

LE TRANSFERT ÉLECTRONIQUE DE FONDS EN REGARD DU CONTRAT BANCAIRE

Nicole L'Heureux*
Québec

Le système de paiement électronique suscite de nombreuses interrogations sur le plan juridique. Après avoir précisé le statut juridique des nouveaux moyens de paiement, l'auteur met en lumière la nature et l'étendue des obligations de la banque résultant à la fois de son rôle en tant que mandataire de son client et en tant que fournisseur de services d'une grande complexité technique. L'auteur met en doute, relativement aux particuliers, la suffisance du cadre contractuel pour disposer de questions qui relèvent plutôt de la politique d'ordre public.

The electronic payment system gives rise to many legal questions. After setting out the legal regime applicable to the new methods of payment, the author highlights the nature and extent of the obligations of banks, arising both from their roles as agents of their clients and as the providers of services of considerable technical complexity. The author questions, with respect to individuals, the adequacy of contracts to deal with questions which are rather questions of grand public policy.

Introduction

Le système de paiement électronique (SPE) est déjà implanté et évolue constamment avec les progrès de la technologie. L'ordinateur modifie les pratiques traditionnelles et exigera l'établissement d'un droit nouveau dont les règles devront être précisées. Actuellement de nombreuses questions d'ordre juridique se posent.¹

Les interrogations portent, d'une part, sur la nature juridique et l'étendue des obligations de la banque² qui agit en qualité d'intermédiaire dans les opérations de paiement. Cet aspect du contrat bancaire présentait moins d'intérêt dans un système dans lequel les instruments de paiement, comme le chèque, étaient régis par une loi spécifique, résultant d'une longue tradition juridique qui consigne par écrit le rôle et la responsabilité de toutes les personnes impliquées dans l'opération de change.

* Nicole L'Heureux, Professeur à l'Université Laval de Québec, Québec.

¹ Certaines ont déjà été soulignées, cf. Bradley Crawford, *Credit Transfers of Funds in Canada: The Current Law* (1979), 3 C.B.L.J. 119; *New Laws to Govern EFTS?* (1980-81), 5 C.B.L.J. 37; *Does Canada Need a Payments Code?* (1982-83), 7 C.B.L.J. 44; Nicole L'Heureux, *Les effets de la technologie et la protection des droits des consommateurs dans le paiement bancaire* (1983), 24 C. de D. 253; Paul Brace, *Electronic Funds Transfer System: Legal Perspectives* (1976), 14 Osgoode Hall L.J. 787.

² Le mot banque est employé ici dans un sens large pour comprendre toute institution de dépôt membre de l'Association canadienne des paiements, (Loi sur l'Association canadienne des paiements, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, Partie IV, art. 57).

D'autre part, les nouveaux moyens de paiement répondent à un besoin de célérité et d'automatisation des opérations dans un système de bancarisation de masse. On peut y voir une sorte de libre-service adapté aux besoins de la clientèle. Le statut juridique de ces nouveaux instruments de règlement doit être précisé.

Par ailleurs, le cadre juridique doit répondre aux attentes du consommateur. Il pose la question des valeurs sociales à préserver dans le SPE. Comme tout autre contrat de consommation, il doit assurer la justice contractuelle.

Le système de paiement électronique comprend plusieurs types d'opérations dont la majorité s'effectue avec une carte de plastique, dite carte de débit ou carte de paiement: comme le retrait au guichet automatique³ et le paiement au point de vente⁴ (non encore en vigueur au Canada mais dont la mise en place semble prochaine). Il y a également les paiements préautorisés au débit⁵ ou au crédit⁶ effectués à partir d'instructions permanentes et les transferts de comptes à comptes sans émission de chèques.

Nous ne traiterons pas ici de la carte de crédit comme telle, puisqu'on ne peut la considérer comme faisant partie du SPE. Même si, dans le réseau, certaines opérations sont effectuées par l'électronique, le paiement du relevé périodique suppose l'émission d'un chèque, contrairement à la Carte Bleue en France pour laquelle le compte bancaire du client est débité directement sans émission d'ordre de paiement.

I. Statut juridique du transfert électronique de fonds (TEF)

Les divers aspects du TEF ne peuvent être examinés indépendamment des conventions et des usages qui régissent la circulation de la monnaie scripturale dont le compte bancaire est le siège. L'ouverture du compte traduit l'existence d'une convention par laquelle la banque s'engage à fournir à son client certaines prestations relevant du service de caisse ou de trésorerie. Dans ce cadre, par son service des paiements, la banque s'oblige à exécuter les ordres de paiement émis par son client ainsi qu'à faire le recouvrement des effets dont il est bénéficiaire et qu'il dépose dans son compte et à recevoir les crédits qui lui sont destinés.

L'ordre de paiement peut se donner par toutes sortes de moyens:⁷ de vive-voix, par téléphone, par télex, par l'électronique, par écrit ou par

³ G.A. On emploie également les expressions: D.A.B. pour distributeur automatique de billets ou ATM pour Automatic Teller Machine.

⁴ TPV pour Terminal point de vente ou POS pour Point of Sale.

⁵ On emploie également les expressions: prélèvement automatique ou autorisation de prélèvement.

⁶ Virement de crédit ou dépôt direct.

⁷ Cf. Loi sur l'Association canadienne des paiements, *supra*, note 2, art. 55; Règlement no 3—Règlement de compensations, (117 S.C. 494, 15 janvier 1983) art. 14.02.

chèque, moyen le plus courant. Dans ce dernier cas, c'est un accident qui en fait un titre négociable, mais cette qualité a l'avantage de préciser les droits des parties. Le compte courant du client est le siège à la fois des transferts par chèques et des transferts électroniques.

Le contrat bancaire, souvent non écrit, repose généralement sur les usages de commerce; son contenu obligationnel n'est pas exprimé,⁸ toutefois les tribunaux ont joué un rôle important dans l'élaboration des stipulations implicites.⁹ Les droits et les obligations de la banque et du client se fondent sur ce contrat de base et si l'une quelconque de ces obligations n'est pas exécutée, la partie qui subit un préjudice peut s'en prévaloir pour réclamer des dommages-intérêts. Relativement au TEF, on constate la tendance des banques à imposer, pour chaque modalité, des stipulations écrites. Ces clauses ne traduisent pas la totalité du contrat bancaire; certains aspects spécifiques seulement sont visés. La convention devient toutefois la source d'un mécanisme juridique nouveau qu'il y a intérêt à identifier en mesurant les modifications qu'il apporte au contrat bancaire.

A. Nature juridique des nouveaux moyens de paiement

La recherche visant à déterminer la nature juridique du TEF n'a pas un caractère uniquement académique. La nature juridique attribuée aux nouveaux moyens de paiement permettra de résoudre les problèmes juridiques qui se posent. Car si les rapports entre la banque et son client peuvent fonctionner techniquement de manière satisfaisante en se fondant sur des règles à caractère privé, dans l'éventualité d'une contestation judiciaire, il faudra résoudre la question de leur nature juridique. On constate, d'ailleurs, à cet égard, l'inquiétude des milieux d'affaires.¹⁰

⁸ Le contrat bancaire est interprété selon le droit commun de chaque province où il est conclu. Pour le Québec, on l'interprète en fonction du droit civil. "... les parties ne s'y expriment habituellement pas sur son contenu; elles s'en rapportent à l'usage du commerce et à la loi. Il y a donc lieu d'appliquer l'art. 1017 C.c. ..."; *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, [1979] 1 R.C.S. 565, à la p. 570.

⁹ On peut, entre autres, mentionner les obligations suivantes:

- (1) L'argent prêté à la banque dans un compte courant n'est repayable que sur demande;
- (2) La banque ne doit pas divulguer les informations concernant les affaires du client sans le consentement de celui-ci;
- (3) La banque a l'obligation de rendre compte de façon exacte et dans une forme qui permet au client de vérifier le compte.

Re Bergethaler Waisenanmt, [1949] 1 D.L.R. 769, aux pp. 775, 776 (C.A. Man.); *Bank of Nova Scotia c. Royal Bank of Canada*, [1975] 5 W.W.R. 610, aux pp. 625, 627 (C.A. Alta); *Tournier c. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461 (C.A.). Cf. Ian F.G. Baxter, *The Law of Banking* (3e éd., 1981), p. 2; Crawford, *Credit Transfers of Funds in Canada: The Current Law*, loc. cit., note 1, à la p. 122; également pour le droit anglais, Alan L. Tyree, *Electronic Funds Transfer in New Zealand* (1978-79), 8 New Zealand U.L.R. 139.

¹⁰ "Once a Company moves to an electronic form of payment it has lost the protection of the *Bills of Exchange Act*, which by definition, governs paper based transactions. It

La nature juridique du TEF n'apparaît pas au premier abord avec une grande netteté. L'analyse juridique devrait permettre d'en dégager les principaux aspects.¹¹ Cette étude ne peut que bénéficier de l'apport du droit comparé.¹²

Il faut distinguer pour le paiement avec carte, le transfert opéré au GA et le transfert au TPV.¹³ La première modalité n'implique que deux personnes: la banque et son client. Le client qui utilise le GA ne conclut pas un contrat distinct. Il se contente d'exécuter une faculté mise à sa disposition par la banque. De son côté, la banque ne fait qu'exécuter son obligation née du contrat de dépôt de fonds. Toutefois, le GA génère des écritures bancaires automatisées.

Le transfert opéré par le biais d'un terminal installé au point de vente chez un commerçant met en relation au moins trois personnes et suppose trois conventions distinctes. En premier lieu, il nécessite un contrat de dépôt de fonds qui impose à la banque le devoir d'assurer le service des paiements du client, c'est-à-dire d'exécuter les ordres de retrait et les ordres de paiement en faveur de tiers tant que le compte présente un solde suffisant. Il exige en second lieu une entente expresse ou implicite entre le commerçant et le client qui paye au moyen de la carte et enfin une entente entre le commerçant et son institution financière.

becomes necessary then to sit down with one's bankers and hammer out clause by clause who is liable for what. Companies are particularly concerned about transfer of funds to unauthorized locations. A bank's assurance that its security system could not allow this is not sufficient protection. We want the same sort of protection against fraud that we have now under the *Bills of Exchange Act.*"; Mme Patricia Dunbar, Imperial Oil Co., Allocution prononcée à la 4e Conférence sur le système de paiements canadien, avril 1985.

¹¹ Plusieurs études gouvernementales ont déjà été réalisées: Howard Eddy, Effets de l'automatisation sur le système canadien de paiement, Document préliminaire, Ottawa, mai 1973; Howard Eddy, Le système canadien de paiement et l'ordinateur, Commission de réforme du droit, Ottawa, décembre 1974; Les paiements par versement de crédit, Document de travail no 21, Commission de réforme du droit, Ottawa, 1978; John W. Lambie, Systèmes électroniques de transfert de fonds au Canada: problèmes ressortissants et recommandations, Ottawa, Consommation et corporation Canada, 1979; Howard Eddy, Vers un système de paiements électroniques, Ottawa, Ministère des finances et des communications, 1974; Stanley Goldstein, En pleine mutation: les opérations bancaires à l'ère électronique, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1979, ci-après désigné sous le nom de Rapport Goldstein; Richard H. McLaren, Report to the Province of Ontario on Policy and Legislative Responses to Electronic Funds Transfer in Canada, London, Ontario, novembre 1978, ci-après désigné sous le nom de Rapport McLaren. D'autres études privées ont également été réalisées dont celle de: Payment Alternatives Communication Exchange, octobre 1984, ci-après désigné sous le nom de Rapport PACE. Voir en Annexe le tableau des principales recommandations.

¹² Le travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial en est une illustration. Cette Commission prépare un guide juridique jetant les bases d'un accord international commun sur les problèmes juridiques en jeu: A/CN. 9/266, 2 avril 1985.

¹³ *Supra*, notes 3, 4.

Dans les paiements préautorisés au débit ou au crédit, le transfert de fonds met également en relation au moins trois personnes: la banque agissant comme intermédiaire en vertu du contrat de dépôt qui la lie à son client, le transférant et le bénéficiaire en vertu d'ententes portant sur l'acceptation de ce mode de paiement.

Dans les transferts tripartites, par une technique financière, il y a transmission d'inscriptions au débit et au crédit entre comptes bancaires par un simple jeu d'écritures, donc virement de comptes à comptes.¹⁴ La majorité des auteurs français y voient une technique de virement ou plutôt l'exécution électronique d'un ordre de virement.¹⁵ Cette modalité de paiement, née de la pratique bancaire tout comme le TEF et la carte de paiement, repose uniquement sur des rapports contractuels.

On a tenté, en droit français, de déterminer la nature juridique du virement. Certains ont avancé qu'il constituait soit une cession de créances, soit une délégation de paiement mais ces qualifications peu satisfaisantes ont été abandonnées.¹⁶ La délégation permet de rendre compte dans une large mesure du mécanisme du virement: le donneur d'ordre joue le rôle de délégant, la banque celui de délégué et le bénéficiaire est le délégataire.¹⁷ Cependant, dans la délégation, la banque souscrit un engagement envers le bénéficiaire: la banque devient débiteur. La délégation ne rend pas compte de la profonde originalité économique et juridique de la dette, en ce qu'elle est liée au dépôt en compte.

La majorité des auteurs sont d'accord pour voir dans le virement un procédé de transfert de la monnaie scripturale, technique abstraite à rapprocher de la remise du billet de banque et pour reconnaître son caractère de pur instrument de circulation de la monnaie de compte qui repose sur la notion de mandat.¹⁸ Il en est de même en *common law*: en droit américain, dans la jurisprudence canadienne et anglaise,¹⁹ la notion d'*agency* sert à traduire le rapport juridique particulier de ce mode de transfert.

¹⁴ Le virement se définit comme étant une "technique financière permettant de transférer une somme d'argent d'un compte à un autre par un simple jeu d'écritures"; Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit de la Banque* (1974), no 347.

¹⁵ Michel Vasseur, *Aspects juridiques des nouveaux moyens de paiement* (1982), *Revue de la Banque*, no 5, à la p. 581; Pierre LeClercq, *Les problèmes juridiques posés par les nouveaux moyens de paiement, Rapport au Congrès de l'Association nationale des docteurs en droit*, Lyon, novembre 1981; Robert Trinquet, *Paiement par carte: aspects juridiques de la fraude* (1984), 3 *Bancatique* 166.

¹⁶ Cf. Commission de réforme du droit, *Les paiements par virement de crédit*, *op. cit.*, note 11, p. 107, notes 17 et 18; Gavalda et Stoufflet, *op. cit.*, note 14, p. 449.

¹⁷ En vertu de la délégation imparfaite de paiement, le donneur d'ordre-délégant ordonne à la banque-déléguée de s'engager envers le bénéficiaire-délégataire. Le rapport juridique original entre le délégant et le délégataire subsiste, ce qui permet à ce dernier de conserver ses recours contre le délégant; art. 1173 C.c.

¹⁸ Cf. *supra*, note 14.

¹⁹ R.S.T. Chorley, *Law of Banking* (6e éd., 1974), p. 266; Richard King, *The Receiving Bank's Role in Credit Transfer Transactions* (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 369;

Cette qualification juridique soulève deux questions principales: le mandat étant révocable, le client peut-il révoquer un transfert et jusqu'à quand? Sinon, doit-il contractuellement s'obliger à ne pas révoquer l'ordre de transfert? Par ailleurs, comme il s'agit d'un mandat, il devient caduc par l'arrivée de certains faits comme le décès du mandant, la faillite, la saisie-arêt. Faudrait-il, comme dans le cas du chèque,²⁰ préciser les cas où le pouvoir de payer de la banque cesse? Un autre problème provient du fait que le virement, à la différence du chèque, ne permet pas au bénéficiaire de jouir de la disponibilité immédiate des fonds. Ce droit n'existe qu'à partir de l'écriture au compte. Il y a donc lieu de préciser à partir de quel moment le paiement est effectif.

(1) *Caractère définitif ou date de valeur*

Relativement au caractère définitif du transfert, trois questions retiennent l'attention: les effets de ce caractère, le moment où il l'acquiert et la correspondance entre le caractère définitif et l'extinction de l'obligation sous-jacente.

Le principal effet de l'acquisition du caractère définitif est que le paiement est effectif, c'est-à-dire que les fonds sont disponibles au bénéficiaire;²¹ le solde de son compte est augmenté et accroît le gage de ses créanciers. Pour le transférant, le transfert est irrévocable, il ne peut pas demander le retrait de l'ordre. De même, le transfert ne peut être affecté par le décès du transférant, sa faillite ou une saisie du compte. La compensation entre le transférant et sa banque ne peut s'opérer.

À quel moment le transfert est-il définitif? Il est souhaitable que les transferts soient certains et acquièrent rapidement un caractère définitif. Le moment est-il le même dans le TEF que dans le transfert en vertu d'un ordre écrit? Dans le système de paiement par chèque, le moment auquel le paiement est effectif peut être déterminé. Si l'opération est manuelle, le chèque est payé lorsque la banque payeuse donne son autorisation ou appose avec son étampe le mot "payé" sur le chèque et le bordereau de crédit à

Crawford, *Credit Transfers of Funds in Canada: The Current Law*, *loc. cit.*, note 1, à la p. 127; Tyree, *loc. cit.*, note 9, à la p. 157.

²⁰ Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, c. B-5, art. 167.

²¹ En matière de paiement par chèque, le bénéficiaire jouit généralement de la disponibilité immédiate des fonds. Il s'agit alors d'une pratique bancaire dont le privilège peut être retiré par stipulation. Ainsi pour la carte IS de la Banque de Montréal, les dispositions relatives aux guichets Instabanque comportent les clauses suivantes:

no 7 La banque peut prendre jusqu'à 3 jours ouvrables pour vérifier tout dépôt fait à un module Instabanque et avant de permettre le retrait de la totalité des fonds.

no 8 La banque se réserve le droit de suspendre temporairement le privilège de retrait sur les articles déposés qui ne portent pas de no de compte marqués à l'encre magnétique ou qui ne peuvent être comptabilisés selon la méthode habituelle.

la banque encaisseuse.²² À ce moment, il y a appropriation de fonds pour le chèque qui ne peut être révoquée. Lorsque l'opération est effectuée par ordinateur et lorsque les ordres sont présentés par lots, le moment de l'appropriation de fonds est moins précis.²³ Ce peut être soit le moment où l'information codée est insérée dans la mémoire de l'ordinateur en vue de l'inscription au compte du transférant, soit le moment où le débit est effectué dans le compte du transférant,²⁴ soit lorsque le compte du bénéficiaire est crédité.²⁵ Le moment où le transfert devient définitif à l'égard d'une ou de plusieurs institutions peut ne pas être le même à l'égard du transférant et du bénéficiaire. Ainsi, le virement peut être définitif lorsque le compte du transférant a été débité parce que cette opération a pour effet de retirer à ce dernier la propriété des fonds, mais ce peut être un moment différent de celui où le compte du bénéficiaire est crédité.²⁶

Il serait nécessaire que ce moment soit déterminé avec précision,²⁷ entre autres, pour indiquer à quel moment la banque peut contre-passer une écriture faite dans le compte de son client, la contre-passation étant le moyen le plus rationnel qui s'offre à la banque de recouvrer un crédit

²² Aux États-Unis, le UCC art. 4.-213 le détermine. Un article est payé lorsque la banque payeuse complète le processus de l'inscription au compte du tireur, lorsqu'elle prend la décision de payer et fait l'inscription du paiement.

²³ *Capital Associates Ltd. c. Royal Bank of Canada* (1970), 15 D.L.R. (3d) 234 (C.S. Qué.), (1973), 36 D.L.R. (3d) 579 (C.A. Qué.), (1976), 65 D.L.R. (3d) 384 (C.S.C.).

²⁴ La jurisprudence française adopte la date d'inscription au compte du donneur d'ordre pour le motif qu'à partir de ce moment l'argent n'est plus sous le contrôle du transférant. C. Com. 26 janvier 1983, D 1983 I R, obs. Vasseur; (1984), Rev. trim. dr. comm. 129, obs. Cabrillac et Rives-Langue.

²⁵ En droit anglais, dans le cas d'ordres internes (in house), il a été décidé dans *Rekstin c. Severo*, [1933] 1 K.B. 47 (K.B.D.), qu'une saisie annulait les instructions du client lorsque le compte de celui-ci avait été débité mais avant que le compte du bénéficiaire ait été crédité et que le bénéficiaire en ait été avisé. Si l'on se fonde sur cette décision, on pourrait croire que l'ordre n'est pas effectif ou irrévocable tant que le transfert n'a pas été fait dans le compte du bénéficiaire. Voir cependant *Momm c. Barclays Bank International Ltd.*, [1976] 3 All E.R. 588 (Q.B.D.); *Tenax Steamship Co. Ltd. c. The Brimnes (Owners)*, [1973] 1 All E.R. 769 (Q.B.D.), aff. [1975] 1 Q.B. 929, [1974] 3 All E.R. 88 (C.A.); cf. King, *loc. cit.*, note 19.

²⁶ Autrement, le créancier pourrait être exposé à payer deux fois. La Commission de réforme du droit préconisait une quittance conditionnelle pour parer à cette difficulté; *op. cit.*, note 11, p. 83. En France, on considère que le virement est réputé accompli au moment et au lieu où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire. C'est à cette date et en ce lieu que le paiement est réalisé. Gavalda et Stoufflet, *Droit de la banque*, *op. cit.*, note 14, p. 451. Si le compte du bénéficiaire est tenu par une autre banque, le virement est accompli non au jour du débit du compte du donneur d'ordre, mais au jour où le compte du bénéficiaire est crédité. L'opération est localisée là où se trouve l'établissement tenant le compte du bénéficiaire.

²⁷ Comme le recommandent les divers rapports qui ont étudié ce problème, voir l'Annexe.

passé par erreur au compte du client en débitant le compte. La contrepassation est sans aucun doute admissible lorsque le crédit n'est pas devenu définitif.²⁸ Ceci pose la question de la révocabilité et de la réversibilité du transfert.

Le moment auquel le transfert devient définitif coïncide-t-il nécessairement avec le moment où l'obligation sous-jacente est éteinte? Les parties sont libres de fixer, dans leur entente préalable, le moment où le paiement est effectif. Lorsqu'il n'est pas ainsi déterminé, les règles applicables le déterminent en fonction de la nature du transfert de fonds et des procédures appliquées par les banques. C'est pourquoi les règles relatives à l'extinction des obligations se trouvent aussi bien dans les règles régissant les transferts de fonds que dans celles régissant l'obligation sous-jacente. Dans le cas du chèque, le paiement est conditionnel à son encaissement ou à son caractère définitif.

(2) *Révocabilité et réversibilité du transfert*

Doit-on permettre au transférant d'annuler un ordre de transfert? Dans l'affirmative, dans quel délai peut-il le faire? Le TEF se fondant sur le mandat demeurerait révocable. Certains voient dans la réversibilité du transfert un moyen d'accroître le pouvoir de discussion du consommateur insatisfait qui a peu de pouvoir sur le vendeur pour faire valoir ses droits lorsqu'il a déjà payé la facture. S'il peut renverser l'écriture déjà passée, le commerçant devra le poursuivre et le consommateur sera alors dans une meilleure position pour faire valoir ses moyens de défense. La modalité peut également être utile dans divers cas d'erreur.

Dans le système de paiement par chèque, le tireur peut émettre un arrêt de paiement qui est efficace tant que l'effet n'est pas effectivement payé. La banque a le devoir légal de s'y conformer.²⁹ Le contrordre procure certains avantages au tireur non parce qu'il le libère de son

²⁸ Dans le paiement par chèque, la banque portant immédiatement l'effet au crédit de son client, il est normal qu'elle se réserve, durant quelques jours, le droit de contre-passer l'effet refusé à la compensation. Le paiement n'est donc final que lorsque le compte du tireur est débité ou la banque du bénéficiaire a reçu l'autorisation de recevoir le paiement. Si la banque, en contravention aux règles de la compensation, débite le compte du client après l'expiration du délai fixé pour le retour des effets non payés, les tribunaux généralement n'accordent pas de recours au client sur ce seul motif; *Sterling Bank c. Laughlin* (1912), 1 D.L.R. 383, 3 O.W.N. 643, 21 O.W.R. 221 (Ont. Div. Ct.). Il en est autrement si le client a modifié sa position en raison de la négligence de la banque; cf. *National Slag c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1982), 140 D.L.R. (3d) 473, (H.C. Ont.), aff. (1985), 19 D.L.R. (4th) 383 (C.A. Ont.); *Midland Doherty Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1984] C.S. 909; *Stanley Works of Canada Ltd. c. Banque Canadienne Nationale et la Banque Royale du Canada*, [1982] R.L. 433 (C.A. Qué.).

²⁹ Loi sur les lettres de change, *supra*, note 20, art. 167(a). Cet article ne serait toutefois pas d'ordre public. La banque pourrait s'exonérer de son devoir par stipulation de non responsabilité. Cf. *Caron c. Caisse populaire de Granby*, [1973] C.A. 1108, arrêt commenté par Michel Deschamps (1974), 34 R. du B. 82.

obligation envers le bénéficiaire, mais parce qu'il force ce dernier à le poursuivre en justice, modifiant ainsi les positions respectives des parties. Cependant, contre un détenteur régulier, le tireur ne peut faire valoir que des moyens de défense réels. L'utilité relative de la mesure réside dans le délai qui peut s'écouler entre le moment de l'émission du chèque et le moment de l'encaissement. Dans le TEF ce délai est réduit, sinon inexistant dans le transfert en direct. C'est pourquoi il faut distinguer entre la révocation et la réversibilité. Dans le premier cas, on réfère au droit du transférant de revenir sur son ordre avant qu'il ne soit exécuté tandis que, dans le second, l'ordre est devenu définitif lorsque le contrordre s'exerce. La réversibilité cependant entre en conflit avec le souci de rapidité et d'efficacité du transfert électronique.

Relativement à la révocabilité, il faut distinguer selon les diverses modalités du TEF. Pour les paiements préautorisés, il est possible de prévoir le délai limite avant que la procédure de transfert ne soit effectivement engagée, de telle sorte que le transférant puisse donner un contrordre utile.³⁰ Il faudrait, cependant, que soit précisé le droit du transférant de s'adresser à sa banque, son mandataire, gestionnaire de son compte, pour faire arrêter le transfert. L'institution de dépôt est en effet mieux placée que le créancier pour assurer l'exécution efficace de la volonté de son client. Le délai et la période pour le faire devraient être déterminés avec précision, de façon à ce que le transférant soit en mesure d'exercer son droit avec célérité et commodité.³¹

Dans le cas du TPV, il faut distinguer entre le système qui opère en direct et celui qui opère en différé. Dans le premier cas, le délai peut être nul, et seule la réversibilité permettrait de contre-passer un transfert devenu définitif. Dans l'autre cas, on pourrait concevoir le droit du transférant au retrait de l'ordre tant que le transfert n'est pas définitif. Il est techniquement possible de concevoir un moyen, soit de suspendre un paiement,³² soit de renverser l'opération.³³ Toutefois, en raison des contraintes que ce mécanisme imposerait au système et de son coût élevé, on doit s'interroger sur la nécessité pratique de l'introduire.³⁴ Les opinions sont partagées

³⁰ La loi américaine permet d'arrêter un paiement pour les transferts préautorisés pourvu que l'avis soit donné trois jours avant la date prévue pour le transfert, *Electronic Fund Transfer Act*, 15 USCA, par. 1693e.

³¹ Selon la pratique courante, le client doit s'adresser au créancier. Les délais prévus ou prévisibles ne facilitent pas l'exercice de ce droit.

³² En attribuant une date de valeur au transfert. En vertu de ce système, le débit du compte du transférant et le crédit de celui du commerçant sont retardés pour un court laps de temps (exemple deux jours) mais l'information est captée au moment de l'opération. Le client aurait droit d'arrêter le paiement avant la date de valeur.

³³ Le consommateur jouirait de deux ou trois jours pendant lesquels il pourrait renverser son paiement simplement en avisant son institution de le faire.

³⁴ La date de valeur s'appliquerait à toutes les opérations. Il ne serait pas réaliste d'imposer cette contrainte au système s'il y a peu de cas où elle serait utile. Une étude

soit que l'on considère le TEF comme un substitut du chèque ou de la carte de crédit soit qu'on le considère comme un paiement comptant.³⁵ Certains sont d'avis que le transfert TPV ne devrait pas pouvoir être annulé par la banque expéditrice ou par le transférant, une fois l'ordre donné au terminal.³⁶ Les banques sont d'avis que les contestations entre commerçants et consommateurs doivent s'exercer en dehors du système de paiement et non pas à l'intérieur. Les consommateurs, pour leur part, seraient contre la mesure si elle devait affecter la disponibilité des fonds. Par contre, la non-réversibilité peut paraître radicale et sacrifier inutilement les droits de celui qui a commis une erreur dont il prend conscience immédiatement ou dans un laps de temps très court après avoir donné l'ordre.

Dans le cas des paiements préautorisés au débit, en raison de la nature particulière de l'opération, le transférant devrait avoir le droit de demander à sa banque, dans un délai déterminé, que le prélèvement soit contre-passé,³⁷ s'il affirme qu'il est injustifié.³⁸ La contre-passation rétablirait l'obligation du transférant de s'acquitter de sa dette.³⁹

On admet en droit civil le droit du mandant de renoncer à la révocabilité du mandat. Cependant, si on tient compte du fait que le contrat

réalisée en 1973 aux États-Unis sur l'exercice de l'arrêt de paiement, relatif aux chèques, démontre qu'il est exercé uniquement dans 0.03% du volume des chèques; cf. Fred M. Greguras et Ann L. Wright, *How the New EFT Act Affects the Financial Institution/Consumer Relationship* (1978-79), 11 *Uniform Commercial Code L.J.* 207, à la p. 225, note 72.

³⁵ Harold I. Abramson, *The Impact of the Federal EFT Act on Consumer Contracts in New York State* (1979), 13 *Un. San Francisco L. Rev.* 467, à la p. 480. Aux États-Unis, les discussions se poursuivent sur ce point, en particulier dans la perspective d'un nouveau code des paiements. Cf. Fred H. Miller, *A Report on the New Payments Code* (1984), 39 *Bus. Law* 1215, à la p. 1216. Les premières versions du *New Payments Code* préconisaient la réversibilité dans le cas des ordres des consommateurs dans le but d'uniformiser ce régime avec celui des chèques. Il semble toutefois, qu'en raison des grandes divergences de vue entre les intervenants, on fasse disparaître du Code les dispositions relatives aux ordres des consommateurs.

³⁶ Le rapport PACE s'y oppose catégoriquement. Il énonce que la transaction est complète lorsque le consommateur en a vérifié le montant et que la transaction a été acceptée par l'institution financière. Elle pourrait toutefois être renversée avant l'acceptation par l'institution en annulant l'opération en cours. On ne prévoit aucun cas où l'opération peut être renversée. Cf. *op. cit.*, note 11, p. 55.

³⁷ Le Rapport Goldstein recommande de reconnaître le droit du client d'arrêter un paiement préautorisé au débit ou au crédit pourvu que les instructions parviennent à son institution avant l'exécution du transfert et le droit du client de faire recréditer son compte dans le cas d'un paiement non autorisé au débit; *op. cit.*, note 11, p. 209.

³⁸ Autrement, le transférant est mis à la merci du créancier qui peut par ses gestes ou par diverses stipulations empêcher une action rapide du consommateur.

³⁹ La loi fédérale américaine ne permet pas la réversibilité des transferts POS. Toutefois, certains États comme le Michigan accordent ce droit aux consommateurs; Mich. Comp. Laws Ann., para. 488.16; Cf. Miller, *loc. cit.*, note 35, à la p. 1216. En

bancaire est prérédigé, la stipulation est sujette à caution. Le législateur devra sans doute préciser les droits des particuliers quant à la révocation et à la réversibilité des diverses modalités du TEF.

B. Rapports particuliers créés par la carte de paiement

La carte de débit, ou carte de paiement, ne peut être considérée comme un paiement en argent comptant.⁴⁰ Elle n'est pas, non plus, ce qu'on pourrait appeler un "chèque électronique" en ce sens qu'on ne peut l'assimiler à un paiement par chèque. Il est malaisé d'appliquer au transfert électronique de données les règles relatives à des titres négociables pour lesquels la signature apparaît comme une condition essentielle. Ainsi que l'exprime Jérôme Huet:⁴¹

Les effets de commerce s'accommodent mal de l'enregistrement et de la transmission par ordinateur des informations qu'ils contiennent et des prérogatives qu'ils emportent. Le droit très énergique du porteur contre les signataires de l'effet est incorporé dans le titre dont seule compte la régularité apparente parce qu'il est voué à circuler sans que les intervenants se connaissent; ce droit se transmet matériellement avec le titre.

Il faut donc distinguer entre les ordres papiers et les ordres dématérialisés et renoncer à leur donner une efficacité juridique identique. Ce n'est pas non plus une monnaie électronique.⁴² La nouveauté de ce moyen de paiement consiste plutôt dans le fait que le transfert des fonds est déclenché électroniquement et que la monnaie scripturale est gérée électroniquement,⁴³ la carte permettant d'identifier le titulaire du compte et d'initier le transfert.

France, la loi no 85-695 du 11 juillet 1985 préconise l'irréversibilité des transferts, art. 8: "L'ordre de paiement donné par carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte ou de procédure collective d'apurement du passif du bénéficiaire." Il faut toutefois préciser qu'en France l'arrêt de paiement sur le chèque n'est permis qu'en des cas exceptionnels: en cas de perte ou de vol du chèque, de règlement judiciaire ou de liquidation des biens du porteur. (Loi no 72-10 du 3 janvier 1972, loi no 75-4 du 3 janvier 1975).

⁴⁰ Loi sur la monnaie et les changes; S.R.C. 1970, c. C-39, arts. 3, 5, 7.

⁴¹ Jérôme Huet, Les modifications du droit sous l'influence de l'informatique: aspects de droit privé, J.C.P. 1983, Doct. 3095; voir également Eddy, Effets de l'automatisation sur le système canadien de paiement, *op. cit.*, note 11.

⁴² La doctrine française rejette généralement cette expression en raison de son inexactitude. Pour Michel Vasseur, parler de monnaie électronique constitue un abus de langage si ce n'est en cas de possibilité de réutilisation immédiate des fonds comme pour la carte prépayée ou rechargée; *loc. cit.*, note 15, à la p. 582. Pour M. Pierre LeClercq, "la carte ne crée pas une nouvelle forme de monnaie, elle favorise plutôt la monnaie scripturale, celle-ci, totalement dématérialisée, est née lorsqu'on a créé le compte courant. C'est le compte lui-même qui est le siège de la monnaie et non les instruments techniques qui déclenchent les inscriptions"; *loc. cit.*, note 15. voir également Trinquet, *loc. cit.*, note 15.

⁴³ Vasseur, *ibid.*, note 15.

On peut toutefois s'interroger sur la question de savoir si la carte est un instrument de paiement ou de crédit. La carte de paiement, contrairement à la carte de crédit, a pour fonction d'opérer directement le retrait dans le compte en banque du titulaire. Pour le créancier bénéficiaire, il s'agit toujours d'une opération de paiement. Pour le titulaire, elle est ordinairement un moyen de paiement à débit immédiat ou différé et suppose un compte bancaire disposant de fonds suffisants pour exécuter le transfert.⁴⁴ Toutefois, si la banque accorde à son client le privilège de découvert et lui octroie une marge de crédit, on peut alors considérer que la carte a une double fonction: paiement et crédit. Si on tient compte de l'ensemble des opérations, il faut alors traiter la carte comme un instrument de crédit. L'octroi de crédit, dans le cas d'insuffisance de fonds dans le compte de dépôt pour payer un chèque, est qualifié de prêt ou d'avance de crédit par la loi et par les tribunaux.⁴⁵ Dans le cas de la carte, cette qualification risque cependant d'entraîner l'application de mesures protectrices à l'égard des consommateurs relativement au crédit variable, si elles se conforment aux conditions d'application⁴⁶ et aux composantes essentielles d'une opération de crédit: "une avance de monnaie scripturale ou fiduciaire, une rémunération au créiteur et une restitution".⁴⁷ La banque peut-elle accorder cette marge de crédit sans un accord préalable avec son client?⁴⁸ En vertu de la loi, si la banque consent un découvert d'un montant déterminé, remboursable selon des modalités précises, elle a le devoir d'en informer le titulaire de la carte.⁴⁹ Au regard de la législation québécoise sur le crédit variable, la pratique serait interdite.⁵⁰ Elle est de plus dangereuse, car le client, dans l'ignorance de la pratique, pourrait ne pas notifier la banque de la perte de la carte en se fondant sur l'insolvabilité connue de son compte.⁵¹

Malgré son appellation de carte de paiement, le paiement par carte, comme les autres modalités du TEF et pas plus que le chèque, ne peut

⁴⁴ Par exemple, la carte IS de la Banque de Montréal comporte la stipulation suivante: "la carte IS n'est pas une carte de crédit mais une pièce d'identité . . . permettant d'accéder à ses comptes".

⁴⁵ Loi sur les banques, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, art. 202(3)(d); *Bank of Montreal c. Boudreau* (1974), 8 N.B.R. (2d) 487, à la p. 495 (N.B. App. Div.); *Brooks Co. c. Blackburn Benefit Society* (1884), 9 A.C. 857 (H.L.); *Cuthbert c. Robarts, Lublock Co.*, [1909] 2 Ch. D. 226 (C.A.); *Royal Bank of Canada c. Dhangal*, [1977] C.P. 409.

⁴⁶ L.R.Q., c. P. 40-1, art. 118 *et seq.*

⁴⁷ Cf. Christian Gavalda, J.C.P. 1970, juris. 16417.

⁴⁸ La carte IS de la Banque de Montréal ne permet pas de découvert à moins d'un entente avec la banque. Cependant, d'autres institutions l'accorderaient.

⁴⁹ Loi sur les banques, *supra*, note 45, art. 202(6); C.R.C., vol. IV, c. 367, p. 2349, art. 9; DORS/83-103, 23 janvier 1983, art. 11.(1).

⁵⁰ Loi sur la protection du consommateur, *supra*, note 46, art. 125, prévoit un contrat spécifique.

⁵¹ Si la banque accorde la marge de crédit automatiquement, le client pourrait faire face à leur réclamation pour les avances consenties au voleur.

produire un paiement au sens juridique de ce terme, si ce n'est lorsqu'il y a règlement effectif et irrévocable.⁵² Il y a donc nécessité, comme pour les autres instruments de règlement, de déterminer avec précision le moment à partir duquel le débiteur est libéré de son obligation.

L'émission de la carte de paiement et son usage par le titulaire créent des rapports juridiques originaux qu'il convient d'analyser.

(1) *Caractère personnel de la carte*

Les relations entre une banque et son client sont fondées sur la confiance. Le contrat de dépôt de fonds est conclu *intuitu personae* permettant à la banque, à sa discrétion,⁵³ d'accorder ou de refuser l'ouverture du compte. Il en est de même de l'émission de la carte. La banque ne peut être contrainte de fournir ce service à toute personne qui en fait la demande. En émettant la carte, la banque assume certaines obligations; elle peut donc, dans certains cas, refuser de le faire si elle a des raisons qui le justifient.⁵⁴

La carte est la propriété de la banque⁵⁵ qui, en qualité de propriétaire, peut à tout moment, dans l'éventualité d'un abus, et après avis, dans d'autres circonstances, la retirer à son titulaire ou ne pas la renouveler.⁵⁶ Dans cette éventualité, le client doit restituer la carte si demande lui en est faite et cesser de l'utiliser après la demande de retrait. Par ailleurs, il peut mettre fin en tout temps à ce service de la même manière qu'il peut fermer son compte.

⁵² La carte à microcircuit à laquelle la banque attribue une valeur pourrait être considérée comme un transfert de fonds achevé, équivalant à la vente de chèques de voyage. L'utilisation de la carte déclencherait une procédure de remboursement par la banque en faveur du commerçant et pourrait être considérée comme une forme de transfert par prélèvement électronique analogue à la remise d'un chèque de voyage. D'un autre côté, la carte "à valeur" pourrait être considérée comme une forme spéciale de l'ompte auprès de la banque. Elle constituerait simplement pour le client un moyen d'accéder à ce compte.

⁵³ En droit français, la loi bancaire du 24 janvier 1984 reconnaît le droit au compte bancaire. Cependant, l'émission d'un chéquier est à la discrétion de la banque particulièrement en raison des obligations qui pèsent sur la banque dans ce dernier cas. Cf. C. Gavalda et J. Stoufflet, J.C.P. 1985, Doct. 3176.

⁵⁴ On appliquerait sans doute, à cet égard, les mêmes règles qu'à l'égard de l'ouverture du compte bancaire.

⁵⁵ La majorité des contrats comporte une stipulation à cet effet. Convention relative à la carte IS (Banque de Montréal):

no 3 Les cartes IS ne sont pas transférables et demeurent la propriété de la Banque. À ce titre, la Banque se réserve le droit de les annuler ou d'en supprimer les privilèges en tout temps sans préavis au titulaire.

no 4 Le titulaire s'engage à remettre sa carte IS sur simple demande de la banque.

⁵⁶ Un retrait abusif pourrait donner lieu à une réclamation en dommages-intérêts.

Le titulaire a l'obligation de respecter le caractère personnel de la carte en y apposant sa signature, selon le cas, et en s'engageant à ne révéler à personne le code confidentiel (NIP).⁵⁷ Même si le contrat ne comporte pas de stipulation expresse à ce sujet, il semble que l'obligation faite au client de ne pas divulguer le NIP, de ne pas l'inscrire ou le conserver avec la carte résulte du droit commun.⁵⁸ Toutefois, la modalité étant nouvelle, la banque a le devoir d'aviser clairement son client de cette obligation et de le mettre en garde contre sa négligence à prendre les précautions requises. Les tribunaux français ont eu l'occasion de préciser l'étendue de l'obligation qui pèse sur le titulaire d'une carte à caractère personnel.⁵⁹ Entre autres, il a été décidé que le fait de révéler le code confidentiel, de l'inscrire sur la carte ou de le conserver avec la carte constitue une faute pouvant entraîner la responsabilité du client suite à un acte frauduleux.⁶⁰ C'est toutefois la banque qui aurait la charge de prouver l'imprudence du client.⁶¹

(2) *Rapports particuliers entre les parties*

Les rapports entre l'émetteur et le commerçant adhérent découlent du contrat qui les lie. Le commerçant assume, entre autres, l'obligation de prévenir l'usage frauduleux de la carte par les tiers. Il peut être tenu, selon le cas, de vérifier la validité de la carte, la conformité des signatures ou d'obtenir une autorisation auprès de l'émetteur. La principale sanction de ces devoirs consisterait dans la résiliation du contrat avec la banque.⁶²

⁵⁷ Numéro d'identification personnel, en anglais PIN.

⁵⁸ Selon la doctrine et la jurisprudence française: cf. Christian Gavalda, note sous App. Paris, 1er décembre 1980, D.S. 1981, p. 372.

⁵⁹ Dans le cas d'une carte pour laquelle le commerçant a l'obligation de vérifier la signature, le fait pour le client de ne pas la signer constitue une faute permettant au voleur de l'utiliser. Cour d'Aix-en-Provence, 25 février 1980, D. 1981, 566 obs. Vasseur.

⁶⁰ Cour de Versailles, arrêt du 17 janvier 1980, Rev. Trim. Dr. Com. avril-juin 1981, p. 333 obs. Cabrillac, Banque 1980, 606 obs. Martin.

⁶¹ Arrêt du 1er décembre 1980, D 1981, I.R. p. 352 obs. Vasseur, D. 1981, p. 369 obs. Gavalda.

⁶² La jurisprudence française offre un exemple intéressant à cet égard. Un commerçant, au lieu de faire une seule facture dont le montant aurait nécessité l'autorisation de l'organisme financier en vertu de l'entente de base, avait effectué six factures pour des montants moindres mais dont la somme équivalait au montant global de l'achat. La banque refusa de payer le commerçant pour le motif que celui-ci n'avait pas respecté les clauses de son contrat à savoir l'obligation de n'établir qu'une seule facture pour chaque achat. La Cour d'appel rejeta toutefois l'interprétation de la banque pour le motif que celle-ci s'était engagée à payer le commerçant sous réserve de bonne fin d'encaissement i.e. l'absence de provision au compte du titulaire de la carte. Or, en l'espèce, la bonne fin de l'opération n'était pas en cause. Le tribunal décida plutôt que la sanction du non-respect des obligations assumées par le commerçant consistait uniquement dans la résiliation du contrat. Cf. obs. Vasseur, sous Com. 30 novembre 1982, 1983 DS, IR. 470.

Les rapports entre le titulaire de la carte et le commerçant reposent sur une stipulation pour autrui contenue dans le contrat émetteur-commerçant. Il en résulte pour le titulaire le droit de payer avec la carte et pour le commerçant, qui annonce l'acceptation de la carte ou qui affiche le symbole de la carte, l'obligation de le faire. Il ne peut refuser que la créance soit acquittée par ce moyen. Par ailleurs, un nouveau rapport de droit naît à partir de l'introduction de la carte au terminal et de la frappe du NIP au TPV,⁶³ mais il n'y a pas novation de la créance. Si pour un motif quelconque, comme l'insuffisance de fonds, le commerçant n'est pas payé, il conserve son recours contre l'acheteur, titulaire de la carte.

II. Nature et étendue des obligations de la banque

Dans le TEF, les obligations de la banque demeurent fondamentalement les mêmes. Elles se fondent sur le contrat de dépôt de fonds. Dans ce contrat, relativement au remboursement des fonds déposés, il y a entre la banque et son client un rapport juridique débiteur-créancier, tandis que pour le service des paiements, c'est à dire l'exécution des ordres du client et le recouvrement des effets déposés dans son compte, la banque agit à titre de mandataire de son client.⁶⁴ Ces fonctions persistent dans le TEF qui se fonde sur l'idée de mandat.⁶⁵ Cependant, en raison de la technologie nouvelle, certains devoirs méritent d'être précisés.

Par ailleurs, les banques mettent à la disposition de leurs clients des services nouveaux d'une grande complexité technique abandonnant, en grande partie, des pratiques soumises à une réglementation législative précise. Il en résulte des conséquences, quant aux responsabilités qu'elle doit assumer, qu'il importe de définir.

A. Devoirs à titre de mandataire

(1) Vérification d'identité

L'une des principales obligations de la banque, en vertu du contrat bancaire, est de repayer l'argent déposé par son client, à la demande de celui-ci ou selon ses ordres. De plus, en vertu de l'Article 205(b) de la Loi sur les banques,⁶⁶ la banque a le devoir de ne repayer les dépôts qu'à

⁶³ Terminal point de vente, en anglais P.O.S.

⁶⁴ "The paying bank is the agent of its own customer to make the payment. The receiving bank is the agent of its customer to receive it"; Lord Denning, *Mardorf Peach & Co. Ltd. c. Attica Sea Carriers, The Laconia*, [1976] 2 All E.R. 249, à la p. 255 (C.A.). Le défaut de la banque d'exécuter les ordres de son client rend la banque responsable; *Bank of Montreal c. Watier*, [1960] B.R. 752 (indication des paiements); *Capital and Counties Bank, Limited c. Gordon*, [1903] A.C. 240 (H.L.); *In re Home Bank of Canada Winding-up; Ex parte McLeod* (1924), 4 C.B.R. 695 (C.S. Ont.).

⁶⁵ Cf. *supra*, note 19; *Stanley Works of Canada Ltd. c. Banque Canadienne Nationale et Banque Royale du Canada*, *supra*, note 28.

⁶⁶ *Supra*, note 45.

son client ou à son mandataire autorisé. Elle a donc l'obligation légale de vérifier l'identité de celui qui effectue un retrait ou qui est à l'origine d'un ordre de paiement. Elle doit être en mesure de prouver que la vérification d'identité a été suffisante et qu'elle a exécuté son obligation.⁶⁷ Ceci tient de son devoir de protéger l'intégrité du compte du client contre des retraits non autorisés.

Si le paiement s'effectue par le moyen du chèque, la banque payeuse a depuis *Price c. Neal*⁶⁸ l'obligation de reconnaître la signature de son client et de la vérifier,⁶⁹ sinon elle supporte la perte.⁷⁰ On constate toutefois qu'en raison de la technologie nouvelle, il arrive fréquemment que les banques ne vérifient plus la signature des tireurs. On peut également souligner le cas des chèques tronqués et des ordres par téléphone ou par télex.

Dans les transferts préautorisés, en vertu d'ententes contractuelles, l'autorisation est donnée au créancier ou au débiteur, selon que l'ordre est initié par l'un ou par l'autre. Les banques se déchargent de leur obligation de vérification en raison des garanties qu'elles exigent et que l'initiateur des transferts leur fournissent. Toutefois, ces ententes ne dégagent pas la banque de son devoir pour lequel elle continue d'assumer la responsabilité. Sa qualité de mandataire subsiste et le client devrait toujours pouvoir

⁶⁷ *Asoff c. Royal Bank* (1919), 56 C.S. 439; *Banque de commerce impériale c. Stagmann*, C.A. Montréal, 500-09-001251-826, 22 février 1984.

⁶⁸ *Price c. Neal* (1762), 95 E.R. 871, 3 Burr. 1355 (K.B.); *National Westminster Bank Ltd. c. Barclays Bank International Ltd.*, [1974] 3 All E.R. 834 (Q.B.D.); *Griwna c. Banque canadienne nationale*, [1954] C.S. 168; *Patenaude c. Caisse populaire de St-Malo* (1958), 15 D.L.R. (2d) 336 (C.A. Man.); *Royal Bank c. Picard*, [1958] C.S. 69; *La Haye c. Banque canadienne nationale*, [1958] C.S. 412; *Banque provinciale du Canada c. Saumure*, [1966] C.S. 135.

⁶⁹ Le fait de ne pas comparer les signatures constitue une faute lourde selon la doctrine française. Cf. Gavalda et Stoufflet, *Droit de la banque*, *op. cit.*, note 15, p. 438. Selon la jurisprudence française, la responsabilité de la banque est engagée quelles que soient par ailleurs les imprudences et la négligence dont s'est rendu coupable le client. Toutefois, les imprudences du client peuvent parfois justifier la mise à sa charge d'une partie de la perte éprouvée, mais il doit s'agir d'une négligence caractérisée; arrêt du 10 juin 1980, Chambre commerciale; cf. Gavalda et Stoufflet, *D.* 1981, p. 3048 no 31. Le fait de laisser, pendant une période de vacances dans un appartement fermé à clé, un chéquier n'est pas fautif, si la clé a été confiée à une personne dont l'honorabilité n'est pas *a priori* suspecte; Chambre de la Cour d'Aix-en-Provence, 21 novembre 1979. La conduite du client après qu'il a eu connaissance d'un faux ou d'une altération pourrait l'empêcher de faire valoir le faux. La connaissance du faux entraîne un devoir qui découle soit de la relation contractuelle soit, en son absence, sur le fondement d'obligations morales et commerciales; *Columbia Gramophone Co. c. Union Bank of Canada* (1916), 34 D.L.R. 743 (C.S. Ont.); *Ewing c. Dominion Bank* (1904), 35 R.C.S. 133, [1904] A.C. 806 (C.P.). L'entente contractuelle peut toutefois restreindre les droits du client quant au délai pour faire valoir le faux.

⁷⁰ Loi sur les lettres de change, *supra*, note 20, arts. 27, 49. La banque n'a pas de recours fondé sur une erreur relative à la signature du tireur; *Dominion Bank c. Jacobs*, [1951] 3 D.L.R. 233 (H.C. Ont.).

s'adresser à sa banque pour retirer son autorisation ou pour empêcher un transfert qu'il sait non autorisé. Dans le cas de la carte de paiement, les banques tentent par diverses stipulations de se dégager de leur responsabilité ou de reporter sur le client la charge qui pèse sur elle. On peut s'interroger, d'une part, sur l'opportunité de conserver la règle de la vérification des signatures ou de l'autorisation et, d'autre part, sur la possibilité pour la banque de se décharger de son obligation par stipulation.

Pour ce qui est de l'opportunité de conserver la règle de la vérification des signatures pour les chèques, certains font valoir qu'elle devrait être révisée, même dans le cas des chèques non tronqués, parce que la banque payeuse, en raison du volume des effets manipulés et des méthodes de traitement des chèques, dans la majorité des cas, ne vérifie plus les signatures. Cette modification à la loi serait toutefois contraire aux intérêts des clients. Par contre, une raison pour conserver la règle et même pour l'étendre aux autres modalités repose sur la nécessité de faire supporter le risque par la partie la mieux en mesure de le répartir.⁷¹ Il est souhaitable d'exiger que tous les ordres de transfert de fonds, y compris les ordres transmis par les moyens électroniques, soient authentifiés: la banque doit être en mesure de justifier le prélèvement effectué sur un compte; elle doit avoir reçu un ordre de transfert de fonds sous une forme valable en cas de litige ultérieur.⁷² Pour le chèque, la vérification porte sur la signature; pour le TEF, un autre moyen aussi sécuritaire doit être trouvé.

La banque peut-elle se décharger de son obligation contractuelle et légale de vérification par une stipulation à l'effet que l'usage de la carte, en corrélation avec le code confidentiel (NIP), équivaut à la signature authentique du titulaire de la carte? Cette stipulation consiste à créer une fiction juridique qui l'exonérerait de la responsabilité qu'elle a toujours assumée.

Le NIP ne permet d'identifier que le titulaire des moyens d'accès, mais non pas la personne physique qui conclut l'opération. La signature apposée sur un document remplit deux rôles: la vérification d'identité et la constatation du consentement donné à l'opération. Le NIP ne peut remplir ces rôles que s'il est utilisé par le titulaire. Il faudrait donc imaginer des techniques permettant de reconnaître à distance une caractéristique physique de l'individu.⁷³ En droit français, les tribunaux consi-

⁷¹ Cf. Miller, *loc. cit.*, note 35.

⁷² Le New Payments Code américain propose que l'institution du transférant supporte la perte relative à des ordres non autorisés par son client. Cette perte ne pourrait être mise à la charge d'un tiers même si ce tiers a été négligent. Cf. Fred H. Miller, *Commercial Paper, Bank Deposits and Collections, and Commercial Electronic Fund Transfers* (1984), 39 Bus. Law 1333, à la p. 1336.

⁷³ Cf. Aspects juridiques du traitement automatique des données, Document de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, A/CN9/238/8, mars 1983.

dèrent que l'usage de la carte avec le NIP n'est pas un élément de fidélité suffisant et qu'on ne peut de façon absolue affirmer qu'ils remplissent ces deux fonctions, puisqu'il y a toujours la possibilité qu'une personne munie des connaissances techniques et du matériel spécialisé arrive à s'approprier le NIP ou qu'une défaillance technique du système permette à l'ordinateur de fonctionner sans le NIP.⁷⁴ Dans le même sens, la doctrine française nie la validité de la stipulation exonératoire⁷⁵ et, de plus, considère cette clause comme suspecte parce qu'elle est imposée à un client traitant en situation d'infériorité.⁷⁶

Même si la banque n'a pas à surveiller les conditions dans lesquelles la carte est utilisée, en vertu du principe de la non-ingérence de la banque dans les affaires de son client, elle est responsable de la mise au point d'un système sécuritaire qui lui permette de vérifier que celui qui utilise la carte est bien le titulaire du compte.

En l'absence d'un dispositif technique de toute sécurité, et qui peut-être risquerait d'alourdir le système, d'autres moyens juridiques peuvent être avancés pour prévenir et résoudre les contestations comme, par exemple, le dédoublement des preuves ou l'aménagement de procédures de règlement des incidents qui placeraient les parties dans un rapport équilibré et la prise en charge du risque par le fournisseur de services.

(2) *Gestion administrative du compte*

En tant que dépositaire de fonds, la banque a l'obligation de justifier de la cause du paiement qui n'est libératoire, à son égard, que s'il est fait entre les mains de celui qui a qualité pour le recevoir.⁷⁷ Comme elle exerce la gestion du compte bancaire, elle a le devoir de conserver les pièces justificatives de chaque transfert. Si une erreur est alléguée, elle doit pouvoir disposer de pièces admissibles en preuve. Dans le TEF, l'ordinateur joue un rôle capital dans la gestion du compte. Si le transfert est en direct, aucun document papier n'est constitué, tandis que, dans d'autres cas, l'ordinateur gère des opérations à partir d'informations contenues dans des documents papiers. Les documents disponibles dans le TEF seront donc principalement des documents constitués en sortie d'ordinateurs. Quelle est la valeur probante de ces documents et dans quelle mesure diffère-t-elle de celle des données conservées ou présentées sur

⁷⁴ C. appel, Paris, 1er décembre 1980, D 1980, 352, obs. Vasseur; (1981), Banque 233 Obs. Martin.

⁷⁵ Cf. Leclercq, *op. cit.*, note 15; Vasseur, *loc. cit.*, note 15; Trinquet, *loc. cit.*, note 15.

⁷⁶ Robert Trinquet, *ibid.*, note 1. Le Conseil économique et social de France préconise de ne pas considérer l'emploi du code confidentiel comme un substitut de la signature (Rapport sur la monnaie électronique, avril 1982); Huet, *loc. cit.*, note 41.

⁷⁷ Cf. *supra*, note 67. Crawford, *Credit Transfer of Funds in Canada: The Current Law*, *loc. cit.*, note 1, à la p. 133.

papier? Dans quelles conditions sont-ils admissibles devant les tribunaux? On peut se poser la même question pour les relevés périodiques fournis par la banque et pour les factures émises par les terminaux.

(a) *Crédibilité des documents en sortie d'ordinateur*

Les documents d'origine informatique reflètent-ils fidèlement l'information qu'ils sont supposés contenir? Divers risques d'erreur⁷⁸ les affectent: erreurs humaines ou erreurs résultant d'un mauvais fonctionnement du système.

Les erreurs humaines risquent surtout de se produire lors de l'introduction et de la manipulation des données. Dans le cas de transferts internationaux, l'absence d'une structure normalisée universelle des messages est susceptible de favoriser les erreurs de ce type au niveau de l'interprétation et de l'encodage dans la transmission des ordres de paiement.⁷⁹

D'autres erreurs peuvent résulter de facteurs comme l'environnement (par exemple, poussières, vibrations), du mauvais fonctionnement du logiciel ou du système de transmission. Les risques d'erreur s'accroissent avec la complexité du système.

Par ailleurs, le risque d'intrusion de tiers dans le système dans le but de modifier les données est toujours présent, malgré les précautions qui peuvent être prises pour en interdire l'accès. La vérification de l'exactitude des données doit être assurée par un mécanisme quelconque. L'adoption d'une procédure de rectification des erreurs revêt une grande importance à cet égard.

(b) *Admissibilité en preuve des documents en sortie d'ordinateur*

L'admissibilité en preuve des sorties d'ordinateur fait face à deux obstacles majeurs: les règles de preuve exigent la production de la meilleure preuve et une connaissance personnelle des faits de la part de celui qui témoigne. Dans le cas des sorties d'ordinateur, on peut se demander s'il s'agit de l'original ou si l'on doit produire le ruban magnétique car la sortie d'ordinateur ne représente que la transcription de l'information électroniquement ou magnétiquement emmagasinée dans la mémoire de l'ordinateur. Par ailleurs, selon le droit civil, le commerçant ne peut constituer de preuve en sa faveur.⁸⁰ C'est pourquoi, s'il veut se servir de

⁷⁸ Cf. Bernard Amory et Yves Poulet, *Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique* (1985), R.I.D.C. 331.

⁷⁹ Commission des Nations Unies pour le droit commercial, A/CN.9/250/Add 4, p. 11 et s.

⁸⁰ Considérés comme des registres et papiers domestiques, a. 1227 C.c. Cf. Nicole L'Heureux, *Précis de droit commercial du Québec* (2e éd., 1975), no 194, p. 149.

ses livres de commerce, il doit ajouter le témoignage de la personne qui a une connaissance personnelle des faits.⁸¹

Dans certains pays comme le Royaume-Uni et les États-Unis, le législateur a dû préciser les normes de l'admissibilité en preuve des sorties d'ordinateur⁸² et contourner ainsi les règles du oui-dire et de la meilleure preuve. Pour ce qui est du oui-dire, au Royaume-Uni, le législateur a introduit en 1968⁸³ des dispositions spécifiques relatives à la recevabilité devant les tribunaux des documents constitués en sortie d'ordinateurs, inadmissibles autrement: ce sont des règles de portée générale qui ne s'appliquent pas uniquement dans le cas du TEF.⁸⁴ Dans le cas où l'information provient d'originaux écrits, le document en sortie d'ordinateur est recevable si celui qui a introduit les données en avait une connaissance personnelle ou, si, agissant dans le cadre de ses fonctions, il les tenait d'une personne ayant une telle connaissance. Dans le cas d'absence de documents de base, comme le transfert en direct, la sortie d'ordinateur est admissible à titre de preuve si les quatre conditions suivantes sont respectées: elle doit émaner d'un ordinateur utilisé régulièrement pour les activités normales de son utilisateur, l'ordinateur doit être alimenté régulièrement avec le même genre d'informations; les informations contenues dans le document doivent reproduire ou dériver d'informations fournies à l'ordinateur; l'ordinateur doit fonctionner convenablement au moment de l'enregistrement des données.

Un certificat émanant d'une personne en autorité, relativement au fonctionnement ou à la direction des activités et décrivant la manière et le matériel utilisé, doit être déposé devant le tribunal. Comme le font remarquer MM. Amory et Poulet, cette législation a fait l'objet de vives critiques en raison tant des définitions qu'elle comporte que des conditions de recevabilité qu'elle fixe et qui ne prévoient pas la vérification des données de base ayant fait l'objet d'un traitement informatique.⁸⁵

En droit américain, la jurisprudence⁸⁶ est à l'origine du Uniform

⁸¹ Cependant, à l'égard des banques, une décision ancienne attribuait une valeur *prima facie* aux écritures dans leurs livres; Cf. *Reimnitz c. La banque de Montréal* (1928), 66 C.S. 315.

⁸² Amory et Poulet, *loc. cit.*, note 78.

⁸³ Civil Evidence Act 1968, (16 & 17 Eliz. 2, c. 64).

⁸⁴ Amory et Poulet, *loc. cit.*, note 78.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Cf. James V. Vergari, *Evidential Value and Acceptability of Computer Digital-Image Printouts* (1983), 9 Rutgers Computer and Technology Law Journal 343; William A. Fenwick and Gordon K. Davidson, *Use of Computerized Business Records as Evidence* (1978), 19 Jurimetrics Journal 9; Marshall H. Jacobson, *The Use of Computer Printouts as Evidence in Commercial Litigation* (1977), 82 Commercial L.J. 14; Patsy Abelle, *Evidentiary Problems Relevant to Check and Computers* (1976), 5 Journal of Computer and Law 323; Collin Tapper, *Evidence from Computers* (1975), 4 Rutgers Journal of Computers and the Law 324.

Business Records as Evidence Act.⁸⁷ Cette législation, adoptée dans plusieurs États, ne vise pas particulièrement les sorties d'ordinateur, mais plutôt la preuve à partir des livres des commerçants, quel que soit leur mode de conservation. Cette exception prévoit que ces données commerciales sont recevables à titre de preuve sans le témoignage de leur auteur si les opérations qu'elles révèlent ont été réalisées dans le cours normal et régulier des affaires et enregistrées dans les mêmes circonstances au moment de leur réalisation ou peu après.

Quant à la règle de la meilleure preuve, au Royaume-Uni, la jurisprudence admet la production d'une copie comme preuve de son contenu si la partie qui s'en prévaut établit qu'elle n'a pas pu se procurer l'original. Pour les sorties d'ordinateur, il suffit donc de prouver que les originaux ont été détruits au moment de la capture des données ou n'ont jamais existé. De plus, la loi de 1968 permet la copie d'un document de sortie d'ordinateur si sa conformité est suffisamment établie à la satisfaction du tribunal. En droit américain, la preuve de la non-disponibilité de l'original permet la recevabilité des copies. La non-disponibilité est appréciée de façon très large.

Au Canada, les mêmes difficultés se posent quant à l'admissibilité en preuve de sorties d'ordinateur et pour les mêmes raisons. Toutefois, à l'égard des institutions financières,⁸⁸ pour des raisons de commodité, la loi permet la production de copie des livres et registres.⁸⁹ Les copies font foi *prima facie* des inscriptions ainsi que des opérations qu'elles relatent. Les conditions de recevabilité des copies sont basées sur les circonstances qui entourent l'enregistrement⁹⁰ et non sur leur forme. C'est pourquoi les tribunaux ont interprété ces dispositions de façon à reconnaître l'admissi-

⁸⁷ Uniform Business Records as Evidence Act et Uniform Rules of Evidence, 9 A.U.L.A. (1965).

⁸⁸ Loi sur la preuve, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 29(8):

"institution financière" signifie la Banque du Canada, la Banque d'expansion industrielle et toute institution, constituée en corporation au Canada, qui accepte des dépôts d'argent de ses membres ou du public, et comprend une succursale, une agence ou un bureau d'une telle banque ou institution.

⁸⁹ *Ibid.*, art. 29(1): "... toute inscription dans un livre ou registre tenu dans une institution financière est admise dans toutes procédures judiciaires comme preuve *prima facie* de cette inscription, ainsi que des affaires, opérations et comptes y inscrits".

⁹⁰ *Ibid.*, art. 29(2):

Une copie d'une inscription dans ce livre ou registre n'est pas admise en preuve sous le régime du présent article, à moins qu'il n'ait préalablement été établi que le livre ou registre était, lors de l'inscription, l'un des livres ou registres ordinaires de l'institution financière, que l'inscription a été effectuée dans le cours ordinaire des affaires, que le livre ou registre est sous la garde ou la surveillance de l'institution financière, et que cette copie en est une copie conforme. Cette preuve peut être fournie par le gérant ou par le comptable de l'institution financière et peut être donnée de vive voix ou par affidavit devant un commissaire ou une autre personne autorisée à recevoir les affidavits.

bilité des documents en sortie d'ordinateur.⁹¹ La même règle peut-elle s'appliquer dans le cas d'un relevé bancaire effectué par ordinateur mais dont l'information ayant servi à le constituer n'a pas été conservée? La Cour d'appel de l'Ontario a répondu par l'affirmative.⁹² À cette occasion, le tribunal a fait d'intéressantes remarques quant à la forme du stockage des informations et aux effets du changement de cette forme.⁹³ Depuis 1980, la Loi sur les banques permet aux banques de conserver leurs livres et registres par procédés électroniques et de changer le mode de stockage des données. Dans ce cas, elles peuvent détruire les supports précédemment utilisés.⁹⁴

Il semble donc qu'à l'égard des banques, les copies de leurs livres et registres soient admissibles en preuve sans égard au fait que les informations sont recueillies par ordinateur ou sont conservées sous cette forme. Les relevés bancaires bénéficient donc de ces règles. Quant aux factures émises aux terminaux, on peut se demander si elles ont le caractère de l'écriture dans un livre ou un registre de l'institution.

Si, d'une part, il faut harmoniser les règles juridiques avec les pratiques nouvelles il faut, d'autre part, veiller à sauvegarder les droits des particuliers. La preuve constituée par les moyens électroniques est recueillie et maintenue par la banque. L'utilisateur qui conteste une opération se trouve placé dans l'obligation de s'en remettre à la banque pour obtenir la preuve dont il a besoin. Il y a donc nécessité de rétablir par divers moyens

⁹¹ *R. c. McMullen* (1978), 42 C.C.C. (2d) 67, 6 C.R.(3d) 218 (H.C. Ont.); aff. (1979), 47 C.C.C. (2d) 499, 100 D.L.R. (3d) 671 (C.A. Ont.).

⁹² *R. c. Bell and Bruce* (1982), 65 C.C.C. (2d) 377 (C.A. Ont.).

⁹³ *Ibid.*, à la p. 380:

Because of the rapidly changing nature of the technology, it would be impossible to lay down general rules to govern every case. It is always a question of fact whether any recorded information (in whatever form) is a "record kept in any financial institution", but I think the following general propositions have so far emerged:

1. A record may be in any, even an illegible, form.
2. The form in which information is recorded may change from time to time, and the new form is equally a "record" of that kind of information.
3. A record may be a compilation or collation of other records.
4. It must have been produced for the bank's purposes as a reference source, or as part of its internal credit system and, at the relevant time must be kept for that purpose.

Before computers were used by banks, a teller's journal was the original record. The entries in that journal were posted to a ledger, and that became a second record. I have no doubt that the ledgers of all accounts in a branch were collated so as to produce a ledger for the branch, and that became a record. So it makes no difference that the original information changes form, or becomes absorbed in some larger record. . .

⁹⁴ *Supra*, note 45, art. 157:

l'équilibre des forces comme, par exemple, en faisant peser sur l'institution financière la charge de la preuve et en prescrivant, pour chaque transfert préautorisé ou opéré à un terminal, l'émission d'un document permettant au particulier de contrôler les opérations de son compte et de faire corriger les erreurs avec diligence.

(3) *Contrôle du client sur les activités du compte*

Le transfert électronique affecte la façon dont le particulier tient sa comptabilité et constitue ses archives relativement à son compte. Dans le système par chèque, le consommateur est celui qui initie les paiements, il est donc en mesure de garder le contrôle des opérations qui s'effectuent dans son compte. De plus, il dispose du chèque annulé par le paiement comme preuve qu'un paiement a été effectué, ce dont il est privé dans le TEF. Dans les paiements préautorisés, il doit faire grande confiance à son créancier et à son débiteur en les autorisant à initier les transferts. Il peut difficilement vérifier les opérations exécutées automatiquement par ordinateur s'il ne dispose pas de documents pour en garder trace. Le besoin d'exercer un contrôle sur les opérations de son compte est donc plus aigu dans le TEF, en raison de l'absence de documents-papiers. Pour les opérations courantes, il faut donc renforcer les moyens de preuve et de contrôle des écritures.

(a) *Relevés périodiques et factures ponctuelles*

Les tribunaux mettent à la charge de la banque l'obligation de rendre compte en vertu d'une stipulation implicite du contrat bancaire.⁹⁵ Cependant l'étendue et les modalités de cette obligation ne sont pas déterminées et les banques ont une grande discrétion pour l'exercer. Chaque institution adopte sa propre politique à cet égard. Laissée à la seule initiative du client, il peut s'écouler de longues périodes de temps entre les mises à jour du carnet, en particulier s'il opère habituellement au GA. En raison des problèmes qui résultent de l'absence de documents-papiers dans le

(1) Les livres et registres dont la présente loi exige ou autorise la tenue, y compris les écritures comptables, les pièces justificatives, les acquits, les fiches de spécimen de signature, les procurations de signatures et autres documents ou pièces se trouvant en la possession de la banque, peuvent être reliés ou conservés, soit sous la forme de feuillets mobiles ou de pellicules photographiques, soit à l'aide de tout procédé mécanique ou électronique de traitement de données ou de mise en mémoire de l'information susceptible de donner, dans un délai raisonnable, les renseignements demandés sous une forme écrite compréhensible; la banque peut changer le mode de stockage des diverses données.

(2) Nonobstant l'article 159, la banque peut, lorsqu'elle change de moyen de stockage de ses données conformément au paragraphe (1), détruire les supports précédemment utilisés.

⁹⁵ *Supra*, note 9.

TEF, la banque devrait avoir l'obligation de fournir un relevé périodique⁹⁶ à ses clients.⁹⁷ La durée de la période pourrait varier selon le type de compte mais ne pourrait dépasser trente jours pour un compte actif. On peut croire que l'imposition de l'obligation de fournir un relevé relativement fréquent contribuera à détecter les fraudes et les erreurs de plus en plus susceptibles de se produire. On peut toutefois se demander si la banque devrait être tenue de l'expédier au particulier ou s'il serait suffisant qu'elle le mette à la disposition du client, à un terminal par exemple.⁹⁸

Par ailleurs, d'autres documents sont essentiels au client pour exercer sur son compte un contrôle au jour le jour. Pour les paiements préautorisés au débit ou au crédit, le client a intérêt à savoir le plus tôt possible qu'un paiement a été effectué. L'institution ou l'initiateur du transfert devrait être tenu d'informer le client dans un court délai du montant et de la date à laquelle le transfert a eu lieu ou aura lieu. De même, pour les transferts effectués aux terminaux, une facture devrait être obligatoire identifiant les parties, le montant, la date et le lieu.⁹⁹

(b) *Valeur probante*

Comment dans le TEF une personne peut-elle prouver qu'une facture déterminée a été payée? Dans le paiement par chèque, le chèque annulé sert de preuve acceptable, permettant avec facilité et rapidité de disposer des réclamations non fondées. Quelle sera dans le TEF la preuve irrécusable? Même si le relevé bancaire est acceptable en preuve devant les tribunaux, constitue-t-il une preuve concluante du paiement?

Le relevé périodique et les factures de terminaux doivent être plus descriptifs et fournir suffisamment de détails pour pouvoir retracer le transfert qui a eu lieu, que ce soit au moyen d'un chèque ou d'un TEF, et constituer la preuve de l'opération. Ils devraient, entre autres, indiquer l'identité du compte transférant, la date, la modalité, le montant du transfert et identifier clairement le bénéficiaire et, dans le cas des factures, le

⁹⁶ La banque s'engage contractuellement à le faire à l'égard de sa clientèle commerciale.

⁹⁷ Pour les contrats de crédit variable, la Loi sur la protection du consommateur, *supra*, note 46 (art. 126, R.G.R. a. 69) oblige le créancier à fournir sans frais un relevé périodique.

⁹⁸ En vertu du EFT Act, un relevé périodique doit être fourni pour tout compte d'un particulier. De plus, l'institution a l'obligation d'émettre un reçu ou une facture au moment de l'opération pour tout transfert effectué à un terminal électronique. Dans le cas des transferts préautorisés, un avis doit être fourni. Cf. Roland E. Brandel et Eustache A. Olliff, *The Electronic Fund Transfer Act: A Primer* (1979), 40 Ohio State L.J. 531, à la p. 549.

⁹⁹ Rapport McLaren, *op. cit.*, note 11, recommandation 4.2. Le New Payments Code préconise un relevé périodique pour toutes les opérations ainsi que des factures aux terminaux électroniques. Cf. Roland E. Brandel et Jay N. Soloway, *Electronic Fund Transfers and the New Payments Code* (1983), 38 Bus. Law 1355, à la p. 1369.

lieu du terminal. Quelle est la valeur probante de ces documents contre la banque? Qu'en est-il dans le cas de transferts internationaux? À l'égard des tiers, le relevé détaillé et les factures au terminal seront-ils suffisants pour prouver qu'un paiement a été effectué et à quel moment il l'a été? Si le document est incorrect, qui aura la charge de l'établir?

Le contrat entre la banque et le client comporte souvent une clause à l'effet que le relevé ne fait pas foi contre la banque.¹⁰⁰ D'après la jurisprudence ancienne, la preuve verbale est permise à l'encontre, même par la banque: les inscriptions ne l'empêchent pas de recouvrer certains montants lorsqu'elle prouve que, dans les faits, elle n'a pas reçu le montant indiqué au crédit du déposant.¹⁰¹ Par ailleurs, il faut tenter de rétablir l'équilibre en faveur du client puisque c'est la banque qui collige les données et qui y a accès. Le Rapport Goldstein¹⁰² recommandait que le relevé bancaire fasse preuve *prima facie* en sa faveur, mais non à l'égard des banques.¹⁰³ Quant aux factures émises aux terminaux, il semble nécessaire de faire une exception pour les factures relatives à un dépôt dont le montant doit être vérifié par la banque, sinon le client pourrait lui-même se constituer une preuve en sa faveur.¹⁰⁴ Il y aurait donc lieu pour le législateur de préciser le moment du paiement et la valeur probante du relevé.

(c) Vérification du relevé

Le particulier a-t-il l'obligation de vérifier le relevé bancaire ou les inscriptions dans son carnet? Dans l'affirmative, dans quel délai doit-il le faire? Son défaut de le faire dans le délai équivaut-il à négligence?

On considère généralement que le but du relevé bancaire est de fournir au client la liste des débits et des crédits portés à son compte lui permettant de comparer le solde avec celui résultant de ses archives

¹⁰⁰ Carte IS de la Banque de Montréal, clause no 10: "Les relevés de transaction sont fournis à titre indicatif pour vous permettre de tenir à jour vos dossiers. Dans le cas d'un désaccord quant à la teneur d'un relevé, la Banque rend une décision d'après ses registres internes et cette décision finale lie le titulaire de la carte. Toutes les transactions sont sujettes à la vérification et à l'approbation de la Banque."

¹⁰¹ *Pyke c. Sovereign Bank of Canada* (1914), 24 B.R. 198; *Bournival c. Hamelin* (1933), 39 R.L. 287 (B.R.); *Hudson c. Royal Bank* (1920), 19 O.W.N. 93 (H.C. Ont.); *Imperial Bank of Canada c. Keam* (1916), 10 O.W.N. 79 (C.A. Ont.); *Collins c. Dominion Bank* (1915), 8 O.W.N. 432 (H.C. Ont.); *Saskatchewan and Western Elevator Co. c. Bank of Hamilton* (1914), 18 D.L.R. 411, 7 W.W.R. 100 (C.S. Sask).

¹⁰² *Op. cit.*, note 11, recommandation no. 13.

¹⁰³ PACE, *op. cit.*, note 11, p. 51, recommande que tous les relevés soient présumés corrects à moins que le client notifie l'institution de toute erreur dans un délai raisonnable.

¹⁰⁴ Cf. Brandel et Olliff, *loc. cit.*, note 98, à la p. 551; Theresa A. Einhorn, A Banker's Guide to the Electronic Fund Transfer Act (1979), 96 Banking L.J. 772, à la p. 791; Ellen Broadman, Electronic Fund Transfer Act: Is the Consumer Protected? (1978-79), 13 Un. San Francisco L. Rev. 245, à la p. 252.

personnelles. Il procède de l'obligation contractuelle implicite de la banque de rendre compte périodiquement de l'exécution de son devoir de ne payer que selon les instructions de son client.¹⁰⁵

L'obligation du client de vérifier l'exactitude du relevé de son compte ne peut provenir que d'une stipulation implicite ou expresse du contrat. Il est peut-être vrai que les banques considèrent que les relevés ont pour but de permettre au client de vérifier les articles chargés au compte et d'attirer l'attention de la banque sur les erreurs, le défaut d'aviser la banque rendant le compte final. Toutefois, pour en faire une stipulation implicite, il faudrait démontrer que le client les considère de la même manière. Car pour qu'il y ait stipulation implicite, il faut que la stipulation soit présente dans l'intention des deux parties.¹⁰⁶ En l'absence d'une stipulation implicite, une stipulation expresse doit s'imposer de façon claire et précise.¹⁰⁷ Pour les particuliers, il n'y a pas d'entente implicite à cet effet. Le défaut de vérifier ne constitue donc pas une négligence qu'on peut lui reprocher¹⁰⁸ et qui l'empêcherait, dans un délai raisonnable, de faire valoir une entrée erronée.

B. Obligations à titre de fournisseur de services

Dans le système de paiement par chèque, la qualité de mandataire et de dépositaire de fonds sert de fondement aux obligations de la banque. Dans le TEF, le rôle de fournisseur de services d'une grande complexité technique s'y ajoute, ce qui entraîne des obligations nouvelles. Trois ordres de considération tendent à imputer à la banque des devoirs spécifiques en tant qu'initiateur et producteur de services télématiques: un devoir d'information et de mise en garde, un devoir de diligence dans l'exécution des ordres du client et un devoir de responsabilité quant à la fiabilité et à la sécurité du système.

(1) Devoir d'information et de mise en garde

Malgré la nature essentiellement contractuelle des relations du client avec sa banque, il faut reconnaître que les stipulations du contrat ne sont pas librement négociées. L'approche traditionnelle était de laisser à la

¹⁰⁵ Cf. Norman Penny, *Bank Statements, Cancelled Checks, and Article Four in the Electronic Age* (1976), 65 Michigan L. Rev. 1341, à la p. 1346; J. Milnes Holden, *Bank Pass Books and Statements* (1954), 17 Mod. L. Rev. 41.

¹⁰⁶ Cf. M. le juge Scrutton dans *Reigate c. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592, à la p. 605 (K.B.D.); Holden, *loc. cit.*, note 105, à la p. 58.

¹⁰⁷ Voir les notes de M. le juge Laskin dans *Arrow Transfer Company Ltd. c. Banque royale du Canada et al.*, [1972] R.C.S. 845, (1972), 27 D.L.R. (3d) 81.

¹⁰⁸ Cf. H.L. Hart, *Law of Banking* (4e éd., 1931), p. 262; Chorley, *op. cit.*, note 19, p. 172. Le droit américain déroge du droit britannique et canadien sous cet aspect. Le UCC, art. 4-406, impose au client l'obligation de vérifier le relevé. Cf. Holden, *loc. cit.*, note 105, à la p. 41; Penny, *loc. cit.*, note 11, à la p. 1346.

banque le soin d'établir les règles qui gouvernent les rapports entre les parties. En signant la carte de signature de son compte, le client acceptait d'être lié par les règles et règlements de la banque. Le principal document remis au client était le carnet sur lequel était imprimé, souvent en petits caractères, les règlements applicables au compte. Ces règles, lorsqu'on les rend accessibles, ne portent que sur les droits et les responsabilités de l'institution relativement au remboursement des dépôts et au paiement des chèques. Elles ne portent pas sur les frais ni sur les particularités essentielles des opérations du compte. De plus, on constate que la banque se réserve le droit de changer ces règles en tout temps et sans avis préalable.¹⁰⁹

Cette façon de procéder se fondait principalement sur l'idée que le public connaissait les normes des pratiques bancaires.¹¹⁰ La jurisprudence supporte majoritairement l'approche traditionnelle¹¹¹ soutenant que le déposant est lié par les règlements de la banque relativement aux comptes de dépôt tant que les règles imposées ne sont pas déraisonnables, que le déposant y ait consenti expressément ou non, qu'il en ait eu connaissance ou non. On doit, toutefois, remarquer que cette interprétation des tribunaux se situe généralement dans le cadre de rapports banque-commerçants.

La jurisprudence américaine adopte cependant une attitude critique face à cette interprétation. Certains tribunaux considèrent que les modifications unilatérales de la banque doivent montrer une intention qui répond à l'attente raisonnable du déposant. Ainsi, on considère que l'imposition d'une condition ou de frais doit être effectivement divulguée avant que l'on puisse dire qu'elle était raisonnablement prévisible et a été acceptée par le déposant.¹¹² Dans un cas, le juge, statuant que la banque n'avait pas le droit d'imposer des frais sur un compte inactif, réfute point par point le raisonnement utilisé dans le passé pour soutenir l'approche traditionnelle.¹¹³ Cette décision du droit américain ne nie pas le caractère contractuel du contrat bancaire mais permet d'en exclure certaines stipulations qu'il ne serait pas raisonnable de présumer avoir été dans l'intention du client. En droit civil, on pourrait faire valoir l'obligation légale implicite de la bonne foi dans les contrats résultant de l'article 1024 C.c.

¹⁰⁹ Il en est de même dans le cas des stipulations relatives aux cartes de paiement; cf. Carte IS de la Banque de Montréal, clause no 11, *infra*, note 141.

¹¹⁰ Cf. Mary Jane Large, *Deposit Account Disclosure* (1982), 33 Bus. Law 1317.

¹¹¹ Voir la jurisprudence citée par Large, *ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Bank of America c. Cory*, no 257506, Cal. Supr. Ct, July 11, 1980. Le juge indique que la stipulation sur la carte de signature énonçant que le titulaire du compte serait lié par les règles et règlements de la banque ne créait pas de fondement contractuel suffisant pour imposer des frais d'administration parce que:

(1) le premier but de la carte de signature n'est pas de former un contrat mais plutôt d'obtenir un spécimen de la signature;

Jusqu'à récemment, les pratiques des banques avaient peu varié. Le consommateur, une fois informé, n'avait pas à faire de recherches pour connaître les conditions applicables au compte. Toutefois, le TEF modifie les pratiques de façon importante et impose aux clients une conduite différente. Les banques doivent être tenues d'aviser le particulier des changements qu'elles apportent à un service dont le client bénéficie déjà, de l'informer des éléments essentiels des nouveaux services qu'elle met à sa disposition et de le mettre en garde contre certains comportements qui risquent d'aggraver sa responsabilité. Il ne serait pas raisonnable de croire que le client a voulu qu'on lui impose de nouvelles règles ou qu'on modifie les règles d'opération sans l'en aviser préalablement.

Depuis les modifications à la Loi sur les banques,¹¹⁴ des règlements¹¹⁵ imposent aux banques une certaine obligation d'information. Depuis cette réglementation, on ne peut nier que la banque a un devoir d'information relativement aux coûts de ses services pour la tenue du compte¹¹⁶ ainsi que pour leurs modifications subséquentes¹¹⁷ et qu'elle ne peut réclamer de frais avant d'en avoir averti son client. Elle doit également divulguer de façon précise le rendement en intérêt des comptes de dépôt¹¹⁸ et le coût des prêts qu'elle accorde.¹¹⁹ On constate toutefois que ces exigences sont minimales et qu'elles sont uniquement orientées vers les chiffres. Elles visent plus à assurer une concurrence loyale entre les institutions qu'à fournir une information complète au client dans tous les aspects des opérations bancaires. Les banques devraient être tenues de porter à la connaissance des particuliers les conditions générales qu'elles pratiquent pour les opérations qu'elles effectuent. Il faut distinguer cette obligation des conditions relatives aux barèmes des taux et frais. Le client pourrait

(2) le client n'a pas été avisé de la possibilité de tels frais parce qu'il n'y a pas sur ce sujet une politique uniforme pour toutes les banques;

(3) le client n'a pas un accès suffisant aux règles et règlements de la banque;

(4) le fait que la banque puisse unilatéralement modifier les règles et règlements sans avis au client rend tout présumé contrat illusoire.

Il n'y a pas de contrat sur ce point parce que cela s'oppose aux attentes raisonnables du client sans avis suffisant.

¹¹⁴ S.C. 1980-81-82-83, c. 40.

¹¹⁵ DORS/81-440, 9 mai 1981, Règlement sur la déclaration des modalités des dépôts; DORS/82-100, 11 jan. 1982.

¹¹⁶ Pour les comptes ouverts avant le 29 mai 1981, le client doit en faire la demande et la banque doit s'exécuter dans un délai raisonnable. Pour les comptes ouverts postérieurement, la divulgation doit se faire lors de l'ouverture du compte.

¹¹⁷ Malgré cela, l'insuffisance de l'affichage en succursale est soulevée dans un cas rapporté dans le *Consommateur Canadien*, avril 1981, p. 1.

¹¹⁸ Le taux d'intérêt annuel, la fréquence du paiement des intérêts, le fait que le retrait partiel ou total du dépôt modifie ou non le taux d'intérêt applicable au compte; le montant minimum accepté pour l'ouverture du compte au taux d'intérêt indiqué, etc.

¹¹⁹ Relativement aux prêts et avances de la banque, C.R.C. 1978, Vol. IV, c. 367, p. 2349; DORS/83-103, 26 janvier 1983.

aussi être informé de façon claire et compréhensible des règlements de l'institution ou de toute autre information concernant le compte qui affectent ses droits. À l'égard des modalités du TEF, il devrait être informé, entre autres, des engagements réciproques de la banque et du client, de la politique de l'institution relative aux relevés de compte et à l'octroi de la marge de crédit, des critères relatifs au refus de certaines opérations, du droit de réversibilité ou de révocation, du moment auquel un paiement est effectif, de la répartition des risques et des mesures de sécurité relatives à la carte. En droit français, les tribunaux imposent à tous les fournisseurs de biens et de services une obligation d'information, de conseil et de mise en garde. On peut croire que cette obligation pèse également sur les banques relativement aux nouveaux moyens de paiement.¹²⁰

(2) *Devoir de diligence dans l'exécution des ordres du client*

Dans le cours de son activité professionnelle, la banque se doit de faire preuve de la compétence qu'on est en droit de s'attendre d'elle eu égard aux usages de la profession.¹²¹ Ces usages jouent d'ailleurs un rôle important pour évaluer la conduite de la banque. En tant que mandataire, dans son service des paiements, la banque a un devoir de diligence qui engage sa responsabilité envers son client pour sa négligence dans l'exécution de ce devoir.¹²² Dans le système de TEF, cette obligation prend plus d'importance en raison de l'automatisation du système sur lequel le client n'a pas de contrôle et auquel il doit se fier. Ce devoir doit donc être précisé.

Dans le cas de virement, la banque bénéficiaire est tenue contractuellement envers son client de recevoir les virements effectués sur son compte, le fait de recevoir des crédits pour un client étant un incident normal du compte de dépôts de fonds. La banque est donc responsable de la bonne exécution dès qu'elle reçoit l'ordre de virement de la banque transférante ou expéditrice. Un retard dû à son fait la rendrait responsable de dommages-intérêts contractuels. De plus, la banque bénéficiaire pour-

¹²⁰ Leclercq, *op. cit.*, note 15; Jacques Ghestin, *Les obligations*, T. II, p. 373, no 457, p. 377, no 460.

¹²¹ Selon la doctrine française, une faute professionnelle même légère suffit à engager la responsabilité de la banque comme c'est le cas de toute personne qui fait profession d'offrir les services. Cf. Christian Gavalda, 1981, J.C.P. 3048. En *common law*, on considère que la banque, en exécutant une affaire qu'elle offre de transiger pour son client généralement, doit exercer une habileté convenable et démontrer les normes d'habileté et de soin auxquelles on doit raisonnablement s'attendre de personnes de leur "standing" et compétence; *Banbury c. Bank of Montreal*, [1918] A.C. 626 (H.L.); *Pollack c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1981] C.A. 587; *Blanshai c. Rabinovitch* (1922), 60 C.S. 276.

¹²² *Nelson c. Union Bank* (1923), 33 Man. R. 508 (C.A. Man.); cf. Tyree, *loc. cit.*, note 9, à la p. 158.

rait avoir envers la banque transférante l'obligation d'effectuer l'opération rapidement et efficacement. Ceci pose la question de l'étendue de la responsabilité de la banque transférante: se limite-t-elle à transmettre l'ordre de virement ou veille-t-elle à ce que l'ordre émis soit exécuté?

Les délais pour l'exécution d'un ordre de paiement pourraient être précisés afin d'apprécier la conduite de la banque. Dans quel délai les fonds doivent-ils être crédités au bénéficiaire à partir du moment où la banque transférante reçoit l'ordre de virement? De même, pour que la banque transférante puisse donner l'ordre de virement à temps pour faire face à une échéance, il faut qu'elle sache dans quel délai le bénéficiaire pourra disposer des fonds. Il est possible de déterminer le laps de temps nécessaire avec une précision raisonnable. La banque devrait avoir l'obligation d'agir avec diligence dès qu'elle reçoit l'ordre. Car, si elle retarde l'exécution d'un ordre, il peut en résulter des conséquences graves pour le client. Si le délai est trop long, celui-ci risque de perdre le bénéfice de certains contrats et pourrait alors être fondé à réclamer des dommages-intérêts pour les pertes résultant de l'exécution tardive de l'ordre.¹²³

À l'égard des paiements préautorisés, la banque offre un service standardisé qui ne laisse pratiquement pas de place à l'initiative et dont l'exécution est abandonnée à l'ordinateur. Elle doit donc, en quelque sorte, garantir l'exécution de cette fonction. On peut penser que, si une banque offre un service qui prévoit créditer le bénéficiaire à une date déterminée de disponibilité, les transférants tendront à s'y fier pour planifier leurs transactions. En raison de l'automatisation de ce mode de règlements qu'elle promet à son client, et de la ponctualité nécessaire des paiements qu'elle sert à effectuer, le défaut d'exécuter cette fonction constitue une faute lourde dont la banque ne peut s'exonérer par une stipulation contractuelle. Le client pourrait donc réclamer des dommages-intérêts dans le cas du défaut de la banque d'effectuer un paiement à la date déterminée.¹²⁴

Si on accorde au client le droit de retirer son autorisation relativement à un ordre de paiement préautorisé au débit ou au crédit, il faudra que la banque exécute cet ordre avec diligence. Doit-on limiter le droit du particulier de façon à protéger le tiers? Le retrait de l'ordre de transfert par le transférant pose, dans une large mesure, les mêmes problèmes que le retrait de l'ordre dans le cas du chèque. La banque doit aviser son

¹²³ En France, la jurisprudence indique que l'ordre de virement doit être exécuté avec rapidité. La banque est responsable de tout retard qui peut causer un préjudice; Rabat, 22 mars 1933 S 1933.2.212, Paris, 10 novembre 1962, J.C.P. 1963 II 13016.

¹²⁴ Les tribunaux français qualifient de faute lourde le défaut de la banque et considèrent inopérante la clause d'irresponsabilité. Com. 4 janvier 1979, D 1979 IR 357, Obs. Vasseur; Michel Cabrillac et Jean-Louis Rives-Lange, *Clauses exonératoires*, [1979] Rev. trim. de com. 794.

personnel du retrait de pouvoir et prendre les mesures nécessaires pour empêcher le transfert. S'il s'agit d'un virement, elle peut s'efforcer d'aviser le tiers de ne pas créditer le compte du bénéficiaire. Dans certains cas, le client préférera fermer son compte afin de s'assurer que le transfert préautorisé ne soit pas exécuté. La banque du client pourrait aviser le tiers de la fermeture du compte mais il semble que le tiers devrait se procurer une nouvelle autorisation. Il ne pourrait exiger de la banque qu'elle lui communique le nouveau numéro de compte si la banque le connaît.¹²⁵

(3) *Devoir de fiabilité et de sécurité*

Dans le TEF, de nombreux incidents peuvent survenir qui empêchent le système de fonctionner correctement: pannes du système, défaut du logiciel, intrusion d'un fraudeur qui réussit à faire débiter le compte d'un client, erreur qui survient sans que l'on sache sa provenance et dont la source est plus difficile à identifier que dans le système de paiement par chèque en raison de la complexité du système.

Dans le système de paiement par chèque, la banque a une obligation de diligence raisonnable qui lui permet de se décharger de sa responsabilité par la preuve de son absence de faute, évitant ainsi la responsabilité dans les cas fortuits, les pannes et les erreurs qui ne lui sont pas imputables. Dans le TEF, la banque devrait-elle être exonérée de toute responsabilité en cas d'erreurs ou de retards dans le transfert de fonds dus à une panne technique du matériel ou du logiciel? Certains peuvent penser que les problèmes techniques de cet ordre ne sont pas du ressort de la banque et qu'elle devrait être exonérée de toute responsabilité pour le préjudice qui en découle pour le client. C'est la raison pour laquelle les banques tentent de se dégager de cette responsabilité par la stipulation de clauses exonératoires. Cependant, le degré de fiabilité de l'ordinateur devrait s'apprécier de la même manière que tout autre type de matériel. Une panne d'ordinateur peut être due à un logiciel défectueux ou à un mauvais entretien.¹²⁶ La banque peut en pallier les conséquences en prévoyant du matériel de remplacement et une intervention rapide.

Si l'erreur ou la fraude se produit à un moment quelconque dans le transfert, une seule partie doit être responsable à l'égard du client. La banque ne peut s'exonérer des erreurs résultant des divers intervenants. Si elle applique des procédures normalisées pour participer au système, elle peut, si elle subit des pertes du fait d'une conception défectueuse du

¹²⁵ Bien qu'elles aient manifesté initialement leur réticence à le faire, il semble que les banques acceptent de communiquer le nouveau numéro de compte. Cf. Allocution de M. William D. Yeates, représentant de la Sun Life, Conférence sur le système de paiement canadien, séance no 4, avril 1985.

¹²⁶ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, A/CN.9/266, 2 avril 1985, p. 30.

système ou de son mauvais fonctionnement, se faire dédommager par l'ensemble du système ou par les institutions participantes.

La banque met à la disposition de ses clients des services d'une grande technicité. C'est elle qui choisit la technologie, qui fixe les exigences de fiabilité et de sécurité des appareils. On doit donc mettre à sa charge la fragilité du système et lui faire assumer une garantie du bon fonctionnement technique entraînant une présomption de responsabilité¹²⁷ en conséquence de laquelle la charge de l'incident pèse sur elle. Cette présomption se fonde moins sur une faute que la banque aurait commise que sur le fait que sa technique a été prise en défaut. En tant que fournisseur de services, la banque doit répondre de sa technique et en assumer le risque. Lorsqu'un usager allègue un incident dont il a été victime, c'est à la banque qu'il appartient d'établir que le système de paiement présente toutes les garanties de fiabilité et de sécurité.¹²⁸ La banque ne peut écarter la présomption si ce n'est en prouvant que l'erreur ou le retard provient d'une autre personne dont elle n'est pas responsable. Dans les cas où l'incident ne peut être expliqué ou provient d'une force majeure, la banque supporterait les conséquences. D'ailleurs, cette solution est conforme aux principes du droit de la consommation qui attribue les risques à l'organisme qui a la possibilité de les répartir sur l'ensemble des opérations, plutôt que sur le particulier dont la situation financière pourrait grandement être affectée par l'incident.¹²⁹

En matière de sécurité du système, les institutions sont les maîtres des choix économiques à opérer. Elles peuvent préférer prendre certains risques en choisissant un système moins onéreux mais moins sécuritaire. Dans ce cas, elles doivent assumer le risque de contestation et accepter de satisfaire certaines réclamations dont le bien-fondé ne serait pas établi avec certitude dès lors qu'il est plausible. Elles ont d'ailleurs adopté une politique analogue en matière de cartes de crédit afin de maintenir leur bonne réputation commerciale.

La responsabilité des risques n'équivaut pas à une obligation de résultat, puisque la banque peut rejeter la présomption qui pèse sur elle en prouvant la fiabilité du système et la faute d'une autre personne. Cependant, concrètement, la présomption fait peser sur la banque la charge de la preuve. En cas d'erreur d'encodage, de transfert non effectué ou effectué avec retard, d'intrusion criminelle dans le système, ou quand la source de l'erreur peut ne pas être claire, la banque doit alors prouver que le transfert s'est produit d'une manière qui l'exonère de toute responsabilité.

¹²⁷ Les divers rapports sont dans ce sens. Voir l'Annexe. Il en est de même pour la doctrine française; cf. Leclercq, *op. cit.*, note 15; Vasseur, *op. cit.*, note 15.

¹²⁸ C. Cass, 20 juin 1977, 1978 Banque p. 379; C. Appel, Paris, 1er décembre 1980, (1981) Banque, p. 233.

III. Limites du cadre contractuel

Le TEF s'adresse à la fois aux commerçants et aux particuliers. Il est peut-être exact qu'à l'égard des premiers les ententes existantes sont acceptables en raison du fait que les commerçants ont un certain pouvoir de négociation fondé sur les relations d'affaires étroites qu'ils entretiennent avec leur banque. À l'égard des particuliers, la situation est tout autre. Ils ne traitent pas sur un pied d'égalité, ils n'ont aucun pouvoir de négociation au moment de la formation d'un contrat dont toutes les clauses sont préredigées, ni aucun pouvoir de discussion lorsque survient une difficulté. Dans les deux cas, ils sont dans une situation d'infériorité. Dans l'interprétation du contrat bancaire, les tribunaux distinguent rarement entre le contrat qui lie la banque et le commerçant, et celui qui lie la banque au particulier. Toutefois, ils ne sont pas insensibles à l'inégalité du pouvoir de discussion entre les parties qui fait peser sur la banque des obligations particulières.¹³⁰

On peut facilement concevoir un régime distinct pour les transferts commerciaux et internationaux et un autre pour les transferts des particuliers. Ceci permettrait de satisfaire les besoins de célérité du commerce et d'assurer la protection des particuliers. Il existe d'ailleurs actuellement dans les services bancaires une distinction entre les services aux commerçants et les services aux particuliers.¹³¹ On peut donner l'exemple de la disponibilité des fonds et le coût du transit,¹³² le taux préférentiel d'intérêt accordé aux commerçants, les ententes relatives aux relevés périodiques et à la vérification. Le régime pourrait demeurer contractuel dans le cas des commerçants, tandis qu'il serait statutaire pour les particuliers.¹³³

Le contrat, à lui seul, ne peut prévoir tous les problèmes qui se posent. Il doit respecter les exigences de l'intérêt public. Par des clauses

¹²⁹ Cf. Nicolé L'Heureux, *Droit de la consommation* (1983), no 21, p. 20.

¹³⁰ Devoir du conseil, de mise en garde ou obligation fiduciaire, c'est-à-dire obligation qui pèse sur la banque de renseigner le client, de le mettre en garde contre les risques de l'opération, ou à tout le moins de l'inviter à prendre conseil d'une personne indépendante; *Hayward c. Bank of Nova Scotia* (1984), 7 D.L.R. (4th) 135 (H.C. Ont.); *McKenzie c. Bank of Montreal* (1975), 55 D.L.R. (3d) 641, 7 O.R. (2d) 521 (H.C. Ont.); *Banque nationale du Canada c. Soucisse et autres*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Royal Bank of Canada c. Hinds* (1978), 88 D.L.R. (3d) 428, [1978] 2 O.R. (2d) 613 (H.C. Ont.); *McBean c. Bank of Nova Scotia* (1981), 15 B.L.R. 296, conf. (1982), 17 A.C.W.S. (2d) 154 (C.A. Ont.). Voir M.H. Ogilvie, *Banks, Advice Giving and Fiduciary Obligation* (1985), 17 *Ottawa L. Rev.* 263.

¹³¹ Aux États-Unis, le EFT Act ne régit que les transferts des particuliers. Il semble que le New Payments Code ne régirait que les transferts des commerçants; cf. Miller, *loc. cit.*, note 35.

¹³² Dont le commerçant assume le coût tandis qu'il est gratuit pour les particuliers.

¹³³ Les diverses études gouvernementales sur les problèmes relatifs au SPE recommandent l'intervention du législateur pour établir le cadre juridique et statuer sur les droits et les obligations des parties; cf. Annexe.

exonératoires, la banque ne pourrait dénaturer ses fonctions ni transférer au client ses propres obligations. L'aggravation des devoirs du client que le système impose mérite d'être réglementée et divulguée de façon claire et nette. Par ailleurs, des mesures particulières doivent être adoptées pour rétablir l'équilibre entre les parties s'il survient un incident ou une erreur dans le compte et pour faire le partage du risque abusif relatif à la carte de paiement.

A. *Insuffisance du cadre contractuel*

(1) *Stipulations exonératoires*

L'institution financière tente par des stipulations contractuelles de transférer au client certaines de ses obligations. Même si, dans plusieurs cas les tribunaux pouvaient considérer ces stipulations comme déraisonnables, le simple fait de les stipuler a un effet négatif sur le client qui ignore ses droits et qui ainsi, *prima facie*, se croit empêché de contester. En raison de l'inégalité des parties, on doit émettre de sérieuses réserves sur la valeur de ces stipulations contractuelles et sur leur caractère raisonnable lorsque "le cocontractant se trouve dans une situation d'infériorité face à une technique dont la maîtrise lui échappe et à des conventions dont le contenu lui est imposé".¹³⁴ L'intervention du législateur aurait pour premier effet de prévenir leur effet dissuasif en empêchant de les stipuler.¹³⁵

Dans le système de paiement par chèque, on peut se demander si la banque peut, par stipulation, s'exonérer de son devoir d'agir avec une diligence ou un soin ordinaire? Il y aurait alors négation de ce qui constitue un élément essentiel du contrat.¹³⁶ En matière de TEF, on rencontre généralement les clauses exonératoires suivantes:

- a) L'usage de la carte et du numéro confidentiel équivaut à la signature authentique du client;¹³⁷ toute opération effectuée avec la carte sera

¹³⁴ Huet, *loc. cit.*, note 41.

¹³⁵ Voir M. H. Ogilvie, (1984) 62 R. du B. Can. 389. Au Québec, la loi sur la protection du consommateur, *supra*, note 46, art. 10, interdit de stipuler ces clauses d'irresponsabilité. De plus, le fait de stipuler une clause interdite risque d'entraîner des sanctions administratives et pénales, art. 277; Voir L'Heureux, *op. cit.*, note 129, p. 37.

¹³⁶ On considère que la banque ne peut exclure par avis sa responsabilité pour la négligence dans le recouvrement d'un paiement; *The Bank of Montreal c. The Dominion Bank* (1921), 60 D.L.R. 403 (Co. Ct. Ont.). En droit américain, le UCC ne permet pas de s'exonérer de ce devoir; cf. Ronald Hersbergen, *The Bank Customer Relationship under the Louisiana Commercial Laws*, (1975-76), 36 Louisiana L. Rev. 29, à la p. 48.

¹³⁷ Guichet automatique, Caisse populaire Desjardins: "Je reconnais que l'utilisation de la carte d'accès et du numéro d'identification personnel pour les opérations effectuées au moyen des guichets équivaut à ma signature authentique."

- considérée comme effectuée par le client;¹³⁸ la banque se dégage de toute responsabilité à l'égard de la connaissance du code confidentiel par un tiers.¹³⁹ Par ces stipulations, l'institution tente de se libérer de son obligation légale et contractuelle de vérifier l'autorisation du paiement.
- b) Les seules écritures de la banque font preuve entre les parties.¹⁴⁰ La stipulation constitue une modification aux règles générales de la preuve en faveur de la banque.
 - c) L'obligation de notifier les erreurs dans un certain délai constitue un raccourcissement du délai de prescription à l'égard des opérations mentionnées dans le relevé.
 - d) Le défaut d'exécuter un ordre avec diligence n'entraîne pas la responsabilité de la banque. Par cette stipulation, que l'on retrouve dans les ententes relatives aux paiements préautorisés, la banque tente de se dégager de ce qui constitue un élément essentiel du contrat.
 - e) La banque peut modifier unilatéralement les règles et règlements.¹⁴¹ L'effet de la stipulation est de nier le caractère consensuel des rapports entre les parties.

Les clauses exonératoires ne peuvent avoir pour effet de dénaturer la fonction de la banque¹⁴² ni faire reposer sur le client des risques techniques insuffisamment évalués.¹⁴³ La répartition des risques relève de la politique d'ordre public. Il appartient au législateur de la déterminer en

¹³⁸ *Idem*: "Je m'engage à aviser la Caisse, par écrit, aussitôt que je constaterai la perte ou le vol de ma carte d'accès aux guichets; sur réception de cet avis, ma carte d'accès et mon numéro d'identification personnel seront annulés. Je reconnais que toute opération effectuée au moyen des guichets antérieurement à la réception de l'avis décrit plus haut sera considérée avoir été effectuée par moi."

¹³⁹ *Idem*: "Je dégage la Caisse de toute responsabilité à l'égard de la connaissance par un tiers de mon numéro confidentiel."

¹⁴⁰ *Idem*: "J'accepte que l'exactitude des opérations effectuées au moyen des guichets soit sujette à des vérifications et j'autorise la caisse à procéder à toute rectification dans mon compte, en cas d'inexactitude, dans les trois jours ouvrables de telles opérations."

"Je reconnais que le résultat de l'opération ou de la rectification par la caisse des opérations constitue le montant réel de la transaction effectuée."

¹⁴¹ *Idem*: "Je reconnais que cette carte donne accès à certains privilèges, lesquels sont sujets à des conditions particulières déterminées par la caisse de temps à autre et que je m'engage à respecter."

Banque de Montréal, Carte IS, clause no 11: "La Banque se réserve le droit de modifier les présentes conditions sans préavis."

¹⁴² Une entente collatérale, verbale ou écrite, antérieure ou concomitante à une autre est valide à la condition que les deux ententes puissent s'appliquer en même temps et que la première puisse recevoir tous ses effets sans égard à l'entente collatérale. Si l'entente collatérale contredit l'entente principale, elle ne peut avoir d'effets; *Hawrish c. Bank of Montreal*, [1969] R.C.S. 515.

¹⁴³ Le Rapport Goldstein recommande que la législation détermine le droit de l'institution de se prévaloir de clauses d'exonération; *op. cit.*, note 11, recommandation 5(d)(ii).

rapport avec les fondements du système. Il en est de même pour la charge de la preuve, pour l'obligation de vérification de l'autorisation et autres.

En droit civil, la validité des clauses exonératoires de responsabilité est reçue à certaines conditions¹⁴⁴ par les tribunaux. En droit de la consommation, l'interdiction de l'exonération de responsabilité pour les actes du commerçant¹⁴⁵ se fonde sur la présomption de l'absence de libre consentement. Dans le contrat bancaire, la notion de service quasi-public pourrait également être soulevée.¹⁴⁶

(2) *Aggravation des devoirs du client*

Dans le système traditionnel, on reconnaît deux devoirs principaux du client envers la banque où il a un compte: repayer sur demande tout découvert et tous les frais que la banque a droit de réclamer pour ses services. Relativement à ces devoirs, les parties peuvent stipuler diverses modalités. La banque peut, par exemple, accorder le privilège de découvert pour un certain montant et à certaines conditions et s'engager à ne réclamer le solde débiteur qu'après avis et délai déterminé.

Outre cette première catégorie de devoirs, les tribunaux imposent au client des devoirs pour sa propre protection. Cette seconde catégorie de devoirs ne donne pas, comme la première, ouverture en faveur de la banque à un recours en dommages-intérêts contre son client en cas de non-respect. Cependant, ils peuvent avoir pour sanction la perte du droit du client à exercer sa réclamation contre la banque.

Dans cette catégorie, le premier devoir est de notifier la banque dès que le client découvre, ou a des raisons de croire qu'une autre personne a

¹⁴⁴ 1) La partie qui l'invoque doit prouver que sa conduite se trouve à l'intérieur des termes stipulés, tout doute ou ambiguïté est interprété contre la partie qui l'a stipulée et qui cherche à s'en prévaloir. On donne à la clause l'effet le plus étroit possible.

La stipulation doit énoncer en des termes clairs les actes dont on veut s'exonérer car il est peu probable qu'une partie à un contrat ait voulu absoudre l'autre des conséquences de sa négligence;

2) Elle ne peut exonérer d'une faute lourde, de la fraude ni d'une faute délictuelle (*Levasseur c. Banque de Montréal*, [1978] C.S. 1157);

3) On ne peut invoquer une clause exonératoire pour s'exempter d'un élément essentiel du contrat (*Hawrish c. Bank of Montreal*, *supra*, note 142);

4) La stipulation doit avoir fait l'objet d'un accord exprès ou implicite entre les parties (*Comartin c. Bordet*, J.E. 84-543 (C.S.)).

¹⁴⁵ Loi sur la protection du consommateur, *supra*, note 46, art. 10.

¹⁴⁶ En droit américain, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité d'une banque, les tribunaux examinent le rôle moderne de l'institution. Même s'il y a des décisions contraires, un grand nombre de décisions sont à l'effet que les banques ne peuvent par stipulation s'exonérer de leur négligence en raison des attentes raisonnables du public sur les services à être fournis; cf. Matthew O. Tobriner et Joseph R. Grodin, *The Individual and the Public Service Enterprise in the New Individual State* (1967), 55 Calif. L. Rev. 1246, à la p. 1270.

falsifié sa signature sur un chèque tiré sur son compte. Le défaut d'agir dans un délai raisonnable l'empêche de faire valoir que le chèque est un faux.¹⁴⁷ Le client perdrait donc son recours contre la banque qui a payé malgré la fausse signature. On applique la même règle lorsque, bien qu'un délai ait été stipulé pour aviser la banque, le client n'a pas avisé dans un délai raisonnable, c'est-à-dire promptement.¹⁴⁸

Un second devoir du client est celui d'agir de bonne foi, c'est-à-dire de prendre des précautions raisonnables pour prévenir les fraudes.¹⁴⁹ Ainsi, lorsqu'il tire un chèque, il doit prendre un soin raisonnable pour empêcher que le montant ne soit altéré. S'il néglige ce devoir et qu'une altération se produise, le client ne peut empêcher la banque de débiter son compte du montant de l'effet, tel qu'il a été présenté au paiement, tant que la banque le paye de bonne foi et sans négligence.¹⁵⁰ Relativement à ce devoir, on peut se demander s'il s'étend à l'obligation de prendre des précautions pour empêcher les personnes qui ont accès à son chéquier de forger sa signature.¹⁵¹ Le client n'aurait pas non plus le devoir de prendre un soin particulier pour prévenir le vol de formules de chèques et leur falsification. Dans une décision de droit anglais,¹⁵² les tribunaux n'ont retenu aucun devoir du client de s'abstenir d'altérer certaines mentions préencodées sur les formules de chèques fournies par la banque, même si cela peut entraîner des problèmes graves pour la banque dans le traitement des chèques.

Le devoir d'être de bonne foi, dans le système de paiement par chèque, s'étend-il à l'obligation de vérifier le relevé de son compte ou les entrées dans son carnet de façon à aider la banque à détecter les erreurs et à poursuivre les personnes responsables de paiements frauduleux? Le défaut de le faire constitue-t-il une négligence du client en l'absence de toute entente contractuelle? On considère généralement que le client n'a pas ce devoir¹⁵³ et que le défaut de vérifier le relevé n'est pas la négli-

¹⁴⁷ *Banque de Montréal c. R.* (1907), 38 R.C.S. 258; *Cabana c. Bank of Montreal* (1919), 50 D.L.R. 88, 3 W.W.R. 969 (C.S. Alta.); *Ewing c. Dominion Bank*, *supra*, note 69.

¹⁴⁸ *Cabana c. Bank of Montreal*, *ibid.*

¹⁴⁹ Le client s'engage dans le contrat bancaire comme dans tout autre contrat à agir de bonne foi. *Banque nationale c. Soucisse*, *supra*, note 130, aux pp. 356-357: "Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites."

¹⁵⁰ *London Joint Stock Bank Ltd. c. MacMillan*, [1918] A.C. 777 (H.L.); *Kilburn c. Co-op Centre Credit Union Ltd.* (1972), 33 D.L.R. (3d) 232, [1973] 1 W.W.R. 757 (T.D. Alta.); *Colonial Bank of Australia v. Marshall*, [1906] A.C. 559 (C.P.).

¹⁵¹ Cf., *supra*, note 69.

¹⁵² *Burnett c. Westminster Bank Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 742 (Q.B.D.), décision commentée par D.J. Ross, (1966) 24 Un. Toronto Fac. Law Rev. 179.

¹⁵³ *Supra*, note 107; *Baxter, op. cit.*, note 9, p. 41.

gence qui a causé la perte, c'est-à-dire le fait qui a été la source du débit erroné.

Dans le TEF, les devoirs du client se trouvent aggravés en raison de la nature particulière du système. Il faudra préciser les devoirs du client et en déterminer l'étendue:

- a) Devoir de loyauté et de coopération avec l'institution pour rechercher la cause de l'incident. Le client peut-il adopter une attitude passive simplement parce que la charge de la preuve pèse sur la banque?
- b) Devoir d'aviser la banque, dans le plus bref délai, de tout incident. Par stipulation, la banque impose le devoir d'aviser dès la perte de la carte.¹⁵⁴ Dans le cas de transferts non autorisés dont il a connaissance, il a l'obligation de protester dans les plus brefs délais. Dès la découverte d'une fraude ou d'un risque de fraude, le client doit aviser rapidement l'institution.
- c) Devoir de conserver le caractère personnel de la carte,¹⁵⁵ de ne pas dévoiler le code confidentiel ni de le conserver avec la carte. Cette obligation découle du droit commun.
- d) Devoir de se procurer le relevé périodique mis à sa disposition par la banque ou de faire mettre à jour son carnet. Il semble qu'en raison des exigences du système, de la nécessité de la provision dans le compte bancaire, du besoin de contrôle des écritures, le client se verra imposer ce nouveau devoir.
- e) Devoir de vérifier les factures au terminal pour s'assurer que l'opération indiquée est correcte et détecter les erreurs. Ce devoir prendra plus ou moins d'importance selon que le droit de révocation ou de réversibilité des opérations sera accordé ou non.
- f) Devoir de vérifier le relevé dans un délai déterminé. Le besoin de détecter promptement les incidents et d'aviser afin de faire corriger les écritures erronées ou non autorisées pourrait entraîner l'imposition de ce devoir. Le défaut de le faire permettrait de présumer son approbation, présomption simple qui pourrait avoir pour effet de transférer la charge de la preuve sur le client, et même signifier la perte du droit de se plaindre.¹⁵⁶

L'imposition de nouveaux devoirs relève de la politique d'ordre public et le législateur doit les préciser. De plus, l'attention de l'utilisateur devra être attirée sur les modifications que le système comporte à cet égard. Une divulgation claire et précise s'impose.

¹⁵⁴ Cf., *supra*, note 138.

¹⁵⁵ *Supra*, note 139.

¹⁵⁶ Si l'on adoptait l'interprétation des tribunaux relativement aux accords de vérification. Voir *infra*, note 167.

B. Obligations statutaires

(1) Procédure de rectification des erreurs

La Loi sur les banques¹⁵⁷ impose aux banques l'obligation de prendre des mesures pour faciliter la découverte et la rectification des erreurs. Cependant, cette mesure semble s'adresser plutôt aux procédures internes des banques qu'aux rapports avec leurs clients. À cet égard, on constate le peu de renseignements disponibles.

On reconnaît généralement dans le système de paiement par chèques que le client qui constate, à l'examen du relevé, une erreur par rapport à ses archives doit aviser la banque dans un délai raisonnable de la connaissance qu'il a de l'erreur.¹⁵⁸ S'il n'obtient pas satisfaction dans un délai raisonnable, il peut poursuivre la banque pour le solde de son compte selon les règles ordinaires du droit commun. Cette procédure est assez lourde, puisque c'est sur lui que pèse la charge de la preuve, qu'il est privé du montant contesté et qu'il doit assumer les frais des procédures.

Dans le TEF, l'aménagement de procédures équilibrées de rectification des erreurs revêt une plus grande importance en raison de la mise de l'informatique à la portée du grand public, de l'absence de preuves écrites et de la rapidité des opérations. Face à l'ordinateur qui gère les informations, le particulier qui découvre une écriture erronée peut craindre que sa plainte ne soit pas entendue et qu'il ait à supporter de longs délais.

Une procédure, uniforme pour toutes les institutions, destinée à détecter les écritures affectées d'erreur ou de fraude s'impose.¹⁵⁹ Par ailleurs, les modalités pour le règlement des incidents devraient placer les parties dans un rapport d'équilibre en faisant peser sur celui qui se prévaut d'une écriture la charge de la preuve. Elle incombera le plus souvent au fournisseur de services qui a procédé au débit incriminé. La détermina-

¹⁵⁷ *Supra*, note 45, art. 157(3):

La banque et ses mandataires sont tenus de prendre, à l'égard des livres et registres dont la présente loi exige ou autorise la tenue, des mesures adéquates pour:

- a) en empêcher la perte ou la destruction;
- b) en empêcher la falsification;
- c) faciliter la découverte et la rectification des erreurs.

¹⁵⁸ Dans le cas des particuliers, en l'absence d'une entente de vérification, le délai est de un an à partir de la connaissance d'un endossement faux (loi sur les lettres de change, *supra*, note 20, art. 49(3)) et d'un délai raisonnable de la connaissance du faux, dans le cas où le faux porte sur la signature du tireur.

Lorsqu'il y a une entente de vérification, malgré le délai stipulé, le client doit agir avec diligence pour faire valoir ses droits; *Binette c. Banque nationale du Canada*, [1983] C.P. 9.

¹⁵⁹ Dans le cas des contrats de crédit, la Loi sur protection du consommateur, *supra*, note 46, édicte une procédure pour la correction des erreurs; voir arts. 96 et 97.

tion de délais raisonnables pour faire une réclamation et obtenir restitution permettrait de pallier aux difficultés de la preuve. On peut considérer qu'il s'agit d'une mesure essentielle pour la protection des droits des particuliers qui sont mal placés pour contester une erreur alléguée de la part de la banque. La démarche idéale serait celle qui prévoit le recours aux tribunaux comme moyen de dernier ressort et qui n'impose pas au client la charge de la preuve. On pourrait prévoir une procédure non judiciaire qui devrait être portée à la connaissance du client de façon claire et périodique.¹⁶⁰

Modifiant le droit actuel, il faudrait en premier lieu faire peser sur le client l'obligation de se procurer périodiquement le relevé et de le vérifier. La procédure pourrait prévoir un délai¹⁶¹ pour notifier la banque à partir de la présentation au client du relevé faisant apparaître l'entrée contestée puisque c'est cette opération qui porte l'écriture à la connaissance du client. Si le relevé est émis à un terminal on pourrait penser que le délai commence à compter du moment où l'écriture peut paraître sur le terminal à la demande du client.¹⁶² Le délai¹⁶³ imparti au client pour notifier l'institution devrait être fixé par la loi et ne devrait pas pouvoir être réduit par un accord banque-client.¹⁶⁴

La banque pourrait disposer d'un délai¹⁶⁵ pour répondre au client qui lui demande des explications et des informations relativement à l'écriture contestée qu'elle est tenue de lui fournir.

Le client qui n'avise pas la banque d'une erreur dans le délai prescrit perdrait-il tout droit de faire corriger l'erreur? Il semble qu'en raison des diverses circonstances qui peuvent empêcher le client de constater l'erreur, le simple écoulement du délai ne devrait pas lui faire perdre tous ses droits, mais alors la charge de la preuve serait placée entre les mains du réclamant.¹⁶⁶ On s'écarterait ainsi de la solution des tribunaux relativement aux accords de vérification qui ne permettent pas au client de faire

¹⁶⁰ Selon les recommandations du groupe PACE, l'institution fournirait l'adresse et le numéro de téléphone à contacter pour informations, traitement des plaintes et rectification des erreurs; *op. cit.*, note 11, p. 52. On ne semble pas préconiser l'adoption d'une véritable procédure de rectification des erreurs.

¹⁶¹ Selon les recommandations de PACE, il y a présomption que tous les relevés sont corrects à moins que le client notifie l'institution financière de toute erreur dans une période de temps raisonnable; *ibid.*, p. 51.

¹⁶² Cf. Document des Nations Unies, *supra*, note 12, p. 37.

¹⁶³ À l'égard des particuliers, le délai pour notifier la Banque pourrait être plus long que celui qui lie les commerçants.

¹⁶⁴ *Supra*, note 162; *infra*, note 167.

¹⁶⁵ La Loi sur la protection du consommateur, *supra*, note 46, art. 96, prévoit un délai de 60 jours.

¹⁶⁶ Solution que préconise le droit français. Cf. Leclercq, *op. cit.*, note 15.

valoir une erreur après l'expiration du délai stipulé.¹⁶⁷ Il pourrait ainsi, pour une période jugée raisonnable selon les circonstances, conserver son droit de demander la rectification de l'erreur.

Dans le cas de contestation du client sur l'existence ou le montant d'un transfert, il y aurait renversement de la charge de la preuve. Ce serait à la banque de démontrer l'exactitude de l'écriture et la fiabilité de son système garantissant avec une quasi-certitude l'absence d'erreurs lors de l'enregistrement de l'information par télématique et l'absence de fraude. De plus, afin d'empêcher que le client soit obligé de subir la perte du montant durant une longue contestation, la procédure pourrait comporter des modalités portant sur la réinscription du montant à son compte après un certain délai.¹⁶⁸

Par ailleurs, si la contestation est portée devant le tribunal, la banque devrait faire la preuve qu'il n'y a pas eu d'erreur.

(2) *Partage du risque abusif relatif à la carte de paiement*

Dans l'hypothèse où la carte perdue ou volée est utilisée par un tiers non autorisé, qui doit subir la perte?

On peut identifier deux façons d'aborder la question: la première est fondée sur la négligence. On appliquerait les mêmes normes de responsabilité que pour le chèque forgé ou altéré. Le titulaire ne serait pas responsable d'un débit non autorisé à son compte à moins que, par sa négligence, il n'ait contribué à la perte. Sa faute risque toutefois d'entraîner la perte de toutes ses économies dans son compte; par contre, s'il n'a pas été négligent, il n'encourt aucune responsabilité. On doit remarquer que, dans le cas du chèque, la vérification de la signature est une mesure plus sécuritaire que l'usage de la carte de paiement avec le NIP. Il faudrait donc faire peser sur la banque la charge de prouver la négligence du consommateur.

Une autre approche s'inspire de la législation en matière de carte de crédit. Elle ne s'attache pas à la conduite du client, elle repose plutôt sur les risques du système. Elle part du principe que la sécurité du système repose sur le fournisseur des services et qu'il doit assumer les pertes si les méthodes mises en place ne sont pas suffisantes pour assurer de façon absolue un système sécuritaire.¹⁶⁹ Aussi pour la carte de crédit,¹⁷⁰ le client

¹⁶⁷ *Syndicat des camionneurs artisans du Québec Métropolitain c. Banque Provinciale du Canada* (1969), 11 D.L.R. (3d) 610 (C.A. Qué.) (délai de 30 jours); *B. & G. Construction Co. c. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753 (C.S. Alta.) (15 jours); *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. c. Toronto-Dominion Bank*, (1972), 25 D.L.R. (3d) 257 (C.A. Ont.) (30 jours).

¹⁶⁸ On pourrait sur ce point s'inspirer du système américain, *Electronic Funds Transfer Act*, *supra*, note 30, par. 1693(f).

¹⁶⁹ Selon les tribunaux français, "la banque n'est pas fondée à mettre à la charge de son client la perte de la somme prélevée frauduleusement dans un distributeur automatique

est responsable jusqu'au moment où il avise; mais dans tous les cas, il ne peut être responsable pour plus de cinquante dollars. De cette façon, le client est incité à donner avis le plus tôt possible, mais sa responsabilité est limitée s'il n'avise pas. On favorise généralement cette seconde approche¹⁷¹ qui encourage un usage responsable et le développement d'un système sécuritaire. Aucun retrait ou transfert postérieur à l'avis¹⁷² ne peut entraîner la responsabilité du titulaire. La limite de responsabilité ne s'applique toutefois pas dans le cas de négligence ou de fraude du titulaire ou de négligence équivalant à une fraude comme le fait d'avoir révélé à un tiers son code confidentiel.¹⁷³ C'est, cependant, l'institution qui doit faire cette preuve.¹⁷⁴

Ainsi, la banque ne pourrait débiter le compte du client que si les circonstances indiquaient que la fraude peut lui être imputée. Avec des moyens plus sûrs, la banque serait en mesure d'apporter plus facilement la preuve qui lui incombe. L'utilisation frauduleuse des terminaux est un problème grave. Le secteur bancaire devrait être responsable de mettre au point de moyens d'accès suffisamment sécuritaires pour qu'une simple négligence du client ne suffise pas à compromettre la sécurité de son compte. La banque ne devrait pas être autorisée à débiter le compte du client à moins de pouvoir établir que le moyen d'accès était tellement sûr qu'il est impossible ou tout à fait improbable que le transfert ait été initié

par le voleur de la carte, alors qu'elle n'apporte la preuve d'aucune imprudence imputable à son client, qui aurait permis au voleur de connaître le numéro de code confidentiel et alors qu'il n'est pas exclu qu'en raison d'une défaillance du système de sécurité du distributeur, celui-ci puisse fonctionner à l'aide de la seule carte, sans le recours du numéro de code personnel ou avec le secours d'un numéro quelconque, composé au hasard par l'utilisateur"; Paris, 1er décembre 1980, DS 1981, I.R. 352. La Cour d'appel refuse d'admettre une présomption du fait de l'homme à l'effet que l'utilisation du code confidentiel est indispensable pour faire fonctionner le distribillets et rejette la fiabilité absolue des G.A.

¹⁷⁰ Loi sur la protection du consommateur, *supra*, note 46, arts. 123, 124.

¹⁷¹ PACE, *op. cit.*, note 11, p. 53, sauf si la perte résulte de la fraude ou de la négligence du consommateur. Les banques accordent généralement cette limitation de responsabilité.

¹⁷² Afin d'inciter le titulaire à aviser le plus rapidement possible, en droit américain, la responsabilité maximum du client se monte à \$500 s'il n'avise pas dans les deux jours de la connaissance qu'il a de la perte ou du vol de la carte; Electronic Funds Transfer Act, *supra*, note 30, par. 1693(g).

¹⁷³ Il paraît justifié de faire reposer sur le titulaire de la carte les risques découlant de son imprudence. Il doit prendre les précautions élémentaires pour empêcher l'usage abusif de la carte.

¹⁷⁴ C'est en raison du fait qu'il est peu probable qu'une erreur puisse se glisser dans le dossier du compte à débiter à la suite d'une erreur non détectée de l'ordinateur ou qu'un tiers ait pu avoir frauduleusement accès à l'ordinateur sans l'aide du client ni négligence de sa part que, par des stipulations exonératoires, la banque énonce que le client est responsable de toutes les transactions effectuées au moyen de la carte. Ces stipulations ont pour but de transférer sur le client la charge de prouver l'usage frauduleux.

sans la participation du client.¹⁷⁵ La banque ne pourrait donc débiter le compte du client que si les circonstances indiquent que la fraude peut lui être imputée.

Conclusion

Le système de paiement basé sur la télématique introduit des mécanismes juridiques nouveaux dont actuellement la seule source est de nature contractuelle, étant fondée sur les diverses ententes entre les parties. La dématérialisation des paiements soulève nombre de difficultés que le contrat, à lui seul, ne peut résoudre. Certaines questions fondamentales ne peuvent être tranchées que par la loi.¹⁷⁶ Si le contrat offre les avantages de la souplesse et de l'adaptabilité aux développements nouveaux, on ne peut ignorer les limites du statut contractuel. Confrontées aux contraintes d'une politique d'ordre public et aux exigences de la justice contractuelle, certaines clauses apparaissent suspectes, sinon inacceptables.

Par ailleurs, la bancarisation quasi-complète des particuliers et la généralisation des nouveaux moyens de paiement demandent l'élaboration d'un cadre juridique nouveau et l'établissement de normes générales pour répartir les risques, assurer la sécurité des opérations et divulguer les droits et obligations des parties dans la souci de protéger les particuliers. La réflexion juridique déjà amorcée doit tenir compte du rôle que joue le paiement bancaire dans la société et la position de déséquilibre entre les parties.

On peut s'interroger sur la nature quasi-publique du service de paiement opéré par les banques. Cette question, qui jusqu'ici n'a pas fait l'objet de discussion, pourrait être soulevée relativement à l'exonération de responsabilité que recherchent les banques. On pourrait également penser que le particulier, en raison du pouvoir qu'exerce l'État sur les banques, fait confiance aux banques et croit que le contrat qu'on lui propose est équilibré ou que le législateur ne permettrait pas qu'il en fût autrement. On peut se demander dans quelle mesure ce contrat répond aux attentes raisonnables des consommateurs. Le développement du droit de la consommation atteindra inévitablement le contrat bancaire et l'on peut considérer qu'à plus ou moins long terme des normes générales seront élaborées pour la protection des usagers.

Certains pensent que le système fonctionne bien, que la protection est suffisante en raison du fait qu'elle repose sur le contrat et craignent qu'un cadre statutaire n'entrave le développement du nouveau système. Par contre, d'autres se demandent si le cadre contractuel est adéquat pour protéger le particulier et croient que l'incertitude juridique actuelle peut

¹⁷⁵ Document des Nations Unies, *supra*, note 12, p. 32.

¹⁷⁶ Les études réalisées sur le sujet préconisent l'intervention du législateur: voir Annexe.

être aussi néfaste et peut autant en retarder l'implantation.¹⁷⁷ Aux États-Unis, on a constaté un développement considérable du SPE dans les états qui ont adopté leur propre législation.¹⁷⁸ Comme pour les autres contrats de consommation, la véritable question est de savoir s'il est préférable de laisser une des parties imposer la réglementation de son choix ou de confier celle-ci au pouvoir public.¹⁷⁹

Jusqu'ici, le législateur a adopté une attitude réservée face à ces nouveaux moyens de paiement, se contentant d'en surveiller l'évolution et d'étudier les principales questions d'ordre juridique qui se posent.¹⁸⁰ Malgré les recommandations de divers groupes chargés d'étudier les aspects juridiques du TEF, l'incertitude juridique n'a pas été dissipée. Pour le moment, c'est aux tribunaux, qui en seront saisis, qu'il appartiendra d'interpréter les ententes conventionnelles sur lesquelles reposent les nouveaux mécanismes juridiques et de se prononcer sur les exigences d'ordre public.

¹⁷⁷ Voir l'allocation de Mme Patricia Dunbar, *supra*, note 10.

¹⁷⁸ Cf. Lewis M. Taffer, *The Making of the Electronic Fund Transfer Act: A Look at Consumer Liability and Error Resolution* (1978-79), 13 Un. San Francisco L.R. 231, à la p. 234.

¹⁷⁹ Ghestin, *op. cit.*, note 120, p. 55.

¹⁸⁰ Cf., *supra*, note 11.

ANNEXE

Principales recommandations¹ sur les aspects analysés,
en regard de la loi américaine²

	R. Gold- stein	R. McLaren	PACE	C. de réforme de droit	Loi améri- caine
Cadre juridique statutaire	X	X	O	—	X
—ponctuel	—	—	—	X	—
—d'ordre public	X	X	O	X	X
—uniquement contractuel	O	—	X	—	O
Clauses exonératoires réglementées	X	—	—	—	X
Modifications unilatérales réglementées	X	—	—	—	—
Modifications unilatérales avis de 21 jours	—	—	—	—	X
Statut de mandataire de la banque	X	—	—	X	—
Responsabilité de la banque,					
—risques du système	X	X	X	X	X
—inexécution ou retard d'un transfert	X	—	X	X	X
—suspension des obligations du client en cas de panne	X	—	—	—	X
Date de paiement effectif déterminée	X	—	X	X	+
Divulgence complète lors du contrat initial	X	X	—	—	X
Libre choix des moyens de paiement	X	X	X	X	X
Risque abusif relié à la carte					
—partage comme pour la carte de crédit	X	—	X	—	—
—client non responsable sauf négligence	—	X	—	—	—
—limite varie selon moment de l'avis	—	—	—	—	X
Preuve de paiement: relevé de factures	X	X	X	X	X
—obligations de vérification du relevé	X	—	X	—	+
—valeur probante prima facie	X	X	X	X	X
Révocation de tout transfert non effectif	X	X	X	X	O
—uniquement pour les paiements préautorisés	—	—	—	—	X
Reversibilité (transfert complété)	—	—	—	—	—
—selon chaque commerçant, nouvelle opération	—	—	X	—	—
Procédure complète de correction des erreurs	X	X	—	—	X
—procédure peu élaborée	—	—	X	—	—
Juridiction législative fédérale et provinciale	—	X	X	X	—
Juridiction législative fédérale	X	—	—	—	—

X: positif O: négatif —: n'en parle pas +: existe déjà

¹ *Supra*, note 11.² Electronic Funds Transfer Act, 15 U.S.C.A., par. 1693-1693r.