

Le cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire

Michelle Cumyn and Lina Lalancette

Volume 35, Number 1, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027328ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027328ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cumyn, M. & Lalancette, L. (2005). Le cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire. *Revue générale de droit*, 35(1), 5–60. <https://doi.org/10.7202/1027328ar>

Article abstract

This paper discusses the legal nature of credit card payments and the defences available to cardholders against card issuers. Credit card schemes are either tripartite or quadripartite. We have found it preferable to base our legal analysis on the more complex, quadripartite scheme, which is the model applicable to most bank credit cards. It involves four different contracts entered into between the merchant and the cardholder, the cardholder and the card issuer, the card issuer and the merchant's financial institution (acquirer), and the acquirer and the merchant. Use of a credit card by the cardholder involves the replacement of his or her initial obligation towards the merchant by three new obligations arising under the three other contracts. The cardholder is immediately discharged towards the merchant, because the merchant is guaranteed payment by the acquirer. Among the possible characterisations of credit card payments according to the civil law of obligations (mandate, subrogation, assignment of claims, delegation and novation), novation emerges as the appropriate characterisation. Pursuant to the law of obligations, the cardholder's obligation to the card issuer may be annulled only if the payment is invalid or if the contract with the merchant is absolutely or relatively null. If the cardholder is a consumer, he or she may seek protection from sections 118 to 130 of the *Consumer Protection Act*. Sections 103 and 116, however, do not apply to credit card payments. In several countries such as the United States and the United Kingdom, unlike in Québec, consumer protection legislation enables a consumer to assert against a card issuer the claims and defences arising out of his or her agreement with a merchant, such as non delivery or non compliance of goods or services purchased with the card. The existence of such legislation abroad appears to undermine the argument according to which this would constitute an excessive burden on financial institutions. In fact, Canadian financial institutions routinely accept complaints from cardholders and are able to charge the resulting liability back to the merchant, through the acquirer. A legal framework would help to crystallise this procedure, the application of which remains discretionary and the existence of which is unknown to many consumers.

Le cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire

MICHELLE CUMYN

Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval

LINA LALANCETTE*

Avocate, Québec

RÉSUMÉ

Le paiement par carte de crédit est une opération soit tripartite, soit quadripartite. Pour en rendre compte adéquatement, il importe de travailler à partir du modèle plus complexe qui est celui de la carte quadripartite. Celui-ci met en présence quatre acteurs principaux, soit le titulaire, le commerçant, l'institution financière du commerçant et l'institution financière émettrice. Trois des quatre rapports d'obligation

ABSTRACT

This paper discusses the legal nature of credit card payments and the defences available to cardholders against card issuers. Credit card schemes are either tripartite or quadripartite. We have found it preferable to base our legal analysis on the more complex, quadripartite scheme, which is the model applicable to most bank credit cards. It involves four different contracts entered into between the merchant

*Cet article a été réalisé en partie grâce à une subvention du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada obtenue par Michelle Cumyn pour un projet de recherche sur le rôle des catégories dans le raisonnement juridique. Ce projet de recherche s'appuie sur une étude des enjeux que soulève la qualification des opérations entraînant une cession de dette ou de contrat. Les auteures remercient M. Patrice Dagenais, Directeur du développement et de la mise en marché des produits chez Visa Desjardins et M^e Jean-Louis Renaud de l'Office de protection des consommateurs, qui ont généreusement accepté de partager un peu de leur expertise sur le paiement par carte de crédit et de répondre à leurs nombreuses questions.

Lina Lalancette tient à remercier Lina Beaulieu et Francine Belleau, pour leur amitié et soutien, Valérie Nerestant, pour la recherche effectuée, et Mario J. Teixeira, pour sa présence attentive.

Comme toujours, les opinions présentées dans cet article ne lient que leurs auteures.

intervenant entre ces parties font l'objet de notre étude : l'obligation initiale du titulaire de payer une somme d'argent au commerçant et celles, qui lui sont substituées, du titulaire de payer cette somme à l'institution financière émettrice et de l'institution financière du commerçant de payer ce dernier. C'est la manipulation de la carte qui opère le remplacement de la première dette par les deux autres. Le titulaire est immédiatement libéré envers le commerçant, car ce dernier bénéficie dès lors d'une garantie de paiement. Parmi les qualifications généralement proposées du paiement par carte de crédit (mandat, subrogation légale, cession de créance, délégation et novation), c'est la qualification de novation qui doit être retenue. En vertu du droit commun, le titulaire peut invoquer à l'encontre de l'institution financière émettrice soit l'invalidité du paiement, soit la nullité absolue ou relative du contrat conclu avec le commerçant. Le titulaire consommateur bénéficie d'une protection additionnelle en vertu des articles 118 à 130 de la Loi sur la protection du

and the cardholder, the cardholder and the card issuer, the card issuer and the merchant's financial institution (acquirer), and the acquirer and the merchant. Use of a credit card by the cardholder involves the replacement of his or her initial obligation towards the merchant by three new obligations arising under the three other contracts. The cardholder is immediately discharged towards the merchant, because the merchant is guaranteed payment by the acquirer. Among the possible characterisations of credit card payments according to the civil law of obligations (mandate, subrogation, assignment of claims, delegation and novation), novation emerges as the appropriate characterisation. Pursuant to the law of obligations, the cardholder's obligation to the card issuer may be annulled only if the payment is invalid or if the contract with the merchant is absolutely or relatively null. If the cardholder is a consumer, he or she may seek protection from sections 118 to 130 of the Consumer Protection Act. Sections 103 and 116, however, do not

consommateur. Les articles 103 et 116 L.p.c., pour leur part, ne s'appliquent pas au paiement par carte de crédit. À la différence du Québec, plusieurs pays, comme les États-Unis et le Royaume-Uni, accordent depuis de nombreuses années au titulaire consommateur la possibilité de faire valoir contre l'institution financière émettrice des moyens de défense issus de son contrat avec le commerçant, ce qui semble aller à l'encontre de l'opinion selon laquelle une telle mesure constituerait un fardeau trop lourd pour les institutions financières. Les institutions financières canadiennes acceptent d'ailleurs le plus souvent de donner suite à une contestation qui leur est présentée par un titulaire insatisfait d'un bien ou d'un service acquis avec sa carte de crédit. L'adoption d'un cadre légal présenterait l'avantage de cristalliser cette procédure actuellement appliquée sur une base discrétionnaire, et dont seuls les titulaires très bien informés sont susceptibles de tirer profit.

apply to credit card payments. In several countries such as the United States and the United Kingdom, unlike in Québec, consumer protection legislation enables a consumer to assert against a card issuer the claims and defences arising out of his or her agreement with a merchant, such as non delivery or non compliance of goods or services purchased with the card. The existence of such legislation abroad appears to undermine the argument according to which this would constitute an excessive burden on financial institutions. In fact, Canadian financial institutions routinely accept complaints from cardholders and are able to charge the resulting liability back to the merchant, through the acquirer. A legal framework would help to crystallise this procedure, the application of which remains discretionary and the existence of which is unknown to many consumers.

SOMMAIRE

Introduction.....	8
1. La pratique du paiement par carte de crédit.....	11

1.1	Contexte	11
1.2	Déroulement de l'opération	14
1.3	Contrats	17
2.	La qualification juridique du paiement par carte de crédit	23
2.1	Traits caractéristiques du paiement par carte de crédit	23
2.2	Qualification	34
3.	Les moyens de défense du titulaire	42
3.1	Moyens de défense découlant du droit commun	43
3.2	Moyens de défense découlant de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	48
3.3	Vers l'octroi d'une garantie au titulaire?.....	53
	Conclusion	58

INTRODUCTION

On évalue à plus de 50 millions le nombre de cartes de crédit en circulation au Canada¹. La carte de crédit est un moyen de paiement fréquemment utilisé par les consommateurs. En outre, elle constitue souvent le seul mode de paiement disponible pour l'achat de biens ou de services par Internet, par téléphone ou par courriel².

La carte de crédit permet à son titulaire de se procurer à crédit des biens ou des services auprès d'un commerçant agréé³. En dépit de son importance, la qualification des rapports juridiques qui naissent entre le commerçant, le titulaire d'une carte

1. En 2003, il y avait 50,4 millions de cartes de crédit VISA et MasterCard en circulation au Canada : Association des banquiers canadiens. « Faits saillants ». Site de l'Association des banquiers canadiens, [En ligne]. <http://www.cba.ca/fr/> (Page consultée le 18 septembre 2004).

2. D'après un rapport de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), à l'échelle mondiale, 95 % des achats en ligne sont payés à l'aide d'une carte de paiement, c'est-à-dire une carte de crédit, une carte de débit ou une carte mixte ou prépayée : OCDE, « Report on Consumer Protections for Payment Cardholders (2002) », p. 6. [En ligne], <http://www.oecd.org/publications/> (Page consultée le 21 juillet 2004). Voir aussi : C. BOUCHARD, M. LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 R.G.D. 373, 407 : « la carte de crédit est le seul instrument de paiement utilisé à grande échelle dans Internet, puisque les chèques virtuels et la monnaie digitale, ou autres variantes similaires, n'ont jamais vraiment dépassé le stade de prototype. »

3. L'art. 321 du *Code criminel* définit la carte de crédit comme suit :
 « carte de crédit » Désigne notamment les cartes, plaquettes ou coupons délivrés afin :
 a) soit de procurer à crédit, sur présentation, des fonds, des marchandises, des services ou toute autre chose de valeur;

de crédit et leurs institutions financières respectives, lorsqu'un paiement est effectué à l'aide de la carte de crédit, ne fait toujours pas l'objet d'un consensus parmi les juristes, que ce soit en droit civil ou en droit de tradition anglaise. Alors que les spécialistes du droit bancaire ont évoqué, puis rejeté la possibilité de classer ce mode de paiement parmi les effets de commerce ou les lettres de crédit, les professeurs de droit des obligations ont envisagé des qualifications aussi variées que la cession de créance, la subrogation, la novation, la délégation ou le mandat.

Le *Code civil du Québec* introduit de nouveaux éléments dont il faut tenir compte dorénavant pour rechercher la qualification appropriée du paiement par carte de crédit et déterminer les effets qui en découlent. D'une part, le Code clarifie le régime des quatre grands modes de transmission ou mutation des obligations que sont la cession de créance, la subrogation, la novation et la délégation. D'autre part, le Code prévoit, à l'article 1564 C.c.Q., que le débiteur d'une somme d'argent *est libéré* par le paiement de la somme prévue au moyen d'une carte de crédit. Or, nous verrons que la qualification de novation est la plus compatible avec l'extinction de la dette primitive prescrite par cet article.

La question de la qualification juridique des rapports engendrés par le paiement effectué au moyen d'une carte de crédit se pose, notamment, lorsqu'il s'agit de savoir quels moyens de défense le titulaire d'une carte de crédit peut opposer à l'institution financière émettrice. Par exemple, il arrive souvent qu'un titulaire soit insatisfait de la marchandise ou du service reçu d'un commerçant. Peut-il alors refuser de payer les

b) soit de permettre l'accès, par un guichet automatique, un terminal d'un système décentralisé ou un autre service bancaire automatique, aux différents services qu'offrent ces appareils.

L'art. 118 L.p.c. qualifie le contrat pour l'utilisation d'une carte de crédit de contrat de crédit variable :

118. Le contrat de crédit variable est le contrat par lequel un crédit est consenti d'avance par un commerçant à un consommateur qui peut s'en prévaloir de temps à autre, en tout ou en partie, selon les modalités du contrat.

Le contrat de crédit variable comprend notamment le contrat conclu pour l'utilisation de ce qui est communément appelé carte de crédit, compte de crédit, compte budgétaire, crédit rotatif, marge de crédit, ouverture de crédit et tout autre contrat de même nature.

montants qui lui sont réclamés par l'institution financière émettrice en rapport avec ce contrat? Un titulaire pourrait-il en outre invoquer la nullité du contrat conclu avec le commerçant?

Depuis l'avènement du commerce électronique, ces questions acquièrent une importance nouvelle. En effet, le titulaire est plus vulnérable à la fraude et dispose de recours moins sûrs lorsqu'il contracte par Internet. Dans un tel contexte, serait-il souhaitable d'attribuer aux institutions financières la responsabilité de surveiller les commerçants qu'elles ont agréés, de garantir la délivrance, la conformité et la qualité des biens et services offerts ou d'agir comme intermédiaires dans la résolution de conflits entre le titulaire et le commerçant? La présence de législation en ce sens dans certains pays et le fait que les institutions financières offrent déjà des cartes accordant une protection accrue au titulaire indiquent que c'est un rôle que les institutions financières sont peut-être destinées à jouer. Un tel développement pourrait d'ailleurs contribuer à augmenter le degré de confiance des consommateurs à l'égard du commerce électronique⁴.

Dans cet article, nous nous demanderons donc quels moyens de défense peuvent être invoqués par le titulaire à l'encontre de l'institution financière émettrice, en situant cette question dans le cadre juridique approprié. Notre étude se fonde principalement sur le droit québécois, mais elle tient compte également du droit de tradition anglaise et du droit civil français. En outre, nous ferons état de mesures de protection des consommateurs qui ont été mises en place aux États-Unis et au Royaume-Uni, afin de combattre l'idée, très répandue au Canada, suivant laquelle il ne serait pas réaliste d'imposer un tel fardeau aux institutions financières.

Même si nous nous intéresserons surtout, dans cet article, aux moyens de défense du titulaire, il va sans dire que

4. Plusieurs études démontrent que les consommateurs demeurent réticents à l'égard du commerce électronique. La principale source d'inquiétude concerne la sécurité des paiements en ligne (risque d'usurpation du numéro de carte). Mais les consommateurs craignent également d'être les victimes de commerçants peu scrupuleux : soit qu'ils n'obtiennent pas la livraison des biens ou des services commandés à l'intérieur d'un délai raisonnable, soit que ceux-ci s'avèrent non conformes ou de mauvaise qualité : OCDE [En ligne], *supra*, note 2, p. 5 et suiv. Les auteurs de ce rapport classent en trois catégories les risques que courent les consommateurs : « I didn't do it » (paiement non autorisé), « I didn't receive it » (non-livraison à l'intérieur d'un délai raisonnable) et « I don't want it » (retour de la marchandise jugée insatisfaisante par le consommateur) (p. 10).

la définition du cadre juridique du paiement par carte de crédit que nous proposons aura une incidence plus large sur la question de savoir qui du commerçant, du titulaire ou des institutions financières impliquées, est tenu d'assumer chacun des risques inhérents à cette opération.

Dans la première partie, nous décrirons la manière dont se pratique le paiement par carte de crédit. Dans la seconde partie, nous aborderons la qualification juridique de cette opération. Enfin, dans la troisième partie, nous discuterons des moyens de défense que peut faire valoir le titulaire à l'encontre de l'institution financière émettrice.

1. LA PRATIQUE DU PAIEMENT PAR CARTE DE CRÉDIT

Nous ferons état ici du contexte, de la manière dont se déroule l'opération et du contenu des différents contrats régissant celle-ci.

1.1 CONTEXTE

Encadrement normatif. Le paiement par carte de crédit est, somme toute, assez peu réglementé. La *Loi sur les banques* autorise ces dernières à émettre des cartes de crédit et à utiliser un système de cartes de crédit, tout en les obligeant à divulguer les coûts du crédit offert⁵. L'émission de cartes de crédit n'est toutefois pas une activité économique réservée aux banques⁶. Au Québec, la *Loi sur la protection du consommateur* établit des balises pour protéger le titulaire consommateur⁷. Le *Code criminel* contient également une disposition spécifique prohibant le vol, la falsification, le trafic ou l'usage abusif de cartes de crédit⁸.

Principales cartes de crédit en circulation au Canada. Les principales cartes de crédit en circulation au

5. *Loi sur les banques*, L.R.C. (1991), c. 46, art. 409(2)(d) et 452.

6. Par exemple, les caisses d'épargne et de crédit peuvent également émettre des cartes de crédit et utiliser un système de cartes (voir la *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., c. C-67.3).

7. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 118 et suiv. [ci-après *Loi sur la protection du consommateur* ou L.p.c.]. Les autres provinces canadiennes se sont dotées de dispositions similaires.

8. Art. 342 du *Code criminel*.

Canada sont les cartes VISA, MasterCard et American Express⁹. À celles-ci s'ajoutent les cartes « maison » et les cartes « privatives » émises notamment par des grands magasins et des sociétés pétrolières. Dans le cas des cartes VISA et MasterCard, ce sont des institutions financières canadiennes — principalement les banques et la Fédération des caisses Desjardins — qui ont obtenu le droit d'émettre ces cartes. Ce sont donc ces institutions financières qui contractent avec les titulaires, d'une part, et avec les commerçants, d'autre part, en vue de l'utilisation de l'une ou l'autre de ces cartes. La carte American Express est émise au Canada par la Banque Amex du Canada; c'est également cette dernière qui agréé les commerçants canadiens aux fins de recevoir des paiements effectués à l'aide d'une carte American Express.

Carte bipartite, tripartite ou quadripartite? Les auteurs distinguent généralement les cartes dites bipartites des cartes dites tripartites. Les cartes bipartites mettent en rapport deux parties, soit le commerçant et le client titulaire d'une carte. Ce sont, le plus souvent, des cartes « maison » émises notamment par des grands magasins et des sociétés pétrolières, afin de permettre au titulaire d'effectuer des achats dans leurs établissements. Il est à noter que plusieurs de ces cartes en apparence bipartites sont en réalité émises par une personne morale distincte du commerçant, auquel cas il s'agit véritablement de cartes tripartites¹⁰.

En dehors des cartes bipartites, plusieurs auteurs ne voient que des cartes tripartites : émises par une institution financière

9. VISA posséderait la plus grande part de marché, soit 73 % des cartes de crédit en utilisation au Canada : Site de Desjardins, [En ligne]. http://www.desjardins.com/fr/entreprises/produits_services/paiement_point_vente/services_paiement/carte_credit (Page consultée le 21 juillet 2004).

10. Dans la pratique, l'expression « carte maison » désigne les cartes bipartites, tandis que l'expression « carte privative » désigne les cartes tripartites. Les grands magasins optent de plus en plus souvent pour le modèle tripartite. Par exemple, les contrats régissant l'utilisation de la carte Sears ont été cédés à la Banque Sears Canada, une filiale du détaillant Sears Canada Inc., ce qui en fait dorénavant une carte tripartite : Sears. Site de Sears, [En ligne]. http://www.sears.ca/f/financial_services/bank/index.htm (Page consultée le 27 juillet 2004). Plusieurs cartes privatives sont émises par des institutions financières indépendantes du commerçant et portent la double marque du commerçant et de l'institution financière émettrice. Voir par exemple Ameublements Tanguay. « Achetez maintenant, payez plus tard ». Site de Ameublements Tanguay, [En ligne]. <http://www.tanguay.ca> (Page consultée le 4 novembre 2004).

tierce, elles financent les contrats intervenant entre les titulaires de ces cartes et les commerçants agréés par cette même institution financière ou par une autre institution financière participant au même système. Selon ces auteurs, les rapports juridiques relatifs à l'utilisation des cartes de crédit autres que bipartites font intervenir trois parties : le commerçant, le titulaire et l'institution financière émettrice de la carte¹¹.

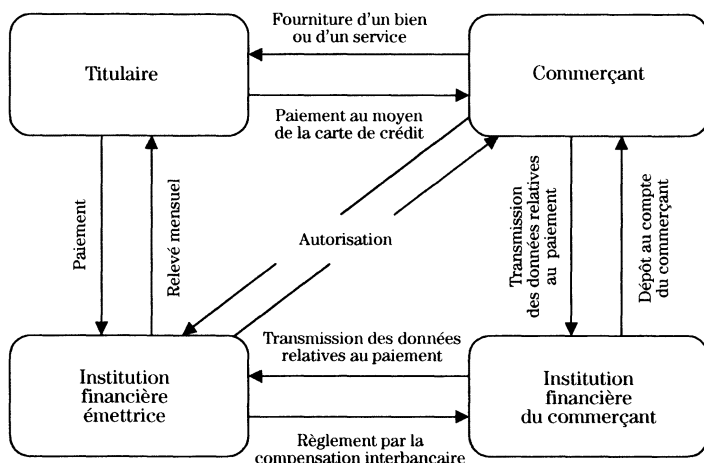
Si cette description est valable dans les cas où la même institution financière contracte avec les titulaires de la carte et avec les commerçants habilités à recevoir celle-ci en paiement¹², elle est inexacte dans les cas où l'institution financière émettrice est une personne morale distincte de celle ayant agréé le commerçant¹³. Il vaudrait mieux, dans ce dernier cas,

11. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 125, p. 149 : « L'entente triangulaire, par contre, met en relations trois parties : le titulaire, l'émetteur et un commerçant qui fournit les biens ou les services [...]. Les cartes des grands réseaux entrent dans cette catégorie. »; N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *Droit bancaire*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 513; M. H. OGILVIE, *Canadian Banking Law*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1998, p. 698 : « The first distinctive card is, of course, the bank credit card, as narrowly understood, which involves three separate contractual relationships, between cardissuer and merchant, cardissuer and consumer, and merchant and consumer. »

12. Ce qui est généralement le cas de la carte American Express et des cartes privatives. Dans le cas d'American Express, le commerçant contracte avec la Banque Amex du Canada, qui s'engage à verser les montants générés par l'utilisation de la carte dans le compte du commerçant auprès de son institution financière habituelle, tout en obtenant le droit de débiter tout montant de ce compte, en cas de contestation par le titulaire. Il s'agit d'une carte tripartite, car l'institution financière habituelle du commerçant n'y est pas directement partie. Voir : American Express. « Convention — Acceptation de la Carte American Express ». Site d'American Express, [En ligne]. <http://home3.americanexpress.com/canada/fr> (Page consultée le 27 juillet 2004). Pour des exemples de cartes privatives, voir les affaires : *Re Charge Card Services Ltd*, [1986] 3 All ER 289 (Ch. D.); [1988] 3 All ER 702 (C.A.) et *Re GE Capital Canada Retailer Financial Services Co.*, [2000] N.S.J. N° 25 (N.S.S.C.).

13. Ce qui est le cas des cartes VISA et MasterCard. Voir : *Banque Laurentienne du Canada c. Abdul-Wahab*, J.E. 2002-135 (C.S.). Dans cette affaire, un commerçant est poursuivi par son institution financière, qui lui réclame le remboursement de montants qu'elle a crédités à son compte en relation avec certains paiements qui se sont avérés invalides parce qu'effectués à l'aide de numéros de cartes de crédit volés. L'institution financière émettrice des cartes volées était une banque néo-zélandaise. Cette affaire montre bien que l'institution financière du commerçant est un joueur à part entière dans la carte quadripartite, et non pas un simple mandataire de la banque émettrice ou du commerçant. Voir aussi : *141979 Canada Ltée c. Banque de Montréal*, C.Q. Chicoutimi, n° 150-32-000731-972, 25 août 1997, où un commerçant poursuit son institution financière en dommages-intérêts parce que celle-ci a contre-passé, sans motifs valables, un paiement qu'elle avait crédité à son compte.

parler de cartes quadripartites¹⁴. Pour parvenir à une qualification unitaire du paiement par carte de crédit tripartite ou quadripartite, il faut travailler avec le modèle plus complexe qui est celui de la carte quadripartite. Il met en scène les acteurs suivants : le titulaire, le commerçant, l'institution financière du commerçant et l'institution financière émettrice¹⁵. C'est celle-ci qui retiendra dorénavant notre attention.



1.2 DÉROULEMENT DE L'OPÉRATION

La carte de crédit permet à son titulaire de se procurer à crédit des biens ou des services auprès d'un commerçant agréé. Le paiement du prix de ces biens ou services par le titulaire au moyen de sa carte de crédit comporte deux étapes : l'autorisation et l'émission de la facturette. Par la suite, le commerçant réclamera de son institution financière le versement à son compte du montant correspondant à

14. Voir : OCDE [En ligne], *supra*, note 2, p. 9; S. GOLDSTEIN, « En pleine mutation : les opérations bancaires à l'ère électronique », Ottawa, Gouvernement du Canada, 1979, p. 76.

15. Il est même possible que la carte que nous désignons comme quadripartite fasse intervenir d'autres parties s'interposant entre l'institution financière émettrice et l'institution financière du commerçant. Nous croyons que notre analyse fondée sur le modèle quadripartite peut assez facilement être adaptée pour tenir compte de cette réalité, le cas échéant.

l'achat et le titulaire sera facturé en conséquence par l'institution financière émettrice.

Autorisation. Autrefois, l'autorisation ne constituait pas toujours une étape obligatoire, n'étant exigée que pour les paiements supérieurs à un certain montant¹⁶. Elle tend aujourd'hui à être exigée pour toute transaction, étant donné la facilité accrue d'obtenir l'autorisation par voie électronique, grâce à la généralisation des systèmes de paiement au point de vente. L'autorisation, qui peut être obtenue par voie téléphonique ou par voie électronique, émane de l'institution financière émettrice. Elle permet d'effectuer une double vérification. Tout d'abord, l'institution financière émettrice s'assure que la carte est valide et n'a pas été déclarée perdue ou volée. Ensuite, elle s'assure que le montant pour lequel l'autorisation est demandée ne dépasse pas le crédit disponible au compte du titulaire. Dès le moment où l'institution financière émettrice autorise le paiement pour le montant indiqué, elle réduit d'autant le crédit disponible du titulaire¹⁷.

Émission de la facturette. Une fois l'autorisation obtenue, le commerçant imprime une facturette conformément au modèle exigé par son institution financière. Cette facturette est souvent préparée à partir d'une empreinte électronique ou manuelle de la carte. Elle indique le nom et l'adresse du commerçant, le numéro de la carte de crédit, sa date d'expiration, le numéro d'autorisation, le montant du paiement et la date. Certaines facturettes comportent en outre la mention suivante : « Le titulaire s'engage à rembourser l'institution financière émettrice de la carte du montant total figurant sur cette facture conformément à la convention régissant l'utilisation de la carte ». La facturette est signée par le titulaire et un exemplaire lui en est remis, tandis que le commerçant en conserve l'original. Dans certains cas, le titulaire compose son NIP, ce qui est censé tenir lieu de sa signature.

Dans la pratique, certains paiements sont effectués en l'absence du titulaire, sans que celui-ci ne signe la facturette

16. Voir : 141979 *Canada Ltée c. Banque de Montréal*, précité, note 13.

17. Voir : N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 11, n° 125, p. 150, note 424.

ou n'obtienne un exemplaire de celle-ci. Dans ces cas, le commerçant prend le risque que le paiement soit invalidé à la demande du titulaire ou de l'institution financière émettrice¹⁸.

Une fois le paiement acquitté au moyen de la carte de crédit par le titulaire au commerçant, la dette primitive se déplace et se dédouble pour donner naissance, d'une part, à l'obligation pour le titulaire de payer l'institution financière émettrice et, d'autre part, à l'obligation de l'institution financière du commerçant de payer ce dernier. Abordons maintenant ces deux autres composantes de l'opération.

Versement au compte du commerçant. Le commerçant qui n'est pas équipé d'un système de paiement au point de vente accumule les facturettes de ses clients, qu'il dépose régulièrement auprès de son institution financière. Celle-ci crédite alors le compte du commerçant du montant des facturettes, soustraction faite d'un escompte. Lorsque le commerçant possède un système de paiement au point de vente, l'information relative aux paiements est stockée, puis transmise par voie électronique à son institution financière, ce qui permet d'en accélérer le traitement. Le compte du commerçant peut ainsi être crédité dans la journée ou le lendemain de la transmission des données. Dans ce cas, le commerçant est tenu de conserver l'original des facturettes afin de pouvoir les fournir, sur demande, à son institution financière¹⁹.

Facturation du titulaire. L'institution financière du commerçant, après avoir crédité le compte de ce dernier, achemine une demande de paiement à l'institution financière émettrice à travers le système de compensation interbancaire. Après avoir accepté cette demande, l'institution financière émettrice inscrit le montant du paiement au compte du titulaire de la carte, sous la forme d'un article de débit. Ce

18. *Infra*, partie 3.1.

19. Voir : Fédération des caisses Desjardins du Québec, « Convention Service d'autorisation, de saisie et de traitement des transactions » in *Convention de services de paiement Desjardins*, n° 67428343F (09/2004), art. 4A) : « Le Marchand devra obligatoirement archiver ses Coupons et Factures VISA [...] pour une période de deux (2) ans. Durant cette période de deux (2) ans, la Fédération pourra à tout moment exiger le retour des Coupons. » ; Moneris. Site de Moneris, [En ligne]. <http://www.moneris.com/fr/index.php?context=/products/settlements/settlements> et <http://www.moneris.com/fr/index.php?context=/products/faqs/faqs> (Pages consultées le 27 octobre 2004).

montant, ainsi que le nom du commerçant et la date de l'achat correspondants, apparaîtront sur le prochain relevé mensuel du titulaire, qui disposera d'un délai d'au moins 21 jours pour acquitter la totalité des montants indiqués sur ce relevé, sans quoi il devra payer des intérêts qui lui seront généralement imposés rétroactivement à compter de la date de l'achat. S'il le souhaite, le titulaire pourra échelonner ses paiements sur plusieurs mois, moyennant le paiement de ces frais²⁰.

1.3 CONTRATS

Pour les fins de cet article, trois rapports d'obligation s'avèrent fondamentaux : l'obligation primitive du titulaire de payer une somme d'argent au commerçant et celles, qui lui sont substituées, du titulaire de payer cette somme d'argent à l'institution financière émettrice, et de l'institution financière du commerçant de payer ce dernier²¹. C'est l'utilisation par le titulaire de sa carte de crédit qui opère le remplacement de la première dette par les deux autres.

Chacune de ces trois obligations fait l'objet d'un contrat distinct, qui en régit les conditions et les effets.

Contrat entre le titulaire et le commerçant. Il s'agit du contrat par lequel le titulaire se procure un bien ou un service auprès du commerçant (vente, louage, contrat d'entreprise ou de service, dépôt, etc.). Si le titulaire est un

20. Art. 126 L.p.c.; *Dahl c. Royal Bank of Canada*, [2003] B.C.J. n° 1291 (B.C.S.C.). Il existe toutefois sur le marché des cartes dites « de paiement ». Celles-ci se distinguent des cartes de crédit habituelles en ce que le titulaire doit payer le montant total indiqué sur son relevé mensuel à l'intérieur du délai de 21 jours. Il ne bénéficie donc pas de la possibilité d'en échelonner le remboursement sur plusieurs mois.

21. En réalité, il se substitue à la première dette au moins trois nouvelles dettes, si l'on tient compte également de l'obligation que l'institution financière émettrice a de payer l'institution financière du commerçant. Il faudrait même envisager la possibilité que, dans certains cas, des parties additionnelles s'interposent entre elles. Pour dresser un portrait vraiment complet de l'opération, il faudrait donc étudier les ententes régissant le règlement des paiements par cartes de crédit entre les institutions financières impliquées. Ces ententes sont toutefois confidentielles, ainsi que les litiges qui surviennent dans leur application, car ils sont soumis à l'arbitrage. Pour un aperçu des règles applicables en ce qui concerne les transactions VISA, voir : *Banque Toronto-Dominion c. Fourrures Diakoumakos inc.*, C.S. Montréal, n° 500-17-0018636-975, 22 janvier 1999.

consommateur, ce contrat sera régi par la *Loi sur la protection du consommateur*. Le contrat entre le titulaire et le commerçant comporte l'obligation pour le titulaire de payer une somme d'argent au commerçant. C'est cette obligation qui est acquittée au moyen de la carte de crédit, pour être dès lors remplacée par les deux autres obligations monétaires dont il sera question ci-dessous.

Or, le contrat entre le titulaire et le commerçant est susceptible de donner naissance, en faveur du titulaire, à certains moyens de défense et recours comme la nullité, l'exception d'inexécution, la diminution de prix ou la résolution du contrat. Ce sont des moyens de défense que le titulaire peut faire valoir à l'encontre du commerçant pour ne pas avoir à payer le prix. Mais une fois le paiement envers le commerçant effectué au moyen de la carte de crédit, le titulaire peut-il faire valoir ces mêmes moyens à l'encontre de l'institution financière émettrice? L'institution financière du commerçant peut-elle à son tour les invoquer à l'encontre de ce dernier? Il faut se reporter aux deux autres contrats.

Contrat entre le titulaire et l'institution financière émettrice. Ce contrat a été conclu au moment de l'obtention par le titulaire de sa carte de crédit. Le titulaire s'y est engagé à payer tous les montants portés à son compte, suivant certaines modalités prévues au contrat. Il bénéficie généralement de la possibilité d'échelonner sur plusieurs mois le remboursement de sa dette, moyennant des frais de crédit prévus au contrat.

Le contrat comporte une clause selon laquelle le titulaire renonce à invoquer à l'encontre de l'institution financière émettrice les moyens issus de son contrat avec le commerçant. Il prévoit également que le relevé ne peut plus être contesté par le titulaire après l'expiration d'un certain délai. Voici un exemple des clauses dont il s'agit :

17. Responsabilité concernant les achats : Vous [l'institution financière émettrice] déclinez toute responsabilité quant aux difficultés que je [le titulaire] peux éprouver concernant les achats. En cas de problème ou de conflit avec un commerçant à ce sujet, je dois payer tout le découvert comme l'exige la présente Convention et régler la contestation directement avec le commerçant. Vous n'êtes pas responsable du fait qu'un commerçant

n'accepte pas ma carte, non plus que de toute autre question ou contestation qui peut se poser avec un commerçant.

18. Vérification du compte : Je dois examiner sans délai tous les relevés de compte, de même que les écritures et les soldes qui sont consignés.

Je dois vous signaler par écrit toute erreur, omission ou contestation se rapportant à un relevé, une écriture ou un solde dans les trente (30) jours de la date du relevé.

À défaut de recevoir un tel avis écrit, vous êtes autorisé à considérer comme complet, exact et définitif tout relevé, solde ou écriture. Vous serez également dégagé de toute responsabilité à l'égard de toute plainte que je pourrais formuler à propos de ces relevés, écritures et soldes [...].²²

Dans cet exemple, la formulation de la clause 18 montre que l'institution financière émettrice est disposée à prendre en considération une contestation par le titulaire de son relevé, à la condition qu'elle soit faite dans les trente jours. Qu'en est-il si la contestation découle en fait d'un différend entre le titulaire et le commerçant? L'institution financière n'est pas obligée d'en tenir compte, si l'on s'en tient au libellé de la clause 17. Pourtant, dans les faits, les institutions financières émettrices accordent assez facilement un crédit compensatoire aux titulaires qui se plaignent de la non-livraison ou de la mauvaise qualité du bien ou du service acquis au moyen de leur carte de crédit²³.

Lorsque l'institution financière émettrice décide de donner suite à la contestation par le titulaire d'un montant

22. Banque Royale, « Convention régissant l'utilisation de la carte VISA », n° 15913 (rev. 05-2000).

23. Voir par ex. : *Banque Nationale du Canada c. Scullion*, [2002] R.J.Q. 1109 (C.Q.). Un code de conduite adopté en 1999 par le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique, coordonné par le Bureau de la consommation d'Industrie Canada et auquel ont participé les principaux organismes canadiens représentants des banques, des commerçants et des consommateurs, prévoit d'ailleurs, à son article 6.2, que « les émetteurs de cartes de crédit devraient faire des efforts raisonnables pour aider les consommateurs à régler avec les commerçants les plaintes résultant du défaut de livraison ou de transactions non autorisées » : Association des banquiers canadiens. « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien ». In Association des banquiers canadiens, [En ligne]. <http://www.cba.ca/fr/> (Page consultée le 18 septembre 2004).

porté à son compte, elle peut, si elle juge que cette situation relève de la responsabilité du commerçant ou de son institution financière, acheminer une rétrofacturation à l'institution financière du commerçant, qui pourra à son tour, s'il y a lieu, débiter le compte du commerçant en vertu du contrat qui les lie²⁴.

Contrat entre le commerçant et son institution financière. Pour pouvoir recevoir des paiements par carte de crédit, un commerçant doit être agréé par le système. Il contracte à cette fin avec une institution financière membre du système, qui s'engage à déposer à son compte le montant des paiements reçus par lui, déduction faite de l'escompte. De son côté, le commerçant s'engage à accepter le paiement par carte de crédit de tout client qui présente ce moyen de paiement.

Le commerçant bénéficie d'une garantie de paiement s'il respecte les conditions de son contrat et s'il prend les précautions requises (obtention de l'autorisation, vérification de la carte, obtention d'une signature conforme sur la facturette, etc.). Dans l'hypothèse où il n'a pas pris les précautions requises, cela ne signifie pas pour autant que le commerçant ne sera pas payé, mais plutôt qu'il risque de devoir subir une rétrofacturation à la suite d'une contestation de la validité du paiement par le titulaire ou l'institution financière émettrice.

Le contrat prévoit également que l'institution financière du commerçant peut imposer une rétrofacturation au commerçant en cas de différend entre le titulaire et le commerçant. Voici un exemple de ces clauses :

4. Refus ou annulation d'un crédit

Nonobstant toute approbation d'une transaction qui peut être donnée par l'émetteur d'une carte de crédit ou pour le compte de celui-ci la Fédération peut refuser de créditer le compte du marchand du montant total de toute facture ou peut annuler un crédit s'y rapportant jusqu'à deux ans de la date de la transaction dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

24. Voir par ex. : *Décors Jacques Parent inc. c. Slater*, [2001] R.L. 305 (C.Q.), où une institution financière émettrice américaine a accepté de créditer le compte de titulaires résidents du Colorado, qui se plaignaient de la livraison en mauvais état de biens achetés d'un commerçant québécois.

[...]

F) la marchandise mentionnée dans la facture i) a été retournée au marchand ou n'a pas été reçue ou ii) d'après le titulaire, aurait été retournée au marchand ou n'aurait pas été reçue;

G) le titulaire s'est déclaré insatisfait des services faisant l'objet de la facture [...] ²⁵

L'institution financière du commerçant se réserve donc la possibilité de ne pas payer celui-ci en cas de différend avec le titulaire. Cela soulève la question des liens qui existent entre les différents contrats.

Liens entre les divers contrats. À bien des égards, les trois contrats présentés ci-dessus sont indépendants l'un de l'autre²⁶. À l'intérieur d'un même système, les institutions financières conservent une marge d'autonomie dans la détermination du contenu des contrats qu'elles proposent à leurs clients titulaires ou commerçants. Certaines conditions varient d'une institution à l'autre et même d'un contrat à l'autre, puisqu'il arrive fréquemment que les institutions financières offrent une gamme de produits à leurs clients et établissent la tarification applicable en fonction du profil de ceux-ci. Les conditions particulières du contrat entre le commerçant et son institution financière ou du contrat entre le titulaire et l'institution financière émettrice s'appliquent alors uniformément, peu importe l'identité du cocontractant avec lequel feront affaire soit le titulaire, soit le commerçant. D'ailleurs, lorsqu'un titulaire emploie sa carte à l'étranger, les différents contrats sont régis par des droits différents et s'insèrent souvent dans des marchés de services financiers aux caractéristiques très différentes.

Si les trois contrats sont indépendants dans le sens que nous venons d'indiquer, ils sont en même temps conçus pour pouvoir s'assembler les uns aux autres de manière à permettre

25. Fédération des caisses Desjardins du Québec, « Convention VISA » in *Convention de services de paiement Desjardins*, n° 67428343F (09/2004).

26. « The two cardissuer contracts are skillfully kept entirely separate, and separate the cardissuer from the sales disputes entirely. » : M. H. OGILVIE, *op. cit.*, note 11, p. 716.

le règlement efficace et sûr d'une dette donnée. En ce sens, il serait erroné de prétendre que les trois contrats n'entretiennent aucun lien entre eux.

En effet, il est évident que la dette primitive du titulaire à l'égard du commerçant est à l'origine des deux dettes qui lui succéderont : celle du titulaire envers l'institution financière émettrice et celle envers le commerçant de l'institution financière de ce dernier. C'est pourquoi l'institution financière du commerçant se réserve le droit de contrepasser le versement d'un montant au compte du commerçant pour des raisons liées à cette dette primitive. C'est également pourquoi le titulaire peut exiger qu'une correction soit apportée à son compte si, par exemple, le montant apparaissant sur son relevé ne correspond pas à un achat qu'il a autorisé.

Si les hypothèses précédentes illustrent bien les liens qui existent entre les trois dettes en cause, d'autres hypothèses nous rappellent au contraire que les contrats sont en même temps conçus pour isoler les parties dans une certaine mesure les unes des autres, en attribuant à chacune certains risques inhérents à l'opération. Ainsi, c'est l'institution financière émettrice qui assume les risques d'insolvabilité du titulaire ou les risques associés à la perte ou au vol de sa carte ou à l'utilisation frauduleuse de son numéro de carte²⁷. Par conséquent, l'institution financière du commerçant ne pourra pas refuser de payer ce dernier pour le motif que le titulaire est lui-même libéré du paiement de sa dette, sauf dans l'hypothèse, par exemple, où le commerçant a accepté un paiement non autorisé ou a omis de comparer la signature apparaissant sur la facture et celle apparaissant sur la carte.

La qualification juridique de l'opération devra donc permettre de rendre compte à la fois des liens qui existent entre les trois dettes et du fait qu'elles sont, à d'autres égards, isolées les unes des autres.

27. À l'exception des 50 \$ dont peut être tenu responsable le titulaire qui n'a pas avisé l'institution financière émettrice du vol ou de la perte de sa carte : art. 123 et 124 L.p.c.

2. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU PAIEMENT PAR CARTE DE CRÉDIT

Le paiement par carte de crédit se situe à l'intersection du droit des obligations, du droit bancaire et du droit de la consommation. Les spécialistes du droit bancaire, après avoir évoqué la possibilité d'un rapprochement avec les effets de commerce ou les lettres de crédit, ont rejeté ces qualifications pour conclure que la carte de crédit constitue un moyen de paiement autonome dont le régime juridique découle des contrats et des règles de droit impératives qui lui sont spécifiquement applicables²⁸. Plusieurs qualifications propres au droit des obligations ont également été proposées, mais aucune ne fait actuellement l'objet d'un consensus. Nous aborderons ici la question de savoir s'il est possible de classer le paiement par carte de crédit parmi l'une des catégories du droit des obligations, tout en cernant les conséquences découlant de cette qualification.

Il convient de préciser quels sont les traits caractéristiques de l'opération juridique que constitue le paiement par carte de crédit avant d'en étudier les qualifications possibles.

2.1 TRAITS CARACTÉRISTIQUES DU PAIEMENT PAR CARTE DE CRÉDIT

Depuis leur apparition, les cartes de crédit ont fait l'objet de nombreuses descriptions, représentations et analyses tant dans la documentation contractuelle que dans la législation,

28. Les spécialistes du droit bancaire étant unanimes à affirmer que la carte de crédit est un nouveau moyen de paiement ne pouvant pas être assimilé à un instrument déjà existant, nous nous contenterons d'aborder les qualifications du droit des obligations. Voir : M. H. OGILVIE, *op. cit.*, note 11, p. 716 : « The cardissuer-merchant agreement is, like the cardissuer-cardholder agreement, sui generis, and almost completely determinative of the legal relationship between the two parties, subject to the normal rules of contractual interpretation. » ; N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, note 11, n° 126, p. 152-55 ; N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *Droit bancaire*, *op. cit.*, note 11, p. 516 et suiv. ; B. CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge Banking and Bills of Exchange*, 8^e éd., vol. 1, Toronto, Canada Law Book, 1986, p. 894.

Le droit de la consommation, quant à lui, classe le contrat pour l'utilisation d'une carte de crédit — c'est-à-dire le contrat conclu entre le titulaire et l'institution financière émettrice — parmi les contrats de crédit variable, ce qui n'affecte pas la qualification de l'opération dans sa globalité : art. 118 L.p.c.

la jurisprudence et la doctrine. En dépit des nombreuses variations que recèle cette documentation, il est possible d'en dégager certains traits caractéristiques. Ainsi, la carte de crédit peut être décrite en termes juridiques comme un moyen de paiement permettant d'acquitter le prix d'achat de biens ou de services, organisé par une institution financière tierce ou par plusieurs institutions financières tierces appartenant à un même système, par lequel celles-ci accordent aux commerçants qu'elles agréent une garantie de paiement et aux titulaires auxquels elles attribuent une carte la faculté de bénéficier d'un crédit pour le remboursement des paiements effectués au moyen de la carte²⁹. Trois éléments caractéristiques se dégageant de cette définition générale des cartes de crédit doivent être étudiés plus à fond : la notion de moyen de paiement, la faculté offerte au titulaire de bénéficier d'un crédit et la garantie de paiement accordée au commerçant.

Moyen de paiement. La carte de crédit est reconnue dorénavant comme un moyen de paiement à l'article 1564 du *Code civil du Québec*³⁰. Cette reconnaissance entraîne en elle-même plusieurs conséquences importantes. En effet, le paiement est un acte juridique qui comporte ses propres conditions de validité. Par ailleurs, le paiement opère la satisfaction du créancier et la libération du débiteur.

29. Voir : J.-L. RIVES-LANGE, M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1995, n° 334, p. 330.

30. Ce fut, de la part du législateur québécois, une prise de position assez audacieuse. En effet, contrairement à d'autres moyens de paiement tels que le chèque ou la carte de débit, la carte de crédit ne déclenche pas, par sa seule utilisation, un transfert de fonds entre le compte du titulaire et celui du commerçant. Le titulaire devra agir de nouveau afin de régler sa dette. « L'utilisation [des cartes de crédit], impuissante à opérer par elle-même le transfert des fonds du porteur, est nécessairement couplée à l'émission d'un chèque ou d'un avis de prélèvement, c'est-à-dire à un instrument de paiement dont elles n'ont pas, par hypothèse, la vertu. » : D.R. MARTIN, « Analyse juridique du règlement par carte de paiement », D.1987.chron.51. À notre avis, ce qui permet néanmoins de classer la carte de crédit parmi les moyens de paiement, c'est le fait que celle-ci confère au commerçant une garantie de paiement, assurant ainsi sa satisfaction et la libération du titulaire à son égard, indépendamment du paiement que fera ou non le titulaire (voir *infra*). Voir aussi : N. L'HEUREUX, « La libération du débiteur et les nouveaux instruments de paiement », (1989) 30 C. de D. 909; M. TANCELIN, « La mesure des principaux changements proposés en matière contractuelle », (1988) 29 C. de D. 865; D. MARTIN, « La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée) », D.1992.chron. 277.

Validité du paiement. Il est généralement admis que le paiement d'une somme d'argent est un acte juridique³¹. Pour être valide, le paiement par carte de crédit doit donc se conformer aux conditions de validité énoncées aux articles 1553 et suivants du Code, ainsi qu'à celles applicables aux actes juridiques en général³². Chaque mode de paiement peut également comporter ses conditions de validité propres, par exemple, dans le cas qui nous occupe, la présentation d'une carte valide, le consentement du titulaire de la carte, le respect de la marge de crédit disponible, l'utilisation de la carte pour acquitter le prix d'un bien ou d'un service³³.

Effet libératoire du paiement. Le paiement est l'acte par lequel le débiteur exécute son obligation; il opère la satisfaction du créancier et entraîne la libération du débiteur. En tant que moyen de paiement, la carte de crédit emporte donc l'extinction de la dette du titulaire envers le commerçant. La question de savoir à quel moment survient cet effet libératoire et extinctif est sujette à controverse. Est-il atteint dès l'émission de la facturette? Lorsque le commerçant est payé par son institution financière? Lorsque le titulaire paie l'institution financière émettrice? Nous y reviendrons après avoir examiné les deux autres éléments caractéristiques de la carte de crédit mentionnés précédemment, soit la faculté de bénéficier d'un crédit offerte au titulaire et la garantie de paiement accordée au commerçant.

Crédit offert au titulaire. La carte de crédit ne permet pas seulement au titulaire de différer son paiement jusqu'à la réception d'un état de compte de l'institution financière émettrice. Elle l'autorise à échelonner le remboursement des dettes contractées au moyen de la carte sur plusieurs mois, moyennant l'application de frais de crédit. La libération du titulaire à l'égard du commerçant dépend-elle du remboursement intégral, par le titulaire, de sa dette envers l'institution financière émettrice? Une telle hypothèse doit être immédiatement

31. A. POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 262 et suiv.; B. MOORE, « De l'acte et du fait juridique ou d'un critère de distinction incertain », (1997) 31 *R.J.T.* 277; N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, *L.G.D.J.*, 1961, n° 83, p. 150.

32. Il est possible d'appliquer par analogie aux actes juridiques en général, les conditions de validité du contrat.

33. Voir *infra*, partie 3.1.

écartée³⁴. D'une part, la dette du titulaire envers l'institution financière émettrice est souvent la résultante de plusieurs dettes contractées avec différents commerçants. Il pourrait être hasardeux de vouloir faire le lien entre chacune des dettes d'un titulaire envers différents commerçants et les versements que fait le titulaire à l'institution financière émettrice, afin d'établir à quel moment tel ou tel commerçant a été payé. D'autre part, la satisfaction du commerçant ne dépend pas de la question de savoir si le titulaire remboursera ou non l'institution financière émettrice, car le commerçant bénéficie d'une garantie de paiement.

Garantie de paiement accordée au commerçant. Si le commerçant se conforme aux mesures de précaution prescrites par son contrat et s'en tient aux utilisations permises de la carte, il bénéficie d'une garantie de paiement. Ainsi, même dans les cas où le paiement s'avère invalide, par exemple parce que la carte a été volée, ou même si le titulaire s'avère insolvable et ne paie pas l'institution financière émettrice, le commerçant peut compter sur le paiement de son institution financière.

Libération du titulaire. Le commerçant reçoit généralement de son institution financière un crédit à son compte dans les jours qui suivent le paiement effectué au moyen de la carte de crédit. Le délai est écourté si le commerçant s'est muni d'un système de paiement au point de vente. La libération du titulaire à l'égard du commerçant dépend-elle de la réception, par ce dernier, d'un montant en provenance de son institution financière?

D'aucuns pourraient le croire, mais il convient de souligner que lorsque le commerçant reçoit un crédit à son compte, celui-ci n'est pas définitif. En effet, son institution financière peut encore contre-passer le montant du crédit, en cas de rétrofacturation par l'institution financière émettrice³⁵. Logiquement, la libération du titulaire, si elle dépendait de la disponibilité des fonds dans le compte du commerçant,

34. Voir pourtant : *Re : Ouellet*, 2003 Carswell Que 3320 (C.S.).

35. Voir par ex. : *Banque Toronto-Dominion c. Fourrures Diakoumakos inc.*, précité, note 21; *Banque Laurentienne du Canada c. Abdul-Wahab*, précité, note 13; *141979 Canada Ltée c. Banque de Montréal*, précité, note 13; *Décors Jacques Parent inc. c. Slater*, précité, note 24.

devrait être retardée jusqu'au moment où le transfert au commerçant pouvait être considéré comme définitif et irrévocable³⁶. L'ennui, c'est que ce délai peut être assez long et qu'il n'est pas toujours possible de déterminer précisément le moment où le crédit devient définitif. Qui plus est, le caractère définitif du crédit imputé au compte du commerçant dépend d'ententes auxquelles le titulaire n'est pas partie — le contrat entre le commerçant et son institution financière ou encore les ententes établies entre les institutions financières d'un même système. Or, il ne nous semblerait pas opportun de faire dépendre de l'existence et du contenu de telles ententes la situation juridique du titulaire. Il convient donc de pousser plus loin l'analyse.

Article 1564 C.c.Q. Le *Code civil du Québec* reconnaît dorénavant, à l'article 1564, que la carte de crédit fait partie des moyens de paiement dont dispose un débiteur pour être libéré de sa dette envers son créancier. Cet article ne précise pas, cependant, à quel moment et à quelles conditions le paiement par carte de crédit devient complet et libératoire :

1564. Le débiteur d'une somme d'argent est libéré par la remise au créancier de la somme nominale prévue, en monnaie ayant cours légal lors du paiement.

Il est aussi libéré par la remise de la somme prévue au moyen d'un mandat postal, d'un chèque fait à l'ordre du créancier et certifié par un établissement financier exerçant son activité au Québec ou d'un autre effet de paiement offrant les mêmes garanties au créancier, ou, encore, si le créancier est en mesure de l'accepter, au moyen d'une carte de crédit ou d'un virement de fonds à un compte que détient le créancier dans un établissement financier.

L'article donne lieu à deux interprétations différentes, qui correspondent à deux des hypothèses envisagées précédemment : le paiement est complété soit au moment où la facturette est émise par le commerçant, soit au moment où le compte du commerçant est crédité par son institution financière.

36. Pour une bonne discussion des enjeux, voir : N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 30. Toutefois, cette auteure ne se prononce pas clairement quant au moment où le paiement par carte de crédit libère le débiteur.

En effet, d'une part, il est question à cet article de la *remise d'une somme* au créancier, ce qui favoriserait la thèse selon laquelle le créancier est payé uniquement lorsqu'il reçoit dans son compte le montant correspondant à l'achat du titulaire³⁷. D'autre part, l'article 1564 invoque un critère différent pouvant constituer le fondement des nouveaux moyens de paiement dont il consacre la reconnaissance : la *garantie de paiement* qu'ils offrent au créancier.

Or, dès le moment où le commerçant émet une facturette établie conformément au contrat qui le lie à son institution financière, il bénéficie d'une garantie de paiement de cette dernière. Cette garantie n'est pas sensiblement renforcée du fait que son institution financière verse un montant à son compte, d'autant plus que ce crédit ne revêt aucun caractère définitif.

Quel critère retenir pour fonder le caractère libératoire du paiement par carte de crédit : la remise d'une somme au commerçant ou la garantie de paiement dont bénéficie celui-ci ? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner de plus près quelle a été l'évolution de la conception juridique du paiement d'une obligation monétaire, évolution que traduit l'adoption de l'article 1564.

Évolution de la conception juridique du paiement.

En dernière analyse, les conditions auxquelles le droit accorde au paiement un caractère définitif et un effet libératoire dépendent de la conception retenue de la satisfaction du créancier, fonction essentielle du paiement. La position de départ du droit a vraisemblablement été la suivante : le seul moyen de paiement proprement libératoire est le paiement en argent liquide, c'est-à-dire en monnaie ayant cours légal au moment du paiement³⁸. Cependant, le développement d'autres moyens de paiement moins parfaits, mais plus pratiques, a tôt fait d'entraîner le droit au-delà de cette première conception.

Ainsi, le paiement au moyen de la monnaie dite « scripturale » a pu être considéré comme un paiement « imparfait » parce

37. L'expression « remise de la somme prévue » ne nous semble pas pouvoir soutenir l'interprétation qui voudrait faire dépendre du caractère final et irrévocable d'une telle remise, la libération du débiteur.

38. Art. 1564, al. 1 C.c.Q.; N. CATALA, *op. cit.*, note 31, n° 77, p. 143.

qu'il n'attribue pas au créancier la maîtrise absolue de la somme ainsi versée³⁹. En effet, les moyens de paiement qui appartiennent à cette catégorie, notamment le virement bancaire et le paiement par chèque, lorsque celui-ci est déposé dans un compte, ne procurent pas au créancier de l'argent liquide, mais plutôt mettent un montant à sa disposition sous la forme d'un crédit porté à son compte (c'est cette «écriture» qui donne lieu à l'appellation de «monnaie scripturale»)⁴⁰. Or, ce montant peut disparaître aussitôt en se fusionnant au solde négatif du compte ou en faisant l'objet d'une compensation par l'institution financière. Il peut également être perdu à tout jamais, dans l'hypothèse d'une faillite de celle-ci⁴¹. Malgré ces inconvénients non négligeables pour le créancier, l'intérêt pratique et économique du paiement en monnaie scripturale est tel qu'il est reconnu par le droit comme libératoire: l'inscription d'un crédit au compte du créancier suffit à satisfaire celui-ci et à libérer le débiteur⁴².

Si les moyens de paiement donnant lieu à un crédit porté au compte du créancier sont dorénavant conçus comme libératoires, il en est de même de moyens de paiement qui accordent au créancier une garantie de paiement. Une jurisprudence constante, se fondant sur l'art. 1564 C.c.Q., admet que la simple remise d'un chèque certifié ou d'un mandat postal par le débiteur à son créancier opère sur le champ la satisfaction du créancier et la libération du débiteur⁴³. Il en est de même de la certification d'un chèque par une banque à la demande du

39. N. CATALA, *op. cit.*, note 31, n° 78, p. 144.

40. N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 30, p. 918-921.

41. D'où le rôle important de la Société d'assurance-dépôts du Canada, qui protège les paiements en monnaie scripturale effectués par l'intermédiaire de ses membres. Jusqu'à présent, la SADC a remboursé les déposants de 43 institutions en faillite : Société d'assurance-dépôts du Canada. Site de la Société d'assurance-dépôts du Canada, [En ligne]. <http://www.cdic.ca/?id=118> (Page consultée le 27 juillet 2004).

42. Il importe cependant d'aménager les règles concernant le paiement en monnaie scripturale pour que le créancier conserve sa liberté d'accepter ou non le versement d'un paiement dans tel ou tel compte, afin que son droit de disposer comme il l'entend de la somme qui lui est versée soit protégé. Voir : *Héli-Forex Inc. c. Nation Crie de Wemindji*, [2000] R.J.Q. 417 (C.A.). Il faut donc tempérer le point de vue suivant lequel les moyens de paiements énumérés à l'art. 1564 C.c.Q. ont valeur de cours légal. Voir : N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 30, p. 913, 919 et 925; V. KARIM, *Les obligations*, 2^e éd., t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 221.

créancier bénéficiaire de celui-ci⁴⁴. Pourtant, le créancier n'a pas encore touché le montant du chèque, ni sous forme d'argent liquide, ni sous forme de monnaie scripturale. C'est donc la garantie de paiement offerte par une institution financière qui en fonde le caractère libératoire.

À notre avis, la carte de crédit doit être rangée dans la catégorie des moyens de paiement qui opèrent la satisfaction du créancier par l'octroi d'une garantie de paiement, et non dans la catégorie des instruments qui opèrent la satisfaction du créancier par l'inscription d'un crédit à son compte. En effet, c'est la garantie de paiement dont est assortie la carte de crédit qui fonde la sécurité de ce mode de paiement pour le commerçant et qui le conduit à accepter celle-ci⁴⁵.

L'interprétation que nous préconisons et qui attribue au paiement par carte de crédit un effet libératoire immédiat a été retenue dans quelques jugements de *common law*, dont l'analyse des rapports juridiques intervenant entre les parties nous semble pouvoir être transposée en droit québécois.

Affaire *Re Charge Card Services Ltd.* Dans cette affaire, le paiement par carte de crédit a fait l'objet d'une étude remarquable, tant en première instance qu'en appel⁴⁶. Il était question d'une carte de crédit émise par la société Charge Card Services à des automobilistes pour l'achat d'essence auprès de garagistes agréés par elle. La société a fait faillite. Au moment de la faillite, de nombreuses transactions étaient en cours de traitement, si bien que plusieurs titulaires de cartes n'avaient pas encore payé à la société le montant des

43. *Jean c. Ville de Charlesbourg*, J.E. 98-395 (C.A.); *Co. Trust National c. Biji-mine*, [2001] R.D.I. 617 (C.S.); *Choinière c. Placements des Trois maisons inc.*, C.Q. Montréal, n° 500-02-052877-979, 11 mars 1999; *Veilleux c. Lebreux*, [2003] J.L. 58 (R.L.).

44. *Laporte c. Groupe-conseil Exige inc.*, J.E. 2002-1018 (C.S.).

45. Il y aurait lieu de s'interroger sur le caractère véritablement sécuritaire des moyens de paiement fondés sur la garantie de paiement offerte par une institution financière ou une autre société. Il n'existe pas de mécanisme analogue à l'assurance-dépôt permettant de préserver la sécurité du système. L'affaire *Re Charge Card Services Ltd.*, (voir précité, note 12), illustre bien le risque économique que représentent les cartes de crédit. Lorsque la société émettrice fait faillite, les répercussions sont graves pour les commerçants affiliés au système. Voir aussi : N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 30, p. 919.

46. *Re Charge Card Services Ltd.*, précité, note 12. Le jugement de première instance est confirmé par un jugement unanime de la Cour d'appel.

achats effectués avec leur carte. Par ailleurs, plusieurs garagistes n'avaient pas encore reçu de la société les montants qui leur étaient dus en lien avec ces mêmes achats.

Les garagistes prétendaient qu'ils étaient en droit de réclamer directement des titulaires le paiement de ces dettes. Cette prétention a cependant été rejetée tant en première instance qu'en appel. En effet, après avoir analysé l'opération dans son ensemble, les juges britanniques ont conclu qu'elle avait pour caractéristique essentielle d'éteindre la dette du titulaire envers le commerçant, dès le moment où la carte était acceptée en paiement par celui-ci; par ailleurs, les juges ont affirmé que le caractère final et libératoire du paiement n'était aucunement conditionnel à ce que le titulaire ait par la suite payé l'émetteur ou à ce que le commerçant ait lui-même été payé par ce dernier⁴⁷.

Arrêt *Dahl c. Royal Bank of Canada*. La même question a été soulevée, mais sous un angle différent, dans l'affaire *Dahl c. Royal Bank of Canada*, soumise à la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans le cadre d'un recours collectif intenté par des titulaires de cartes de crédit MasterCard et VISA contre les institutions financières émettrices de ces cartes⁴⁸. Les titulaires prétendaient que les institutions financières défenderesses n'avaient pas correctement divulgué les frais de crédit associés à l'utilisation de la carte, comme l'exige la loi. En effet, en 2001, ces institutions financières avaient modifié le mode de calcul des intérêts, faisant courir ceux-ci à compter de la date de l'achat, alors qu'auparavant, elles les imposaient à compter de la date où le commerçant recevait de son institution financière un crédit correspondant à l'achat. Or, il s'écoule généralement quelques jours entre la date de l'achat et la date à laquelle le commerçant perçoit le crédit correspondant.

Les titulaires prétendaient qu'en calculant les intérêts à compter de la date de l'achat, les institutions financières

47. Le juge Browne-Wilkinson de la Cour d'appel conclut en ces termes : « I would reach the conclusion that payment by credit card is normally to be taken as an absolute, not a conditional, discharge of the buyer's liability and that the particular features of the present case support this conclusion. » (p. 710). Il ajoute : « I reach this conclusion with satisfaction since I think it reflects the popular perception of the role of credit cards in modern retail trade as « plastic money ». » (p. 711).

48. *Dahl c. Royal Bank of Canada*, précité, note 20.

exigeaient des intérêts sur des sommes avant que celles-ci n'aient été effectivement prêtées. Ainsi, elles imposaient aux titulaires, de manière détournée, une augmentation non divulguée des coûts de crédit. Le juge Gerow a toutefois rejeté l'action en précisant que le paiement par carte de crédit est effectif dès la date de l'achat, libérant le titulaire de son obligation envers le commerçant et substituant immédiatement à celle-ci l'obligation pour l'émetteur de payer le commerçant. Le titulaire bénéficie donc d'un crédit dès la date de l'achat, ce qui justifie l'imposition d'intérêts à compter de cette date⁴⁹.

Droit français. S'il semble possible d'affirmer qu'en droit de tradition anglaise, le paiement par carte de crédit entraîne la libération immédiate du titulaire envers le commerçant et, dès ce moment, la création de deux nouvelles dettes, l'une du titulaire envers l'institution financière émettrice et l'autre de l'institution financière du commerçant envers ce dernier, telle n'est pas la position du droit français. En effet, les auteurs français considèrent généralement que le paiement devient effectif, éteignant la dette du titulaire envers le commerçant, lorsque ce dernier reçoit le paiement de son institution financière⁵⁰.

Soulignons cependant que la pratique des cartes de paiement est très différente en France et au Canada. Les institutions financières françaises émettent une carte bancaire multifonctionnelle : la même carte peut servir à garantir un chèque, à effectuer un virement du compte du titulaire à celui du commerçant, à effectuer un débit différé à la fin du mois ou

49. Malheureusement, les motifs présentés par le juge Gerow au soutien de sa décision ne sont pas à la hauteur de l'argumentation rigoureuse présentée par chacune des parties. Ainsi, en dépit des mises en garde formulées par la partie défenderesse à ce propos (para. 43), il affirme que c'est l'institution financière émettrice qui est tenue de payer le commerçant (para. 82), ce qui est inexact, comme nous l'avons vu, puisque les cartes VISA et MasterCard sont des cartes quadripartites. D'autres arrêts canadiens ont eux aussi admis que le paiement par carte de crédit opère la libération immédiate et inconditionnelle du titulaire. Voir par ex. : *Re Ge Capital Canada Retailer Financial Services Co*, précité, note 12, où il a été décidé que le commerçant n'était pas un « prêteur » au sens de la loi, seule l'institution financière émettrice devant être considérée comme ayant octroyé un crédit au titulaire, et ce, dès la date de l'achat.

50. P.G. CHABRIER, *Les cartes de crédit*, Paris, Librairies techniques, 1968, p. 73; J.-L. RIVES-LANGE, M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, note 29, n° 345, p. 344; C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit*, Paris, Litec, 2001, n° 346, p. 407; F.J. CRÉDOT, P. BOUTEILLER, « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », avril 1995, *Droit et patrimoine*, p. 32-33.

à échelonner le remboursement d'une dette⁵¹. La doctrine tend à rechercher une qualification unique pour ces différentes fonctions possibles des cartes de paiement que sont le débit, le débit différé et le crédit. Qui plus est, le modèle du paiement par chèque opère une forte attraction sur l'analyse des cartes de paiement, qui sont souvent perçues comme un simple prolongement du chèque. S'il existe en France des cartes de crédit semblables aux nôtres, elles sont moins répandues qu'ici et font rarement l'objet d'une analyse particulière⁵².

Droit québécois. À notre connaissance, la jurisprudence québécoise n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le caractère libératoire du paiement par carte de crédit en vertu de l'art. 1564 C.c.Q. La doctrine n'est guère plus explicite. Le professeur Tancelin souligne que l'article 1564 apporte au droit antérieur une modification de taille. Alors que le droit antérieur, selon lui, considérait que le paiement devenait effectif lorsque le commerçant était payé par son institution financière, le nouveau droit admet dorénavant que le paiement est effectif dès l'acceptation de la carte par le commerçant⁵³. Aucun autre auteur ne s'est clairement prononcé sur la question⁵⁴.

Conclusion. L'évolution récente du droit québécois consacre l'existence de trois formes de paiement : le paiement en argent liquide, le paiement en monnaie scripturale et la garantie de paiement. Il s'ensuit que l'effet libératoire du

51. La plupart d'entre elles ont adhéré au Groupement des cartes bancaires, qui gère une carte unique multifonctionnelle appelée communément carte bancaire ou CB. Il existe des cartes de retrait seulement et des cartes de paiement. Les fonctions de base de la carte de paiement sont le retrait et le paiement. Les fonctions débit différé et crédit sont en option : F. DEKEUWER-DEFOSSEY, *Droit bancaire*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 58 et suiv.; C. LUCAS DE LEYSSAC, « Les cartes de paiement et le droit civil », dans C. GAVALDA (dir.), *Les cartes de paiement*, Paris, Economica, 1980, 55, n^{os} 1-2, p. 55-56.

52. Voir cependant : P.G. CHABRIER, *op. cit.*, note 50.

53. M. TANCELIN, *loc. cit.*, note 30, p. 879 : « Est-ce à dire que le paiement intervient au moment de la présentation de la carte de crédit, même acceptée après vérification auprès de la centrale de crédit? Certainement pas dans la pratique actuelle. On semble ignorer ici le mécanisme élémentaire de la carte de crédit dans sa forme présente. N'y a-t-il pas là un lapsus de taille? » Voir aussi du même auteur : *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n^o 1160, p. 600, où il indique que dorénavant, le paiement par carte de crédit est immédiatement libératoire.

54. N. L'HEUREUX, *loc. cit.*, note 30, ne se prononce pas clairement à ce sujet. Elle affirme à la p. 917 que « sa créance [du commerçant] n'est satisfaite qu'au moment du paiement final par l'émetteur », ce qui nous laisse croire qu'elle favorise plutôt la thèse suivant laquelle le paiement est effectif et libératoire lorsque le commerçant reçoit le paiement de son institution financière.

paiement d'une somme d'argent peut être atteint dès le moment où le créancier obtient une garantie de paiement suffisante, même s'il n'a pas encore perçu la somme sous la forme d'argent liquide ou de monnaie scripturale⁵⁵.

Selon nous, la carte de crédit se fonde sur la garantie de paiement. Celle-ci est acquise au commerçant dès l'émission de la facturette. Le dépôt au compte du commerçant n'augmente pas de manière significative la certitude qu'il a d'être payé, ni son emprise sur la somme d'argent ainsi reçue, puisqu'il demeure vulnérable à une rétrofacturation. Par ailleurs, la solution suivant laquelle le paiement deviendrait final et libératoire lorsque le crédit au compte du commerçant lui était acquis de manière définitive serait incompatible à la fois avec la lettre et avec l'esprit de l'article 1564 C.c.Q.

Pour ces raisons, nous sommes d'avis que l'effet du paiement par carte de crédit est de libérer immédiatement le titulaire envers le commerçant, tout en donnant dès lors naissance à deux nouvelles dettes : celle du titulaire envers l'institution financière émettrice et celle de l'institution financière du commerçant envers ce dernier. Abordons maintenant l'examen des différentes qualifications possibles du paiement par carte de crédit pour vérifier si l'une d'elles est conforme à cette analyse.

2.2 QUALIFICATION

Le fait de situer la carte de crédit parmi les moyens de paiement nous a déjà permis d'en comprendre les effets entre le titulaire et le commerçant : le commerçant est satisfait, le titulaire est libéré et la dette est éteinte dès l'émission de la facturette

55. Il importerait de pousser plus loin la réflexion sur la garantie de paiement. Pour qu'un chèque certifié soit admis comme libératoire en vertu de l'art. 1564, la garantie de paiement doit émaner d'un établissement financier exerçant son activité au Québec. Qu'en est-il de la carte de crédit? Par ailleurs, quelle doit être l'étendue de la garantie de paiement? Bien entendu, la couverture n'a pas à être totale, puisque aucun moyen de paiement n'est entièrement à l'abri d'une erreur, d'une fraude ou d'une faillite pouvant entraîner soit la nullité, soit l'inefficacité du paiement. Un créancier peut recevoir en paiement de faux billets; un mandat postal ou un chèque certifié peuvent être contrefaits; l'institution financière où le créancier possède un compte peut faire faillite, etc. Une fois qu'un paiement est considéré comme final et libératoire, seule la nullité de celui-ci peut faire revivre le recours du créancier contre son débiteur; les autres risques, comme celui de l'inexécution ou de la faillite du détenteur des fonds faisant l'objet du paiement, sont à la charge du créancier.

constatant le paiement. Il nous reste à rendre compte de la naissance des nouveaux rapports d'obligation qui apparaissent alors, entre le commerçant et son institution financière d'une part, et entre le titulaire et l'institution financière émettrice, d'autre part.

Il convient donc d'examiner les qualifications généralement proposées du paiement par carte de crédit que sont le mandat, la subrogation légale, la cession de créance, la délégation et la novation. Toutes sont susceptibles *a priori* d'expliquer l'apparition des nouveaux rapports d'obligation qui se substituent à l'obligation d'origine.

Mandat. La qualification de mandat retient la faveur de la majorité des auteurs français. Il faut toutefois aborder leurs écrits avec précaution, pour les raisons déjà évoquées.

Pour ces auteurs, l'emploi de la carte de crédit constitue un ordre donné par le titulaire à l'institution financière émettrice de payer le commerçant. Une fois ce paiement effectué, l'institution financière émettrice réclame au titulaire le remboursement de cette somme, ainsi que les intérêts sur celle-ci⁵⁶. Cette qualification se heurte cependant au caractère irrévocable de l'ordre du titulaire : en effet, le titulaire ne peut pas arrêter son paiement effectué au moyen d'une carte de crédit, comme il est possible de rappeler un chèque⁵⁷.

56. C.c.Q., art. 2150 et 2151. L'article 2151 s'accorde mal avec le contrat intervenu entre le titulaire et l'institution financière émettrice, selon lequel le titulaire ne doit payer d'intérêts que s'il n'acquitte pas sa facture dans un certain délai; par ailleurs, les intérêts, lorsqu'ils sont dus, le sont à compter de la date de l'achat et non celle où l'institution financière émettrice a payé le commerçant ou son institution financière.

57. Les auteurs français reconnaissent l'existence de cette contradiction, qui est d'autant plus frappante que l'irrévocabilité du paiement effectué au moyen d'une carte de paiement est prévue par la loi, à l'art. L132-2 du *Code monétaire et financier* (Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, art. 34) :

L'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire.

Les auteurs français se résignent néanmoins à voir dans la carte de paiement un « mandat irrévocable ». Il faut dire qu'en France, même la possibilité de rappeler un chèque est sévèrement encadrée par la loi, ce qui n'a pas pour autant entraîné l'abandon de la qualification de mandat pour le chèque (art. L 131-35 du *Code monétaire et financier*). Voir : D. MARTIN, *loc. cit.*, note 30; A. BERTRAND et P. LE CLECH, *La pratique du droit des cartes de paiement et de crédit, des systèmes électroniques de paiement, de la télématique bancaire et du télé-achat*, 2^e éd., Revue Banque Éditeur, p. 161; F. CRÉDOT et P. BOUTEILLER, *loc. cit.*, note 50, p. 33.

La qualification de mandat ne rend pas compte, non plus, du fait que l'institution financière du commerçant est personnellement obligée envers celui-ci en vertu du contrat qui les lie, ce qui ne serait pas le cas, si elle était simplement mandataire⁵⁸.

Enfin, contrairement au chèque, le contrat entre le titulaire et l'institution financière émettrice ne comporte aucun ordre du titulaire ou engagement de l'institution financière émettrice à payer le commerçant ou son institution financière⁵⁹. Il prévoit uniquement l'obligation pour le titulaire de payer l'institution financière émettrice.

Pour l'ensemble de ces raisons, la qualification de mandat doit être écartée.

Subrogation légale. Tandis que le mandat ne rend pas compte de l'engagement personnel que prend l'institution financière du commerçant à payer ce dernier, la subrogation légale, au contraire, traduirait ce fait⁶⁰. En effet, le paiement de la dette du titulaire, auquel se serait préalablement contractuellement engagée l'institution financière du commerçant, aurait pour effet de subroger celle-ci dans les droits de ce dernier à l'encontre du titulaire⁶¹.

Pour le titulaire, la qualification de subrogation pourrait paraître avantageuse, parce qu'elle lui permettrait d'opposer à l'institution financière subrogée les mêmes moyens de défense qu'il aurait pu faire valoir contre le commerçant⁶². Ainsi, le titulaire pourrait refuser de payer certains montants portés à son compte dans l'hypothèse où le commerçant n'avait pas exécuté correctement le contrat principal. Cet effet de la subrogation va toutefois à l'encontre des clauses expresses du contrat entre le titulaire et l'institution financière émettrice, comme nous l'avons vu.

La subrogation ne rend pas compte de la carte de crédit quadripartite. En effet, si c'est l'institution financière du commerçant qui est subrogée dans ses droits, comment expliquer

58. Art. 2157 C.c.Q.

59. Voir : *Re Charge Card Services Ltd.*, précité, note 12, p. 709.

60. Voir : M. TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, op. cit., note 53, n° 1160, p. 600, qui préconise cette qualification. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 11, n° 125, p. 151 et N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *Droit bancaire*, op. cit., note 11, p. 515, l'évoquent également.

61. Art. 1656 para. 3 C.c.Q.

62. Art. 1657 C.c.Q.

que c'est envers l'institution financière émettrice que le titulaire s'est quant à lui obligé?

Même dans le cas de la carte tripartite, l'adoption de cette qualification supposerait que le paiement par carte de crédit n'est effectif et ne donne naissance à la dette du titulaire envers l'institution financière émettrice qu'au moment où le commerçant reçoit un paiement de celle-ci. Comme nous l'avons indiqué précédemment, nous sommes plutôt d'avis que le paiement par carte de crédit est effectif dès l'émission de la facturette.

La subrogation légale ne nous paraît pas être une qualification appropriée. D'une part, elle ne convient pas à la carte quadripartite et d'autre part, elle ne rend pas compte des caractéristiques du paiement par carte de crédit dégagées précédemment.

Cession de créance. D'éminents auteurs ont déjà soutenu que le paiement par carte de crédit opère une cession de la créance du commerçant à l'institution financière émettrice⁶³. Le paiement fait au commerçant par son institution financière serait la contrepartie de cette cession.

À l'instar de la subrogation, cette qualification présente de prime abord un intérêt certain pour le titulaire, dont elle conserverait les moyens de défense, n'eût été des clauses contractuelles écartant cette possibilité⁶⁴.

Force est de constater que le contrat conclu entre le commerçant et son institution financière ne prévoit pas de cession de créance. Il fait état uniquement de l'obligation pour l'institution financière de payer le commerçant⁶⁵.

63. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 11, n° 127, p. 156, et N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *Droit bancaire*, op. cit., note 11, p. 521, affirment que l'émetteur doit être considéré comme un cessionnaire de la créance du commerçant au sens de l'art. 103 L.p.c. Cette thèse peut s'accorder soit avec la qualification de cession de créance, soit avec la qualification de subrogation. Voir aussi : N. L'HEUREUX, « L'opposabilité des moyens de défense du consommateur contre l'émetteur de la carte de crédit », (1983) 43 *R. du B.* 979, où l'auteure prend plus fermement position en faveur de la cession de créance et *Banque Nationale du Canada c. Scullion*, précité, note 23, où la Cour du Québec rejette cette analyse.

64. Art. 1637 al. 2 C.c.Q.

65. Dans l'arrêt *Scullion*, précité, note 23, la demanderesse plaidait d'ailleurs « que lors d'une transaction avec une carte de crédit, le marchand ne pose aucun geste juridique, de quelque nature que ce soit qui puisse être interprété comme une cession ».

Pour que la qualification de cession de créance puisse s'appliquer à la carte quadripartite, il faudrait en outre imaginer que s'opère simultanément une double cession de la créance du commerçant, la première en faveur de son institution financière et la seconde, en faveur de l'institution financière émettrice. En effet, si ces deux cessions étaient décalées dans le temps, l'institution financière du commerçant aurait durant la période intermédiaire un recours direct contre le titulaire, ce qui ne paraît pas conforme à la pratique et à l'intention des parties.

À quel moment ces cessions de la créance du commerçant auraient-elles lieu? Dès l'émission de la facturette? Lorsque le compte du commerçant est crédité du montant correspondant à l'achat? Au moment de l'inscription d'un débit au compte du titulaire? Quelle que soit la réponse à cette question, la qualification de cession de créance se heurte à un obstacle insurmontable : seul le paiement effectué par le titulaire à l'institution financière émettrice serait susceptible d'éteindre la dette du titulaire envers le commerçant. Or, nous l'avons vu, cette solution est inadmissible dans l'état actuel de notre droit. La reconnaissance de la carte de crédit comme moyen de paiement à l'article 1564 C.c.Q. implique que la dette du titulaire envers le commerçant est acquittée au plus tard lorsque le commerçant est payé par son institution financière. Dès le moment où la dette est acquittée, elle est éteinte et ne peut donc plus être cédée. La cession de créance est incompatible avec l'extinction de celle-ci.

La qualification de cession de créance doit donc être écartée.

Délégation. En France, quelques auteurs préfèrent à la qualification de mandat celle de délégation, qui permet mieux de rendre compte de l'engagement personnel de l'institution financière du commerçant envers ce dernier⁶⁶. L'obligation contractée par le titulaire envers l'institution financière émettrice serait alors la contrepartie de la reprise de sa dette.

La délégation devrait nécessairement avoir eu lieu avant que le commerçant ne reçoive le paiement de son institution

66. C. LUCAS DE LEYSSAC, *loc. cit.*, note 51, n^{os} 41 et suiv.; J.-M. JUDE, « Le règlement par carte bancaire et par chèque : unité ou dualité? », D.2003.chron. 2675, n^{os} 21 et suiv., p. 2681-2682.

financière, puisque c'est la dette déléguée qui se trouverait ainsi à être payée. Il faudrait donc considérer que la signature de la facturette est l'acte déclencheur de la délégation.

Comme pour la cession de créance, pour rendre compte de la carte quadripartite, il faudrait envisager une double délégation de la dette, qui serait transmise par le titulaire à l'institution financière émettrice, puis par celle-ci à l'institution financière du commerçant. Rien n'indique pourtant, dans le contrat intervenu entre le titulaire et l'institution financière émettrice, que cette dernière accepte de reprendre la dette ou s'engage à la payer à la décharge du titulaire⁶⁷.

En vertu des règles de la délégation, l'institution financière du commerçant pourrait invoquer à son encontre tous les moyens de défense dont dispose le titulaire contre le commerçant⁶⁸. À première vue, cela pourrait sembler conforme à leur contrat, qui prévoit, comme nous l'avons vu, qu'en cas d'insatisfaction du titulaire à l'égard du bien ou du service, l'institution financière du commerçant n'est pas tenue au paiement. Il faut toutefois se demander si l'institution financière du commerçant devrait pouvoir se prévaloir des moyens de défense du titulaire en toute circonstance, ce qui rendrait la position du commerçant très incertaine, allant à l'encontre de l'existence d'une garantie de paiement en sa faveur. Nous sommes plutôt d'avis que la clause contractuelle n'est destinée à s'appliquer que dans les cas où le titulaire ou l'institution financière émettrice contestent la validité d'un paiement ou encore lorsque le titulaire a fait valoir un moyen d'opposition valable à l'encontre de l'institution financière émettrice. Dans ces cas, certains risques — mais non pas tous — peuvent être retransmis au commerçant.

Le Code est muet quant à savoir si le délégant (titulaire) peut invoquer contre le délégué (l'institution financière émettrice) quelque moyen que ce soit pour être déchargé de son obligation de payer la contrepartie convenue pour la reprise de sa dette. La qualification de délégation ne serait donc pas d'un grand secours à cet égard.

67. Art. 1667 C.c.Q. : le délégué doit absolument consentir à la délégation.

68. Art. 1670 C.c.Q.

La question se pose enfin de savoir si la délégation devrait être qualifiée de parfaite ou d'imparfaite. Les auteurs français optent pour la délégation imparfaite, puisqu'ils considèrent que le commerçant conserve son recours contre le titulaire aussi longtemps qu'il n'a pas été payé par son institution financière⁶⁹. En adoptant le point de vue que le paiement par carte de crédit libère immédiatement le titulaire envers le commerçant, il faudrait choisir plutôt la qualification de délégation parfaite.

Suivant la doctrine traditionnelle, la délégation parfaite équivaut à une novation, qualification que nous aborderons sous peu. Sous l'égide du *Code civil du Québec*, il conviendrait plutôt de voir dans la délégation une véritable cession de dette⁷⁰.

En suivant l'hypothèse d'une cession parfaite de la dette, nous parviendrions à la conclusion un peu étrange que le titulaire est libéré dès l'émission de la facturette, mais que la dette n'est pas éteinte pour autant, mais simplement transmise à l'institution financière émettrice, qui doit donc payer le commerçant (ou plutôt, retransmettre la dette à l'institution financière du commerçant).

Sans pouvoir être catégoriquement écartée, la qualification de délégation sied mal au paiement par carte de crédit, dont elle ne traduit pas fidèlement le mécanisme ni le fait que la libération du titulaire devrait se réaliser concurremment à l'extinction de sa dette.

Novation. La novation suppose une mutation du lien d'obligation par un changement de créancier, de débiteur ou d'objet. La novation éteint l'obligation primitive au profit de la création d'une nouvelle obligation.

Pour appliquer la qualification de novation au paiement par carte de crédit, il faudrait convenir que la novation donne ici naissance non pas à une, mais à trois nouvelles dettes : celle du titulaire envers l'institution financière émettrice, celle de l'institution financière du commerçant envers ce dernier et celle des institutions financières entre elles⁷¹. Dans ce

69. Voir *supra*, note 66.

70. M. CUMYN, « La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette? », (2002) 43 C. de D. 601.

71. *Re Charge Card Services Ltd*, précité, note 12, p. 708 : « One way of looking at the matter is to say that there was a quasi-novation of the purchaser's liability. »

contexte, il y aurait novation à plusieurs titres : changement de créancier, changement de débiteur et, du moins en ce qui concerne le titulaire à l'égard de l'institution financière émettrice, changement de dette⁷².

La qualification de novation est la seule qui soit conforme au fait que la dette d'origine entre le titulaire et le commerçant est éteinte, entraînant la libération immédiate du titulaire à l'égard du commerçant⁷³. Elle rend compte également du fait que la dette d'origine est remplacée par plusieurs nouvelles dettes distinctes l'une de l'autre, comme en font état chacun des contrats étudiés.

Il est vrai que l'article 1661 C.c.Q. indique que « la novation ne se présume pas; l'intention de l'opérer doit être évidente ». À ce propos, il est établi que l'intention de nover « peut résulter d'une stipulation expresse qui l'indique clairement, mais elle peut aussi être tacite et s'inférer des circonstances »⁷⁴. En pratique, une transaction par carte de crédit implique pour les parties l'extinction de la dette du titulaire envers le commerçant. Ce dernier convient tacitement de décharger le titulaire en acceptant le paiement offert au moyen d'une carte de crédit. Enfin, c'est bien là l'effet qu'attribue l'article 1564 C.c.Q. à ce moyen de paiement.

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'en pratique, l'opposition n'est pas aussi tranchée qu'il serait possible de le croire entre la cession d'une obligation, assurant la continuité du lien de droit primitif, et la novation, qui en consacre la rupture. La cession de l'obligation, qui prend la forme

72. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 937, p. 754, affirment que le paiement par carte de crédit opère une novation de la dette du titulaire par changement de dette, puisque la dette se transforme en crédit variable. Pour appuyer cette affirmation, ces auteurs citent l'arrêt *G.U.S. Canada inc. / Division Woodhouse c. Mercille*, J.E. 93-747 (C.Q.), qui ne concerne pas un paiement par carte de crédit, mais dans lequel la Cour du Québec affirme que le remboursement du prix de vente au moyen d'un crédit octroyé dans le cadre d'un contrat de crédit variable opère une novation par changement de dette.

73. La qualification de novation s'accorde avec l'art. 130 L.p.c. qui prévoit que « le contrat de crédit variable ne peut comporter de clause par laquelle le transfert de propriété du bien vendu par un commerçant à un consommateur est différé jusqu'à l'exécution, par ce dernier, de son obligation, en tout ou en partie ». Cet article s'explique bien du fait que le consommateur est immédiatement libéré envers le commerçant de son obligation de payer le prix.

74. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 72, n° 940, p. 755.

soit d'une cession de créance, soit d'une cession de dette ou délégation, assure le maintien des accessoires et des moyens de défense dont elle est assortie. La novation, même si elle suppose l'extinction de l'obligation primitive et la création d'une ou de plusieurs nouvelles obligations qui lui sont substituées, conserve néanmoins un lien ténu entre elles : comme nous le verrons, la nullité de l'ancienne obligation entraîne en principe celle des obligations qui lui sont substituées.

Il existe ensuite une gamme de solutions intermédiaires entre la novation à l'état pur, qui ne laisse subsister comme lien avec l'obligation d'origine que la possibilité d'en invoquer la nullité, et la cession à l'état pur, qui emporte avec le transfert de l'obligation, celui de tous les accessoires et moyens de défense s'y rattachant. Selon la nature de leurs rapports, il convient pour les parties de choisir soit la cession de l'obligation, soit la novation, pour en établir la trame de base, sur laquelle elles pourront ensuite surajouter les conditions particulières de leur entente⁷⁵.

Nous avons vu que les contrats régissant le paiement par carte de crédit sont conçus pour isoler les nouveaux rapports d'obligation qu'ils constatent de l'obligation d'origine, tout en laissant subsister la possibilité d'invoquer certains moyens de défense issus du rapport d'origine, à titre exceptionnel. Par ailleurs, en tant que moyen de paiement, la carte de crédit a pour caractéristique essentielle d'éteindre l'obligation primitive.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous sommes d'avis que la qualification de novation est celle qui permet le mieux de rendre compte des traits caractéristiques du paiement par carte de crédit que nous avons identifiés.

3. LES MOYENS DE DÉFENSE DU TITULAIRE

Parmi les qualifications juridiques possibles du paiement par carte de crédit, nous avons relevé que celles de cession de créance et de subrogation légale semblent à première vue les plus avantageuses pour le titulaire, puisqu'elles lui permettraient d'invoquer à l'encontre de l'institution financière émettrice les mêmes moyens de défense que ceux dont il

75. M. CUMYN, *loc. cit.*, note 70, p. 618-619.

dispose à l'encontre du commerçant. Cependant, comme nous l'avons vu, le contrat conclu entre le titulaire et l'institution financière émettrice s'oppose formellement à cette possibilité; par ailleurs, la qualification qui rend le mieux compte du paiement par carte de crédit est la novation, qui n'autorise pas le titulaire à se prévaloir de l'ensemble des moyens de défense tirés de son contrat avec le commerçant.

Cela ne signifie pas pour autant que le titulaire soit dépourvu de tout recours en vertu du droit actuel. Pour nous en convaincre, nous examinerons tout d'abord quels moyens peuvent être invoqués par le titulaire à l'encontre de l'institution financière émettrice en vertu du droit commun. Nous étudierons ensuite les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* qui sont susceptibles d'accorder au titulaire consommateur d'autres moyens de défense. Enfin, nous nous demanderons s'il y a lieu d'envisager d'accorder au titulaire une protection additionnelle, prenant la forme d'une garantie, comme l'ont fait certains droits étrangers.

3.1 MOYENS DE DÉFENSE DÉCOULANT DU DROIT COMMUN

Le *Code civil du Québec* prévoit la nullité relative du contrat pour cause d'incapacité, erreur, dol ou violence. Il prévoit également la nullité absolue ou relative du contrat contraire à l'ordre public. Nous verrons dans les paragraphes qui suivent comment s'appliquent ces causes de nullité au paiement par carte de crédit. Parfois c'est le paiement qui est invalide, parfois c'est l'obligation de payer qui est nulle.

Invalidité du paiement. La carte de crédit est un mode de paiement et le paiement d'une obligation monétaire est un acte juridique. À ce titre, le paiement par carte de crédit peut être annulé par le titulaire pour sensiblement les mêmes raisons qu'il est permis d'annuler un contrat : par exemple, il serait possible d'invoquer l'incapacité, l'erreur, le dol ou la violence se rapportant au paiement. Par ailleurs, les articles 1553 et suiv. du Code précisent un certain nombre de conditions de validité du paiement, qui doivent elles aussi être respectées. Enfin, à ces règles générales s'ajoutent celles qui sont spécifiques au paiement par carte de crédit, notamment celles qui

concernent l'obtention de l'autorisation du titulaire et le respect de sa limite de crédit.

Parmi les conditions de validité du paiement, plusieurs sont établies dans l'intérêt de l'une ou l'autre des parties impliquées dans l'opération. Bien entendu, un paiement qui ne respecte pas les conditions de validité peut être ratifié par la ou les parties en faveur de qui ces conditions sont stipulées. Ainsi, le dépassement de la limite de crédit du titulaire est une cause d'invalidité du paiement qui pourrait être invoquée par l'institution financière émettrice, mais aussi par le titulaire lui-même, s'il est établi que cette limite existe également dans son intérêt⁷⁶. Le paiement qui dépasse la limite de crédit du titulaire est néanmoins valide lorsque ni le titulaire, ni l'institution financière émettrice ne s'y objectent.

Dans l'éventualité où le paiement est invalide, il s'ensuit que le titulaire n'est pas responsable de ce montant à l'égard de l'institution financière émettrice et que l'institution financière du commerçant n'a pas non plus à payer ce dernier⁷⁷. Quant au commerçant, il peut réclamer du titulaire le paiement de l'obligation d'origine, si elle est valide, car n'étant pas payée, celle-ci existe toujours⁷⁸.

76. Voir l'art. 128 L.p.c., dont l'existence tend à démontrer que la limite de crédit est établie tant dans l'intérêt du titulaire que de l'institution financière émettrice.

77. Dans l'affaire *Re Ouellet*, précitée, note 34, un paiement préférentiel effectué par un titulaire quelques jours avant sa faillite au moyen de sa carte de crédit est annulé. Les faits de cette affaire sont intéressants, car le syndic à la faillite poursuit le commerçant en remboursement de la dette, alors qu'il aurait pu simplement refuser de payer l'institution financière émettrice, en lui opposant la nullité du paiement. Le tribunal condamne le commerçant à rembourser le syndic, une solution avantageuse pour le syndic, mais qui nous semble contrevenir au contrat intervenu entre le commerçant et l'institution financière émettrice, la Banque Amex du Canada, contrat qui oblige plutôt le commerçant à effectuer le remboursement de tout paiement fait à l'aide de la carte au moyen d'un crédit à imputer au compte du titulaire.

78. Par exemple, dans *Diners Club International/En Route c. 2861496 Canada inc. (East Side Mario's)*, C.Q. Terrebonne, n° 700-22-002708-989, 28 juin 1999, un commerçant a accepté de remettre de l'argent comptant à un titulaire pour lui permettre de jouer dans des appareils de vidéo poker; le titulaire a remboursé ces sommes au moyen de paiements effectués à l'aide de sa carte de crédit. Les contrats régissant l'utilisation de la carte de crédit interdisent cette pratique, en précisant bien que le paiement doit se rapporter à l'achat d'un bien ou d'un service. L'institution financière émettrice ayant invoqué la nullité des paiements effectués au moyen de la carte de crédit, c'est à bon droit que le tribunal a condamné le commerçant à rembourser à son institution financière les sommes créditées à son compte. Il s'agit là d'un bon exemple d'une situation où le commerçant pourrait réclamer du titulaire le remboursement des sommes prêtées.

Nullité de l'obligation de payer. S'il peut invoquer la nullité du paiement, le titulaire peut également invoquer la nullité du contrat entraînant son obligation de payer, c'est-à-dire le contrat conclu avec le commerçant. En effet, il découle de la qualification de novation que si l'obligation d'origine est nulle, il en est de même des obligations qui lui sont substituées⁷⁹. En cas de nullité absolue ou relative du contrat conclu entre le titulaire et le commerçant, le titulaire peut donc refuser d'être tenu responsable du montant correspondant à l'égard de l'institution financière émettrice et l'institution financière du commerçant peut aussi refuser de payer ce dernier.

Il existe une exception à cette règle. Si l'obligation primitive n'est frappée que de nullité relative et si les parties ont eu connaissance de la cause de nullité au moment de la novation de l'obligation, il est possible d'en déduire que la partie protégée a renoncé à invoquer la nullité relative de l'obligation, puisqu'elle a accepté de nover celle-ci, tout en la sachant annulable. Cette exception trouvera rarement à s'appliquer dans le contexte du paiement par carte de crédit, puisque le paiement par carte de crédit a lieu, le plus souvent, au même moment que la formation du contrat.

Nous avons vu que dans le cas où seul le paiement est invalide, l'obligation de payer subsiste et le commerçant peut toujours poursuivre le titulaire en paiement de sa dette. Dans le cas où c'est le contrat entre le titulaire et le commerçant qui est nul, le titulaire n'est plus tenu au paiement, mais uniquement à la restitution des prestations qu'il a pu recevoir du commerçant⁸⁰. Par ailleurs, le titulaire est libéré à l'égard de l'institution financière émettrice.

79. Art. 1663 C.c.Q.; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 72, n° 941, p. 756; J. PINEAU, S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 852. Voir aussi : J. MESTRE, « Obligations en général », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1996.619.

80. Si le contrat est contraire à l'ordre public de direction, le vendeur peut être privé de la restitution de sa prestation en vertu de l'art. 1699, al. 2 C.c.Q. : par exemple, dans le cas de la vente d'un produit illicite, tel que la drogue. Dans *Décors Jacques Parent inc. c. Slater*, précité, note 24, le commerçant a poursuivi le titulaire et son institution financière qui lui a contre-passé le montant d'un paiement relatif à un achat dont s'est plaint le titulaire. La Cour a erronément condamné le titulaire avec l'institution financière du commerçant, car le paiement fait par le titulaire demeure valide. Le commerçant a perdu son recours contre ce dernier suivant l'art. 1564 C.c.Q., sauf en cas d'invalidité du paiement.

Il nous reste toutefois un point important à aborder. Celui-ci concerne l'efficacité des clauses qui se retrouvent dans le contrat entre le titulaire et l'institution financière émettrice, et qui entendent interdire au titulaire la possibilité d'invoquer à l'encontre de l'institution financière émettrice tout moyen de défense issu du contrat qu'il a conclu avec le commerçant.

Efficacité des clauses contractuelles écartant les moyens de défense du titulaire. Les règles en matière de nullité sont d'ordre public. Lorsque la nullité est absolue, le contrat ou l'acte juridique frappé de nullité n'est pas susceptible de confirmation et les clauses du contrat sont donc totalement inefficaces à cet égard⁸¹.

Lorsque la nullité est relative, il est possible pour la partie protégée d'y renoncer⁸². Cependant, toute renonciation qui intervient avant la conclusion de l'acte affecté par la nullité est sans effet⁸³. Par conséquent, les clauses incluses dans le contrat entre le titulaire et l'institution financière émettrice sont inefficaces dans la mesure où elles constituent pour le titulaire une renonciation d'avance à invoquer la nullité relative du contrat conclu avec le commerçant.

Les clauses contractuelles dont il s'agit sont néanmoins plus subtiles dans leurs effets, puisqu'elles précisent également que si le titulaire ne conteste pas son compte à l'intérieur d'un certain délai de sa réception, celui-ci est réputé définitif. Pourrait-on voir dans cette clause une renonciation à invoquer la nullité, si celle-ci n'est pas dénoncée dans le délai prescrit? Selon nous, il y aurait lieu de s'interroger sur la validité de cette clause, très répandue dans les contrats bancaires, qui nous semble avoir pour objet de contourner les règles en matière de prescription, dont les délais sont pourtant d'ordre public⁸⁴. En effet, le recours en nullité relative d'un contrat se prescrit par trois ans à compter de la connaissance de la cause de nullité par celui qui l'invoque, ou à compter de la cessation de la violence ou de la crainte⁸⁵.

81. Art. 1418 C.c.Q.

82. Art. 1420 C.c.Q.

83. Voir : *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499.

84. Art. 2883 et 2884 C.c.Q.

85. Art. 2925 et 2927 C.c.Q.

Nous sommes d'avis, par conséquent, que les clauses du contrat conclu par le titulaire avec l'institution financière émettrice n'ont pas pour effet d'écarter la possibilité pour le titulaire d'invoquer soit l'invalidité du paiement, soit la nullité du contrat qu'il a conclu avec le commerçant.

La possibilité d'invoquer la nullité du paiement ou du contrat qu'il a conclu avec le commerçant confère au titulaire une protection non négligeable. Ainsi, il peut opposer à l'institution financière émettrice l'erreur dont il a été victime concernant la nature ou la qualité du bien ou du service acquis au moyen de sa carte, si cette erreur rencontre les conditions pour que puisse être annulé le contrat qu'il a conclu avec le commerçant. De même, le titulaire peut refuser de payer l'institution financière émettrice s'il a été victime de dol ou de violence de la part du commerçant. Enfin, toutes les causes de nullité pouvant affecter le contrat entre le titulaire et le commerçant issues de l'ordre public de protection — et notamment celles découlant de l'application de la *Loi sur la protection du consommateur* — pourront être opposées par le titulaire à l'institution financière émettrice⁸⁶.

Les deux jugements suivants permettent d'illustrer l'application des règles que nous venons de présenter. Malheureusement, les moyens de défense découlant du droit commun sont parfois mal connus des plaideurs et des juges. Nous verrons que c'est à tort que les titulaires ont ici été condamnés à payer l'institution financière émettrice, alors qu'ils étaient fondés à invoquer soit la nullité du paiement, soit la nullité de l'obligation à l'origine de celui-ci.

American Express Canada c. Lalande⁸⁷. Dans cette affaire, le titulaire a effectué plusieurs achats aux États-Unis à l'aide de sa carte de crédit, alors qu'il se trouvait dans un état psychologique désordonné le poussant à la prodigalité. Après avoir admis que le contrat conclu entre le titulaire et les commerçants était annulable en raison de l'incapacité du titulaire, le tribunal a jugé que ce moyen de défense était inopposable à l'institution financière émettrice. À notre point

86. Voir : M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 209 et suiv.

87. *American Express Canada inc. c. Lalande*, C.S. Montréal, n° 500-05-018391-795, 1^{er} octobre 1982.

de vue, si le titulaire était incapable au moment d'effectuer les achats en question, le tribunal n'aurait pas dû le condamner à payer l'institution financière émettrice, car le paiement et le contrat dont découlait l'obligation de payer étaient tous deux frappés de nullité relative.

Banque Nationale du Canada c. Pelletier⁸⁸. Dans cette affaire, le titulaire a effectué un achat par téléphone, au moyen de sa carte de crédit, auprès d'un commerçant américain. Il s'est ensuite vu facturer deux montants en lien avec cet achat, le premier montant étant supérieur au prix convenu, et le second montant n'ayant jamais fait l'objet d'une autorisation de sa part. Le titulaire a donc refusé de payer à l'institution financière émettrice la portion non autorisée du premier montant, ainsi que le second montant. Le tribunal l'a malgré tout condamné à payer la totalité du premier montant, étant donné l'existence de la clause à son contrat stipulant que « toute réclamation ou différend entre le détenteur et le marchand y compris ses droits à une compensation devront faire l'objet d'un règlement direct entre le détenteur et le marchand ». À notre avis, le tribunal aurait dû admettre la nullité partielle du premier paiement, à partir du moment où il acceptait comme véridique le témoignage du titulaire démontrant que le commerçant avait modifié le montant du paiement sans son autorisation.

Par ailleurs, c'est avec raison que le tribunal a refusé de condamner le titulaire au second montant, pour le motif qu'il n'en avait pas autorisé le paiement⁸⁹.

Étudions maintenant les moyens de défense découlant de la *Loi sur la protection du consommateur*.

3.2 MOYENS DE DÉFENSE DÉCOULANT DE LA LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Lorsque le titulaire est un consommateur, il peut invoquer le bénéfice de certains droits et recours prévus à la *Loi sur la protection du consommateur*. Cette loi, qui est d'ordre

88. *Banque Nationale du Canada c. Pelletier*, C.P. Montréal, n° 500-02-003994-832, 1^{er} mai 1984.

89. D'ailleurs, l'art. 1554 C.c.Q. prévoit : « Tout paiement suppose une obligation : ce qui a été payé sans qu'il existe une obligation est sujet à répétition. »

public, l'emporte sur les clauses du contrat qui le lient à l'institution financière émettrice⁹⁰.

Articles 118 à 130 L.p.c. Les articles 118 à 130 de la *Loi sur la protection du consommateur* sont spécifiquement applicables au contrat de crédit variable et donc, au paiement par carte de crédit. Plusieurs de ces articles sont susceptibles de fonder le refus du titulaire de payer l'institution financière émettrice, alors même que dans certains cas, le paiement fait au commerçant demeure valable.

Ainsi, si une institution financière a émis une carte de crédit au consommateur qui ne l'a pas sollicitée par écrit, le paiement fait au commerçant à l'aide de cette carte est valide, mais le consommateur pourrait opposer à cette institution financière l'article 120 L.p.c. pour refuser de la payer. En vertu de l'article 122 L.p.c., le titulaire d'une carte de crédit peut aussi refuser de payer l'institution financière émettrice si l'achat a été fait sans son accord avec une seconde carte de crédit, portant le même numéro que la sienne, mais dont il n'a pas demandé l'émission.

Par ailleurs, l'utilisation d'une carte de crédit perdue ou volée pour l'achat d'un bien ou d'un service chez un commerçant constitue un paiement invalide du point de vue du titulaire véritable de la carte. Le titulaire peut opposer l'invalidité du paiement à l'institution financière émettrice, même si sa responsabilité risque tout de même d'être engagée, s'il n'a pas dénoncé la perte ou le vol de sa carte. Dans le cas d'un titulaire consommateur, cette responsabilité est toutefois limitée à 50 \$, grâce à l'article 124 L.p.c.

Enfin, le titulaire peut opposer à l'institution financière émettrice le dépassement de sa limite de crédit⁹¹. Cette disposition est intéressante, car elle illustre le fait que la limite de crédit est stipulée tant dans l'intérêt du titulaire que de l'institution financière émettrice.

Au-delà des règles prévues aux articles 118 à 130 L.p.c. et qui concernent spécifiquement le contrat de crédit variable, il convient de se demander si les articles 103 et 116 L.p.c. sont également susceptibles de s'appliquer au paiement par carte

90. Art. 261 et 262 L.p.c.

91. Art. 128 L.p.c. Voir : *Ayotte c. Banque Nationale du Canada*, 2002 Carswell-Que 3010 (C.Q.).

de crédit, de sorte que l'institution financière émettrice soit garante de la qualité et de la livraison du bien ou du service solidairement avec le commerçant.

Article 103 L.p.c. Cet article se lit comme suit :

103. Le cessionnaire d'une créance d'un commerçant qui est partie à un contrat ne peut avoir plus de droits que ce commerçant et il est conjointement et solidairement responsable avec le commerçant de l'exécution des obligations de ce dernier jusqu'à concurrence du montant de la créance au moment où elle lui est cédée ou, s'il la cède à son tour, jusqu'à concurrence du paiement qu'il a reçu.

Il a été proposé que le consommateur insatisfait d'un bien ou d'un service payé à l'aide d'une carte de crédit pourrait faire valoir les moyens de défense tirés de son contrat avec le commerçant à l'encontre de l'institution financière émettrice, en vertu de cet article⁹². À notre avis, cette interprétation doit être écartée dans l'état actuel de notre droit, pour les raisons suivantes.

La simple lecture de l'article nous permet tout d'abord de constater que l'emploi du mot « cession » à l'article 103 ne peut pas viser une opération qui opère plutôt une novation de la créance du commerçant. Au moment où la professeure L'Heureux s'est penchée sur la portée de cet article, il pouvait encore être possible d'interpréter le paiement par carte de crédit comme une cession de créance ou l'application de la subrogation légale — ces deux mécanismes étant susceptibles d'entraîner la « cession » de la créance du commerçant. Cependant, depuis l'entrée en vigueur de l'article 1564 C.c.Q., comme nous l'avons vu, il convient plutôt de retenir la qualification de novation. Mais poussons plus loin l'analyse en nous interrogeant sur la finalité de l'article 103 L.p.c.

La genèse de l'article 103 L.p.c. nous est expliquée par le regretté professeur Claude Masse, pour qui cet article est étroitement relié à l'article 102 de la même loi⁹³. Pour le professeur Masse, ces articles trouvent leur explication dans le

92. N. L'HEUREUX, « L'opposabilité des moyens de défense du consommateur contre l'émetteur de la carte de crédit », *loc. cit.*, note 63.

93. C. MASSE, *Loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 463.

désir du législateur québécois de corriger les problèmes soulevés par la Cour suprême dans l'arrêt *Range c. Corporation de Finance Belvédère*⁹⁴, problèmes qui se retrouvent également à certains égards dans l'application de la *Loi sur les lettres de change*⁹⁵ en ce qui a trait aux « lettres et billets du consommateur » :

Le problème vient du fait qu'un consommateur peut s'engager à effectuer un paiement dans le cadre de la passation d'un contrat au moyen d'un effet de commerce ou de billets promissaires. Or, l'effet de commerce, par exemple un chèque postdaté, peut en principe être cédé (vendu) par le commerçant avant son échéance à un tiers qui en devient le détenteur — régulier ou non — sans signification puisque le contrat contient dans la plupart des cas une clause par laquelle le consommateur renonce à son droit d'être avisé de la cession. [...] Le tout est de savoir ici si le consommateur peut refuser d'honorer l'effet de commerce en invoquant l'absence d'exécution du contrat.⁹⁶

L'article 102 L.p.c. établit d'ailleurs que « [l]es effets de commerce souscrits par le consommateur lors de la passation d'un contrat de crédit forment un tout avec le contrat et ni le commerçant, ni un cessionnaire subséquent ne peut céder séparément soit le contrat, soit l'effet de commerce ». L'article 103 L.p.c. rend, pour sa part, inopérante la clause d'exonération de responsabilité (clause *cut off*).

Si l'objet premier de l'article 103 L.p.c. était de compléter l'application de l'article 102, il faut toutefois admettre que la jurisprudence a conféré à l'article 103 L.p.c. une portée plus large. Ainsi, l'article 103 L.p.c. a également vocation à s'appliquer aux contrats de vente à tempérament, comme le démontre une jurisprudence abondante⁹⁷.

94. *Range c. Corporation de Finance Belvédère*, [1969] R.C.S. 492.

95. L.R.C. (1985), c. B-4, art. 188 et suiv.

96. C. MASSE, *op. cit.*, note 93, p. 459.

97. *C.I.B.C. Finance inc. c. Usereau*, J.E. 99-1904 (C.Q.); *Ashby c. Banque de Nouvelle-Écosse*, C.S. Montréal, n° 500-05-007218-876, 10 janvier 1990; *Banque Nationale du Canada c. Pelletier*, C.P. Hull, n° 550-02-1574-839, 13 juin 1985; *General Motors Acceptance Corporation of Canada Limited c. Drouin*, C.P. Québec, n° 200-02-000248-833, 7 décembre 1983.

Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que l'article 103 L.p.c. se situe parmi les dispositions générales de la section 3. Ne s'applique-t-elle donc pas à tous les contrats de crédit?

S'il est vrai que l'article 103 L.p.c. est susceptible de s'appliquer à tous les contrats de crédit, y compris les contrats de crédit variable, il vise plus précisément la cession par le commerçant d'une créance découlant d'un contrat de crédit⁹⁸. Il faut donc que le commerçant cédant soit partie au contrat de crédit en question. Or à notre avis, le commerçant qui a vendu les biens ou les services au consommateur n'est pas partie au contrat de crédit variable qui sous-tend le paiement par carte de crédit. Ce contrat existe dès l'origine entre le titulaire et l'institution financière émettrice et ne fait l'objet d'aucune cession⁹⁹. C'est pourquoi, en dernière analyse, il faut conclure selon nous que l'article 103 L.p.c. ne vise pas le paiement par carte de crédit. Qu'en est-il alors de l'article 116 L.p.c.?

Article 116 L.p.c. L'article 116 L.p.c. se lit comme suit :

116. Le consommateur qui a utilisé le capital net d'un contrat de prêt d'argent pour payer en totalité ou en partie l'achat ou le louage d'un bien ou d'un service, peut, si le prêteur d'argent et le commerçant vendeur ou locateur collaborent régulièrement en vue de l'octroi de prêts d'argent à des consommateurs, opposer au prêteur d'argent les moyens de défense qu'il peut faire valoir à l'encontre du commerçant vendeur ou locateur.

98. Art. 66 L.p.c.

99. N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *op. cit.*, note 11, p. 521, estiment pourtant qu'il y a cession d'un contrat de crédit entre le marchand et l'institution financière émettrice de la carte de crédit : « Une question demeure posée, à savoir qui de l'émetteur ou du commerçant fournit le crédit au titulaire de la carte? On peut soutenir que c'est l'émetteur puisque c'est lui qui prend l'initiative d'offrir le crédit, le comptabilise et exige le paiement du titulaire de la carte; les factures ne sont que des moyens de signaler que le titulaire a utilisé la marge de crédit à un moment ou à un autre. Le fait que le crédit de l'émetteur soit relié à un contrat de consommation, qui n'est pas effectué au comptant, suggérerait qu'il y a également le concours du commerçant qui, par l'escompte qu'il paye à l'émetteur et certains frais de location d'appareils, participe au coût de l'opération. C'est pourquoi on doit reconnaître le caractère hybride de l'opération. La vente du commerçant en vertu d'une carte de crédit est une vente à crédit : le commerçant ne reçoit pas d'argent directement de l'acheteur et une certaine période de temps se passera avant qu'il obtienne le paiement de l'émetteur, paiement qui n'est pas intégral. »

Le professeur Masse a écrit que cette disposition a été adoptée dans le prolongement de l'article 189(3) de la *Loi sur les lettres de change*, afin d'éviter une collusion entre le prêteur et le commerçant qui tenteraient d'obliger le consommateur à rembourser son prêt avant même qu'il n'ait reçu les biens ou les services pour lesquels il a contracté le prêt¹⁰⁰. Pour que cette disposition s'applique, la jurisprudence a établi que la seule preuve que le prêteur et le commerçant ont été impliqués l'un et l'autre dans de nombreux contrats n'est pas suffisante¹⁰¹. Il faut démontrer qu'il a existé entre ces deux commerçants une stratégie destinée à faire du prêteur le pourvoyeur de crédit privilégié pour les clients du vendeur de biens ou de services¹⁰².

Quoi qu'il en soit, l'article 116 apparaît dans une partie de la loi spécifiquement applicable au prêt d'argent, tandis que le contrat de crédit variable est visé par une autre partie de la loi. D'ailleurs, il est évident que le paiement par carte de crédit ne constitue pas un prêt d'argent au sens de la loi¹⁰³.

En définitive, si le législateur avait voulu accorder au titulaire une protection semblable à celle offerte par les art. 103 et 116 L.p.c., ne l'aurait-il pas fait au sein même des dispositions sur le crédit variable?

3.3 VERS L'OCTROI D'UNE GARANTIE AU TITULAIRE ?

Il faudrait un article exprès de la loi ou du contrat pour faire en sorte que l'institution financière émettrice soit garante de la qualité ou de la livraison du bien ou du service acquis au moyen d'une carte de crédit, car cette obligation ne découle ni du droit commun, ni de la *Loi sur la protection du consommateur*, comme nous l'avons vu. Seule la possibilité

100. C. MASSE, *op. cit.*, note 93, p. 560.

101. *Banque Royale du Canada c. Chénier*, J.E. 97-1855 (C.Q.).

102. C. MASSE, *op. cit.*, note 93, p. 560.

103. Dans le cadre d'un prêt d'argent, le montant prêté est versé au consommateur, qui paye ensuite le commerçant, avant d'obtenir le bien. Voir : *Banque Nationale du Canada c. Roy*, J.E. 98-540 (C.Q.); *Létourneau c. Kennebec Auto Inc.*, J.E. 83-1180 (C.P.). Les exigences prévues à la loi en ce qui concerne les prêts d'argent ne sont d'ailleurs pas applicables au contrat de crédit variable. Voir art. 115 L.p.c. Voir aussi : B. GEVA, *Financing Consumer Sales and Product Defences : in Canada and the United States*, Canada, Carswell Legal Publications, 1984, p. 253.

pour le titulaire d'invoquer l'erreur, le dol ou la violence survenues lors de la formation de son contrat avec le commerçant lui permettra parfois indirectement de faire valoir à l'encontre de l'institution financière émettrice la non-livraison ou la non-conformité d'un bien ou d'un service.

La question que nous aimerions aborder est donc la suivante : serait-il souhaitable que le législateur québécois accorde une telle garantie au titulaire d'une carte de crédit? Cette garantie, si elle existait et si elle était opposée à l'institution financière émettrice, obligerait celle-ci à créditer le compte du titulaire lorsque le bien ou le service est de mauvaise qualité ou lorsque la livraison n'a pas eu lieu à l'intérieur d'un délai prescrit.

Même si le point de vue selon lequel le titulaire devrait pouvoir opposer à l'institution financière émettrice les moyens qu'il possède à l'encontre du commerçant a été défendu avec vigueur par la professeure L'Heureux¹⁰⁴, il existe au Québec une croyance persistante à l'effet que pour assurer la sécurité du système de paiement par carte de crédit, le titulaire doit être tenu en toute circonstance au remboursement de sa dette à l'égard de l'institution financière émettrice¹⁰⁵. Pourtant, plusieurs États ont fait le choix d'accorder au titulaire consommateur une garantie opposable à cette institution financière, et le système ne s'en porte pas plus mal. Nous en donnerons ici deux exemples, soit la législation en place aux États-Unis et au Royaume-Uni.

États-Unis. En vertu du *Fair Credit Billing Act*, le consommateur américain peut opposer à l'institution financière émettrice les moyens de défense qu'il possède à l'encontre du commerçant qui lui a vendu un bien ou un service et dont le paiement a été effectué au moyen d'une carte de crédit. Pour ce faire, le consommateur doit remplir les conditions suivantes : il doit avoir fait de bonne foi une tentative pour résoudre le différend avec le commerçant, le montant du crédit en cause doit

104. « Les mentalités ont beaucoup évolué ces dernières années dans le domaine de la protection des droits des consommateurs. La majorité des pays ont adopté des mesures protectrices des droits des consommateurs contre les émetteurs de cartes de crédit » : N. L'HEUREUX, « L'opposabilité des moyens de défense du consommateur contre l'émetteur de la carte de crédit », *loc. cit.*, note 63, p. 979, 982.

105. Voir par ex. : *American Express Canada c. Lalande*, précité, note 87.

être supérieur à 50 \$ et l'opération contestée doit avoir été effectuée dans l'État de résidence du consommateur ou dans un rayon de 100 milles de sa résidence¹⁰⁶. Le consommateur doit cependant informer l'institution financière émettrice de son intention de s'opposer au paiement dans les 60 jours suivant la réception du compte concernant la transaction en question¹⁰⁷.

Par ailleurs, la responsabilité solidaire de l'institution financière émettrice ne joue plus, dès le moment où le consommateur paie la facture où apparaît le montant correspondant à la transaction contestée. Au surplus, le lieu où une opération est « effectuée » aux fins de la limitation géographique applicable est fonction de la loi de l'État. Ainsi, une opération transfrontière réalisée par téléphone depuis la résidence du consommateur peut être ou ne pas être couverte selon que la loi de l'État établit que l'opération a lieu à l'endroit où réside le consommateur ou à l'endroit où réside le commerçant¹⁰⁸.

Royaume-Uni. La loi britannique tient elle aussi l'institution financière émettrice solidairement responsable avec le commerçant de la qualité du bien ou du service offert au consommateur, dans certaines situations. Ainsi, l'article 75 du *Consumer Credit Act 1974* prévoit que lorsqu'un titulaire a conclu avec un commerçant un contrat pour la fourniture de biens ou services payée à l'aide d'une carte de crédit, s'il conteste cette transaction pour le motif que le commerçant a fait de fausses déclarations ou a rompu le contrat et si l'opération

106. Voir : *Truth in Lending Act, Regulation Z*, sec. 262. 12 et 226.13; *Fair Credit Billing Act*, 15 U.S.C., sec. 1642-1645 et sec. 1666-1666i. La Federal Trade Commission mentionne au surplus que les limitations de montant et de distance ne s'appliquent pas si le commerçant et l'émetteur sont la même personne ou si une relation d'affaire particulière existe entre le commerçant et l'émetteur : Federal Trade Commission. « Fair Credit Billing ». Site de la Federal Trade Commission. Facts for Consumers, [En ligne]. <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/credit/fcb.htm> (Page consultée le 28 septembre 2004).

107. Les institutions financières émettrices de cartes de crédit sont également tenues d'accuser réception de la notification du litige faite par écrit par le titulaire dans les 30 jours, ou de régler le litige dans un délai de deux cycles de facturation ou dans les 90 jours, si ce délai est plus court : *Fair Credit Billing Act*, 15 U.S.C., sec. 1666a; OCDE, « Le recours du consommateur dans un marché international : les remboursements (1996) ». Site de l'OCDE. [En ligne], p. 70. [http://www.oilis.oecd.org/oilis/1996doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD\(96\)142](http://www.oilis.oecd.org/oilis/1996doc.nsf/LinkTo/OCDE-GD(96)142) (Page consultée le 18 septembre 2004).

108. OCDE, [En ligne], *id.*, p. 71.

contestée dépasse 100 livres mais n'excède pas 30 000 livres, il peut adresser les mêmes réclamations à l'institution financière émettrice de la carte de crédit¹⁰⁹.

Garantie conventionnelle. S'il est possible, à l'instar des États-Unis et du Royaume-Uni¹¹⁰, de légiférer pour offrir au titulaire une protection accrue sous la forme d'une garantie qu'il peut faire valoir à l'encontre de l'institution financière émettrice, il se pourrait que de leur propre chef, les institutions financières en viennent à fournir un avantage similaire à leurs titulaires sous la forme d'une garantie conventionnelle, d'un cautionnement, d'une assurance ou d'un code de conduite¹¹¹.

Les procédures sont déjà en place et le système de paiement par carte de crédit est déjà structuré pour pouvoir accommoder l'existence d'une garantie, que celle-ci soit conventionnelle ou

109. *Consumer Credit Act 1974*, c. 39, s. 75 (Liability of creditor for breaches by supplier):

- (1) If the debtor under a debtor-creditor-supplier agreement falling within section 12(b) or (c) has, in relation to a transaction financed by the agreement, any claim against the supplier in respect of a misrepresentation or breach of contract, he shall have a like claim against the creditor, who, with the supplier, shall accordingly be jointly and severally liable to the debtor.
- (2) Subject to any agreement between them, the creditor shall be entitled to be indemnified by the supplier for loss suffered by the creditor in satisfying his liability under subsection (1), including costs reasonably incurred by him in defending proceedings instituted by the debtor.
- (3) Subsection (1) does not apply to a claim—
 - (a) under a non-commercial agreement, or
 - (b) so far as the claim relates to any single item to which the supplier has attached a cash price not exceeding [£100] or more than [£30,000].
- (4) This section applies notwithstanding that the debtor, in entering into the transaction, exceeded the credit limit or otherwise contravened any term of the agreement.
- (5) In an action brought against the creditor under subsection (1) he shall be entitled, in accordance with rules of court, to have the supplier made a party to the proceedings.

110. D'ailleurs, la Commission des communautés européennes recommandait déjà en 1988 que les institutions financières émettrices offrent une protection accrue aux consommateurs, comme il se voit des articles 7.1 à 7.3 de la Recommandation de la Commission du 17 novembre 1988 concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes (88/590/CEE). Cette intervention demeure timide en comparaison avec celles en vigueur aux États-Unis et au Royaume-Uni.

111. OCDE, [En ligne], *supra*, note 107, p. 14; *supra*, note 23.

légal. Au Canada, plusieurs institutions financières émettrices acceptent de donner suite à une opposition de leurs clients, même si elles affirment n'avoir aucune obligation de le faire, et aux États-Unis également, les institutions financières émettrices acceptent d'intervenir en dehors des conditions d'application de la garantie¹¹². Comme nous l'avons vu, le contrat du commerçant avec son institution financière prévoit que cette dernière peut retirer du compte du commerçant un montant relatif à un achat faisant l'objet d'un litige avec le titulaire, lorsque l'opposition du titulaire a été acceptée par l'institution financière émettrice.

Par ailleurs, l'idée que les institutions financières puissent agir en quelque sorte comme médiatrices entre le titulaire et le commerçant commence à faire son chemin¹¹³.

Il est certain qu'à plusieurs égards, les institutions financières sont très bien placées pour concevoir et mettre en œuvre des procédures efficaces de règlement des litiges en faveur des titulaires. Elles possèdent un pouvoir de contrôle important sur les commerçants, à qui elles peuvent refuser le paiement de certaines transactions ou qu'elles peuvent désaffilier du système. D'ailleurs, elles ont intérêt à exercer ce contrôle, puisque le simple fait qu'un commerçant soit affilié par les grands systèmes de carte de crédit suscite la confiance du consommateur à l'égard de ce commerçant, et les institutions financières qui opèrent ces systèmes n'ont pas intérêt à ce que cette confiance soit trahie¹¹⁴. Pourquoi ne pas faire jouer le rapport de force dont jouissent les institutions financières à l'avantage des consommateurs?

Garantie légale. Les solutions conventionnelles ou informelles mises en place par les institutions financières ne présentent cependant pas que des avantages. Comme l'a si bien dit le professeur McLaren :

112. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, op. cit., note 11, n^{os} 122-123.

113. OCDE, [En ligne], *supra*, note 107, p. 6.

114. OCDE, [En ligne], *supra*, note 107, p. 10; Note, « Preserving Consumer Defenses In Credit Card Transactions », (1971) 81 *Yale L. J.* 287, 297. Certains auteurs américains sont toutefois d'avis qu'il est irréaliste de demander aux institutions financières de vérifier les pratiques commerciales et la qualité de la marchandise vendue par des dizaines de milliers de commerçants compte tenu qu'elles n'ont pas la connaissance requise : R.E. BRANDEL, C.A. LEONARD, « Bank Charge Cards : New Cash or New Credit », (1971) 69 *Mich. L. Rev.* 1033, 1053.

The issue is whether this practice should be converted into a legal right of the cardholder to chargeback rather than a discretionary right under the card issuer's control.¹¹⁵

En somme, la situation actuelle au Canada n'est peut-être pas idéale. Juridiquement, les institutions financières émettrices ne sont pas tenues d'offrir la garantie, mais elles acceptent de le faire au cas par cas. La décision d'accepter ou non l'opposition du titulaire est laissée à leur bon vouloir, voire à leur discrétion. Souvent, ce sont les commerçants qui sont pénalisés, ce qui peut paraître injuste. Un cadre légal à l'avantage d'être plus transparent et équitable pour toutes les parties concernées.

En ce qui concerne les risques et les coûts engendrés par l'octroi d'une garantie légale, une façon de les réduire est de limiter la portée de la garantie en ce qui concerne les motifs possibles d'opposition, le montant minimum ou maximum de la transaction et le délai dans lequel il est possible d'agir. Les modèles britannique et américain comportent, nous l'avons vu, de telles limitations.

À notre avis, l'introduction au Québec d'une garantie légale en faveur du titulaire n'est donc pas à exclure d'emblée. Il serait souhaitable d'évaluer l'ensemble des impacts, positifs et négatifs, d'une telle mesure.

CONCLUSION

L'étude du déroulement du paiement par carte de crédit a démontré que l'opération met en présence quatre acteurs principaux, soit le titulaire, le commerçant, l'institution financière du commerçant et l'institution financière émettrice. Entre ces parties, trois rapports d'obligation apparaissent fondamentaux : l'obligation initiale du titulaire de payer une somme d'argent au commerçant et celles, qui lui sont substituées, du titulaire de payer cette somme d'argent à l'institution financière qui lui a émis la carte, et de l'institution financière du commerçant de payer ce dernier. C'est la

115. R. H. MCLAREN, « Transaction Cards in Canada » in Ontario Interministerial Committee on Electronic Funds Transfer, *Report and Working Papers*, working paper n° 8, Toronto, 1978, p. 85.

manipulation de la carte qui opère le remplacement de la première dette par les deux autres. Le titulaire est immédiatement libéré envers le commerçant, car ce dernier bénéficie dès lors d'une garantie de paiement.

Outre les effets du paiement par carte de crédit sur l'obligation du titulaire envers le commerçant, nous avons étudié comment naissent les nouvelles obligations qui se substituent à l'obligation d'origine. Pour ce faire, nous avons examiné les qualifications généralement proposées du paiement par carte de crédit : le mandat, la subrogation légale, la cession de créance, la délégation et la novation. Seule la qualification de novation s'est avérée conforme au fait que la dette d'origine entre le titulaire et le commerçant est éteinte, entraînant la libération immédiate du titulaire à l'égard du commerçant, et au fait que la dette d'origine est remplacée par plusieurs nouvelles dettes distinctes l'une de l'autre, comme en font état chacun des contrats étudiés.

Quoique la qualification la plus appropriée du paiement par carte de crédit soit la novation, laquelle ne permet pas au titulaire d'opposer à l'institution financière émettrice l'ensemble des moyens de défense tirés de son contrat avec le commerçant, le titulaire n'est pas pour autant dépourvu de tout recours en vertu du droit commun. En effet, le *Code civil du Québec* lui permet d'invoquer à l'encontre de l'institution financière émettrice soit l'invalidité du paiement, soit la nullité absolue ou relative du contrat conclu avec le commerçant. Au surplus, les articles 118 à 130 de la *Loi sur la protection du consommateur* apportent au titulaire consommateur une protection additionnelle en lui permettant de s'opposer à l'institution financière émettrice, si celle-ci n'a pas respecté ces dispositions d'ordre public. Les articles 103 et 116 L.p.c., pour leur part, ne s'appliquent pas au paiement par carte de crédit.

À la différence du Québec, plusieurs pays, comme les États-Unis et le Royaume-Uni, accordent depuis de nombreuses années au titulaire consommateur la possibilité de faire valoir contre l'institution financière émettrice des moyens de défense issus de son contrat avec le commerçant, ce qui semble aller à l'encontre de l'opinion, assez répandue au Canada, selon laquelle une telle mesure mettrait en danger la sécurité du système de paiement par carte de crédit ou entraînerait une explosion des coûts.

Faut-il envisager au Québec d'accorder au titulaire une protection additionnelle prenant la forme d'une garantie légale, comme l'ont fait certains droits étrangers? Une telle mesure pourrait renforcer la confiance des consommateurs dans le commerce électronique. Elle servirait également à cristalliser certaines pratiques qui existent déjà, de façon informelle, et dont seuls les consommateurs très bien informés sont susceptibles de profiter, puisque les documents contractuels nient catégoriquement toute possibilité d'opposition du titulaire à l'institution financière émettrice.

Michelle Cumyn
Faculté de droit
Université Laval
QUÉBEC (Qué.) G1K 7P4
Tél. : (418) 656-2131 poste 8011
Télec. : (418) 656-7230
Courriel : Michelle.Cumyn@fd.ulaval.ca

Lina Lalancette
Gagné, Letarte
79, boul. René-Lévesque E.
Bureau 400
QUÉBEC (Qué.) G1R 5N5
Tél. : (418) 522-7900
Télec. : (418) 523-7900
Courriel : llalancette@gagneletarte.qc.ca