver un NIP non composé de combinaisons «défendues» et à le mémoriser, et *a fortiori* qui devraient oublier ce NIP et en trouver un autre à une fréquence qui n'est d'ailleurs pas précisée¹⁰⁷.

L'article 8 de la Convention BN porte le titre «Responsabilité» et on en citera ici les passages les plus pertinents pour nos fins:

8.1 Vous êtes responsables:

- a) des opérations effectuées à vos Comptes avec votre Carte ou votre Numéro d'accès avant que vous nous ayez avisé de la perte, du vol, ou du mauvais usage de votre Carte ou de votre Numéro d'accès. Vous n'êtes pas responsable de ces opérations si (i) vous nous démontrez avoir protégé adéquatement votre Carte en tout temps et que (ii) votre Mot de passe a été obtenu

¹⁰⁷ Le cinquième «conseil» dans l'encadré évoqué au paragraphe précédent réitère l'invitation à changer de mot de passe «régulièrement».

par contrainte, force ou supercherie. Cependant, vous devez nous aviser promptement, porter plainte aux autorités policières et contribuer à toute enquête entourant les circonstances de l'utilisation non autorisée de votre Carte ou de votre Mot de passe;

- b) des erreurs que vous commettez lorsque vous utilisez les Équipements au moyen de votre Carte ou de votre Numéro d'accès, notamment lors d'un transfert personne à personne;
- c) du dépôt frauduleux ou sans valeur effectué au moyen de votre Carte et des Équipements;
- d) des pertes survenues à vos Comptes ou de l'accès aux renseignements qu'ils contiennent si vous utilisez nos Solutions d'une manière inadéquate ou contraire à nos directives, notamment celles relatives au Mot de passe mentionnées à l'article 7;

[...]

8.2 Nous sommes responsables:

- a) des pertes survenues à vos Comptes si la Carte ou votre Numéro d'accès est périmée [sic] ou annulée [sic];
- b) des pertes survenues à vos Comptes suite au retrait de nos Solutions;

En cas de bris à nos Équipements, nous sommes également responsables de prendre toutes les mesures raisonnables pour les remettre en état de bon fonctionnement dans les meilleurs délais;

En cas d'interruption de services suite à une défaillance de nos Solutions, nous sommes aussi responsables de prendre toutes les mesures raisonnables afin de vous permettre d'accéder à nos Solutions dans les meilleurs délais.

Les alinéas 8.1 b) et c) ne posent pas de difficulté: ils correspondent pour l'essentiel au paragraphe 5 (2) du Code. L'alinéa 8.2 a) correspond pour sa part, en partie, à l'alinéa 5 (3) b) du Code; on aurait toutefois préféré que l'énoncé soit ici plus complet, ce à quoi on reviendra en examinant les deux derniers alinéas de ce sous-paragraphe 8.2.

Les choses se compliquent quand on envisage l'alinéa 8.1 a) de la Convention BN. En principe et selon cette disposition, le consommateur serait dans tous les cas responsable des opérations portées au compte avant qu'il ait informé la Banque d'un risque de

compromission de sa carte ou de son NIP. Il ne pourrait échapper à cette responsabilité que lorsque deux conditions se réalisent simultanément: il peut prouver à la fois qu'il a agi avec diligence dans la protection de sa carte et que son NIP a été obtenu «par contrainte, force ou supercherie». Le consommateur doit aussi, impérativement, contribuer à toute enquête.

Ces exigences sont évidemment étrangères au Code. Pis, elles font porter sur le consommateur un fardeau de responsabilité dont il pourrait difficilement s'acquitter: comment démontrera-t-il en effet comment un fraudeur inconnu a obtenu son NIP? Alléguera-t-il supercherie quelconque qu'on lui demandera où et quand: il l'ignore tout probablement et ne peut l'établir, l'institution financière et les corps policiers étant le plus souvent ceux qui, par recoupements entre les profils d'opérations de plusieurs consommateurs victimes de fraudes, parviendront à établir où des NIP et d'autres informations auront été subrepticement captés.

L'alinéa 8.1 a) de la Convention BN postule entre autres une situation où il n'y a pas eu d'utilisation autorisée de la carte, ni de contribution même involontaire du titulaire à cette utilisation: le cas du clonage par des criminels professionnels et bien organisés vient à l'esprit. Rigoureusement rien, dans le texte ou l'esprit du Code¹⁰⁸, ne justifie alors que ce titulaire soit tenu responsable de la perte. Y aurait-il eu contribution involontaire à cette utilisation qu'en vertu de l'alinéa 5 (3) c) du Code, le consommateur ne serait pas responsable de la perte dès lors qu'il contribue à l'enquête. Le renversement du fardeau de la preuve que prétend opérer l'alinéa 8.1 a) impute par conséquent et *a priori* au consommateur une responsabilité beaucoup plus lourde que le Code lui-même. On notera du moins, à la décharge de la Banque, qu'elle se borne à requérir «promptement» la dénonciation d'une situation où le titulaire de la carte a des motifs de craindre une fraude, ce qui paraît conforme à la teneur du Code et du Guide.

L'alinéa 8.1 d) impute aussi au consommateur l'entière responsabilité de la perte dès lors qu'il n'aurait pas respecté les «directives» de l'institution, et notamment les consignes données à l'article 7 de la Convention BN. Il suffirait donc que le consommateur n'ait pas dénoncé un «soupçon» à l'égard de la compromission du caractère confidentiel de son NIP pour qu'il perde tout. Pour les raisons qu'on a déjà évoquées, on paraît là encore

¹⁰⁸ Le Guide précise d'ailleurs que le consommateur victime de fraude n'est pas responsable des pertes, aux paragraphes 1 b) et g) de l'interprétation du paragraphe 5 (3) du Code.

ajouter au fardeau de responsabilité qui devrait incomber au consommateur en vertu du Code lui-même.

Les deux derniers alinéas du paragraphe 8.2 traduisent quant à eux une certaine dérive. En vertu du paragraphe 5 (3) du Code, le titulaire de la carte n'est pas responsable des pertes attribuables aux «défectuosités techniques» ou aux erreurs attribuables à l'émetteur de la carte. La logique veut que ce soit alors cet émetteur qui assume les conséquences du dérèglement de ses systèmes d'exploitation, même si le Code ne le stipule pas expressément. Les alinéas 8.2 a) et b) ont pourtant une portée beaucoup moins étendue et, quand on aborde la question du bris ou du mauvais fonctionnement de l'équipement du banquier, ce dernier se borne à se reconnaître une obligation de moyens à l'égard de la remise en service, sans préciser nulle part dans la Convention BN qu'il sera responsable des pertes qui auraient pu survenir en raison de ces problèmes techniques. On reste donc ici en deçà de l'esprit du Code, sinon de la lettre de ses dispositions.

On notera d'autre part qu'en vertu de l'article 10 de la Convention BN, le consommateur convient d'indemniser la Banque et de la tenir à couvert «relativement à toutes pertes, coûts et dommages ainsi qu'à toutes réclamations ou poursuites qui nous seraient intentées par des tiers en raison» du défaut du consommateur de se conformer aux directives de la Banque ou aux obligations que lui fait la Convention. Cette disposition peut évidemment mener à un raisonnement quelque peu circulaire: dans la mesure où la Banque doit essuyer une perte en raison, par exemple, d'une contribution involontaire d'un consommateur à une utilisation non autorisée d'une carte de débit, le titulaire de la carte s'engage essentiellement à en rembourser son banquier. Une application littérale de cette disposition mènerait, dans les cas où la notion de «faute» du consommateur dans la Convention excède celle qui sous-tend le Code, à l'inapplication de ce dernier.

L'article 11 de la Convention BN établit la limite des pertes que peut encourir le consommateur du fait des opérations effectuées à un guichet automatique ou au point de vente. On note avec plaisir que le libellé de la disposition est non seulement clair, mais en parfaite concordance avec le paragraphe 5 (4) du Code.

En matière de règlement des différends, par contre, l'article 21 de la Convention BN ne pêche pas par excès de précision. En cas d'insatisfaction, le consommateur est invité à communiquer avec l'un des représentants de la Banque; on procédera au besoin à une «enquête», dont rien ne vient limiter la durée ou la portée. Par contre, le consommateur

s'oblige à coopérer et, notamment, à fournir toutes les informations que la Banque peut requérir. Le consommateur insatisfait du résultat se fera dès lors indiquer par un représentant de la Banque les démarches qu'il peut ensuite engager. On ne déroge pas ici au Code, mais on apprécierait néanmoins un peu plus de transparence dans le processus.

En définitive et si on doit assurément donner une très bonne note à la Banque Nationale en matière de divulgation des limites de responsabilité et une note supérieure à celles de la Banque Laurentienne et de la Banque de Montréal à l'égard du traitement du NIP, il est manifeste qu'elle échoue elle aussi le test de la compatibilité au Code en matière d'attribution des responsabilités entre consommateur et banquier.

4- la Banque Royale

On ne saurait reprocher à la Banque Royale du Canada de ne pas fournir d'information à ses clients lorsqu'ils obtiennent une carte de débit. Lorsqu'un de nos enquêteurs a ouvert son compte, on lui a immédiatement remis un formulaire intitulé «Carte-client instantanée»¹⁰⁹, qui inclut la *Convention relative à l'utilisation de la carte et du numéro d'identification personnel* (ci-après la «Convention RBC»). On a ensuite envoyé par la poste à l'enquêteur sa carte-client, le formulaire auquel elle était attachée comportant quelques conseils de sécurité de base et une invitation à lire la «convention relative à l'utilisation». Une autre copie du texte de la convention¹¹⁰ accompagnait ce formulaire, ainsi qu'un document d'une page intitulé «Renseignements importants». On s'arrêtera d'abord à ce dernier, avant d'examiner le texte de la Convention RBC elle-même.

Dans un encadré intitulé: «Votre NIP est confidentiel», on met l'accent sur l'obligation faite au consommateur de «préserver la confidentialité» de son NIP. On note au passage que la Banque affirme avoir «pris toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité» de ses systèmes, ce qui donnerait lieu à l'obligation corrélative du titulaire de la carte de préserver le caractère confidentiel de sa «signature».

Dans un second encadré, intitulé: «Choisissez votre NIP confidentiel», on invite d'abord le consommateur à choisir des chiffres et des lettres «faciles à retenir correspondant à des renseignements **que vous seul connaissez.**»¹¹¹ On invite évidemment

¹⁰⁹ Formule É 70337 (09/2004).

¹¹⁰ Sur la formule 15656 (06/2003). On constate à l'examen quelques écarts minimes entre la version de septembre 2004 de la convention et celle-ci, mais ils n'ont aucune incidence pour nos fins.

¹¹¹ Caractères gras dans l'original.

ensuite le consommateur à ne pas s'inspirer d'identifiants comme la date de naissance, l'adresse, le numéro de téléphone ou le numéro d'assurance sociale. On ajoute ensuite, les caractères gras se trouvant là aussi dans l'original: «**Mémo**risez votre NIP – notez-le nulle part» [sic].

C'est dans un troisième encadré, sous le titre «Protégez votre NIP confidentiel», qu'on engage d'abord le consommateur à masquer le clavier lorsqu'il compose son NIP, qu'on lui recommande ensuite de ne jamais divulguer son NIP et qu'on ajoute ce qui suit:

Si vous pensez que quelqu'un a découvert votre NIP, choisissez-en un autre **immédiatement** à votre succursale ou à certains guichets automatiques de RBC Banque Royale.

Le dernier énoncé de cet encadré invite par ailleurs le client à s'adresser à son institution «sans tarder» en cas de compromission de la carte. On notera à cet égard que la Banque s'assure d'indiquer sur plusieurs documents les numéros à composer en cas d'urgence ou de difficulté.

Les énoncés du second encadré relatifs au choix du NIP s'apparentent évidemment aux dispositions du Code et du Guide. L'invitation à ne jamais noter le NIP est évidemment plus rigoureuse et il paraîtrait plus réaliste de procéder comme l'a fait la Banque Nationale, en prodiguant quelques conseils à l'égard de la façon de camoufler un NIP, au lieu d'interdire de le noter. La solution proposée par la Banque dans le troisième encadré en matière de changement du NIP semble par ailleurs plus pratique que celles mises de l'avant par les autres institutions: le seuil est d'abord plus élevé que le simple soupçon mais, surtout, on invite le titulaire à modifier lui-même son NIP, plutôt qu'à alerter son institution et à risquer d'innombrables complications.

À quelques détails de formulation près, on retrouve dans le document «Carte-client instantanée» qui accompagne la Convention RBC des indications identiques à celles qui figurent dans les «Renseignements importants». On n'en reprendra donc pas l'analyse.

La Convention RBC tient en une page bien remplie d'un texte en assez petits caractères, qui confèrent une certaine saveur à cet extrait de son article 2:

[...] Si, après avoir reçu mon NIP, je fais une opération, vous pourrez en conclure que j'ai reçu et pris connaissance de la convention. Vous pourrez

également conclure que j'ai compris et accepté tout ce qu'elle contient.

En vertu du paragraphe 3 (1) du Code, les ententes relatives à l'usage des cartes de débit «doivent être rédigées en langage usuel»; fort bien, et la Convention RBC passe sans doute ce test. Mais, à l'instar de ce qu'on trouve maintenant dans le *Code civil du Québec* à l'égard de tous les contrats de consommation et d'adhésion, il faudrait peut-être songer à exiger que les contrats soient également lisibles¹¹². Il faudrait aussi songer à interdire des stipulations qui visent à ce qu'on présume légalement de faits qui sont sans doute moins qu'universellement vérifiables.

L'article 5 de la Convention RBC vise la préservation du caractère confidentiel du NIP. Le consommateur s'engage à conserver ce secret, mais là ne s'arrêtent pas ses obligations:

[...] Si je sais ou si j'ai des raisons de croire que quelqu'un connaît (ou peut connaître) mon NIP, je dois vous en prévenir sur-le-champ et changer immédiatement mon NIP de la manière établie.

Je dois prendre toutes les précautions raisonnables pour éviter de dévoiler mon NIP, involontairement ou autrement, à quelqu'un d'autre au moment où je fais mes opérations ou à tout autre moment. Si vous me le demandez, je dois vous prouver que j'ai pris les mesures de précaution nécessaires.

Je ne peux être tenu responsable des opérations (et de tout mouvement sur mon compte qui en résulte) faites au moyen de ma carte (si j'ai déclaré son vol) et de mon NIP (si j'ai déclaré l'avoir révélé involontairement à quelqu'un d'autre) effectuées après le vol ou la divulgation, à la condition que je vous en aie prévenu et que j'aie prévenu le plus tôt possible les autorités chargées de la loi.

Le premier de ces paragraphes ajoute aux conseils donnés dans des caractères nettement plus lisibles dans d'autres documents de la Banque, qu'on a déjà évoqués: il ne suffit pas de changer son NIP s'il peut être connu d'un tiers, mais il faut aussi en informer

¹¹² Art. 1436 CCQ. En *common law*, on lira par exemple avec intérêt, à l'égard de ces questions, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Tilden Rent-A-Car Co. v. Clendenning*, (1978) O.R. (2d) 601 et celle de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Hallmark Pool Corporation. v. Storey*, (1983) 144 D.L.R. (3d) 56.

l'institution. Du moins fixe-t-on le seuil à l'existence de «raisons de croire» que le NIP a été surpris par un tiers, et non à l'existence de simples soupçons. Cette incohérence entre les indications fournies au consommateur paraît néanmoins regrettable et on voit mal comment la Banque pourrait vouloir tenir son client à un fardeau plus onéreux que celui qu'elle fixe dans ses documents les plus lisibles.

La première phrase du second paragraphe ne pose évidemment pas de difficulté. Par contre, la seconde prétend imposer au consommateur un fardeau de preuve qui sera pratiquement insurmontable: comment démontrera-t-il de manière convaincante que, dans les dernières semaines, il a effectivement pris «toutes les précautions raisonnables» lors de chaque utilisation de sa carte dans dix, vingt ou trente endroits différents, et parfois dans des circonstances où l'aménagement matériel des lieux rend presque impossible l'application de ces «précautions raisonnables»? Et pourquoi devrait-il faire cette preuve, alors que rien dans le Code ne le justifie? Quelle serait la sanction de son impuissance à y parvenir d'une manière satisfaisant la Banque. On se trouve ici assez loin du principe voulant que la partie qui occasionne des risques, par la conception de son système, l'aménagement des lieux ou son comportement, en porte la responsabilité.

Le dernier paragraphe de l'article 5 de la Convention RBC reprend quant à lui l'esprit de l'alinéa 5 (3) b) du Code et ne pose donc pas de difficulté.

L'article 6 reprend le principe de la dénonciation diligente, mais il l'assortit d'une conséquence qui paraît impossible à concilier avec la teneur du Code:

Je dois vous prévenir sans délai de la perte ou du vol réel ou présumé de ma carte de la manière indiquée dans le document accompagnant les cartes que vous émettez en mon nom.

En cas de perte ou de vol de ma carte, je suis responsable de toutes les opérations (et de tout mouvement qu'elles peuvent entraîner sur mon compte) effectuées au moyen de ma carte et de mon NIP **avant** que j'aie pu vous informer de la perte ou du vol de ma carte. Je ne suis plus responsable des opérations (et de tout mouvement qu'elles peuvent entraîner sur mon compte) effectuées avec ma carte, **dès** que je vous ai informé de la perte ou du vol de celle-ci.

On a beau compulser le Code, on ne parvient pas à concevoir comment on pourrait en vertu de ses dispositions tenir un consommateur responsable d'une opération effectuée avec sa carte avant qu'il en constate la perte quand il n'y a en aucune manière contribué. Songeons à un scénario qui a été observé à l'occasion au cours des dernières années: un escroc se place derrière une personne âgée qui utilise un guichet automatique et parvient à voir le NIP qu'elle compose. Au moment où cette personne reprend sa carte et s'éloigne du guichet, l'escroc la bouscule «par accident», ramasse la carte tombée au sol et y substitue une autre carte. Il procède ensuite à un retrait avec le NIP qu'il a pu observer et la carte ramassée.

En vertu du second paragraphe de l'article 5, la victime pourrait-elle en l'occurrence faire la preuve qu'elle a bien pris «toutes les précautions nécessaires»? Surtout, on la tiendrait en vertu de l'article 6 de la Convention RBC responsable de ce retrait frauduleux, survenu après le vol de sa carte mais avant qu'elle s'en soit rendue compte et qu'elle ait pu en informer son banquier. Il s'agit pourtant clairement d'une situation où survient une perte qui n'est rien attribuable à la volonté du consommateur, et on devrait donc donner application au paragraphe 5 (3) du Code.

On notera d'autre part que le libellé de cet article 6 ne fournit aucun éclairage sur la responsabilité qui serait imputée au consommateur dans les cas où il n'y a pas eu vol de la carte, mais contrefaçon, à moins qu'il faille entendre la notion de «vol présumé» de manière à y inclure ces cas, qui sont sans doute maintenant les plus fréquents.

Il faut également signaler qu'en vertu du premier paragraphe de cet article, la dénonciation du vol doit être effectuée «sans délai», alors que l'alinéa 5 (5) b) du Code requiert le consommateur d'en informer son banquier «dans un délai raisonnable» pour pouvoir invoquer le bénéfice de l'alinéa 5 (3) c). On exige également que le titulaire de la carte informe la Banque d'un vol «de la manière indiquée» dans la documentation qui lui a été remise, i.e. en composant certains numéros de téléphone, mais on a peine à imaginer qu'un consommateur constatant qu'il a égaré son portefeuille et n'ayant pas ce numéro à portée de main ne puisse pas, par exemple, communiquer avec la Banque en se présentant à une succursale qui se trouve tout près.

L'article 8 de la Convention RBC n'arrange pas les choses en matière de responsabilité:

Sous réserve des paragraphes 5 et 6,

- a) chaque opération a le même effet juridique qui [sic] elle avait été exécutée conformément à des instructions écrites que j'aurais moi-même signées, et je suis responsable de cette opération et de tout mouvement sur mon compte qui pourrait en résulter;
- b) je vous autorise à accepter ou à exécuter chaque opération conformément aux instructions entrées au terminal;
- c) je suis responsable de toutes les erreurs commises au moment de l'entrée des opérations au terminal et de toutes les opérations frauduleuses ou sans valeur. Toutefois, je ne suis pas responsable des pertes résultant des problèmes ou erreurs techniques qui vous sont attribuables, ou de toute erreur de fonctionnement de vos systèmes;

Le paragraphe 8 c) de la Convention RBC correspond pour l'essentiel au paragraphe 5 (2) et à l'alinéa 5 (3) a) du Code. Par contre, le paragraphe 8 a) entend lui aussi tenir le consommateur responsable de toute opération effectuée sur son compte, «sous réserve» des quelques limitations à ce principe qui découlent «des paragraphes 5 et 6», dont on a vu qu'elles se trouvent nettement en deçà de celles qui devraient découler de l'application du Code.

Précisons d'autre part que le paragraphe 8 d) de la Convention RBC établit quant à lui le plafond des pertes qui peuvent être encourues et qu'il paraît conforme au paragraphe 5 (4) du Code.

En matière de règlement des différends, l'article 11 de la Convention RBC se borne pour sa part à renvoyer à des «procédures» établies par la Banque et qu'elle expliquera au besoin à son client. On ne fait pas ici dans l'excès d'information.

À nouveau donc, il faut constater que les règles contractuelles proposées en matière de responsabilité en cas de perte dans une convention bancaire divergent de manière appréciable des modalités proposées dans le Code, et ce bien entendu au détriment des consommateurs, sur qui on fait reposer les pertes dans un éventail de circonstances plus étendu que ce que prévoit le Code. S'ajoutent quelques incohérences dans la documentation fournie par l'institution. Les cas où la Convention RBC se conforme au Code ne sauraient compenser pour la gravité de ces failles. Ici encore, il faut recalculer l'élève.

5- la Banque Toronto-Dominion

Si les deux visites aux agences de la Banque Toronto-Dominion effectuées par les enquêteurs se sont soldées par des résultats assez médiocres, il faut cependant souligner d'emblée que les *Modalités relatives à l'utilisation des cartes et des services bancaires électroniques* de cette institution (ci-après la «Convention TD»)¹¹³ constituent, parmi les six (6) conventions que nous avons examinées aux fins de cette étude, la tentative la plus réussie de se conformer au Code. Avant de l'analyser, il faut cependant dire un mot de certains des autres documents remis à nos enquêteurs dans le cadre de l'ouverture du compte, soit la Confirmation des services d'Accès du client, la Convention de services financiers et les Modalités des Services financiers.

La Convention de services financiers¹¹⁴, longue d'une page, renvoie aux divers autres documents contractuels. Pour nos fins, notons qu'elle fait office d'accusé de réception de cette documentation, et notamment de celle relative à l'émission d'une carte de débit. On ne dira qu'un mot *infra* des Modalités de services financiers¹¹⁵, qui ne régissent pas directement l'usage de la carte de débit.

La Confirmation des services d'Accès tient en une page qui contient notamment un certain nombre d'informations de base. Dans la rubrique «Mesures de sécurité relatives à votre carte», on conseille notamment au client de ne jamais prêter sa carte, mais aussi

de ne jamais inscrire votre NIP sur votre carte; si vous ne pouvez mémoriser votre NIP, conservez-le ailleurs qu'avec votre carte et faites en sorte qu'il ne puisse être aperçu ou décodé;

On conseille également, bien sûr, d'éviter les NIP faciles à deviner (date d'anniversaire, numéro de téléphone, adresse ou numéro d'assurance sociale). Il faut applaudir ici au réalisme de la Banque qui, consciente des difficultés qu'éprouvent nombre de consommateurs à mémoriser leur NIP, donne des conseils pratiques (si minimaux soient-ils) afin de mitiger les risques en matière d'inscription du NIP au lieu de prétendre interdire complètement cette pratique.

¹¹³ Ces modalités sont annexées à la Confirmation des services d'Accès du client, le tout formant un document de 4 pages qui porte le numéro de formulaire 581157 (0303).

¹¹⁴ Formulaire 513833 (0105).

¹¹⁵ Formulaire 513837 (0105). Il s'agit d'un document de 7 pages.

On poursuit dans une autre rubrique de ce document en invitant les consommateurs à signaler «sans délai» toute activité inhabituelle sur le compte. On ajoute ensuite l'indication suivante:

Bien que la responsabilité de toutes les transactions autorisées sur votre carte vous incombe, vous ne serez pas tenu responsable d'éventuelles transactions bancaires électroniques non autorisées si vous êtes victime de fraude, vol, escroquerie, violence ou intimidation, pourvu que vous nous signaliez l'incident dans les meilleurs délais et que vous collaboriez pleinement à l'enquête.

On renvoie ensuite à la Convention TD, à laquelle on revient à l'instant. On pourrait noter à l'égard du passage qu'on vient de citer que l'exigence généralisée d'une pleine collaboration à toute enquête excède quelque peu le cadre où le Code la requiert, mais il faut reconnaître qu'à ce détail près, on se trouve ici en présence d'un énoncé qui correspond de très près au Code, jusqu'à l'exigence d'une dénonciation «dans les meilleurs délais», ce qui s'apparente davantage à l'esprit du Code que les seuils fixés par les autres institutions.

Venons-en à la Convention TD elle-même, qui tient en trois (3) pages libellées en caractères relativement petits. Elle vise également les services téléphoniques ou par Internet, auxquels nous ne nous arrêterons pas ici.

L'article 3 de la Convention TD entend établir que l'utilisation de la carte fait présumer que son titulaire a reçu le contrat, en a «compris la teneur» et en accepte les dispositions. Redisons que l'utilité et la validité de telles présomptions nous paraissent sujettes à caution, pour des motifs qui sont évidemment étrangers au Code lui-même.

L'article 7 de la Convention TD reprend sensiblement les énoncés de la Confirmation des services d'Accès en ce qui a trait à la sécurité et à la confidentialité du NIP. On requiert notamment le consommateur

- de ne jamais inscrire son NIP sur sa carte;
- de consigner son NIP, si la chose est nécessaire, et de le conserver «séparément de» la carte et de telle sorte qu'il ne puisse être aperçu ou décodé;
- de prendre «toutes les précautions raisonnables» pour éviter qu'un tiers puisse observer la composition du NIP et, bien sûr,

- d'éviter les NIP «faciles à deviner», dont on fournit une énumération non exhaustive.

On ne voit là rien d'inconciliable avec le Code et, au contraire, on ouvre ici encore la porte à l'utilisation d'un NIP dissimulé. On pourrait chipoter et recommander à la Banque de fournir des informations en matière de camouflage qui seraient inspirées du Guide, mais on aurait presque mauvaise grâce à se montrer si pointilleux...

Le partage des responsabilités entre les parties est en principe opéré par l'article 8 de la Convention TD:

Il vous incombe de régler le plein montant de toute activité portée à votre compte à la suite de l'utilisation d'un service bancaire électronique dans les circonstances suivantes:

- utilisation de votre carte et/ou de votre NIP par vous-même ou toute personne à qui vous les avez confiés, autrement que par suite d'escroquerie, violence, intimidation ou vol;
- omission, de votre part, de nous signaler dans les meilleurs délais qu'un tiers a pu prendre connaissance de votre NIP, que votre carte a été perdue ou volée ou qu'elle a fait l'objet d'une utilisation irrégulière;
- introduction erronée de données ou dépôt invalide ou frauduleux exécuté par l'intermédiaire d'un service bancaire électronique.

Dans les cas susmentionnés, votre responsabilité correspond aux limites quotidiennes et hebdomadaires visées à l'article 5 ci-dessus.

Votre responsabilité peut dépasser le solde créditeur [...].

Nous ne vous tiendrons pas responsable des transactions exécutées par l'intermédiaire d'un service bancaire électronique s'il est démontré que vous avez été victime de fraude ou de vol ou que vous avez fait l'objet de menace, d'escroquerie, d'intimidation ou de violence, pourvu que vous nous signaliez la situation dans les meilleurs délais et collaboriez pleinement à toute enquête subséquente.

Reprenons. Le consommateur est responsable des opérations, sauf s'il y a eu fraude ou violence: l'énoncé correspond aux paragraphes 5 (1) et 5 (3) du Code, selon qu'il y a utilisation autorisée ou situation indépendante de la volonté de la victime d'un crime.

Le consommateur est également dit responsable d'opérations effectuées alors qu'il n'a pas signalé «dans les meilleurs délais» un fait tel que la perte de la carte. Il y a alors possiblement utilisation non autorisée, en vertu du paragraphe 5 (4) et de l'alinéa 5 (5) b) du Code. Ces «meilleurs délais» équivalent-ils au «délai raisonnable» évoqué dans ce dernier alinéa? Sinon, il y aurait ici parfois divergence entre la Convention TD et le Code, mais force est de reconnaître que, dans bien des circonstances, les dispositions des deux instruments mèneraient sensiblement au même résultat.

On tient en troisième lieu le consommateur responsable d'erreurs dans l'entrée de données ou de dépôts qu'il effectue frauduleusement: on se conforme là évidemment au paragraphe 5 (2) du Code. Les modalités relatives aux cas où la responsabilité peut excéder le solde du compte se conforment par ailleurs au paragraphe 5 (4) du Code.

En vertu de l'article 9 de la Convention TD, l'institution assume par ailleurs pleinement la responsabilité des opérations effectuées après qu'elle ait été prévenue d'une situation tel que la perte de la carte, des opérations effectuées avec des cartes contrefaites ou annulées, des fraudes ou des négligences de ses employés ou des pertes imputables à des défaillances de ses systèmes. On ne saurait guère mieux se conformer au paragraphe 5 (3) du Code.

La cohabitation des articles 9 et 18 de la Convention TD peut toutefois soulever des problèmes d'interprétation, la Banque déclinant notamment par l'article 18 toute responsabilité à l'égard des pertes subies par le consommateur parce qu'il n'a pas pu avoir accès au réseau en raison d'une défaillance technique. Il faut toutefois noter que le paragraphe 5 (3) du Code vise essentiellement les situations où une perte s'est produite au cours d'une opération en raison d'un problème technique, et non celles où le titulaire de la carte n'a pas eu accès au réseau. On doit également signaler le paragraphe 6 de la section G des Modalités des services financiers, en vertu duquel la Banque tente d'exclure totalement sa responsabilité à l'égard, notamment, de tout «mauvais fonctionnement» de ses systèmes. Outre que, comme on l'a noté, la validité d'une telle stipulation est moins qu'absolument certaine en droit québécois, on devrait ici tenir que c'est la règle plus précise, contenue dans la Convention TD, qui devrait s'appliquer spécifiquement en matière de problème technique touchant l'utilisation d'une carte de débit.

On doit noter le libellé de l'article 17 de la Convention TD:

Nous souscrivons au Code de pratique canadien pour les services de cartes de débit et nous engageons à respecter ou à dépasser les critères de protection de la clientèle qui y sont stipulés.

Cet engagement contractuel est manifestement opposable à la Banque devant les tribunaux et il est manifestement conforme à l'esprit du Code.

En matière de traitement des différends enfin, l'article 23 de la Convention TD décrit les étapes successives du processus de traitement des plaintes de la Banque et fournit les coordonnées des divers intervenants.

Voici donc une convention dont le contenu vient bien près de se conformer entièrement au Code. On pourrait être plus précis ici ou là, il reste un énoncé en matière de responsabilité qui ne concorde peut-être pas toujours parfaitement avec le Code mais la Banque TD démontre qu'on peut mettre ce dernier en application et elle s'engage expressément à s'y conformer. L'effort doit être souligné à grands traits.

6- les caisses Desjardins

Les deux caisses Desjardins qu'on a visitées à l'occasion de l'enquête n'ont pas fait dans la surabondance documentaire. On a toutefois dans les deux cas remis à l'enquêteur les *Conditions d'utilisation carte d'accès Desjardins – particulier*¹¹⁶.

En vertu de l'article 6 de la Convention Desjardins, le titulaire s'engage à informer son institution de la perte ou du vol d'une carte «aussitôt qu'il» le constate. On s'en tient ici à l'orientation énoncée dans le Guide, plutôt qu'au critère énoncé à l'alinéa 5 (5) b) du Code. On précise d'autre part que le titulaire sera dégagé de toute responsabilité à l'égard des opérations effectuées après réception de l'avis qu'il donne à son institution, ce en quoi on se conforme évidemment à l'alinéa 5 (3) b) du Code. Notons qu'on invite le consommateur à dénoncer la perte en utilisant un numéro de téléphone sans frais, indiqué dans la disposition, ou en communiquant avec la caisse émettrice de la carte, ce qui accorde à ce consommateur un peu plus de latitude que ne le fait, par exemple, l'article 6 de la Convention RBC.

¹¹⁶ Formulaire CFI-01055-087 (2004-04). Il s'agit d'un document de 4 pages rédigé lui aussi en caractères relativement petits, quoique la mise en page soit plus aérée que ce qu'on a observé dans d'autres conventions. (Ci-après la «Convention Desjardins»).

En vertu de l'article 7 de la Convention Desjardins, le consommateur s'engage à ne pas choisir un NIP qui peut «être découvert facilement» (et on en donne une très brève énumération), sans quoi «il sera tenu comme ayant contribué à l'utilisation non autorisée de la carte». Si ce libellé est conforme à l'alinéa 5 (5) a) du Code, il donne toutefois à croire que le consommateur pourrait être tenu de toute perte, ce qui ne sera pas nécessairement le cas en vertu du paragraphe 5 (3) du Code. Le texte de la convention pourrait donc être ici un peu moins ambigu.

Le partage des responsabilités entre les parties est opéré par l'article 15 de la Convention Desjardins:

Le détenteur reconnaît que ni la caisse ni la filiale ne pourront être tenues responsables des dommages, y compris des pertes monétaires, découlant de l'impossibilité d'utiliser un appareil accessible par suite de fonctionnement défectueux, de non-fonctionnement temporaire ou de mauvaise utilisation, ni de toute autre interruption du fonctionnement des appareils causée par des actes indépendants de la volonté de la caisse ou de la filiale, y compris les conflits de travail et les bris d'équipement. Toutefois, le détenteur n'est pas responsable des pertes monétaires attribuables à des défauts techniques du système informatique de la caisse.

Lorsque le détenteur est obligé, sous la menace, de remettre l'une de ses cartes ou de communiquer l'un de ses NIP, mots de passe ou codes d'accès à un tiers, il n'assume aucune responsabilité découlant d'une opération effectuée à l'aide de l'un de ces éléments, à la condition qu'il porte plainte auprès des autorités policières, qu'il en avise la caisse émettrice immédiatement et qu'il collabore à toute enquête ultérieure.

Le troisième alinéa de cet article n'est guère pertinent pour nos fins. On s'étonne d'abord que cette disposition n'aborde pas nombre de situations visées en principe par la section 5 du Code. On notera ensuite que, malgré sa dernière phrase, le premier alinéa de l'article 15 de la Convention Desjardins peut être difficile à concilier à l'alinéa 5 (3) a) du Code. On s'étonne d'ailleurs que cette dernière phrase renvoie au «système informatique de la Caisse» car, s'il est exact qu'elle est techniquement l'émetteur de la carte (et donc la partie visée par le Code), il faut bien admettre que d'autres composantes du mouvement

Desjardins, comme la Fédération elle-même ou la Caisse centrale Desjardins, peuvent jouer un rôle dans le traitement informatique d'un paiement par carte de débit tiré sur une caisse affiliée, et qu'on devrait donner au consommateur le bénéfice d'invoquer l'alinéa 5 (3) a) du Code à l'endroit de toutes ces composantes.

Le second alinéa de l'article 15 de la Convention s'accorde quant à lui à l'esprit du Code, à ce détail près qu'il contraint à la plainte policière et à la collaboration à toute enquête même dans des cas où l'alinéa 5 (3) c) du Code ne le requiert pas.

On notera que la caisse émettrice se réserve par l'article 17 de la Convention Desjardins le pouvoir de modifier la convention en tout temps, en donnant un simple avis *a posteriori* dont on précise que la caisse n'aurait aucune obligation de le transmettre. On notera quand même qu'en vertu du paragraphe 3 (4) du Code, l'émetteur n'est pas obligé de transmettre la modification elle-même de la convention à ses clients, mais qu'elle doit du moins les informer que les modalités de l'entente sont modifiées. La lettre de la Convention ne déroge sans doute pas au Code, mais on ne sent pas ici beaucoup d'ardeur à transmettre des informations fort importantes pour le consommateur.

Le premier alinéa de l'article 14 de la Convention Desjardins expédie la question du règlement des différends, en renvoyant à une procédure dont le consommateur «peut connaître la teneur en s'adressant» à sa caisse ou en composant un numéro sans frais indiqué dans le texte. On fait ici dans la concision, pour ne pas dire dans l'austérité informationnelle.

Notons enfin que l'article 20 de la Convention Desjardins précise qu'elle «a été rédigée en conformité avec le Code de pratique canadien des services de cartes de débit» dont, ajoute-t-on, un exemplaire est «disponible sur demande à toute caisse Desjardins». On aura compris que nous ne partageons pas entièrement l'avis que cette convention se conforme en tous points au Code.

Contrairement à d'autres contrats que nous avons examinés *supra*, c'est notamment le silence de la Convention Desjardins à l'égard de diverses questions qui étonne un peu: il n'y a pas là incompatibilité avec le Code, bien sûr, mais du moins incertitude quant aux règles que Desjardins pourrait vouloir appliquer dans une situation donnée. Dans d'autres cas, on donne à tout le moins une interprétation très restrictive à diverses dispositions du Code.

III- Conclusions et recommandations

A- Quelques constats

On était bien loin de fournir toutes les informations requises par le Code dans la quasi-totalité des douze agences que nous avons visitées dans le cadre de l'enquête. Cinq des six conventions que nous avons analysées se conforment moins que très bien au Code. S'il est difficile de les classer, on serait toutefois tenté de croire que celle de la Banque de Montréal emporte la palme quant au nombre et à l'ampleur des divergences. Par contre, la Convention TD illustre qu'on peut aspirer à rédiger un document correspondant aux exigences auxquelles l'industrie a souscrit il y a bientôt quinze ans.

Bref, on fait sensiblement, quoiqu'à une autre échelle, les mêmes constats que la société EKOS: on se prend à penser que la situation n'a pas véritablement évolué depuis 2002 en matière de conformité au Code. D'autre part, le marché, lui, a changé.

Comment peut-on expliquer ces divergences persistantes entre les pratiques et les règles que l'industrie dit appuyer? Cela tient-il à la nature de l'instrument, qui n'est pas législatif?¹¹⁷ S'agit-il de problèmes chroniques de formation du personnel? Les risques sont-ils tels que les institutions financières préfèrent les limiter contractuellement, même s'il leur paraît politiquement impossible de modifier le Code, de sorte qu'elles préfèrent déroger tout simplement à ce dernier, sachant que les conséquences juridiques en seront à court terme bénignes? Chose certaine, rien ne paraît changer significativement.

B- Une critique du Code

Dans la perspective d'une association de consommateurs réfléchissant à la question près de quinze ans, répétons-le, après son adoption, une critique du Code comporte inévitablement au moins cinq (5) volets. Elle mène presque inévitablement à la conclusion que cet instrument est condamné.

¹¹⁷ Et on est ici tenté de faire le parallèle avec l'encadrement de l'accessibilité aux services bancaires de base, la situation s'étant sensiblement améliorée au Canada dès qu'on est passé d'un régime à base volontaire à l'application d'un règlement adopté en vertu de la *Loi sur les banques*.

D'abord, le Code repose sur la prémisse qu'un mécanisme de paiement recourant à une carte de débit (à bande magnétique¹¹⁸ ou à puce¹¹⁹) et à un NIP est raisonnablement sécuritaire et que sa mise en oeuvre repose sur un partage des responsabilités et des risques entre émetteurs et utilisateurs. Il s'agit pourtant d'une thèse hautement contestable: ce mécanisme paraît intrinsèquement peu sécuritaire et, en application du principe voulant que la partie qui crée des risques devrait en assumer les conséquences, les émetteurs devraient être tenus à la plus grande part des responsabilités reliées aux problèmes éprouvés par les utilisateurs de ces cartes. C'est donc la philosophie même du Code qu'il faut repenser.

En second lieu et par nature, le Code n'est pas assorti de sanctions véritablement efficaces et opératoires. On en voit la conséquence: on ne le respecte que bien imparfaitement. Le rendement obtenu de cet instrument normatif paraît à cet égard bien bas, compte tenu de l'énergie qu'il a requis de tous les intervenants depuis le début des années 1990.

Ensuite, le Code est incomplet et il n'est plus à jour. Il ne régit pas des questions comme la lisibilité des contrats ou l'imposition de présomptions de fait, il comporte des lacunes au chapitre des exigences en matière de sécurité, il envisage encore les problèmes dans l'optique du vol de cartes, alors que la contrefaçon constitue sans doute le problème le plus grave... Les incohérences entre le Code et le Guide ne servent évidemment pas à améliorer l'image du Code.

Il en résulte que les contrats conclus avec les consommateurs ne protègent pas adéquatement leurs droits et, dans bien des cas, ne se conforment pas au Code. Or ces contrats jouent à la fois un rôle normatif dans les relations entre les parties, et un rôle informationnel en ce qui a trait à leurs droits et à leurs responsabilités. Au plan normatif, ils ne reflètent pas l'équilibre des prestations jugé en principe acceptable par les rédacteurs du Code et, au plan informationnel, ils échouent à renseigner leurs consommateurs à l'égard des règles qui devraient s'appliquer à l'utilisation des cartes de débit.

¹¹⁸ Anderson, Ross. *Why Cryptosystems fail*. Cambridge, 1993, disponible au www.ftp.cl.cam.ac.uk/ftp/users/rja14/wcf.pdf; Redbird. *Magnetic Stripe Reading*. in 2600, vol. 22, no 1, printemps 2005, p. 28.

¹¹⁹ Schneir, Bruce; Shostack, Adam. *Breaking Up is Hard to Do: Modeling Security Threats for Smart Cards*. USENIX Workshop on Smartcard Technology, mai 1999, disponible au www.counterpane.com/smart-card-threats.html.

On fausse d'autant le marché qu'au moins un émetteur fait l'effort de se conformer au Code, mais fait face à des concurrents qui tentent pour leur part (au moins dans une certaine mesure) d'éluder leurs responsabilités.

Le comportement des institutions financières elles-mêmes paraît condamner le Code de pratique canadien des services de cartes de débit. Ses lacunes au plan du contenu le condamnent. Son impuissance le condamne par nature. L'histoire le condamne, parce que les efforts qu'il faudrait consentir pour le renipper et en assurer enfin la mise en oeuvre paraissent voués à l'échec. Il s'agit de passer à autre chose.

Il s'agit aussi de contempler l'ensemble de la situation. Les consommateurs n'éprouvent pas de difficultés qu'avec les cartes de débit, mais aussi avec d'autres types d'instruments de paiement électroniques, parce que les cadres normatifs qui s'appliquent à eux varient et, le plus souvent, n'ont pas de fondement législatif clair. C'est à cette situation d'ensemble qu'il faudrait s'attaquer.

C- Et maintenant...

Dans ce contexte, nous nous hasarderons à formuler un certain nombre de recommandations:

Recommandations adressées à l'État fédéral:

1. **Les autorités gouvernementales, et notamment le ministère des Finances et la Banque du Canada, en association avec l'ensemble des intéressés, devraient procéder à une consultation sur l'évolution des modes de transfert électronique de fonds, les facteurs qui influent sur leur développement et les conséquences qu'ont leur implantation sur les droits et les obligations des justiciables;**
2. **à la lueur de cette consultation, le Parlement devrait mettre en place des mesures législatives harmonisant dans toute la mesure du possible les régimes juridiques relatifs aux mécanismes de transfert électronique de fonds, quels qu'en soient les fournisseurs, et devrait notamment se pencher sur les questions relatives:**
 - a) **à l'allocation des risques et, entre autres, à la mise en place de mécanismes de protection des utilisateurs des paiements électroniques et**
 - b) **à la divulgation des règles relatives à ces mécanismes;**

- 3. le gouvernement du Canada devrait d'ici là renoncer à consentir des efforts significatifs au développement d'instruments normatifs de la nature de codes de pratique dans le domaine des paiements électroniques;**

Recommandations adressées aux provinces:

- 4. les autorités provinciales devraient se concerter avec les autorités fédérales afin que progressent rapidement les travaux dans ce domaine;**

Recommandations adressées aux fournisseurs, dont les institutions financières:

- 5. les fournisseurs devraient renoncer à l'insertion dans leurs contrats de consommation de clauses léonines, se conformer eu égard au contenu de ces contrats aux lois applicables et assurer la transparence et l'équité des règles qu'ils mettent en place;**
- 6. dans l'immédiat, les fournisseurs devraient à tout le moins assurer la conformité intégrale de leurs conventions au Code;**

Recommandations adressées aux commerçants:

- 7. les commerçants devraient s'efforcer d'offrir à leur clientèle des mécanismes de paiement efficaces et peu coûteux ou gratuits;**

Recommandations adressées aux consommateurs:

- 8. les consommateurs devraient veiller à se renseigner le plus possible à l'égard des caractéristiques et des modalités des mécanismes de paiement électroniques auxquels ils ont recours;**
- 9. les consommateurs devraient s'efforcer de recourir principalement aux mécanismes de paiement électroniques qui correspondent le mieux à leurs besoins, leur offrent le meilleur rapport qualité-prix et leur fournissent des garanties adéquates en cas de litige;**
- 10. les consommateurs devraient protester énergiquement auprès des fournisseurs qui offrent des mécanismes de paiement ne correspondant pas à ces critères, et devraient notamment faire valoir les droits que tente de leur accorder le Code.**