Document generated on 07/11/2025 10:36 p.m.

Les Cahiers de droit

Les effets de la technologie et la protection des droits des consommateurs dans le paiement bancaire

Nicole L'Heureux

Volume 24, Number 2, 1983

URI: https://id.erudit.org/iderudit/042547ar
DOI: https://doi.org/10.7202/042547ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

L'Heureux, N. (1983). Les effets de la technologie et la protection des droits des consommateurs dans le paiement bancaire. *Les Cahiers de droit*, *24*(2), 253–278. https://doi.org/10.7202/042547ar

Article abstract

The development of computer and communication technology applied to payment by cheques has eliminated several manual operations, reduced the number of documents transfered and accelerated the time processing of payments. With these changes, there is more than a technical novelty and a simple mechanization of banking business. The general practices of banking and the relationship between financial institutions and their clients are affected. In the new system the rights of consumers are of great concern. The author illustrates some problems arising and the necessity of the intervention of the legislator to provide a basic framework establishing rights, liabilities and responsibility of all parties involved and to insure greater protection for the individual consumer's rights.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1983

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Les effets de la technologie et la protection des droits des consommateurs dans le paiement bancaire

Nicole L'HEUREUX *

The development of computer and communication technology applied to payment by cheques has eliminated several manual operations, reduced the number of documents transfered and accelerated the time processing of payments. With these changes, there is more than a technical novelty and a simple mechanization of banking business. The general practices of banking and the relationship between financial institutions and their clients are affected. In the new system the rights of consumers are of great concern. The author illustrates some problems arising and the necessity of the intervention of the legislator to provide a basic framework establishing rights, liabilities and responsibility of all parties involved and to insure greater protection for the individual consumer's rights.

Pages

Introduction 254
1. Introduction : les problèmes juridiques que suscite l'usage de la technologie 257
   1.1. Le traitement automatisé des chèques 257
   1.2. Le transfert électronique 262
      1.2.1. Les débits préautorisés 263
      1.2.2. Les guichets automatisés 266

2. Les exigences que pose le respect des droits des consommateurs 268
   2.1. La reconnaissance de droits fondamentaux 269
      2.1.1. Le libre choix du mode de paiement 269
      2.1.2. L'information précontractuelle 270
   2.2. Un contrat juste et équitable 271
      2.2.1. La responsabilité des risques du système 271
      2.2.2. La correction des erreurs 272
      2.2.3. La preuve du paiement 274
Conclusion 276

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

Les Cahiers de Droit, vol. 24, n° 2, juin 1983, pp. 253–278

Introduction

En raison de sa commodité, le paiement par chèques a supplanté le paiement en espèces [1]. En fait, il a tellement pris d'ampleur qu'il risque de devenir moins efficace en raison de l'accroissement du volume de papier à manipuler [2]. Le consommateur n'est généralement pas conscient des coûts d'opération que cela entraîne puisque les institutions de dépôt [3] absorbent partiellement ces frais ou les lui passent indirectement [4]. Il n'en demeure pas moins que ces charges représentent les deux tiers des frais généraux de ces institutions.

Depuis la fin des années 50, diverses mesures ont été prises pour automatiser le traitement des chèques et accélérer leur acheminement [5]. La plupart des institutions de dépôt ont établi des centres de données équipés d'appareils perfectionnés pouvant effectuer à haute vitesse des opérations mécaniques jadis faites à la main. Des systèmes d'ordinateurs ont été développés qui peuvent emmagasiner des informations relatives aux comptes des clients. Cette transformation importante dans les opérations des institutions de dépôt [6] reste généralement ignorée du consommateur. La seule connaissance qu'il en a c'est celle du terminal qui, en succursale, met son livret à jour.

1. Dans le courant d'une année les banques canadiennes reçoivent des chèques d'une valeur de plus de 2 trillions de dollars, somme qui est dix fois supérieure aux dépenses nationales brutes du pays. Cf. John F. CREAN, *Les banques canadiennes et l'automation*, Le banquier et revue i b c, Toronto, Association Canadienne des banquiers, 1980, p. 11.
2. Chaque année environ 1.73 billions de chèques sont émis au Canada, chiffre qui s'accroit de 7 pour cent par année et dont le volume apparaît encore plus considérable si l'on tient compte que, dans le système de compensation traditionnel, chaque chèque était manipulé 14 fois. Cf. Paul BRACE, « Electronic Funds Transfer System : Legal Perspectives », (1976) 14 *Osgoode Hall L.J.* 787.
3. Les termes institutions de dépôt et banques réfèrent à la fois aux banques et aux quasi-banques. Il en est de même pour les expressions « contrat bancaire » ou « paiement bancaire ». Cf. *infra* note 8.
4. Le coût du traitement d'un chèque est estimé aux environs de 65 à 70 cents par chèque. On tient compte dans cette évaluation non seulement des coûts de l'acheminement à la compensation mais également des coûts relatifs au maintien d'un compte de chèque dans une institution de dépôt. Pour les effets non encodés à l'encre magnétique leur coût peut dépasser $1.50 l'unité. 60 pour cent des frais de traitement d'un chèque encodé R.M.C. sont encourus par l'institution où l'effet est déposé ou négocié. Cf. John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 17. Cependant, si on considère uniquement le coût du traitement d'un chèque, il serait de 0.41 cents. Cf. *Business Week*, jan. 1982, 70, p. 74.
5. Surtout avec l'encodage à l'encre magnétique Cf. John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 14. D'autres situent cette innovation à 1963. Cf. D.J. ROSS, « Commentaires sur l'arrêt *Burnett v. Westminster Bank Ltd* », [1976] *Un. of Toronto Fac. of Law Rev.* 179.
6. L'utilisation des moyens informatiques, ces vingt dernières années, a profondément modifié le rôle des institutions de dépôt. Plus des trois quarts des succursales bancaires au Canada utilisent l'ordinateur pour traiter plus de 90 pour cent des comptes de banque et plus de 95 pour cent des opérations, John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 3.

Les développements informatiques ont permis de supprimer les opérations manuelles dans le traitement des chèques et de réduire la circulation des supports-papiers. Ceci a entraîné une diminution du débit flottant [7], ou de la période d'utilisation gratuite de l'argent qui a pu être ramenée à 24 heures. Les systèmes d'ordinateurs ont ouvert d'autres perspectives dont celle d'effectuer des opérations de paiement sans chèques, sans le support d'effets papiers, par le traitement de bandes magnétiques lisibles électroniquement ou en direct par l'impulsion électronique. Le transfert électronique de fonds est né de l'utilisation conjuguée des ordinateurs et des techniques modernes de communications. Il représente un nouveau moyen d'effectuer le transfert de fonds dans le but d'accélérer la transmission des ordres de paiement. Actuellement, les développements de la technologie permettent même aux centres de données des diverses institutions de communiquer entre elles.

L'implantation de la technologie dans le système de paiement bancaire est due à l'initiative des institutions de dépôt [8], qui depuis longtemps cherchent à accroître leur efficacité et à diminuer leurs coûts. Elles espèrent aussi attirer plus de dépôts, augmenter leur part du marché et faire fructifier davantage leurs fonds. Ces innovations, généralement présentées comme à l'avantage du consommateur [9], se sont faites sans sa participation. Des études répétées ont démontré qu'il n'existe aucune demande de la part des consommateurs pour modifier le système de paiement par chèques dont ils se montrent satisfaits [10]. On note même une certaine hostilité de leur part à

7. Il s'agit du décalage entre le moment où le preneur dépose le chèque à l'institution encaisseur et le moment où l'effet est présenté à la banque tirée.

8. Nous comprenons sous le terme banque ou institution de dépôt à la fois les banques et les quasi-banques de juridiction provinciales qui reçoivent des dépôts à demande et qui sont membres de l'Association canadienne des paiements. Ceci est conforme à la nouvelle définition de mot banque suggérée par la Commission de réforme du droit dans son rapport sur le chèque (*Le chèque un peu plus moderne*, 11e Rapport, Ottawa, 1979, p. 8) et à celle édictée par la *Loi sur les banques*, S.C. 1980, c. 40, a. 92 qui crée l'Association canadienne des paiements et qui modifie la *Loi sur les lettres de change* en ajoutant l'article 164.1 : « Dans la présente Partie, "banque" comprend les membres de l'*Association canadienne des paiements*, ainsi que les sociétés coopératives de crédits locales, au sens de cette loi, qui sont membres d'une centrale qui, au sens de ladite loi, sont membres de l'*Association canadienne des paiements* ».

9. Entre autres, on peut citer l'encodage R.M.C. qui a été présenté au consommateur comme la personnalisation de ses chèques, les guichets automatisés qui sont présentés comme une amélioration du service à la clientèle et les débits préautorisés comme une façon simplifiée d'acquitter les paiements répétitifs.

10. Une enquête conduite en 1970 par l'American Bankers Association constatait la satisfaction des consommateurs à l'égard du système de paiement par chèques et leur crainte de perdre des droits dans un système automatisé. La même constatation a été relevée en 1975 dans une enquête conduite par la même association. Cf. P.H. SCHUCK, « Electronic Funds Transfer: A Technology in search of a Market », [1975] *Maryland L.R.* 74, p. 76. Au Canada, on a constaté la même attitude chez les consommateurs, Ann SCOTTON, « The Cashless Society », *Canadian Consumer*, février 1975, p. 19.

l'instauration de modalités nouvelles de paiement comme les transferts préautorisés au débit et les virements de crédit [11].

La technologie, en affranchissant en tout ou en partie le paiement bancaire des supports-papiers, a transformé les rapports juridiques qui reposent de moins en moins dans le cas du chèque, et pas du tout dans le cas du transfert électronique, sur la *Loi sur les lettres de change* [12]. L'élaboration du nouveau cadre juridique suscite de nombreux problèmes notamment en ce qui a trait aux droits des particuliers. Déjà les institutions de dépôt ont intégré la technologie à leurs opérations et elles ont élaboré leurs propres normes. Il est à craindre, en raison de leur position dominante [13], que si elles sont laissées libres de fixer à leur guise les nouvelles règles, elles tendent à favoriser indûment leurs intérêts.

Plusieurs études ont été effectuées au Canada afin d'analyser le nouveau système, son fonctionnement technique et les rapports juridiques entre les parties [14]. Le gouvernement fédéral a publié, il y a quelques années, un énoncé de politique relativement au transfert électronique de fonds [15]. Le

11. En octobre 1971, le commissaire pour les affaires du consommateur de la ville de New-York, comparaissant devant un sous-comité du Sénat américain sur les affaires bancaires, constatait la satisfaction des consommateurs pour le système de paiement par chèques et affirmait qu'une enquête avait relevé que 82 pour cent des personnes interrogées craignaient que les ordinateurs ne constituent une menace pour leur vie privée, que 3 sur 4 croyaient que le système bancaire électronique signifierait un plus grand nombre d'erreurs et de crimes. Les consommateurs appréhendent que les institutions de dépôt, devant les réticences des consommateurs, adoptent globalement le nouveau système et ne laissent pas le choix au consommateur de conserver le paiement par chèques. Si les consommateurs sont prêts à profiter des avantages du système électronique comme la possibilité de retirer de l'argent avec une carte de plastique lorsque les banques sont fermées, ils ne veulent pas abandonner les records détaillés de leurs opérations que leur fournissent le retour des chèques payés de même que le contrôle qu'ils exercent sur leur argent, *The Montreal Star*, 20 octobre 1977.
12. S.R.C. 1970, c. B-5.
13. On constate le même déséquilibre dans la négociation du contrat bancaire entre l'institution de dépôt et le particulier que celui qui existe entre le commerçant et le consommateur dans le contrat de consommation. L'institution de dépôt occupe la même position dominante que le commerçant et le particulier se trouve dans la même situation d'infériorité économique et technique que le consommateur. Cf. Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, Montréal, Sorej, 2e éd., 1983, nº 10, p. 13.
14. 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, 1975; LAMBIE, John W., *Systèmes électroniques de transfert de fonds au Canada : problèmes ressortissants et recommandations*, Ottawa, Consommation et corporation Canada, 1979.
15. Howard EDDY, *Vers un système de paiements électroniques*, Ottawa, Ministère des finances et des communications, 1974. On désigne également ce document sous le nom de « livre

document le plus récent sur le sujet a pour titre *En pleine mutation : les opérations bancaires à l'ère électronique*[16]. C'est la moins théorique de l'ensemble de ces études. Elle se fonde sur l'examen des pratiques actuelles des diverses institutions bancaires[17]. Dans son travail Stanly Goldstein décrit le fonctionnement technique des nouvelles modalités, mais s'intéresse surtout au cadre juridique et aux problèmes juridiques que posent les nouveaux modes de paiements. Il formule de nombreuses recommandations précises en vue de l'élaboration d'une nouvelle structure légale.

L'objet de ce travail n'est pas de faire une étude exhaustive du paiement électronique. Dans la perspective de la protection des droits des consommateurs, il vise plutôt à signaler les principales faiblesses du cadre juridique dans lequel s'effectuent présentement les nouveaux modes de paiement et qui rendent plus urgente une intervention du législateur.

1. Les problèmes juridiques que suscite l'usage de la technologie

1.1. Le traitement automatisé des chèques

L'introduction de l'ordinateur dans le traitement des chèques s'est faite pour répondre aux besoins des institutions de dépôt d'améliorer le rendement en diminuant les opérations manuelles et en réduisant le délai de transit des effets papiers. La *Loi sur les lettres de change* qui détermine les droits et les obligations inhérentes à l'utilisation du chèque comme mode de paiement n'a pas subi de modifications significatives[18] pour suivre l'évolution des pratiques bancaires. Les institutions de dépôt ont donc, par des ententes entre elles et des ententes expresses ou implicites avec leurs clients, réussi à contourner les obstacles que la législation pouvait constituer. Certains aspects concernant les droits des parties et le contrat bancaire s'en trouvent affectés, comme par exemple : la responsabilité pour les effets perdus, le rôle

---

bleu » en raison de la couleur de sa couverture. Il comporte une déclaration de principe prévoyant un rôle actif du gouvernement dans l'évolution et la gestion du système de paiement. Il porte surtout sur l'aspect technique du système plutôt que sur les problèmes d'ordre juridique.

16. 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.

17. L'étude a été exécutée avant les modifications de la *Loi sur les banques* et la création de l'Association canadienne des paiements. Seules les pratiques des banques sont prises en considération. Par ailleurs les remarques et les recommandations relatives aux quasi-banques sont déjà désuètes.

18. La seule qu'on peut signaler sous cet aspect consiste dans l'addition de l'article 164.1, cf. *supra*, note 8.

de l'institution comme mandataire d'encaissement, la vérification du relevé de compte, etc. Ces problèmes d'ordre juridique soulèvent une question plus générale encore, celle de déterminer si les institutions de dépôt peuvent changer les modalités prescrites par la loi et affecter les droits que la loi confère aux parties. Après avoir brièvement décrit les modifications qui résultent de l'usage de l'informatique nous signalerons les problèmes que ces modalités posent pour la préservation des droits des consommateurs.

La lecture des chèques s'effectue au centre de données de l'institution encaisseur par une machine qui peut lire à haute vitesse l'encodage à l'encre magnétique [19]. L'information est consignée dans l'ordinateur de l'institution et le triage se fait par lots [20] selon l'institution sur laquelle le chèque est tiré. Les effets sont ensuite transmis physiquement au centre de données de la banque tirée [21]. Là encore la même procédure s'effectue, les chèques sont lus et triés automatiquement, cette fois par succursales, et les informations sont consignées dans l'ordinateur de la banque tirée. La présentation au paiement se fait donc au centre de données de l'institution, pour toutes les succursales situées dans la région que regroupe le centre de données [22]. Là, le compte du client est ensuite débité avant que les effets ne soient acheminés vers la

19. L'encodage R.M.C. pour Reconnaissance magnétique des écritures (abréviation anglaise R.I.C.R.) a fortement automatisé le traitement des chèques. Il a été introduit par les banques vers la fin des années 50 pour ensuite être adopté par les autres institutions. Il consiste dans l'inscription préalable sur le chèque, à l'encre magnétique, d'un code identifiant l'institution, la succursale sur laquelle le chèque est tiré ainsi que le numéro de compte du client. En vertu de ce système le montant seul est laissé en blanc. Il est encodé sur le chèque par l'institution à qui il est négocié et encaissé. Les chèques sont insérés dans une machine qui magnétise l'encre avec laquelle les différents éléments ont été imprimés de façon à ce que l'information puisse être lue par un ordinateur. À partir d'impulsions électriques, les chèques sont répartis selon la succursale et l'institution à un rythme de 1 600 pièces par minutes. Un ruban magnétique prend note et conserve l'information qui est retenue durant une période de suspense avant d'être versée au compte du client. Durant cette période le chèque est inspecté visuellement pour s'assurer de l'authenticité de la signature, de la date et du montant. Cf. D.J. Ross, *supra*, note 5 ; John F. Crean, *supra*, note 1, p. 15.
20. C'est-à-dire en différé. Tous les documents sont alors traités au même moment.
21. La vérification des signatures peut s'effectuer très rapidement. Le système permet de comparer les signatures sur le chèque avec des échantillons au dossier et d'obtenir toute information relative à un compte selon les besoins. En vertu de ce procédé, le commis compose sur le clavier le numéro du compte du client et perçoit sur un écran, relié à un mini-ordinateur, un relevé microfilmé de la signature du client. L'obtention de l'information complète prend moins de quatre secondes. Jusqu'à 12 800 signatures peuvent être emmagasinées sur chacun des 50 microfilms que contient chaque terminal du visionneur, *The Montreal Star*, 19 octobre 1977.
22. Le territoire couvert par un centre de données est parfois assez étendu. Pour les banques il n'y en a que dix dans tout le Canada.

succursale du tireur. Ainsi les écritures dans le compte du tireur se trouvent faites avant que l'effet n'arrive physiquement à la succursale tirée le jour ouvrable suivant.

L'encodage magnétique permet le traitement automatisé[23]. Aussi certaines institutions obligent-elles leurs clients à n'utiliser que les effets encodés à l'encre magnétique qui leur sont remis et déclinent toute responsabilité si les instructions manuscrites ne correspondent pas à celles qui sont inscrites à l'encre magnétique. L'institution s'exonère ainsi de la responsabilité qu'elle a de s'assurer, par des opérations manuelles, que le codage correspond aux instructions manuscrites. Cette exigence ajoute aux dispositions de la *Loi sur les lettres de change*[24] qui ne prescrit aucune forme ou formule spécifique pour la rédaction du chèque. Elle contrarie également les règles générales qui rendent la banque tirée responsable de dommages-intérêts envers son client si elle refuse à tort un effet tiré sur elle[25].

Par ailleurs, dans le système de paiement par chèques la banque encaisseur prend ordinairement l'initiative, avant de présenter un effet à la compensation, de créditer le compte de son client qui dépose un chèque. Si par la suite le chèque est refusé, elle contrepasse un débit dans le compte du déposant[26]. Il s'agit d'un avantage que l'institution accorde à son client, mais qu'elle peut retirer en cas de doute sur la valeur de l'effet. Elle gèlera alors le compte de celui-ci. Pour déterminer le moment où le paiement devient final et irrévocable, il ne faut donc pas considérer l'inscription dans le compte du bénéficiaire puisque la banque se reconnaît le droit, pendant un certain délai, de renverser les comptes. Peut-on dire alors que le paiement n'est final que lorsque le compte du tireur a été débité? Dans le système traditionnel, le moment exact est imprécis, car il peut s'écouler une certaine période de temps entre le moment où le chèque passe à la compensation et celui où l'inscription est faite dans le compte du tireur[27]. Généralement on considère le moment où le chèque passe à la compensation comme le moment où l'effet est payé puisque c'est à ce moment que la banque encaisseur reçoit l'autorité de recevoir le paiement[28]. Le traitement des

23. 97 pour cent de tous les chèques contiennent les renseignements sous forme de code magnétique. Cf. John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 40.
24. aa. 17, 165.
25. Cf. *infra* note 35.
26. Si, par contre, la banque ne peut débiter le montant dans le compte de son client parce qu'il est à découvert, elle a la qualité de détenteur régulier en vertu de l'article 165.3.
27. Cf. Bradley, CRAWFORD, « Credit Transfers of Funds in Canada: The Current Law », (1979) 3 *Can. Bus. L.J.* 119, 135; Alan TYREE, « Electronic Funds Transfer in New Zealand », (1978) 8 *N.Z.U.L.R.* 139, 144.
28. Aux États-Unis, le *Uniform Commercial Code* précise qu'un effet est payé lorsque la banque payeur a complété l'inscription au compte de la personne sur lequel il est tiré.

chèques au centre de données de l'institution peut amener certains problèmes, en particulier lorsque le tireur donne l'ordre d'arrêter le paiement. Cet ordre est transmis au centre de données de l'institution tirée où il est consigné dans l'ordinateur. Lorsque le chèque est présenté au paiement, il est également transmis au centre des données et consigné dans l'ordinateur. Tous les effets étant traités au même moment, il n'est plus possible de savoir lequel a été reçu le premier. Il est donc plus urgent de préciser le moment où le paiement devient irrévocable et jusqu'à quand le tireur peut arrêter le paiement. Le tireur a droit d'en être informé avec certitude.

La présentation à distance, surtout utilisée lorsque le tireur et le bénéficiaire ont un compte à la même institution, permet de débiter le compte du tireur sur la base de renseignements transmis électroniquement à la banque payeur. Un débit et un crédit provisoires sont inscrits avant la présentation matérielle de l'effet. Ceci réduit le décalage entre le moment de l'encaissement et celui de la présentation matérielle de l'effet. Mais cette pratique n'est pas conforme aux modalités qu'édicte la *Loi sur les lettres de change* [29].

Le chèque est dit tronqué ou abrégé lorsque la banque d'encaissement garde le chèque déposé par le bénéficiaire et ne le retourne pas à la banque payeur. Les renseignements provenant du chèque reproduits sur rubans magnétiques sont transmis à la banque payeur qui débite le compte du tireur sans qu'il y ait présentation matérielle de l'effet [30]. Cette pratique accélère le paiement et abaisse le coût du traitement et du transport des effets papiers. Cependant du point de vue juridique, il n'y a pas de présentation matérielle de l'effet, les formalités prescrites par la *Loi sur les lettres de change* ne sont pas observées [31], et on peut s'interroger sur le statut de la banque d'encaissement et sur les droits du preneur. Le tireur se trouve à perdre le droit de se faire remettre le chèque acquitté et ainsi de recevoir une preuve authentique du paiement. De même, pour le preneur d'un effet refusé, qu'en est-il du droit de recevoir le document qui puisse lui être utile pour poursuivre le tireur ?

Dans le système de paiement par chèques, la nature exacte du contrat bancaire demeure imprécise [32]. Ces problèmes ne disparaissent pas dans un système automatisé, au contraire ils sont accentués. On est généralement

29. Article 88.
30. En France, la profession bancaire a créé la « lettre de change – relevé » qui conserve la plupart des caractéristiques de la traite, mais élimine la manipulation du papier que leur usage entraîne, cf. Michel VASSEUR, *La lettre de change – relevé*, Paris, Sirey, 1976.
31. Article 85.
32. Cf. Bradley, CRAWFORD, *supra*, note 27, pp. 119, 124. Il en est de même en droit anglais, cf. Alan L. TYREE, *supra*, note 27, p. 139.

d'accord pour admettre que le contrat bancaire [33] est de nature contractuelle et repose relativement à un transfert de fonds sur la notion de mandat [34]. On reconnaît ordinairement que l'inexécution de l'obligation de la banque de payer les effets tirés sur elle entraîne sa responsabilité [35]. Il en est ainsi si elle fait défaut de créditer un chèque dans le compte de son client [36] ou si elle paye un chèque malgré un contre-ordre de paiement [37] signifié à temps [38]. La banque, assumant les obligations d'un mandataire envers son client, n'a qu'une obligation de diligence [39]. Celle-ci n'est donc responsable des dommages subis par son client que dans la mesure où celui-ci rapporte la preuve d'une faute commise par elle [40]. Dans ce système, le client a le fardeau de démontrer l'existence d'une faute : il doit donc être en mesure de le faire. Par ailleurs, la banque n'encourt aucune responsabilité si l'erreur résulte de force majeure ou d'une cause incertaine. Dans le système de chèques traités électroniquement, le rôle de l'institution semble transformé. Par des stipulations expresses ou implicites, elle impose à ses clients des obligations qui n'existent ni en droit commun ni en vertu de la *Loi sur les lettres de change*. Il n'est pas certain que l'on puisse encore recourir à la notion de mandat. L'institution, par la stipulation de clauses exonératoires, tente de se libérer de toute responsabilité, comme par exemple pour les effets perdus [41], la désignation d'un mandataire d'encaissement, les effets non encodés, etc. La nature juridique du contrat bancaire a besoin d'être précisée, de même que le droit de l'institution de s'exonérer de sa responsabilité. Le même problème se pose relativement au statut de l'institution qui

33. En droit américain, le *Uniform Commercial Code*, article 4, comporte l'énoncé des règles qui régissent la relation contractuelle entre les parties, cf. John H. CLARKE, « The Bank-Customer Relationship in an Electronic Credit Transfer System », [1971] 2 *Rutgers Journal of Computer and Law* 1.
34. « 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, *The Laconia*, [1976] 2 All E.R. 249, 255 ; *Blanshai* c. *Rabinovitch*, (1922) 60 C.S. 276 ; *Bank of Montreal* c. *Watier*, [1960] B.R. 752.
35. Si elle refuse de payer, sans motif, elle s'expose à des dommages-intérêts : *Shang* c. *Canadian Bank of Commerce*, 58 C.S. 444 ; *Mongeot* c. *Banque de la Nouvelle-Écosse*, [1959] C.S. 415.
36. *Levasseur* c. *Banque de Montréal*, [1978] C.S. 1157.
37. La loi édicte que le mandat de la banque prend fin par la signification d'un contre-ordre de paiement, *Loi sur les lettres de change*, article 167a).
38. À cet égard on peut noter l'effet attribué par la Cour d'appel à la stipulation contractuelle de non-responsabilité de l'institution en cas de paiement par inadvertance ; *Caron* c. *Caisse Populaire de Granby*, [1973] C.A. 1108, arrêt commenté par Michel DESCHAMPS, (1974) 34 *R. du B.* 82.
39. *Blanshai* c. *Rabinovitch, supra*, note 34.
40. *Levasseur* c. *Banque de Montréal*, cf. *supra*, note 36 ; *Bank of Montreal* c. *Watier*, cf. *supra*, note 34.
41. Normalement l'institution en tant que détenteur pour valeur devrait en assumer la responsabilité.

actuellement, outre le statut de mandataire pour percevoir les effets de son client, peut également se prétendre détenteur pour valeur et détenteur régulier en vertu de l'article 165.3.

Par une stipulation, la banque impose à son client l'obligation de vérifier le relevé de compte périodique qui lui est adressé. Passé le délai de trente jours, les effets sont présumés de façon absolue être régulièrement payés. La clause prévoit toutefois une exception à l'égard des entrées erronées que le consommateur a décelées et dont il a donné avis dans le délai ainsi que pour les signatures fausses ou non autorisées. Malgré qu'une obligation analogue ait été déclarée valide par les tribunaux [42] relativement à des comptes commerciaux, cette obligation n'existe pas à l'égard des particuliers ni en droit commun ni en vertu de la *Loi sur les lettres de change* [43]. De plus, dans le cas de signature fausse ou non autorisée, certaines ententes semblent mettre la responsabilité sur le client tandis qu'en vertu de la *Loi sur les lettres de change*, c'est la banque qui l'assume [44].

Sous tous les aspects que nous venons de souligner, les institutions ont apporté unilatéralement des modifications au régime traditionnel du paiement par chèques. Le consommateur n'en est généralement pas conscient mais ses droits s'en trouvent menacés.

1.2. Le transfert électronique

Le transfert électronique de fonds peut se décrire comme l'impulsion électronique, générée et interprétée par un ordinateur pour effectuer le transfert de débits et de crédits dans des comptes financiers. Il implique l'émission d'un message codé inscrit sur un ruban magnétique lisible électroniquement. Ce ruban n'a pas de valeur inhérente et il n'est pas fait pour circuler entre les mains d'un détenteur, c'est pourquoi la *Loi sur les lettres de change* qui détermine les droits et les obligations relativement à l'émission et à la circulation d'un effet qui a une valeur monétaire ne peut le régir [45].

42. *Arrow Transfer v. Royal Bank*, (1970) 9 D.L.R. (3d) 693, 696, aff. (1971) 19 D.L.R. (3d) 420, aff. [1972] R.C.S. 845.
43. Cf. Rapport Goldstein, *op. cit.*, p. 18.
44. Articles 49(1) et 49(3). Le client doit cependant aviser dans le délai d'un an de la connaissance qu'il en a. La banque peut également dans certains cas se faire rembourser (article 50).
45. La doctrine de la négociabilité n'a plus sa raison d'être dans un système pour lequel aucun effet-papier ni aucune signature ne circule et pour lequel, une fois les fonds transférés, la responsabilité du client est éteinte. Dans les principaux systèmes automatisés américains, les banques ont été forcées d'incorporer les principes fondamentaux régissant les droits des parties dans le transfert d'effets négociables. Ceci apporte des contraintes inutiles. Howard, EDDY, *Effet de l'automatisation sur le système canadien de paiement, supra*, note 14, p. 16.

On peut qualifier de transfert électronique celui qui est initié à partir d'un terminal électronique, d'un appareil téléphonique, d'un ruban magnétique ou d'un ordinateur de façon à ordonner ou à autoriser une institution de dépôt à débiter ou à créditer un compte. Nous ne voulons traiter que de deux modalités du transfert électronique [46]. Ceci nous apparaît suffisant pour mettre en lumière les principaux problèmes que ce système pose pour le consommateur.

1.2.1. Les débits préautorisés

Certaines opérations de débit comme les versements périodiques sur les hypothèques, les assurances, les emprunts ou les autres dettes répétitives peuvent être exécutées automatiquement dans les comptes individuels des débiteurs sans émission de chèques. Pour les sociétés qui émettent un grand nombre de factures, ce système offre l'avantage de pouvoir réconcilier automatiquement les comptes de leurs clients [47]. Pour le consommateur on fait valoir que ce système offre l'avantage de le dispenser de surveiller ses échéances afin d'expédier à temps ses paiements. Aussi, qu'il lui permet d'économiser le coût de la papeterie, les frais de poste et les charges financières reliées au paiement par chèques. Cependant il n'est aucunement prouvé que le système soit avantageux pour lui en raison des inconvénients que le cadre juridique comporte.

Le débit direct ou le paiement préautorisé des factures s'effectue sans avoir recours à un chèque et souvent sans le support d'aucun effet de papier. Il peut comporter le transfert de bordereaux de papier ou de rubans magnétiques. Contrairement au paiement par chèques, c'est le créancier et non le débiteur qui, dans le débit direct, amorce le transfert d'argent en préparant le bordereau ou le ruban magnétique.

Le système repose uniquement sur des ententes préalables entre les parties et entre les diverses institutions de dépôt [48]. Le titulaire d'un compte dans une institution de dépôt doit au préalable signer et remettre à son

---

46. Le virement de crédit et la carte de paiement donnant accès au paiement direct sont deux modalités qui présentent des aspects particuliers relativement à la préservation des droits des consommateurs. Ils nécessiteraient une étude particulière détaillée.
47. Les paiements préautorisés au débit furent introduits aux États-Unis vers 1950, sous l'impulsion des compagnies d'assurances désireuses de faciliter le paiement des primes mensuelles répétitives. Depuis, ils se sont développés dans d'autres secteurs comme celui des hypothèques. Il y avait, en 1978, aux États-Unis environ 7 millions de paiements préautorisés d'assurances traités chaque mois. Cf. Georges C. WHITE, « Les systèmes de règlement automatique de factures aux U.S.A. », *Banque*, avril 1978, p. 38. Au Canada, le système a été inauguré en août 1978, cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, p. 5.
48. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, p. 34.

créancier une formule d'autorisation. Le mandat ainsi accordé au créancier peut être pour une durée illimitée et porte ordinairement sur un montant déterminé quoique cela ne soit pas toujours le cas. L'autorisation doit indiquer le numéro du compte du consommateur ainsi que le nom et la succursale de son institution de dépôt.

Le créancier, avant d'initier toute opération, doit s'engager envers son institution et fournir des garanties à l'effet qu'il a reçu l'autorisation du débiteur d'effectuer un débit direct. Il doit signer une lettre d'engagement l'obligeant à indemniser son institution pour toute erreur dans les informations transmises et s'engager à payer à son institution des dommages-intérêts pour tout montant qu'elle pourrait être appelée à payer relativement à un débit erroné ou non autorisé.

Un accord entre les diverses institutions de dépôt permet d'échanger les bordereaux et les bandes magnétiques contre de l'argent et établit les mécanismes de compensation comme s'il s'agissait de chèques. D'ailleurs, la formule d'autorisation que signe le débiteur comporte une disposition à l'effet qu'il consent à ce que le bordereau ou le ruban magnétique soit traité comme un chèque. En vertu de l'entente entre banques, toute la responsabilité en cas de débit erroné, non-autorisé ou omis est attribuée à l'institution du créancier. C'est en effet à elle qu'appartient l'obligation de vérifier les autorisations et l'exactitude des montants débités si un tel montant a été spécifié dans l'autorisation. S'il se produit des pertes pour le débiteur, c'est la banque du créancier qui sera tenue responsable. Celle-ci peut supporter cette responsabilité parce qu'elle a un recours contre son client en vertu de l'entente qui les lie et par laquelle le créancier s'est engagé à la dédommager complètement.

La principale critique du paiement préautorisé apportée par les consommateurs porte sur la perte quasi-totale de contrôle sur leur compte bancaire qui en résulte [49]. Ils ont l'impression d'abandonner la direction de leurs affaires financières par le fait qu'ils ne peuvent prendre les décisions appropriées pour rencontrer leurs échéances et pour effectuer leurs paiements selon leurs priorités. Le consommateur perd ainsi la marge de manœuvre dont il dispose dans le système de paiement par chèques pour faire patienter certains créanciers. De plus, il devra constamment surveiller le solde de son compte pour couvrir ces paiements pré-autorisés.

Par ailleurs, en vertu du cadre juridique qui régit ce mode de paiement, non seulement abandonne-t-il le contrôle de son compte de banque mais il se met complètement à la merci du créancier. En effet, sa propre institution n'exerce aucune vérification ni du mandat du créancier, ni de l'exactitude du

49. Cf. *supra*, note 11.

montant autorisé lorsqu'il en existe un. La banque tirée paye les yeux fermés les bordereaux ou les rubans magnétiques de débit en se fiant uniquement aux engagements souscrits par le créancier et la banque de ce dernier. Le programme de débit direct n'est aucunement structuré pour assurer un contrôle par l'institution du débiteur antérieurement au paiement. Ce dernier est donc entièrement dépendant de la bonne foi du créancier et de sa bonne administration. La formule d'autorisation signée par le débiteur n'est ordinairement adressée qu'au créancier. L'institution du débiteur n'en ayant pas de copie, elle n'est pas en mesure d'exercer une surveillance quelconque.

L'autorisation signée par le débiteur a pour effet de constituer le créancier son mandataire pour présenter les bordereaux de débit ou les bandes magnétiques. Cette autorisation n'est pas limitée dans le temps. Le débiteur devrait donc être en mesure de retirer son autorisation avec commodité. La formule d'autorisation comporte cependant un délai pour le faire, en plus de stipuler des pénalités pour le cas où un débit pré-autorisé ne serait pas accepté par la banque du débiteur. On impose donc des limites importantes à son droit de révocation. Ainsi le débiteur ne peut s'adresser directement à son institution de dépôt pour empêcher le paiement d'un versement sans encourir des sanctions. Il ne peut retirer son autorisation qu'en s'adressant au créancier dans la période indiquée. Ce dernier peut par une clause exonératoire s'être dégagé de toute responsabilité si l'ordre n'est pas exécuté avec diligence.

Si un débit erroné ou non-autorisé est effectué, l'accord entre les instructions de dépôt permet de contrepasser le versement et de rembourser le débiteur. Cependant, dans ce système, le consommateur a le fardeau de prouver qu'il y a eu erreur et c'est lui qui doit supporter la perte que constitue le retrait pendant la durée de l'enquête. S'il y a un bordereau et qu'il ait été retourné au consommateur, celui-ci dispose d'une preuve que tel paiement a été fait au créancier. S'il n'y a pas de bordereau mais plutôt un ruban magnétique, le consommateur ne dispose d'aucune preuve formelle que le paiement a été fait au créancier.

Comme pour le paiement par chèque automatisé, le contrat bancaire qui lie le consommateur avec son institution de dépôt est grandement modifié. Par la stipulation de clauses exonératoires, l'institution se dégage de toute responsabilité dans le cas d'un débit direct omis, non-autorisé ou dont le montant est erroné.

Le consommateur ignore souvent que pour ce service des frais lui sont imposés, tout comme s'il y avait traitement de chèques et que le créancier paye un montant fixe pour chaque article au débit [50] en plus des autres frais

50. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, p. 44.

de services qu'il doit débourser. De plus et autre inconvénient pour le consommateur, le débit direct supprime la preuve que constitue le retour du chèque payé.

1.2.2. Les guichets automatisés

Certaines institutions ont mis à la disposition de leurs clients des guichets automatisés [51] qui opèrent sans caissier. Ces appareils permettent au client d'accomplir lui-même certaines opérations bancaires pendant ou en dehors des heures d'affaires régulières des établissements bancaires [52]. Les terminaux sont reliés à l'ordinateur de l'institution de dépôt et les fonds peuvent être déposés et crédités au compte du client. Les retraits [53] peuvent être effectués et débités de la même manière [54].

Le client insère dans l'appareil une carte de plastique lisible électroniquement et il signale sur le clavier le numéro secret (NIP) [55] qui lui a été attribué. Ces informations permettent à l'ordinateur de vérifier l'identité du client [56] et de lui donner accès à son compte, s'il y a lieu, afin qu'il effectue l'opération désirée. Un document est émis par le terminal qui décrit l'opération : date, heure, montant et type d'opération effectuée.

Les droits et les obligations des parties relatifs à l'utilisation du guichet automatisé reposent uniquement sur une entente entre le client et l'institution. En effet, seules ces parties sont impliquées dans ce mécanisme et le système ne comporte pas l'émission d'un effet de commerce. On doit toutefois remarquer qu'il s'agit, comme pour les autres modes de paiement

---

51. Le premier appareil automatique a été installé aux États-Unis en 1969 à une succursale de la Chemical Bank, dans la ville de New York. L'usage de ces appareils s'est généralisé aux États-Unis depuis 1973. *The Montreal Star*, Montréal, 12 mai 1976. Aux États-Unis, on comptait en 1977, 8 000 guichets automatisés. Cf. L.F. ZIMMER, « Cash Dispensers Automated Tellers Come to Age », *Journal of Bank Administration*, mai 1978, pp. 19–23.
52. À Atlanta, où ces appareils sont installés depuis quelques années, on a constaté que les consommateurs les utilisent non seulement en dehors des heures d'affaires mais également pendant les heures d'ouverture des banques. Certains les préfèrent aux guichets traditionnels parce qu'ils sont impersonnels et qu'ils leur permettent d'éviter les longues files d'attente. *The Montreal Star*, Montreal, 26 mai 1976, B-1.
53. Un montant maximum quotidien est ordinairement fixé pour les retraits.
54. La plupart des guichets automatisés ne sont pas reliées directement aux fichiers des clients mais sont rattachés à un fichier distinct qui indique la limite au delà de laquelle un client ne peut retirer de fonds, cf. John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 38.
55. Numéro d'identification personnelle. En anglais P.I.N. pour Personal Identification Number.
56. Le système informatique permet de vérifier quasi-instantanément le fichier des cartes volées et celui des comptes en souffrance. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, p. 95.

bancaire, d'une formule prérédigée par l'institution qui y a inscrit unilatéralement les conditions de l'accord.

Le contenu de l'entente peut varier d'une institution à l'autre. Généralement, le client autorise l'institution à débiter son compte et reconnaît que les écritures de l'institution lient les deux parties.

La stipulation d'une clause exonératoire a pour effet de faire supporter au client toute la responsabilité en cas de panne du système, d'une opération erronée ainsi que de l'usage non autorisé de la carte [57]. Il est vrai que le système comporte une limitation par le fait que le retrait quotidien ne peut excéder un certain montant. Cependant l'usager peut être plusieurs jours sans s'apercevoir qu'il a perdu, s'est fait voler sa carte ou a été la victime d'une autre forme d'abus. Le préjudice que peut entraîner l'usage non-autorisé de la carte est théoriquement beaucoup plus grave que celui qui résulte de la signature non-autorisée d'un chèque [58], puisqu'il peut signifier la fuite de toutes les économies d'une personne. Il est également théoriquement plus grave que celui qui résulte de l'usage non autorisé d'une carte de crédit, puisque le retrait se fait immédiatement [59]. Par ailleurs, il y a possibilité qu'une personne indélicate à l'intérieur même du système ait accès au compte du consommateur.

L'entente impose au client l'obligation de vérifier l'état de compte qui lui est remis et de rapporter les erreurs dans le délai de 30 jours. Après ce délai, il y a présomption absolue et incontestable que le relevé est exact. Cette clause, même si elle est analogue à certaines stipulations imposées par les banques aux commerçants relativement au paiement des chèques — stipulations qui ont été déclarées valides par les tribunaux [60] — constitue une modification aux rapports actuels entre la banque et le particulier.

L'examen de quelques uns des problèmes que pose l'usage de la technologie dans le système de paiements permet de constater que le nouveau régime modifie les règles traditionnelles qui régissaient les rapports entre la banque et son client et que désormais l'allocation des risques varie selon le mode de paiement qui a été choisi. Par ailleurs, on note également que c'est l'institution qui est maître du cadre juridique dans le nouveau système et qu'elle est en mesure d'imposer unilatéralement toutes ses conditions.

---

57. On note toutefois une exception. La Banque Royale fixe la limite de responsabilité du client à $50.00. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, p. 101.
58. Que la *Loi sur les lettres de change*, a. 49(1), a. 49(3) fait supporter à la banque.
59. Pour la carte de crédit, la *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9, aa. 123, 124, impose une limite de responsabilité de $ 50.00.
60. Cf. *supra* note 42.

2. Les exigences que posent le respect des droits des consommateurs

Les consommateurs sont les principaux usagers du système de paiement bancaire [61]. C'est donc eux qui principalement en subissent les effets et qui, en dernier ressort, en assument les coûts. Dans le système de paiement par chèques, ses droits étaient protégés par le cadre juridique qui régit ces documents. Il n'est pas normal que les droits des parties varient selon le mode de paiement utilisé car, dans les deux cas, la nature du procédé est fondamentalement la même : il s'agit d'un ordre de paiement donné par une personne à son institution de dépôt. Seul le cadre juridique diffère : alors qu'il est fixé par la loi dans le premier cas, il repose sur des conventions dans le second.

Les problèmes soulevés par les ententes entre les institutions de dépôt et leurs clients relativement au traitement automatisé des chèques et au transfert électronique de fonds démontrent l'incapacité des institutions d'élaborer des contrats justes et équitables qui offrent une protection satisfaisantes des droits des consommateurs. L'usage de la technologie dans le système de paiement est susceptible de causer au consommateur des difficultés analogues à celles auxquelles il a dû faire face en matière de contrats de consommation [62] avant l'intervention du législateur. On peut, à la lumière des quelques cas étudiés identifier certains droits dont le respect doit être assuré et certaines normes que le contrat doit respecter pour être juste et équitable.

---

61. 75 pour cent du volume des chèques sont émis par des particuliers en relation avec des besoins personnels ou sont émis en leur faveur. Cf. « Electronic Funds Transfer — A program presented by the Committee on the Year 2000... », (1976) 32 *Bus Law* 232. Le nombre de chèques se rattachant à de grandes transactions sur les marchés financiers ou à des achats importants faits par les entreprises est relativement petit. Seulement 0.4 pour cent d'un volume de 4.4 millions d'effets échangés entre les banques lors d'une journée moyenne ont une valeur dépassant $50 000.00. Toutefois, ces effets ont une valeur considérable, leur valeur moyenne dépassant $375 000.00. Ils comptent pour 6.4 milliards ou 74 pour cent de la valeur en argent des chèques qui passent par le système de compensation en un jour moyen. Par contre les effets de moins de $50,000 qui ont une valeur moyenne de $350.00, comptent pour plus de 99 pour cent de tous les effets passant dans le système de compensation. Cf. John F. CREAN, *supra*, note 1, pp. 10 et 11.

62. Le Congrès américain adoptait le 14 octobre 1978 une loi sanctionnée le 10 novembre 1978 pour protéger le consommateur dans ce domaine, *Electronic Fund Transfer Act* qui ajoute un nouveau Titre (Titre IX) au *Consumer Credit Protection Act*, 15, U.S.C. 1601-1692 (1976). Les articles 909 et 911 relatifs à la responsabilité du consommateur pour des transferts non autorisés et à l'émission des cartes de paiement sont en vigueur depuis le 8 février 1979, tandis que le reste de la loi est entré en vigueur le 10 juin 1980. Voir généralement Fred M. GREGURAS et Ann L. WRIGHT, « How the New E.F.T. Act Affects the Financial Institution/Consumer Relationship », [1979] *Uniform Commercial Code Law Journal*, 207.

2.1. La reconnaissance de droits fondamentaux

2.1.1. Le libre choix du mode de paiement

L'adoption du système de transfert électronique de fonds ne devrait pas impliquer la disparition du système de paiement par chèques dont le consommateur est satisfait et qui est en mesure de fonctionner avec une efficacité accrue en raison de l'informatisation du système [63]. Ce mode de paiement constitue une méthode alternative efficace. Cependant bien des prêteurs (institutions de dépôt, compagnies d'assurances, compagnies d'hypothèques) exigent comme condition pour l'octroi d'un prêt que tous les remboursements se fassent par paiements pré-autorisés ou débit direct. Le consommateur peut avoir des objections sérieuses et légitimes à utiliser ce mode de paiement. Il devrait être laissé tout à fait libre de choisir le mode de paiement qui lui convient le mieux [64]. Pour que la liberté de choix soit réelle, des mesures devraient être prises pour préserver l'exercice de ce droit. On devrait entre autres interdire aux créanciers d'imposer un mode particulier pour le paiement de leurs créances. Dans le cas où le consommateur a déjà donné l'autorisation pour un débit direct de ses paiements, il devrait avoir le droit de mettre fin en tout temps à l'autorisation qu'il a donnée au créancier d'initier l'opération [65]. Des délais précis avant la date d'un versement prévu devraient être stipulés afin que le consommateur puisse notifier efficacement le retrait de son autorisation. Si le consommateur respecte ce délai, le créancier ne pourrait ni stipuler ni imposer des pénalités ou des amendes pour un débit retourné impayé.

---

63. L'évolution actuelle dans les méthodes de paiement ne signifie pas que le chèque va totalement disparaître mais plutôt qu'il s'effectuera un déplacement de volume entre les différents modes de paiement. Pour l'Europe, une étude réalisée par l'Institut Batelle fait la projection suivante pour les dix années à venir :

	1976	*1990*
Liquide	90%	70%
Chèque	8%	12%
Cartes	0.25%	5%
Virements	1.75%	13%

Étude citée par Raoul BELLANGER, « La carte Bleue », avril 1978, *Banque* 9.

64. Le *Rapport Goldstein* reconnaît les difficultés du consommateur mais ne formule pas de recommandations sur ce point, *op. cit.*, p. 193. À l'égard des virements de crédit, la Commission de reforme du droit fait des recommandations précises, *Les Paiements par virement de crédit, supra* note 14, pp. 14, 15.

65. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, recommandations n° 22 e) i), p. 209.

66. Nous avons délibérément laissé de côté les risques d'intrusion dans la vie privée des individus que le système peut comporter. Ce problème n'est pas exclusif au système automatisé des paiements mais il existe pour toutes les banques de données.

2.1.2. L'information précontractuelle

Le consommateur n'est pas familier avec le nouveau système dont les démarches sont originales et pour lequel les règles traditionnelles sont modifiées. Il devrait disposer d'informations suffisantes avant de décider d'y donner son adhésion. L'institution de dépôt devrait être tenue de divulguer, préalablement à la signature de toute entente, les règles qui régissent le fonctionnement technique du système, les conditions du contrat ainsi que les droits et les obligations de chaque partie. Le consommateur doit particulièrement être informé des risques qu'il peut faire courir à ses économies [66] ainsi que des frais que comportent les nouveaux services [67] et de la façon dont ils sont calculés. Le consommateur doit également être informé des usages qu'il peut faire du système de façon à ce qu'il puisse en observer les limites et être en mesure d'en minimiser les coûts.

Cette divulgation devrait se faire dans un langage et d'une façon susceptible d'être compris par le consommateur moyen [68] et elle devrait être renouvelée périodiquement, par exemple avec le relevé du compte du consommateur, sinon au moins une fois par année.

Une telle divulgation permettrait au consommateur de se familiariser rapidement avec le fonctionnement du système et de modifier ses habitudes en conséquence. Cela pourrait également dissiper ses craintes de perdre le contrôle de ses affaires financières.

Par ailleurs, la publicité concernant le transfert électronique de fonds ne devrait pas comporter de mentions trompeuses dans le but d'inciter le consommateur à en faire usage. En particulier, on ne devrait pas exagérer la sécurité du système.

---

67. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, recommandation 22 g) i), p. 209.
68. En droit américain, la divulgation doit porter sur les points suivants: l'étendue de la responsabilité de l'institution dans le cas de transfert non autorisé ; l'adresse et le numéro de téléphone de la personne à contacter dans le cas où une opération non autorisée pourrait se produire ; le type de transaction que le consommateur peut initier ; les frais de services ou autres charges ; dans le cas de paiements préautorisés, le droit et la procédure pour initier un ordre de paiement ; le droit de recevoir des relevés de comptes périodiques ; la procédure en vertu de la loi pour la résolution d'erreurs et les droits du consommateur en vertu de cette procédure ; l'étendue et la responsabilité de l'institution de dépôt en vertu de la loi pour les pertes subies dans le compte du consommateur ; les circonstances en vertu desquelles des informations sur le compte du consommateur seront divulguées à des tiers dans le cours des affaires ; dans le cas de versement de crédit au compte du consommateur, l'indication du fait qu'un avis sera émis ou non lors de l'occurence de l'opération ; la politique relative au renversement des transferts. Voir GREGURAS et WRIGHT, *supra*, note 62, p. 223.

2.2. Un contrat juste et équitable

L'entente qui lie expressément ou implicitement le particulier avec l'institution de dépôt devrait respecter certains droits que l'institution ne pourrait exclure par la stipulation d'une clause exonératoire.

2.2.1. La responsabilité des risques du système

Le recours à l'ordinateur rend le système très vulnérable aux détournements et aux vols [69]. On peut prévoir que des tentatives criminelles d'abus du système seront faites constamment soit par l'usage non-autorisé de l'identification du consommateur, soit par l'accès direct aux programmes de l'ordinateur en utilisant un procédé criminel. La complexité du système d'ordinateur ne permet pas de déceler tous les crimes [70] dont la source est extrêmement difficile à identifier. Les délais sont habituellement assez longs avant que la fraude ne soit signalée et les montants détournés sont considérables.

Par ailleurs, l'erreur humaine ou l'incompétence dans la transmission exacte de l'information est également une menace pour les fonds des déposants. Si les erreurs techniques en cours de transmission peuvent être décelées par diverses méthodes de contrôle, il n'en est pas ainsi pour l'erreur humaine ou l'erreur technique au point d'émission. Dans le système de transfert électronique, il peut devenir très difficile et très coûteux de remonter à la source de l'erreur. Le consommateur, moins que quiconque, n'est en mesure d'assurer ce fardeau ni de supporter les risques inhérents au système et les cas de force majeure. Il ne devrait pas avoir à identifier la source du dommage qu'il subit, ni supporter une perte quelconque occasionnée par un système dont l'intégrité ne peut être garantie et sur lequel il n'exerce aucun contrôle. L'institution de dépôt devrait assumer les risques des appareils dont elle a la direction et du système qu'elle contribue à maintenir. De cette façon, la perte serait répartie de façon à inciter les institutions à accroître les mesures de sécurité. Mieux que le particulier, elles ont les moyens de supporter les risques du système et de répartir les pertes qu'elles peuvent imputer aux frais généraux. Elles ne devraient pas par une stipulation pouvoir s'exonérer de cette responsabilité.

---

69. Cf. August BEQUAI, « The Problem of Crime in the Electronic Society », [1978] *Commercial Law Journal*, 139, 141.
70. La complexité de l'ordinateur rend difficile la détection de plus de 1 pour cent des erreurs et des fraudes commises, Cf. Allocution du Ministre André Ouellet, *Droit et Consommation*, Rapport publié sous la direction de Claude Masse, Groupe de recherche en jurimétrie, Université de Montréal, 1975, p. 14.

L'institution de dépôt devrait avoir un devoir strict d'exécuter un ordre de paiement (comme dans le système de paiement par chèques), au montant exact et au bon moment, si elle reçoit correctement les instructions et si elle dispose des fonds à cette fin. Il en est de même lorsqu'elle fait défaut d'arrêter un paiement et qu'elle en est avisée dans le délai stipulé. Le consommateur n'aurait pas à démontrer la faute de l'institution, mais il se verrait par contre confier un devoir de vigilance quant à l'usage de sa carte et de son identification ainsi que pour la vérification des transferts effectués dans son compte.

Le consommateur devrait en contre-partie supporter totalement la perte lorsqu'elle est initiée par lui: soit qu'elle résulte de sa propre erreur au terminal quand l'ordre est émis, soit qu'elle résulte d'un acte d'une autre personne de concert avec lui avec une intention frauduleuse. Ainsi, lorsque le consommateur fournit volontairement à un tiers la carte donnant accès à son compte, il serait responsable des détournements qui peuvent en résulter jusqu'à ce qu'il ait avisé l'institution que les actions du tiers ne sont plus autorisées. L'institution qui est ainsi notifiée serait responsable pour toutes les pertes qui peuvent survenir par la suite.

En cas de perte, de vol ou d'usage non-autorisé de la carte donnant accès au guichet automatisé, la responsabilité de l'usager devrait être limitée. On doit certes imposer une pénalité qui encourage le détenteur de la carte à une extrême prudence dans la garde et la manipulation de la carte et une grande déligence dans la notification de l'institution après qu'il a eu connaissance de la perte ou du vol de la carte. Il n'est que raisonnable que le consommateur négligent supporte une partie de la perte. On pourrait, à cet égard, s'inspirer des normes élaborées pour les cartes de crédit [71] en tenant compte toutefois de ses particularités [72].

2.2.2. La correction des erreurs

Le consommateur qui constate une erreur dans son compte fait face aux mêmes problèmes que ceux relatifs à la facturation en matière de contrats de

71. *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9, aa. 123, 124 fixe la responsabilité maximum du consommateur à $50.00. Cette mesure ne couvre pas la carte de plastique donnant accès au compte du consommateur en raison du fait que la carte de crédit doit référer à une entente de crédit variable c'est-à-dire un contrat comportant la stipulation de frais pour le droit d'exécuter à terme une obligation, Cf. aa. 118 et 1f). *R.* c. *Tilden Rent-A-Car*, [1976] C.S. 76.

72. Le fait qu'elle donne accès aux épargnes du consommateur. On note toutefois que la Banque Royale accorde pour cette carte la même limite de responsabilité que pour la carte de crédit. Cf. *supra*, note 57. Aux États-Unis, l'obligation maximum pour le consommateur qui n'avise pas dans le délai prescrit à partir de la connaissance qu'il a du vol ou de la perte de la carte de paiement est fixée à $500.00. Cf. GREGURAS et WRIGHT, *supra*, note 62, p. 233.

crédit s'il veut obtenir un redressement de son compte. Face à une institution anonyme et puissante avec laquelle il ne traite pas sur un pied d'égalité, il n'est pas en mesure de faire valoir ses droits avec commodité. Si ses droits ne sont pas protégés, il abandonnera sa réclamation aux premiers obstacles. De plus, il n'est pas en mesure de supporter une contestation longue et complexe [73].

En matière de transfert électronique, la situation est toutefois plus grave en raison du fait qu'il subit un préjudice immédiat par l'absence dans son compte du montant en litige. Il peut aussi se voir privé de montants sur lesquels il comptait pour rencontrer des paiements essentiels comme le loyer, les hypothèques, etc. L'adoption d'une procédure simple et rapide pour la correction des erreurs s'impose et elle a une importance capitale pour la protection des droits des consommateurs [74].

Le consommateur devrait-il être celui qui supporte les conséquences de l'erreur jusqu'à ce que la situation ait été éclaircie? On pourrait forcer l'institution à contrepasser le montant en litige dès que le consommateur fournit une allégation substantiée qu'une erreur a été commise dans son compte. L'institution devrait faire enquête dans une période déterminée à la suite de laquelle elle pourrait virer l'entrée si l'exactitude de l'inscription contestée est prouvée. Elle devrait, à ce moment, fournir au consommateur, sur demande, la pièce sur laquelle elle fonde sa décision [75]. Le consommateur ayant la jouissance du montant contesté durant la procédure d'enquête, l'institution se verrait incitée à agir avec diligence. Dans une autre hypothèse,

---

73. Le législateur a édicté une procédure pour le redressent des erreurs dans la facturation relative aux contrats de crédit, *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9, aa. 95, 96, 97. Aux États-Unis, la résolution des erreurs en matière de facturation relative aux cartes de crédit est également réglementée, *Fair Credit Billing Act*, (1976) 15 U.S.C. § 1681.

74. Aux États-Unis, l'institution a un délai de dix jours pour corriger l'erreur. Cependant elle peut prendre un délai plus long jusqu'à quarante-cinq jours en autant qu'elle crédite le compte du consommateur dans le délai de dix jours. *Electronic Fund Transfer Act*, 15 U.S.C. § 1601-1692 (1976), aa. 908, 908(c). Voir sur ce sujet Lewis M. TAFFER, « The Making of the Electronic Fund Transfer Act: A Look at Consumer Liability and Error Resolution », (1979) 13 *Un. of San Francisco Law Review* 231, 242. Le *Rapport Goldstein* suggère un délai de 30 jours. Cependant le compte pourrait être crédité provisoirement après un délai de quinze jours si l'institution a besoin de la plus longue période pour compléter son enquête, Recommandation n° 6c), *op. cit.*, p. 202. Il suggère en outre que, durant la période d'enquête, le consommateur ait le droit de retenir un paiement ou de faire suspendre la perception de frais de financement ou de pénalités, *op. cit.*, Recommandation n° 6d)ii), p. 203.

75. Relativement aux erreurs de facturation dans les contrats de crédit, le consommateur a le droit de demander que le commerçant lui remette sans frais les documents sur lesquels il fonde sa décision, L.Q. 1978, c. 9, a. 96. Le *Rapport Goldstein* fait une recommandation analogue, Recommandation 6d)i), *supra*, note 16, p. 203.

le montant pourrait n'être contrepassé qu'à l'expiration d'un délai déterminé. Cette période serait alors relativement courte pour éviter que le consommateur ne subisse un préjudice trop grave. Pendant ce délai l'institution devrait faire enquête et fournir une décision motivée sinon elle perdrait ses droits sur le montant en litige. Dans les deux cas, ce serait l'institution qui supporterait le fardeau de démontrer que le transfert était autorisé et que l'entrée était exacte. Cependant comme l'erreur est plus facile à retracer lorsqu'elle est dénoncée peu de temps après qu'elle s'est produite, le consommateur devrait se voir imposer l'obligation de vérifier l'état de compte et de signaler l'erreur dans un délai assez court sous peine de perdre le droit d'invoquer l'erreur [76]. Cette obligation ne serait pas particulièrement onéreuse si le relevé périodique identifie chaque transfert dont il indique la date et le montant. De plus, dans bien des cas, le consommateur peut disposer d'un document émis par l'ordinateur au moment de l'opération.

Quant à la façon dont la dénonciation de l'erreur doit être faite, la procédure la plus informelle est à privilégier. On devrait permettre au consommateur d'aviser l'institution par téléphone ou par écrit. L'exercice de cette démarche serait facilitée si l'information concernant la procédure était mentionnée sur le relevée périodique et comportait le nom et le numéro de téléphone de la personne à notifier dans ce cas.

2.2.3. La preuve du paiement

Le paiement par chèque est souvent utilisé par le consommateur en raison de l'avantage que constitue le retour du chèque avec la mention payé comme preuve que le paiement a été effectué. L'endossement du bénéficiaire fait preuve *prima facie* qu'il a reçu l'argent et cette preuve peut être utilisée devant les tribunaux. De cette façon, le consommateur peut tenir une compatibilité sommaire de ses paiements et régler rapidement toute contestation administrative ou judiciaire relative à un paiement.

Le paiement automatisé des chèques, comme par exemple le chèque tronqué, supprime la circulation du support-papier. Le transfert électronique implique des impulsions électroniques ou des bandes magnétiques lisibles par l'ordinateur. Ces procédés n'offrent plus de preuve directe du paiement. La valeur comme preuve des écritures électroniques est problématique [77].

Les archives des institutions de dépôt qui initient l'opération vont devenir très importantes pour savoir si un paiement a été fait. La loi

76. Le délai est fixé à 60 jours en droit américain. Cf. GREGURAS et WRIGHT, *op. cit.*, 245. Le *Rapport Goldstein* suggère un délai d'ordre public de 90 jours, Recommandation 6b), *supra*, note 16, p. 202.

77. Cf. *Rapport Goldstein, supra*, note 16, p. 179 et s.

actuelle [78] accorde une valeur *prima facie* aux entrées dans les livres et les archives d'une institution bancaire. Elle admet même la copie sur microfilm d'un document rédigé par une institution à certaines conditions [79]. La doctrine la plus moderne considère que les supports magnétiques doivent être admis comme moyens de preuve aussi valables que le support-papier, du moins dans les rapports entre commerçants [80]. Cependant il semble nécessaire que la législation le confirme [81].

Par ailleurs, même si on admettait la valeur probante devant les tribunaux de ces nouveaux procédés, le consommateur ne disposerait pas d'un moyen commode de constituer ses archives.

L'absence de documents est un des aspects les plus caractéristiques du transfert de fonds par ordinateur. Les relevés de compte vont devenir plus essentiels qu'ils ne le sont maintenant pour permettre au consommateur de suivre la trace de ses opérations financières. Mais un relevé de compte, si descriptif soit-il, peut ne pas être accepté comme preuve du paiement. Sa valeur en droit n'est pas établie avec certitude. Souvent des factures ou bordereaux sont émis au moment de l'exécution du transfert. Ils ne fournissent pas de preuve formelle que le paiement a été effectué à telle personne. Idéalement, pour les opérations qui impliquent le particulier, les documents émis lors d'une opération de transfert électronique devraient comporter une description du type d'opération, date, heure, lieu, le nom de l'émetteur, le but du paiement, comme par exemple : prime d'assurances, ainsi que le nom du bénéficiaire [82]. Pareille description peut être transcrite sur l'état de compte mensuel du client. La nécessité de renvoyer l'effet au consommateur dans le cas du chèque [83] ou de prouver l'exécution d'un autre type d'opération, se trouverait dès lors atténuée si la législation reconnaissait une valeur probante à ce document [84].

---

78. *Loi sur la preuve*, S.R.C. 1970, c. E-10, article 29.
79. *Idem*, article 21.
80. Cf. Michel VASSEUR, *supra*, note 30, note infrapaginale 4 ; *Coré et Dupong, Comptabilité générale de l'entreprise*, 1975, n° 504.
81. Cf. *Rapport Goldstein*, Recommandation n° 13 et 17, *supra*, note 16, p. 204.
82. *Idem*, Recommandation n° 7, *supra*, note 16, p. 203.
83. Dans le cas du chèque tronqué, on propose de donner au consommateur un numéro unique pour chacun de ses chèques. La transposition de ce numéro pourrait se faire sur l'état de compte du client, ce qui accroîtrait la précision du relevé. Cf. John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 39.
84. Aux États-Unis on a donné aux reçus émis par le terminal de l'ordinateur le même effet qu'au chèque retourné avec la mention payé. Il fait preuve *prima facie* que le transfert a été exécuté. Regulation E, 12 C.F.R.S. 906(f).

Conclusion

L'adoption d'une nouvelle technologie engendre des coûts sociaux tout autant qu'elle accroît le rendement et procure des bénéfices économiques. Dans le cas de l'automatisation du traitement des chèques et du transfert électronique de fonds, le consommateur se voit forcé de modifier ses habitudes mais il n'y a aucune raison pour qu'on le prive de l'exercice de droits fondamentaux ni que, par contrat, on lui fasse supporter des risques plus onéreux que dans le système de paiement par chèques traditionnel. Tous les modes de paiements dont la nature est substantiellement la même devraient être gouvernés par des normes analogues[85]. Est-il nécessaire qu'une nouvelle législation soit édictée ? Certains prétendent que les lacunes identifiées ne sont pas suffisamment graves pour nécessiter l'intervention du législateur[86] et que le système de paiement par chèques comporte lui-même certaines déficiences qu'il faudrait d'abord corriger[87]. Ces opinions, qui émanent principalement du milieu bancaire, ne sont pas partagées par ceux qui ont fait des études objectives de la question[88]. Un système basé uniquement sur des ententes contractuelles n'est pas théoriquement mauvais, mais il le devient lorsque, en raison de la position dominante d'une partie, le contrat n'est pas librement négocié. Le législateur doit alors prescrire des normes pour protéger les droits de la partie la plus faible.

L'efficacité de l'organisation technique du système par les institutions elles-mêmes n'est pas remise en question. L'Association canadienne des paiements est en mesure d'édicter des normes pour le fonctionnement efficace du système. Cependant le nouveau cadre juridique pourrait préciser les droits des parties auxquels elles ne pourraient renoncer afin de protéger les droits fondamentaux des consommateurs et assurer, au niveau contractuel, un contrat juste et équilibré.

Une intervention législative dans le domaine des paiements n'est pas sans soulever des interrogations sur l'autorité législative compétente. D'une part, le système de paiement canadien est régi par quatre principales lois : La

85. Aux États-Unis, on prépare un code du système de paiement qui aurait pour effet d'uniformiser le régime des droits dont jouissent les parties dans les divers modes de paiement lorsque la nature du processus est substantiellement la même, cf. Bradley CRAWFORD, « Does Canada Need a Payments Code ? » (1982-83) 7 *Can Bus L.J.*, 44, 46. BRANDEL, R.E. et SOLOWAY, J.N. « Electronic Fund Transfers and the New Payments Code », (1983) 38 *Bus Law* 1355.

86. Cf. Bradley CRAWFORD, *supra*, note 27 ou note 85, 71 ; John F. CREAN, *supra*, note 1, p. 50.

87. Cf. Bradley CRAWFORD, *supra*, note 27 ou note 85. Sur les problèmes de revision qui se posent, voir Benjamin GEVA : « Refections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act », (1981-82) 6 *Can Bus L.J.* 269.

88. Howard EDDY, *Le système de paiement Canadien et l'ordinateur, op. cit., supra*, note 14 ; *Le paiement par virement de crédit, op. cit., supra*, note 14 ; *Rapport Goldstein, supra*, note 16.

Loi sur les banques[89] qui prévoit la mise en place de la structure et des pouvoirs des principaux participants au système des paiements ; la *Loi sur la Banque du Canada*[90] qui établit la banque centrale comme banque de réserve et banque de paiement final entre les institutions dans le cadre du système bancaire ; la *Loi sur les lettres de change*[91] qui définit les droits et les obligations des parties entre les mains desquelles les chèques circulent ; la *Loi sur l'Association canadienne des paiements*[92] qui donne aux quasi-banques un accès direct au système de compensation en les mettant sur un pied d'égalité avec les banques. C'est elle qui est chargée de l'établissement de normes et de l'administration du système de compensation, rôle qu'exerçait antérieurement l'Association des banquiers canadiens. Il ne fait pas de doute que dans le cadre où ces lois sont édictées, le législateur fédéral aurait juridiction pour édicter la structure légale du système de transfert électronique de fonds[93] considéré comme un incident de l'activité bancaire[94].

Cependant les limites du pouvoir exclusif du fédéral en matière bancaire[95] n'ont jamais été établies avec précision et ce pouvoir a été interprété comme n'ayant pas pour effet d'empêcher l'exercice des pouvoirs provinciaux qui ressortissent de leur propre compétence[96]. Une législation provinciale qui se fonderait sur la juridiction sur le droit civil et les contrats peut être envisagée. En effet, de la même manière qu'on admet en matière de crédit une juridiction concurrente entre les deux ordres de gouvernement, en particulier la légalité de la législation provinciale qui vise l'aspect contractuel

89. S.C. 1980, c. 40.
90. S.R.C. 1970, c. B-2.
91. S.R.C. 1970, c. B-5 telle que modifié.
92. S.C. 1980, c. 40, article 92.
93. Le *Rapport Goldstein* préconise une telle intervention, *supra*, note 16, pp. 196, 197.
94. Voir Bradley, CRAWFORD, « New Laws to Govern E.F.T.S. ? », (1980-81) 5 *Can Bus L.J.* 37, 45.
95. Attribué par l'article 91, par. 15, A.A.N.B.
96. Les pouvoirs conférés au gouvernement canadien en ce domaine sont si étendus qu'ils semblent ne laisser aucune place vacante. Cependant comme le fait remarquer le juge Cayne dans l'arrêt *In re Bergethaler Waisenamt*, [1949] 1 D.L.R. 769 : l'attribution de pouvoirs législatifs ne doit pas perturber l'ensemble du droit. Si le parlement du Canada a le pouvoir de légiférer relativement aux banques, il n'a placé aucune restriction aux pouvoirs d'autres personnes d'exercer des activités analogues en autant qu'elles ne prennent pas le nom de banque. C'est pourquoi les tribunaux ont reconnu la validité d'une loi provinciale incorporant une compagnie ayant pour objectif d'effectuer des prêts, fiducies et autres affaires financières. Les tribunaux reconnaissent donc que le pouvoir fédéral n'empêche pas les provinces d'exercer leur capacité d'incorporer des compagnies ayant des objectifs provinciaux même s'il s'agit d'opérations monétaires comportant l'acceptation de dépôt et de retrait à demande, et de légiférer relativement aux droits civils de ces institutions et de leurs clients, *Caisse Populaire N.D. Ltée v. Moyen*, (1967) 61 D.L.R. (21) 118 (C.A. Sask.).

et la protection des droits du débiteur[97], on pourrait admettre la validité d'une législation provinciale visant la protection des droits des usagers des systèmes de paiements automatisés. Ce double aspect de compétence législative canadienne ne serait pas un cas unique[98] et il ne peut justifier l'inaction.

97. *Att. gen. for Ontario* c. *Barfried Enterprises Ltd*, [1963] R.C.S. 570.
98. Louis J. ROMERO, *Les relations fédérales-provinciales en matière de protection du consommateur*, Conseil de recherche en consommation, Ottawa, 1975.