

**GÉRER LE RISQUE JURIDIQUE DANS L'ÉCOSYSTÈME
CANADIEN DU PAIEMENT ÉLECTRONIQUE AU
DÉTAIL :**

LA PERSPECTIVE DU CONSOMMATEUR



**PUBLIC INTEREST ADVOCACY CENTRE
LE CENTRE POUR LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT PUBLIC**

Jacques St-Amant,
Alysia Lau et John Lawford

Centre pour la défense de l'intérêt public

1, rue Nicholas, Suite 1204

Ottawa, Ontario K1N 7B7

Canada

Octobre 2017

© **Tous droits réservés 2017**

Il est interdit de reproduire ce document à des fins commerciales,
mais sa reproduction à d'autres fins est encouragée, à condition que la source soit citée.

Le Centre pour la défense de l'intérêt public a reçu du financement en vertu du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada ou du gouvernement du Canada.

Le Centre pour la défense de l'intérêt public
(CDIP)

Bureau 1204
1, rue Nicholas
Ottawa (Ontario)
K1N 7B7

Tél. : (613) 562-4002 Télécopieur : (613) 562-0007
Courriel : piac@piac.ca Site Web : www.piac.ca

Données de catalogage avant publication (Canada)

Gérer le risque juridique dans l'écosystème
canadien du paiement électronique au détail :

La perspective du consommateur

Résumé

Les paiements sont essentiels dans une économie moderne, car ils facilitent l'échange de valeurs entre les participants du marché. Mais ils sont intrinsèquement porteurs de risques. Il est nécessaire d'atténuer ces risques et des mécanismes juridiques sont souvent employés à cette fin. Toutefois, ces mécanismes peuvent être inadéquats ou inefficaces dans une certaine mesure. Le présent rapport soutient que tel est actuellement le cas dans l'écosystème de paiements de détail canadien : les mécanismes juridiques n'atténuent pas le risque associé aux paiements autant qu'ils le pourraient, ce qui suscite en soi un risque juridique. En résumé, dans ce domaine, la loi ne répond pas aux attentes, ce qui a des conséquences négatives pour tous les participants, en particulier les consommateurs.

D'après un sondage national de 2015 d'Environics, seulement 48 % des consommateurs canadiens affirment avoir « beaucoup de confiance » dans les systèmes de paiement électronique et 87 % estiment qu'ils devraient être réglementés de manière approfondie et uniforme. Ce manque de confiance a des répercussions négatives sur le développement des systèmes de paiement électronique au Canada et leur acceptation par les consommateurs. La valeur de ce qui est utilisé afin de payer peut changer, ou ce qui est échangé peut être contrefait (ou peut même ne pas appartenir au « payeur »). L'échange peut être compromis ou retardé. Si des intermédiaires participent au processus – ce qui est habituellement le cas, ils peuvent être incompetents, malhonnêtes ou cesser leurs opérations. Et, naturellement, tous ces participants peuvent simplement parfois faire des erreurs. En fait, ce qui peut sembler remarquable est que la plupart des paiements fonctionnent bien. Cette efficacité résulte de décennies d'expérience en matière de compréhension des risques et d'efforts en vue de les atténuer.

Le risque juridique peut émaner de l'absence d'une règle de droit, de son ambiguïté, de son inadéquation et de son inapplicabilité. Il n'existe pas de document exhaustif compilant les problèmes des consommateurs associés aux paiements au Canada. Il existe, cependant, certains indices qui soulignent que les consommateurs se heurtent à des difficultés. Il s'agit d'un processus remarquablement complexe de définir les règles régissant les paiements au Canada et d'évaluer quelle règle s'applique dans une situation particulière.

Certaines parties du cadre réglementaire ciblent les mécanismes de paiements, comme la devise et les chèques, mais négligent pour la plupart les types d'instrument élaborés plus récemment. D'autres composantes sont encadrées par des conditions institutionnelles : la transaction est réglementée dans la mesure où un type d'entité spécifique est le fournisseur, mais pas autrement. Le Parlement et les provinces ont tous deux légiféré et il se peut qu'un chevauchement apparent existe dans certains cas ainsi que des incohérences potentielles dans la réglementation de mécanismes particuliers. Les consommateurs ne peuvent pas non plus nécessairement se fier aux conditions et aux politiques contractuelles de leurs banques et institutions financières afin de les protéger, car celles-ci renforcent certaines asymétries entre les banques et la clientèle et perturbent le marché de manière à donner un avantage important aux banques. Les conditions et modalités auxquelles sont soumis les clients font également en sorte que le marché est

moins efficace, car elles permettent aux banques de prendre des risques opérationnels et autres sans se soucier des conséquences juridiques potentielles, en prétendant mettre le risque juridique carrément sur le dos des consommateurs.

Le Canada a besoin d'un cadre réglementaire universel fondé sur certains principes et mesures de protection des consommateurs, y compris : l'universalité et la cohérence (la plus exhaustive possible), la réglementation fonctionnelle (réglementer une fonction plutôt que la nature du fournisseur), la responsabilité (p. ex. le principe du « responsable de l'évitement au moindre coût ») et des objectifs qui vont au-delà de la promotion de l'efficacité du marché et qui examinent, par exemple, l'inclusion sociale et financière.

Le présent rapport formule les recommandations suivantes en vue de jeter les bases d'un cadre réglementaire solide pour les paiements de détail qui protégera les consommateurs canadiens.

Recommandation 1: Utiliser les *Directives des Nations Unies pour la protection des consommateurs* comme base pour élaborer des principes régissant un cadre de réglementation des mécanismes de paiement de détail, y compris des exigences pour les institutions financières de mettre en œuvre des modalités de contrat claires, concises et faciles à comprendre qui ne sont pas injustes et de clarifier la responsabilité du fournisseur à fournir des services fiables.

Recommandation 2: Adopter le principe du « responsable de l'évitement au moindre coût » dans toute l'élaboration de réglementation et de politiques afin d'assurer que le participant du marché qui est le plus en mesure d'atténuer un risque (ou autre problème), au moindre coût, soit tenu ou incité à le faire.

Recommandation 3: Réformer tous les organismes de réglementation externes, dont l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement et l'ADRBO, afin d'assurer qu'ils disposent des ressources nécessaires, d'une autorité efficace et de pouvoirs de mise en application, et qu'ils comprennent la participation obligatoire des institutions financières.

Recommandation 4: Établir un cadre fédéral de protection du consommateur financier universel, exécutoire et obligatoire (y compris des règles applicables aux paiements de détail) qui s'appliquera à toutes les transactions au Canada. Ce cadre doit harmoniser les règles existantes et établir de nouvelles obligations au besoin et doit comporter des consultations avec de multiples intervenants, en particulier avec les groupes d'intérêt public et de défense des consommateurs.

Gérer le risque juridique dans l'écosystème canadien du paiement électronique au détail : La perspective du consommateur

1.0 Encadrement du sujet

1.1 Formulation d'hypothèses

Les paiements sont essentiels dans une économie moderne, puisqu'ils facilitent l'échange de valeurs entre les participants du marché. Mais, laissés à eux-même, ils sont par nature très risqués. Il est nécessaire d'atténuer ces risques et on emploie souvent des mécanismes juridiques pour le faire. Toutefois, ces mécanismes juridiques peuvent être inadéquats ou inefficaces dans une certaine mesure. Nous soutenons que tel est le cas dans l'écosystème canadien des paiements au détail : les mécanismes juridiques n'atténuent pas les risques associés aux paiements aussi bien qu'ils le pourraient, ce qui génère en soi un risque juridique. En bref, la loi ne répond pas aux attentes et il en résulte des conséquences négatives pour tous les participants.

Les consommateurs canadiens éprouvent ce manque à gagner et expriment du moins un malaise amorphe à cet endroit. Par exemple, un sondage pancanadien réalisé par Environics en octobre 2015 montre que 17 % des utilisateurs de mécanismes de paiement des factures en ligne et 12 % des utilisateurs de débit préautorisé ont éprouvé un problème avec ces processus au cours des deux dernières années et dans les deux cas, 17 % estimaient qu'ils n'étaient pas satisfaits du règlement de ce problème. Certains d'entre eux ont choisi de cesser d'utiliser ces mécanismes de paiement en conséquence¹. Les renseignements anecdotiques obtenus par les groupes de défense des consommateurs canadiens illustrent que d'autres types de paiement électronique présentent fréquemment des problèmes, et que les consommateurs ne comprennent pas leurs droits et leurs obligations. Il est donc peu surprenant que, selon la même étude, seulement 48 % des consommateurs canadiens estiment avoir « une grande confiance » à l'endroit des systèmes de paiement électronique et que 87 % croient que leur réglementation doit être approfondie et uniforme². La valeur de ce qui est utilisé afin de payer peut changer, ou ce qui est échangé peut être contrefait (ou peut même ne pas appartenir au « payeur »). L'échange peut être compromis ou retardé. Si des intermédiaires participent au processus – ce qui est habituellement le cas, ils peuvent être incompetents, malhonnêtes ou cesser leurs opérations. Et, naturellement, tous ces participants peuvent simplement parfois faire des erreurs. En fait, ce qui peut sembler remarquable est que la plupart des paiements fonctionnent bien. Cette efficacité résulte de décennies d'expérience en

¹ Centre d'intervention budgétaire et sociale de la Mauricie, *Accélérer le paiement électronique des factures : La perspectives des consommateurs* (Trois-Rivières : Centre d'intervention budgétaire et sociale de la Mauricie, 2016), en ligne : Cibes-Mauricie.ca <<https://cibes-mauricie.ca/wp-content/uploads/recherches/recherche-paiement.pdf>> pp. 53 et 61.

² *Ibid*, p. 63.

matière de compréhension des risques et d'efforts en vue de les atténuer. La perte de confiance mine le développement des systèmes de paiement électroniques au Canada et leur acceptation par les consommateurs même si, comme l'a documenté le Groupe de travail sur l'examen du système de paiements en 2011-2012, la migration vers les paiements électroniques rendrait l'économie canadienne plus efficace et concurrentielle³.

La présente étude de recherche vise à : 1) établir la nature et les composantes du risque juridique associé aux systèmes de paiement au détail; 2) cerner et décrire les concepts théoriques du droit qui peuvent sous-tendre un cadre réglementaire cohérent conçu pour atténuer ces risques; et 3) relever, à titre de référence, des pratiques exemplaires réglementaires actuelles dans ce domaine aux États-Unis, dans l'Union européenne et en Australie. Du point de vue méthodologique, les travaux de recherche ont été axés sur la recherche et l'analyse documentaire, ainsi que sur des discussions complémentaires avec les principaux intervenants.

Nous formulons ici l'hypothèse que le risque juridique du système de paiement au détail canadien relève de trois types de causes : d'abord, l'absence de normes, et leur caractère ambigu ou inadéquat lorsqu'elles existent; deuxièmement, qu'il prend la forme de deux aspects, c'est-à-dire un risque de fond (une « mauvaise » norme) et un risque procédural (l'absence d'un forum approprié pour faire appliquer la norme); et troisièmement, qu'il exerce une incidence sur la pénétration du marché, le comportement du marché et la réputation. Nous supposons également que le cadre réglementaire actuel n'est pas en mesure d'atténuer ce risque de manière adéquate et selon notre hypothèse, cette lacune découle d'un manque d'uniformité dans sa façon de traiter le risque et les écarts importants dans sa couverture. Nous formulons également l'hypothèse qu'il existe des principes réglementaires relevés dans les ouvrages académiques et mis en œuvre par d'autres administrations, qui pourraient orienter l'examen de notre cadre réglementaire en vue de le rendre plus cohérent, complet et efficace.

1.2 Établissement des limites

1.2.1 Concentration sur les « transferts électroniques de fonds »

Les paiements sont omniprésents dans les marchés. Ils engagent la participation de presque tout le monde et prennent des formes différentes. De plus, le terme « paiement » a un sens large et étroit en même temps : il peut viser les opérations en nature, qui ne nous concernent pas, et il peut sembler ne pas comprendre, par exemple, la demande d'un consommateur de transférer une valeur d'un compte détenu dans une institution financière à un autre compte dans la même institution, même si cette opération est susceptible de soulever les mêmes types de risque opérationnel, financier ou juridique qu'un « paiement » comme tel.

³ Groupe de travail sur l'examen du système de paiements, *Le Canada à l'ère numérique* (2011), en ligne : <<https://www.finextra.com/finextra-downloads/newsdocs/canadapaymentstaskforce.pdf>>. Voir par exemple pp. 4 et 6.

Aux fins de la présente étude, nous nous concentrons donc sur un sous-ensemble de paiements (ou d'opérations analogues) mettant en cause au moins une personne physique agissant au Canada. En particulier, nous définissons le terme « paiement » comme le transfert de fonds à des fins personnelles ou ménagères et nous reconnaissons qu'il faut des explications à ce sujet.

D'abord, nous avons l'intention de discuter des opérations qui relèvent du « transfert de fonds ». Nous adoptons cette terminologie afin d'éviter d'être gênés par les controverses croissantes sur le concept de « l'argent », tout en excluant également les formes d'exécution en nature. Nous entendons par « fonds » une forme de bien fongible (matériel ou immatériel) qui est accepté par les parties comme ayant le pouvoir d'éteindre une obligation, qui peut être transférée à une autre partie dans des conditions semblables et qui n'a aucune autre valeur intrinsèque hormis son utilisation à titre d'instrument financier⁴. La notion que nous définissons comprend alors l'argent *stricto sensu*, mais aussi les instruments dont la nature est moins bien définie, tels que les crypto-monnaies et les points de fidélité.

De plus, il doit y avoir un « transfert ». Autrement dit, la relation entre les fonds et leur propriétaire ou détenteur doit changer de façon significative. Dans bien des cas, il s'agira d'une autre entité à laquelle les fonds sont transférés afin de s'acquitter d'une obligation, ou qui détient les fonds au nom du cédant ou d'une autre partie. Cependant, le concept comprend une opération par laquelle une personne transfère des fonds de son compte bancaire à une carte prépayée émise par cette même banque, par exemple, ou de son compte courant à son compte d'épargne⁵.

Enfin, nous examinons les opérations effectuées par des personnes physiques à des fins personnelles ou ménagères. Cela comprend les opérations considérées comme « du consommateur », mais également celles où la personne physique reçoit des fonds (notamment des prestations gouvernementales ou un salaire) et les opérations entre les personnes physiques. Autrement dit, nous avons l'intention de couvrir le segment consommateur-entreprise, le segment entreprise-consommateur et le commerce de personne à personne, mais d'exclure le segment interentreprises (C3E)⁶. Nous nous préoccupons donc exclusivement des opérations « au détail » mettant en cause au moins une personne physique.

⁴ Ce dernier élément exclut les paiements en nature et nous reconnaissons qu'il exclut les lingots, mais les risques particuliers associés avec ces deux types de mécanismes de paiement dépassent la portée de la présente analyse.

⁵ C'est-à-dire que nous tentons d'inclure les transactions qui ne changent pas nécessairement les relations juridiques entre les parties, car il n'y a pas eu nécessairement de « paiement » ou d'affectation, mais les processus utilisés pour « déplacer des fonds » ont été employés. Nous procédons ainsi puisque le potentiel de fautes, d'erreurs et de pertes est pratiquement identique, du point de vue du consommateur, aux autres paiements qui mettent en cause un changement de relations juridiques entre les parties.

⁶ Ou selon la terminologie anglaise : C2B (*Consumer to Business*), B2C (*Business to Consumer*), P2P (*Person to Person*) et B2B (*Business to Business*).

De plus, nous examinerons principalement les transferts de fonds électroniques, surtout parce que les opérations en comptant ou autres formes d'argent papier, telles que les chèques, sont déjà bien réglementées et soulèvent donc différents types de risques juridiques.

1.2.2 La question controversée des « systèmes » de paiement

De nombreuses études examinant les questions relatives aux paiements et au risque juridique se concentrent également sur la notion des « systèmes⁷ » de paiement. Dans une certaine mesure, cela est compréhensible, puisque les systèmes traitent un grand volume de transactions, et constituent donc une proportion considérable du marché. Nous estimons que le fait d'insister sur le traitement des « systèmes » est toutefois malavisé.

Il n'y a aucune définition claire de ce qui caractérise un « système ». Du point de vue institutionnel, on peut soutenir que le concept comprend les réseaux tels qu'Interac, MasterCard ou Visa. Mais s'agit-il également de l'Association canadienne des paiements⁸, dont l'un des « systèmes » les paiements « au détail », même s'il a été désigné par la Banque du Canada à titre de système « important »? Le système comprend-il PayPal ou les émetteurs de cartes prépayées?

Quels éléments doivent caractériser un « système »? Une infrastructure? Des règles et des processus? Une taille quelconque? L'un ou l'autre ou encore tous ces éléments? Quels seraient les critères associés à ces éléments?

⁷ Voir p. ex. Ministère des Finances du Canada. *Trouver l'équilibre entre la surveillance et l'innovation des systèmes de paiements : Document de consultation*. Ottawa, Avril 2015. Consulté à <http://fin.gc.ca/activty/consult/onps-ssnp-fra.asp>.

⁸ Nous savons que l'ACP a prétendu en juin 2016 changer sa marque à « Paiements Canada ». Toutefois, l'article 3 de la *Loi canadienne sur les paiements* (L.R.C., ch. C-21) énonce explicitement : « Est constituée une personne morale dénommée "Association canadienne des paiements". » et nous ne pouvons trouver aucune disposition dans la loi qui permettrait directement ou indirectement à l'ACP de changer de nom. En particulier, l'article 34 de la *Loi canadienne sur les paiements* prévoit que des dispositions particulières (dont les paragraphes particuliers sont énoncés) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* s'appliquent à l'Association, mais la liste de dispositions exclut les paragraphes 10 (6) et 173 (1) a) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* qui prévoient respectivement le droit de cette société d'utiliser un autre nom et le processus de changement de nom. Étant donné les règles bien établies de l'interprétation des lois, y compris la maxime *expressio unius est exclusio alterius* (voir en particulier Côté, P.-A.; Beaulac, S.; Devinat, M. *Interprétation des lois*. 4e éd. Montréal, Thémis, 2009. 865 p. Pp. 386-387, §§ 1249, 1251 et la jurisprudence citée dans cet ouvrage, ainsi que Sullivan, R., *Sullivan on the Construction of Statutes*. 6^e éd. Markham, LexisNexis, 2014. 881 p. Pp. 248-249, et particulièrement §8.92), nous soutenons respectueusement que le Parlement n'a donc pas explicitement choisi d'accorder à l'ACP la capacité de changer de nom et nous continuerons de suivre les indications prévues par l'art. 3 et de renvoyer à l'Association canadienne des paiements ou ACP en forme abrégée, du moins jusqu'à la modification de la loi applicable.

Si l'on suppose à des fins d'illustration, par exemple, que les soi-disant réseaux de cartes sont des « systèmes », quelles entités et activités se situent réellement dans le périmètre de surveillance? L'« opérateur » du réseau seulement, ou également les émetteurs de cartes, ou les responsables tiers du traitement? Les ententes entre, disons, un émetteur et un consommateur, ou un marchand et un acheteur tombent-elles dans le champ d'application du « système » à régler? Ou le concept du « système » vise-t-il en fait l'infrastructure, plutôt que le réseau juridique de relations entre les participants du système, quels qu'ils soient?

À l'inverse, le recours à une notion de « système » exclurait l'application aux cas où un virement de fonds est uniquement une transaction bilatérale, à moins que cette notion ne s'étende jusqu'à l'extrémité de ses limites conceptuelles. Mais ce type d'opération bilatérale peut très bien présenter des risques importants pour les utilisateurs, en particulier, et doit être réglementé de façon appropriée.

La notion de « système » n'est donc pas très utile et en fait très ambiguë en matière de surveillance des transferts de fonds au détail. Une proportion importante de ces activités (y compris celles qui soulèvent les plus grands risques pour les consommateurs) n'est pas fournie par des « systèmes » (sauf au sens le plus large de ce terme). Et s'il s'agit seulement de régler les « systèmes » au sens plus étroit, notamment les réseaux, il n'y aura aucune égalité des chances dans le marché canadien des paiements.

Nous suggérons donc que la notion de « système » doit être retirée pratiquement de toute analyse ou tentative de conception de mesures réglementaires régissant les transferts de fonds au détail.

1.3 Le panorama

La manière dont les Canadiens paient ou, plus généralement, transfèrent des fonds évolue à une vitesse grandissante. Les données de l'Association canadienne des paiements incluant les transactions « au détail », qui se rapprochent suffisamment du type d'opérations qui nous intéressent afin de fournir un substitut acceptable, dégagent les tendances suivantes :

Tableau 1⁹
**Évolution de l'utilisation de divers instruments en vue d'effectuer des paiements
au détail au Canada par volume de transactions (2011, 2015) (%)**

Type d'instrument	2011	2015
Comptant	41,8	32,4
Débit	20,4	24,8
Carte de crédit	16,9	21,8
TEF ¹⁰	10,5	12,4
Chèque et papier	5,8	4,2
GAB ¹¹	3,7	2,8
Carte prépayée	0,7	1,1
Transferts en ligne ¹²	0,1	0,6

Tableau 2
**Évolution de l'utilisation de divers instruments en vue d'effectuer des paiements
au détail au Canada par valeur totale de transactions (2011, 2015) (%)**

Type d'instrument	2011	2015
Chèque et papier	50,1	44,7
TEF	39,4	44,5
Carte de crédit	4,4	5,5
Débit	2,5	2,5
Comptant	2,0	1,3
GAB	1,2	0,8
Carte prépayée	0,1	0,2
Transferts en ligne	0,1	0,5

⁹ Tompkins, Michael; Galociova, Viktoria. *Canadian Payment Methods and Trends 2016 – Discussion Paper No 7*. Ottawa, Association canadienne des paiements, novembre 2016. 24 p. P. 9, figure 3. Consulté à https://www.payments.ca/sites/default/files/cpmt_report_english.pdf. D'autres données figurent à l'annexe I du document. La définition des opérations « on-us » prévue à la section B de l'annexe II estime que leur volume est d'environ 20 % du total, avec des variations selon le type d'instrument.

¹⁰ Dans ce contexte, « TEF », ou « transfert électronique de fonds », comprend les opérations telles que les débits préautorisés tirés des comptes de dépôt détenus par les membres de l'ACP, le paiement automatique de salaires ou de prestations gouvernementales ou le paiement de factures en ligne. Voir l'annexe II, section B, du document pour les définitions.

¹¹ Dans ce contexte, « GAB », ou « guichet automatique bancaire », renvoie aux opérations effectuées par ces machines.

¹² Cela renvoie aux opérations effectuées par l'entremise du réseau de virements électroniques du service Interac (voir <http://interac.ca/fr/virement-interac-consommateurs.html>) ou de réseaux tels que PayPal.

Certaines tendances sont évidentes. Les Canadiens effectuent toujours un grand nombre d'opérations en argent comptant, mais ils se tournent de plus en plus vers d'autres solutions. Dans l'ensemble, les transactions en comptant ont tendance à avoir une valeur plutôt faible. Les transactions par carte de débit et de crédit concurrencent directement dans le marché du détail, et la valeur des transactions a tendance à être supérieure dans le cas des opérations de carte de crédit. Les opérations au GAB connaissent une augmentation marginale, ce qui correspond à l'utilisation réduite du comptant. Et s'ils augmentent à une vitesse fulgurante, les cartes prépayées et les transferts en ligne représentent toujours de très faibles proportions du volume des paiements et de la valeur des échanges.

La part considérable de valeur encore échangée par chèque et autres instruments papier peut sembler plus surprenante, mais elle s'explique largement par le fait que les entreprises commerciales utilisent toujours les chèques comme mode courant d'effectuer des paiements « à distance » – c'est-à-dire des paiements qui ne sont pas effectués en face à face. En particulier dans les petites entreprises, les systèmes comptables sont encore largement configurés pour le traitement des chèques, ce qui offre des avantages pratiques au payeur et au bénéficiaire (notamment la possibilité de joindre des renseignements sur le versement au talon de l'instrument de paiement), même si le traitement est coûteux et lent¹³.

Dans l'ensemble, toutefois, les choses évoluent dans une direction claire : les paiements passent de plus en plus par voie électronique et le comptant et les chèques sont lentement mis de côté. Ce phénomène devrait s'accélérer à mesure que l'Association canadienne des paiements met en œuvre son initiative de modernisation et que d'autres fournisseurs mettent en marché des mécanismes de paiement innovateurs par voie électronique.

1.4 Évaluation du risque

Les paiements, laissés à eux-mêmes, sont risqués par nature. La valeur de ce qui est utilisé afin de payer peut changer, ou ce qui est échangé peut être contrefait (ou peut même ne pas appartenir au « payeur »). L'échange peut être compromis ou retardé. Si des intermédiaires participent au processus – ce qui est habituellement le cas, ils peuvent être incompetents, malhonnêtes ou cesser leurs opérations. Et, naturellement, tous ces participants peuvent simplement parfois faire des erreurs. En fait, ce qui peut sembler remarquable est que la plupart des paiements fonctionnent bien. Cette efficacité résulte de décennies d'expérience en matière de compréhension des risques et d'efforts en vue de les atténuer.

Les catégories de risques liées aux paiements au détail ont été relevées auparavant, afin qu'elles puissent être comprises et gérées. Alors que les listes de risques diffèrent au

¹³ Pour une discussion de certaines de ces questions, voir Tompkins *et al*, *op. cit.*, pp. 16-18.

niveau de leur portée et terminologie, ils ont généralement tendance à se chevaucher¹⁴. Aux fins de notre étude, nous nous intéressons principalement aux risques suivants :

- risque de crédit : le risque qu'un participant « ne s'acquitte pas d'une obligation à sa pleine valeur, que ce soit lorsqu'elle arrive à échéance ou à tout moment par après¹⁵ », car il devient insolvable, par exemple;
- risque de liquidité : le risque qu'un participant ne s'acquitte pas d'une obligation lorsque celle-ci arrive à échéance¹⁶, généralement en raison d'un manque de fonds disponibles à l'époque;
- risque opérationnel : le risque de difficultés pour les participants en raison d'interruptions du système, d'erreurs de traitement ou d'autres problèmes associés au bon fonctionnement des systèmes;
- risque de comportement du marché : le risque de confusion dans le marché ou de dommages aux participants en raison d'un comportement inapproprié ou inadéquat des participants en ce qui concerne des questions telles que les conditions d'ententes régissant les transactions, la protection des données ou le règlement de litiges;
- risque social : le risque qu'une vulnérabilité mène à l'exclusion sociale, y compris l'exclusion économique et financière.

Il existe manifestement d'autres types de risque à traiter dans l'élaboration d'un cadre pour les paiements au détail, notamment :

14 Voir par exemple Committee on Payments and Market Infrastructures; Banque des règlements internationaux. *Non-banks in retail payments*. Berne, septembre 2014. 44 p. Consulté à <http://www.bis.org/cpmi/publ/d118.pdf>; Federal Financial Institution Examination Council (FFIEC). *Retail Payment Systems Risk Management*. Dans IT Examination HandBook InfoBase. Consulté à <http://ithandbook.ffiec.gov/it-booklets/retail-payment-systems/retail-payment-systems-risk-management.aspx>; Weyman, Julius. *Risks in Faster Payments*. Federal Reserve Bank of Atlanta – Retail Payments Risk Forum. Atlanta, Federal Reserve Bank of Atlanta, mai 2016. 38 p. Consulté à <https://www.frbatlanta.org/rprf/publications/2016/05/risks-in-faster-payments.aspx>. Si, à notre connaissance, il n'a pas encore été rendu public, nous avons consulté FinPay Working Group on National Retail Payment Systems Oversight. *Assessment of Risk in National Retail Payment Systems*. Ottawa, novembre 2015. Nous exprimons des réserves quant à la typologie et à l'exhaustivité de cette étude, en ce qui concerne particulièrement le risque juridique et social. La Banque Royale du Canada fournit une catégorisation utile des risques auxquels sont confrontés les grands fournisseurs de services financiers, ainsi que la mise en œuvre en gestion des affaires : voir par exemple Banque Royale du Canada. *Rapport annuel 2016*. Montréal, Banque Royale du Canada, décembre 2016. 212 p. Pp. 54-89. Consulté à http://www.rbc.com/investorrelations/pdf/ar_2016_f.pdf.

15 Nous empruntons cette définition à la Banque des règlements internationaux. *A glossary of terms used in payments and settlement systems*. Berne, Banque des règlements internationaux, mars 2013. 51 p. Consulté à http://www.bis.org/cpmi/glossary_030301.pdf.

16 Notre définition s'inspire de la Banque des règlements internationaux, glossaire, *ibid.*

- risque d'efficacité : le risque que des comportements anticoncurrentiels influent sur l'innovation ou mènent à des coûts supérieurs ou à d'autres désavantages subis par les participants;
- risque de réputation : le risque qu'un comportement ait une incidence négative sur la réputation d'un participant, que ce soit son propre comportement ou celui de tout autre participant¹⁷;
- risque stratégique : le risque qu'un participant fasse des choix inappropriés concernant son développement ou ne soit pas en mesure de mettre en œuvre ses choix¹⁸.

Nous ne cherchons pas ici à fournir une analyse exhaustive des risques associés aux paiements; nous sommes plutôt concernés par la définition des risques qui revêtent la plus grande importance pour les consommateurs, qui sont surtout propres aux paiements et qui sont le plus susceptibles d'être atténués par le biais des processus juridiques. Alors que la portée des enjeux du risque d'efficacité est beaucoup plus large, tandis que le risque de réputation et le risque stratégique sont principalement dans l'intérêt des fournisseurs, ils sont donc moins pertinents dans ce contexte particulier, ce qui ne nie évidemment pas leur importance dans le fonctionnement efficace des systèmes de paiement en général.

Mais un consommateur désireux d'effectuer un paiement s'attend à avoir accès à un mécanisme de paiement qui fonctionnera correctement, à ce que ses parties contractantes agiront de manière juste et à ce que les fonds arriveront en bon temps là où ils sont attendus. Toutes ces propriétés d'un mécanisme de paiement fonctionnel peuvent être améliorées potentiellement par des règles juridiques, comme nous le développerons dans la présente étude.

1.5 Atténuation du risque par voie juridique

1.5.1 Une longue tradition

Il est banal de dire que la loi peut être utilisée afin d'atténuer le risque : elle établit des règles, réduit l'incertitude relativement au comportement attendu, et fournit habituellement des mécanismes d'application qui visent à favoriser la conformité avec ces règles. Si A sait comment il doit se comporter et comment sa contrepartie doit se comporter, et si A a un recours en cas d'inconduite de sa contrepartie, le risque que A encoure une perte inattendue ou indésirable est réduit, et celui de la contrepartie l'est également.

¹⁷ Il peut y avoir un risque de « contagion », lorsqu'une industrie entière est ternie par l'inconduite d'un participant, par exemple : voir en particulier Barnett, Michael L.; Hoffman, Andrew J. *Beyond Corporate Reputation: Managing Reputational Interdependence*. Corp. Reputation Rev. (2008) 11:1. Consulté à <https://link.springer.com/article/10.1057/crr.2008.2>.

¹⁸ Cette définition s'inspire de la Banque Royale du Canada, *op. cit.*, p. 85.

La loi a été utilisée afin d'atténuer le risque associé aux paiements depuis très longtemps. Dès environ 1754 av. J.-C., le Code d'Hammurabi à Babylone prévoyait des dispositions concernant les paiements, notamment l'article 108 :

108. Si une tavernière n'accepte pas de blé selon le poids brut en paiement d'une boisson, mais accepte de l'argent, et le prix de la boisson est inférieur à celui du blé, elle sera condamnée et jetée à l'eau¹⁹.

La règle ancienne définit les modes de paiement acceptables pour un type de bien particulier et dans quelle mesure. Elle prévoit également une pénalité radicale en cas de non-conformité²⁰.

Au cours des trois mille dernières années, d'innombrables promulgations ont été adoptées afin de définir et de réglementer les types d'instruments de paiement, leur valeur et les droits et responsabilités associées à leur utilisation. Étant donné l'importance sociale et économique des paiements, il n'est pas surprenant que les tribunaux aient aussi été régulièrement tenus d'interpréter ces lois.

Les paiements génèrent des risques et la loi peut atténuer le risque associé aux paiements. Mais, ce faisant il est possible de générer des risques supplémentaires si les mesures juridiques ne sont pas adéquates aux besoins. Il faut donc également gérer le risque juridique.

1.5.2 Les caractéristiques floues du risque juridique

Le concept du risque juridique ne fait pas consensus. Pour certains fournisseurs, il est principalement – et simplement – associé aux conséquences préjudiciables issues de la non-conformité aux règles juridiques ou la possibilité que des changements au cadre réglementaire aient une incidence sur leurs activités²¹. Dans notre cas, nous envisageons le risque juridique selon une perspective élargie.

Au sens le plus large du terme, le risque juridique est associé au résultat de la confrontation entre une situation de fait et une règle de droit. Ce type de confrontation est omniprésent dans les activités de paiement. Or les ouvrages économiques et bancaires sur

¹⁹ *The Code of Hammurabi*. Traduit par King, L.W. Consulté à <http://www.general-intelligence.com/library/hr.pdf>. Le Code est en soi préservé physiquement sur une stèle de pierre qui peut être admirée au Musée du Louvre. La disposition semble interdire l'offre d'un tarif préférentiel inférieur aux payeurs en argent plutôt qu'en blé : une forme spécifique de rabais est donc interdite. L'élément misogyne est horriblement choquant.

²⁰ La survie à être jeté dans une rivière à cours rapide n'était pas donnée. La section 2 du Code envisage le scénario où l'accusée s'en sort et si elle se noie ce qui fait de la pénalité une forme d'épreuve qui rappelle aux lecteurs de l'Occident les procès de chasse aux sorcières.

²¹ Voir p. ex. Banque Royale du Canada, *op. cit.*, pp. 84-85 . Avec respect, nous avons tendance à voir la seule non-conformité comme un sous-ensemble du risque opérationnel, et les changements au cadre réglementaire comme un sous-ensemble du risque stratégique.

le risque lié au paiement se penchent rarement sur le risque juridique, l'accent étant habituellement mis sur le risque systémique, de crédit, de liquidité ou opérationnel²². Dans ce fil de recherche, les enjeux de risque juridique associés aux paiements sont limités à des études courtes, des synthèses ou à une simple définition dans un glossaire²³.

Il est donc nécessaire d'entamer notre analyse à un niveau assez élevé, de manière à délimiter notre sujet. Il est évident que des normes juridiques s'appliquent aux paiements; l'application (ou la non-application, selon le cas) de ces normes produit des résultats universellement satisfaisants, et aucun problème ne survient – en pratique du moins²⁴. Mais parfois les résultats sont moins satisfaisants; il nous incombe de définir les catégories de situations où le risque juridique se présente et de comprendre quelle en sera l'incidence. Bref, quelles sont les causes du risque juridiques et quelles en sont les conséquences?

1.5.3 Quelques causes du risque juridique

Le risque juridique peut émaner de l'absence d'une règle de droit, de son ambiguïté, de son inadéquation et de son inapplicabilité.

1.5.3.1 *L'absence d'une règle de droit*

Dans le cas où aucune règle de droit n'est applicable à une situation, les intervenants ne savent pas quel comportement adopter. L'absence d'une norme spécifique ne signifie pas qu'ils n'ont aucun droit ou obligation; simplement, qu'ils ne peuvent établir avec certitude quels sont ces droits ou obligations dans leur prise de décision. Cela résulte du

²² Il existe, en particulier aux États-Unis, une quantité importante d'ouvrages juridiques sur la gestion du risque dans les paiements, ce qui deviendra évident dans la présente étude. Il semble donc s'agir d'un domaine d'intérêt davantage pour la communauté juridique que la communauté des paiements dans son ensemble; il se peut que la communauté « bancaire » soit habituée à assumer que le cadre juridique existant est adéquat, sans que d'autres études soient nécessaires. Cependant, les ouvrages juridiques sont plus préoccupés par la conception de solutions que la définition du « risque juridique » comme tel.

²³ Une analyse intéressante est offerte par Collard, Christophe; Roquilly, Christophe. *Proposals for a Definition and Map of Legal Risk*. Nice, école de commerce EDHEC, juin 2011. 17 p. Consulté à http://faculty-research.edhec.com/medias/fichier/edhec-position-paper-proposals-for-a-definition_1335169641716.pdf. La Banque des règlements internationaux définit dans *A glossary of terms used in payments and settlement systems* (mars 2013, consulté à http://www.bis.org/cpmi/glossary_030301.pdf) le risque juridique comme étant soit « le risque de perte en raison de l'application inattendue d'une loi ou d'un règlement ou de la non-exécution d'un contrat », soit « le risque qu'une partie subisse une perte, car les lois et la réglementation n'appuient pas les règles [...], la performance des [...] ententes, ou les droits de propriété et autres intérêts détenus [...]. Le risque juridique est également soulevé si l'application des lois et des règlements n'est pas claire ».

²⁴ Conceptuellement, il peut y avoir des risques associés avec de telles situations, mais comme ils ne sont pas décisifs, ils demeurent d'intérêt académique. Ce type de risque, s'il se matérialise, tomberait dans les catégories examinées ci-dessous.

fait que les tribunaux livreront une décision même en l'absence d'une norme particulière, selon des principes de droit généraux – et avec des résultats imprévisibles pour les parties²⁵.

Une fois définie comme telle, l'incertitude associée à l'absence d'une règle de droit peut avoir des conséquences négatives allant de la réticence à conclure des ententes susceptibles d'être invalidées ou de susciter des résultats imprévus, jusqu'à freiner l'innovation. Lorsqu'elle n'est pas relevée a priori, cette incertitude peut entraîner des coûts importants et nuire à des secteurs pendant que les tribunaux tâtonnent à examiner des situations de fait complexes et une orientation inadéquate des législateurs en vue de fournir une solution ponctuelle qui peut ne pas correspondre pleinement à la meilleure politique publique. En bref, les tribunaux sont en pareil cas mis dans une situation où ils doivent faire de leur mieux sans avoir les outils nécessaires afin de s'assurer de prendre les bonnes décisions.

Les questions telles que la validité des paiements en bitcoins au Canada²⁶, le statut légal des fonds détenus par un fournisseur comme PayPal en cas de sa mise en faillite²⁷

²⁵ Au Québec, par exemple, l'art. 10 du *Code de procédure civile*, R.S.Q., c. C-25.01, précise spécifiquement que les tribunaux « ne peuvent refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Le principe que les tribunaux ont « une obligation d'entendre et de déterminer » des questions a été récemment réitéré par la Cour suprême du Canada : *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, §25 (bien que certes dans un contexte élargi).

²⁶ Disons qu'à un moment donné t_1 , A promet de payer B un bitcoin pour un service fourni à l'heure t_2 , lorsqu'un paiement doit également intervenir. Dans l'intervalle, la valeur marchande du bitcoin double, A allègue donc qu'elle doit un demi-bitcoin pour le service. En vertu du principe consacré du nominalisme, connu en loi anglaise depuis au moins l'affaire *Case of Mixt Moneys, Gilbert v. Brett* (1604), Davies 18; 2 State Trials 114 (et également codifiée dans le droit du Québec aux termes du *Code civil du Québec*, art. 1564), A a tout à fait tort si le Bitcoin est de l'argent : elle doit le nombre d'unités de valeur qu'elle a promis, plutôt que la valeur marchande de ces unités. Mais le Bitcoin est-il une forme d'argent? Pour une discussion du nominalisme, voir Mann, F.A.. *The legal aspect of money – with special reference to comparative private and public international law*. 4^e éd. Oxford, Clarendon Press, 1982. 602 p. Voir en particulier pp. 86-96. La question est compliquée par la *Loi sur la monnaie*, L.R.C., ch. C-52, dont l'article 13 confirme la validité des dispositions contractuelles exigeant le paiement en devise canadienne ou en monnaie d'un ou plusieurs pays, mais dont l'article 12 exige que toute référence à l'argent dans les procédures judiciaires soit exprimée en devise du Canada. Pour une discussion sur ces dispositions, voir David, Guy. *Money in Canadian Law*. [1986] 65 Can. B. Rev. 192, à 214-222.

²⁷ Lorsqu'un payeur se sert d'un fournisseur tel que PayPal pour transmettre les fonds à un bénéficiaire, il y a une période où le fournisseur est en possession des fonds, mais ne les a pas transférés au bénéficiaire; si le fournisseur devient à ce moment insolvable, les fonds sont-ils réputés appartenir au payeur, au bénéficiaire ou au fournisseur, auquel cas ils seraient amalgamés avec d'autres actifs en vue de rembourser les créanciers du fournisseur conformément à la loi sur les faillites? Nous notons en particulier qu'il n'existe aucune exigence claire d'un tel fournisseur qu'il mette dans un compte fiduciaire les fonds en transit

ou la responsabilité particulière du fournisseur d'un « portefeuille » électronique (plutôt que celle de l'émetteur ou du réseau) ne sont que des exemples de situations illustrant au mieux le caractère précaire du droit canadien et plus probablement son inexistence. Les tribunaux seraient donc tenus d'élaborer des solutions fondées sur des concepts de droit génériques tels que le cours légal, la compensation en « equity » ou la représentation qui s'appliquent aux preuves (parfois insuffisantes) apportées devant eux, ce qui donne des résultats imprévisibles pour les parties et ne correspond pas nécessairement aux meilleures politiques publiques.

1.5.3.2 *L'ambiguïté d'une norme*

Lorsqu'il existe une règle de droit qui peut s'appliquer à une situation, mais qui n'est pas claire, les intervenants ne savent à nouveau pas comment se comporter et peuvent apprendre après-coup que leur comportement était jugé inapproprié. L'ambiguïté peut relever de la portée d'une règle, de son sens, de sa complexité ou de sa stabilité.

Avant la trilogie de décisions de la Cour suprême sur Canada dans l'affaire *Marcotte* en septembre 2014, il y avait une incertitude quant à la portée de la compétence provinciale sur la divulgation des frais bancaires, les banques demandant fermement leur immunité. La question a été résolue en faveur de la compétence provinciale et a probablement coûté deux cents millions de dollars ou plus au secteur bancaire. Il existe certainement d'autres domaines où des enjeux relatifs à la portée peuvent être cernés. Certains seront liés à l'application de la loi provinciale aux « entreprises fédérales », comme la notion s'entend dans le droit constitutionnel canadien²⁸; d'autres pourraient être liés à des questions comme la définition des types d'instruments de paiement auxquels ils s'appliquent²⁹.

ou toute autre mesure de protection. Cela contraste avec les exigences de protection prévues par l'article 10 de PSD2.

28 Les entreprises fédérales comprennent les entités qui s'adonnent principalement à des activités de réglementation fédérale, notamment les télécommunications, les banques ou le transport aérien, celles jugées à l'avantage général du Canada (notamment des composantes de l'industrie nucléaire ou les élévateurs à grain et, dans une moindre proportion, les entreprises constituées en vertu d'une loi fédérale. Pour une discussion, voir Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada – 2011 Student Edition*. Toronto, Carswell, 2011. §§ 15.8 (c).

29 Le *Code de pratique canadien des services de cartes de débit* (consulté à <https://www.canada.ca/content/dam/canada/financial-consumer-agency/migration/fra/industrie/documents/debitcardcode-fra.pdf>) s'applique aux opérations débit effectuées avec une carte et un numéro d'identification personnel (« NIP »); ainsi, selon une interprétation littérale, il semble exclure les opérations sans NIP qui sont de plus en plus courantes (l'ACP estime que les « cartes sans contact » ou les opérations de carte de débit et de crédit sans NIP ont cru de 70 % en 2015 et constituent désormais 12 % de toutes ces opérations : Tompkins *et al.*, *op. cit.*, p. 13); les tribunaux considéreraient-ils l'interprétation du Code selon le principe de l'« arbre vivant » et concluraient-ils qu'il doit être interprété comme applicable à ce nouveau type de transaction? De plus, puisque le Code a été ratifié par l'Association des banquiers canadiens et la Fédération des caisses Desjardins du Québec (selon son nom actuel), il n'est pas clair au sens légal dans quelle mesure ces organisations ont agi comme agents ou mandataires des émetteurs de carte et titulaires de

Même lorsque la portée d'une règle est claire, son sens peut être ambigu. Par exemple, à l'article 5 du *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*, que signifie la notion de « délai raisonnable » fourni à un consommateur pour aviser l'émetteur du vol ou de la perte d'une carte de débit, étant donné que le Guide d'interprétation du code exige du consommateur qu'il avise « dès » qu'il prend connaissance du vol ou de la perte, nonobstant le fait qu'à ce moment il puisse être dans l'impossibilité matérielle de fournir cet avis?

De plus, de nombreuses règles claires, une fois conjuguées, peuvent créer un panorama normatif si complexe qu'il devient un écheveau presque impénétrable où sont susceptibles de se perdre même les plus sages. Nous disposons actuellement au Canada de différentes règles pour les débits préautorisés issus de comptes de dépôt (et des différences potentielles si le débit est réglé par le biais du Système automatisé de compensation et de règlement de l'Association canadienne des paiements ou non³⁰), débits préautorisés sur les comptes de carte de crédit et les paiements de factures en ligne, même si ces trois types d'opérations peuvent servir à régler la même facture de service mensuelle.

Nous avons des règles différentes concernant la responsabilité du consommateur quant au retrait frauduleux d'un guichet automatique bancaire au moyen d'une carte de débit, d'une carte de crédit émise par une banque ou d'une carte de crédit émise par une autre institution financière qui accepte des dépôts, mais qui n'est pas une banque³¹. Il est non

comptes individuels (tels que les banques), ainsi dans quelle mesure le Code s'applique effectivement à ces institutions.

³⁰ Les opérations entre différentes institutions financières seront autorisées par l'ACP au nom d'un payeur et d'un bénéficiaire, et seront régies par les règles de l'ACP, tandis que les opérations intrabancaires ou « on-us » ne sont pas autorisées par l'ACP, de sorte que ses règles ne s'y appliquent pas et, tel que susmentionné, elles constituent environ 20 % des paiements au Canada. Dans bien des cas, il est pratiquement impossible pour le consommateur de déterminer si l'opération sera ou non intrabancaire, puisque la personne doit connaître la banque de sa contrepartie, ce qui rend impossible la prise de décision éclairée concernant le cadre normatif associé avec l'opération voulue.

³¹ Les opérations de « débit » sont (en principe) régies par le *Code de pratique*. Les retraits au guichet automatique bancaire avec une carte de crédit émise par une banque sont régis par le paragraphe 12 (1) d) du *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, qui permet à la banque de déterminer dans ses conditions d'utilisation la responsabilité maximale potentielle qui incombe au consommateur infortuné. Les retraits semblables au moyen d'une carte de crédit émise par une institution financière à réglementation provinciale seraient probablement régis par les lois provinciales (telles que l'article 69 de la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario, L.O. 2002, ch. 30, annexe A, et l'article 58 du *Règlement 17/05* ou l'article 124 de la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec). Étant entendu que le consommateur n'a aucunement contribué à un retrait frauduleux, celui-ci n'aurait aucune responsabilité dans le premier cas, mais pourrait être entièrement responsable du montant frauduleusement retiré dans le deuxième cas, tandis que sa responsabilité pourrait être plafonnée à cinquante dollars (50 \$) dans le troisième scénario si un tribunal statuait que l'opération par carte de crédit était régie par une loi provinciale (un résultat incertain,

seulement douteux que les consommateurs canadiens comprennent ces nuances subtiles régissant le risque juridique associé à des opérations apparemment semblables; il n'est pas non plus certain que les institutions financières les comprennent et les appliquent toujours uniformément³².

Nous disposons de contrats du client dont le contenu (impénétrable) pourrait être en partie illégal en vertu de la compétence provinciale ou de la common law³³, et nous sommes donc aux prises avec l'interaction complexe de dispositions contractuelles, des lois et du droit commun : si nous disposons de règles (hypothétiquement) claires, leur interaction est tout sauf claire.

Pour compliquer les choses davantage, une règle de droit peut être jugée constitutionnellement vague. Dans les contextes où les technologies ou les pratiques du marché évoluent rapidement, le législateur peut préférer la mise en œuvre d'exigences génériques, afin d'éviter de devoir adapter la règle à mesure qu'évoluent les pratiques. S'il peut s'agir de politiques publiques saines et de bonnes lois, le Parlement doit tout de même faire attention de fournir une orientation suffisante aux fins des futurs débats juridiques³⁴.

De plus, et supposant qu'une règle est claire et simple de par sa portée et son contenu, sa continuité peut être incertaine. Le gouvernement peut exprimer le souhait de modifier la règle à une date ultérieure non précisée ou une décision importante peut être attendue d'une cour d'appel dans un an ou deux, par exemple. Bref, l'avenir de la règle (ou l'absence de celle-ci) peut être incertain et ambigu.

puisque ces dispositions ont pour la plupart été rédigées à une époque où les cartes de crédit étaient utilisées pour effectuer des achats au point de vente et n'ont pas été mises à jour afin de préciser qu'elles s'appliquent aussi aux retraits au guichet automatique).

32 Ce manque de compréhension apparent a récemment été mis en lumière, lorsqu'une banque a prétendu tenir son client entièrement responsable d'opérations par carte de crédit effectuées en magasin, plutôt qu'à un guichet bancaire, ce qui confond les paragraphes 12 (1) c) et d) du *Règlement sur le coût d'emprunt* susmentionné (sans mentionner la confusion entourant l'application potentielle du droit provincial ou la déclaration attribuée à un représentant de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada concernant l'incidence juridique des déclarations et garanties fournies par une banque) : voir McLaughlin, Ross; Hermiston, Sandra. *New credit card technology may not protect you like you think*. CTV News, 24 avril 2017. Consulté à <http://bc.ctvnews.ca/new-credit-card-technology-may-not-protect-you-like-you-think-1.3376140>.

33 De nombreuses dispositions des ententes entre le consommateur et les fournisseurs de services de paiement sont vraisemblablement invalidées en vertu des lois du Québec; les avocats rédigeant ces ententes au nom des fournisseurs peuvent examiner également *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, où la Cour suprême du Canada a explicitement reconnu l'existence d'un « principe directeur de bonne foi » qui « montre bien que la partie contractante, lorsqu'elle exécute ses obligations contractuelles, devrait prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de son partenaire contractuel. »

34 *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, 643; *Wakeling c. États-Unis d'Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 SCR 549, § 62 .

Les règles de droit ne peuvent pas toujours être parfaitement claires et elles ne sont pas éternelles : la réalité est trop complexe et imprévisible. Ainsi, le risque juridique ne peut être entièrement évité. Mais plus le cadre réglementaire est flou, plus l'incertitude et le risque pèsent sur tous les participants du marché.

1.5.3.3 *L'adéquation d'une règle*

Même si une règle existe manifestement est qu'elle est claire, elle peut être inadéquate – ou du moins perçue comme tel. Si son application est prévisible, elle suscite néanmoins des résultats indésirables.

Il est désormais bien établi qu'un utilisateur final ne peut fonder une contestation judiciaire sur une règle de l'ACP, peu importe si celle-ci est potentiellement utile dans l'affaire³⁵. La règle est claire, mais exclut l'application d'exigences conçues pour protéger les consommateurs, notamment les dispositions de la règle H1 concernant la désactualisation des débits préautorisés non conformes à l'autorisation du consommateur, ou les dispositions de la règle H6's qui répute (habituellement) qu'un paiement a été fait le jour où le consommateur a transféré les fonds, plutôt qu'à la date de leur réception par le bénéficiaire³⁶.

Tel que susmentionné, aux termes du paragraphe 12 (1) c) du *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)* fédéral, la responsabilité de l'utilisateur final quant aux transactions frauduleuses de carte de crédit est explicitement plafonnée à 50 \$ si la carte est perdue ou volée, mais le paragraphe 12 (1) d) ne prévoit aucun plafond de responsabilité lorsque la carte est utilisée pour effectuer un retrait au guichet bancaire; il n'y a aucune justification évidente expliquant cette distinction, puisque la carte et le NIP seraient normalement requis dans les deux cas. De plus, il n'existe aucune disposition prévoyant un plafond de responsabilité si le numéro de carte est utilisé dans un contexte où la carte n'est pas présente si la carte n'a jamais été perdue ou volée, mais ces situations sont de plus en plus fréquentes : il est bien connu que des millions de numéros de carte de crédit ont été interceptés et volés et ont été utilisés pour commettre une fraude en ligne (ou au moyen de cartes contrefaites), alors que la carte originale est elle-même demeurée en sécurité dans le portefeuille du titulaire.

On peut dire que ces normes légales sont inadéquates en particulier vu l'évolution de la technologie. Elles ne prévoient pas de solutions de principe, cohérentes ou justes aux problèmes éprouvés par les consommateurs et autres utilisateurs.

³⁵ *B.M.P Global Distribution inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2009 CSC 15, [2009] 1 S.C.R. 504.

³⁶ Association canadienne des paiements. *Rule H1 – Pre-Authorized Debits*, articles 20 et 23, consulté à <https://www.payments.ca/sites/default/files/h1eng.updated.pdf>; *Rule H6 – Rules Pertaining to the Inter-financial Institution Exchange of Bill Payment Remittances for the Purpose of Clearing and Settlement*, paragraphe 5 (e), qui renvoie au paragraphe 3 (m), consulté à <https://www.payments.ca/sites/default/files/h6eng.pdf>.

que des problèmes importants subsistent quant à la conformité du contenu des conditions d'utilisation des institutions financières avec les règles existantes, ce qui préoccupe beaucoup compte tenu la prédominance de ces institutions dans l'écosystème de paiement canadien.

Cette absence de conformité résulte probablement en grande partie de l'absence de mesures d'exécution efficaces. Certaines règles sont volontaires, d'autres sont enfouies dans un dédale de règlements dont l'application est confiée à des organismes de réglementation sans pouvoirs réels, qui n'ont pas les ressources suffisantes ou qui n'accordent tout simplement pas la priorité aux questions de paiement.

Les difficultés éprouvées par les consommateurs qui essaient d'obtenir personnellement réparation créent un nouveau problème. L'état actuel de l'accès à la justice au Canada est « épouvantable » selon la qualification tirée d'une conclusion du Comité sur l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien³⁹. Il n'y a aucun motif de croire que la situation a évolué de façon significative depuis la publication du rapport de ce comité. Les questions relatives au consommateur posent particulièrement problème, puisque les montants en cause sont souvent relativement faibles, ce qui limite l'incitation des consommateurs à se livrer aux coûts et à la complexité des procédures judiciaires. Les mécanismes de redressement non judiciaires, tels que l'arbitrage, sont souvent moins idéals dans le contexte du droit des consommateurs, alors que les systèmes d'ombudsman actuellement en place au Canada revêtent une efficacité inégale. Évaluer leur niveau d'expertise concernant le cadre réglementaire des paiements de détail pourrait également être un exercice révélateur, mais ne se situe malheureusement pas dans la portée de la présente analyse.

1.5.3.5 *Un cadre exhaustif*

La loi atténue le risque en fournissant des règles qui sont applicables, du moins dans une certaine mesure. D'un point de vue logique, la loi ne permettra pas d'atteindre ce résultat s'il n'existe aucune règle, si la règle est inadéquate ou qu'elle n'est pas applicable.

qu'ils avisent leur clientèle de prévoir des délais de traitement, même si l'objectif des dispositions susmentionnées de la règle H6 de l'ACP consiste à éliminer le risque de délai de traitement pour les payeurs.

³⁹ Association du Barreau canadien – Comité sur l'accès à la justice. *rapport atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*. Ottawa, Association du Barreau canadien, novembre 2013. 175 p. P. 8. Nous remarquons que le premier mot du titre ne porte pas la majuscule dans le rapport. Consulté à http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/EqualJusticeFinalReport-fra.pdf.

2.0 Cernement du problème

2.1 Pratiques du marché

Il n'existe aucune compilation exhaustive des problèmes éprouvés par les consommateurs en lien avec les paiements au Canada. Nous disposons, par contre, d'indices montrant que les consommateurs se heurtent à des difficultés.

Tel que susmentionné au paragraphe 1.5.3.4, les sondages montrent que des proportions mesurables et importantes de débits préautorisés et de paiements de factures en ligne ne sont pas traitées en bonne et due forme, et que ces problèmes ne sont pas toujours résolus de manière adéquate. En 2014, des groupes de discussion et un sondage établis par le Service de protection et d'information du consommateur de Shawinigan indiquent que certains consommateurs ont éprouvé certains problèmes avec le dépôt automatisé de fonds dans leur compte bancaire (que ce soit leur salaire ou des prestations gouvernementales) si bien qu'ils n'autorisaient plus ce type de transaction. De plus, des procès menés au Québec et en Ontario confirment que les mécanismes de paiement de factures en ligne ne fonctionnent pas toujours correctement. Une affaire récente documentée par les médias illustre que les opérations par carte de crédit peuvent également devenir problématiques⁴⁰. Et certainement le tumulte en cours du système de rémunération fédéral Phoenix, qui a payé incorrectement ou qui n'a pas payé plus de cent mille employés du gouvernement depuis 2016, illustre la complexité et l'imprévisibilité des systèmes de paiement⁴¹.

Naturellement, l'émergence de nouveaux types de fournisseurs, tels que PayPal, qui ne sont pas effectivement réglementés, et de nouveaux types de services comme les « portefeuilles » exploités par téléphone intelligent, est susceptible de soulever de nouveaux types de risques.

⁴⁰ Une banque a récemment prétendu tenir son client entièrement responsable d'opérations par carte de crédit effectuées en magasin, plutôt qu'à un guichet bancaire, ce qui confond les paragraphes 12 (1) *c*) et *d*) du *Règlement sur le coût d'emprunt* (sans mentionner la confusion entourant l'application potentielle du droit provincial ou la déclaration attribuée à un représentant de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada concernant l'incidence juridique des déclarations et garanties fournies par une banque): voir McLaughlin, Ross; Hermiston, Sandra. *New credit card technology may not protect you like you think*. CTV News, 24 avril 2017. Consulté à <http://bc.ctvnews.ca/new-credit-card-technology-may-not-protect-you-like-you-think-1.3376140>.

⁴¹ CBC News, « Nearly Half of Public Servants Paid by Phoenix Have Reported Problems » (24 août 2017), en ligne : CBC <<http://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/phoenix-data-released-radio-canada-1.4259636>>; Pour de plus amples informations, voir : Goss Gilroy Inc., *Leçons tirées de l'initiative de transformation de l'administration de la paye* (Ottawa: Gouvernement du Canada, 2017), online: Gouvernement du Canada < <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/organisation/rapports/lecons-initiative-transformation-administration-pay.html>>.

2.2 Le labyrinthe réglementaire

Le fait d'essayer de relever les règles régissant les paiements au Canada et d'évaluer quelle règle est applicable à une situation donnée constitue un processus remarquablement compliqué.

Divers aspects des paiements au détail sont régis entre autres par⁴² :

- la *Loi sur la monnaie*;
- la *Loi sur la Banque du Canada*;
- la *Loi canadienne sur les paiements*;
- la *Loi sur les lettres de change*;
- le *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*;
- le *Règlement sur les produits de paiement prépayés*;
- le Code civil du Québec;
- les lois provinciales de protection du consommateur concernant les cartes de crédit, les cartes prépayées ou d'autres types de mécanismes de paiement.

En ce qui concerne les tribunaux, l'examen de tout manuel sur les chèques et les lettres de change montre immédiatement à quelle fréquence on a dû éclaircir la loi dans ce secteur. De façon plus générale, même la Cour suprême a été appelée à se pencher sur diverses questions relatives aux paiements, y compris la compétence constitutionnelle sur les paiements, le concept des « espèces », le statut juridique des billets émis par la Banque du Canada ou l'application des règles de l'ACP aux entités qui ne sont pas membres de l'Association⁴³.

Certaines parties du cadre réglementaire visent les mécanismes de paiement, notamment la monnaie et les chèques, mais s'abstiennent de cibler pour la plupart les types d'instrument élaborés plus récemment.

D'autres sont encadrées en termes institutionnels : la transaction est réglementée dans la mesure où un certain type d'entité (par exemple, une banque) agit comme fournisseur, mais pas autrement. Le Parlement et les provinces ont légiféré en la matière et il peut sembler y avoir un chevauchement dans certains cas (notamment dans le cas des cartes prépayées ou des cartes de crédit où par exemple différentes règles peuvent s'appliquer à une opération particulière selon le type d'institution, une banque ou une caisse populaire, émettrice de la carte), ce qui soulève des questions de droit constitutionnel. Dans la plupart des cas, ces règles prévoient des exceptions et des exclusions fondées sur le montant en cause ou le type de mécanisme particulier utilisé, par exemple. Ce qui

⁴² Cette liste n'est pas exhaustive.

⁴³ Voir p. ex. *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Shockey v. Molnar*, [1949] 1 D.L.R. 328 (Alta. App. Div.), *Molnar c. Shockey*, [1949] 4 D.L.R. 302 (CSC) susmentionné; *Banque du Canada c. Banque de Montréal*, [1978] 1 RCS 1148; *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2009 CSC 15, [2009] 1 RCS 504. Cette liste n'est pas exhaustive.

complique encore plus la situation est le fait que si les lois et la réglementation doivent être mises en application par les tribunaux, d'autres types de normes applicables aux mécanismes de paiement, telles que les règles ou les codes de conduite de l'ACP, ne sont peut-être pas exécutoires.

Le consommateur infortuné n'a aucune chance de savoir quelles dispositions s'appliquent à quoi et nous soupçonnons que même la communauté juridique et bancaire est parfois laissée perplexe dans ce domaine.

Pour corser le problème, il existe des lacunes. De nombreux enjeux ne sont simplement pas ciblés par le cadre existant ou sont réglementés par des règles du dix-neuvième siècle qui sont complètement désuètes.

Bref, il existe des problèmes associés à l'absence, à l'ambiguïté, à l'inadéquation ou à l'inapplicabilité des règles. Trop souvent, il n'existe aucune règle, ou elles sont incohérentes lorsqu'elles existent, elles ne sont pas toujours justes et donnent régulièrement lieu à des infractions.

2.3 Solutions contractuelles

Il pourrait être allégué, toutefois, que les nombreuses difficultés susmentionnées sont traitées par les conditions et modalités applicables aux relations contractuelles entre les fournisseurs et les consommateurs. Comme nous l'examinerons à la section 3.1.2, il existe des principes de base, fondés sur le droit du consommateur, qui devraient s'appliquer à ces conditions et modalités. Même lorsqu'on examine les seules conditions des plus importants fournisseurs établis de longue date au Canada, qui devraient selon nos attentes respecter les principes juridiques de base, la conclusion incontournable est que les règles proposées par leurs modalités demeurent entièrement inadéquates.

Un examen sommaire de certaines de ces ententes, sous leur forme actuelle, pourrait éclairer notre analyse à cet effet⁴⁴. Les conditions d'utilisation des cinq plus grandes banques canadiennes prévoient actuellement des dispositions qui :

⁴⁴ Aux fins de cette brève étude, nous avons examiné en sommaire la Banque de Montréal, *Agreements, Bank Plans and Fees for Everyday Banking – Effective date December 1, 2016* (42 p.) at [https://www.bmo.com/pdf/Agreements Bank Plans and Fees for Everyday Banking.pdf](https://www.bmo.com/pdf/Agreements_Bank_Plans_and_Fees_for_Everyday_Banking.pdf) (« BMO »); CIBC, *Personal Account Agreement* à <https://www.cibc.com/ca/apply/disclosures/pers-acct-agreement.html> (« CIBC »); Banque Royale, *RBC Royal Bank Disclosures and Agreements related to Personal Deposit Accounts – effective November 1, 2016* (88 p.) à [https://www.rbcroyalbank.com/onlinebanking/servicech/pdf/PDA Account Disclosure Booklet.pdf](https://www.rbcroyalbank.com/onlinebanking/servicech/pdf/PDA_Account_Disclosure_Booklet.pdf) (« RBC »); Banque de Nouvelle-Écosse, *Day-to-Day Companion Booklet – July 2016* (74 p.) à [http://www.scotiabank.com/ca/common/pdf/day to day/day-to-day banking companion booklet.pdf](http://www.scotiabank.com/ca/common/pdf/day_to_day/day-to-day_banking_companion_booklet.pdf) (« Scotia »), et Banque Toronto-Dominion, *Services Terms* (10 p.) à <https://www.tdcanadatrust.com/document/PDF/accounts/tdct-accounts-fst.pdf> (« TD »). Nous reconnaissons que les documents comprennent non seulement les modalités et

- autorisent la Banque à résilier unilatéralement la relation sans préavis⁴⁵ : BMO, p. 3; CIBC, art. 16, RBC⁴⁶, art. 22; Scotia⁴⁷, p. 71; TD, art. G 14;
- autorisent la Banque à modifier unilatéralement les conditions : (ces modifications entrant immédiatement en vigueur) : BMO, pp. 4, 8, CIBC, art. 28; Scotia, p. 71; TD, p. 1⁴⁸;
- excluent la responsabilité de la Banque : BMO, pp. 4, 28; CIBC, alin. 9, 19; RBC, art. 23, même dans les cas où la Banque a fait preuve de négligence (CIBC, art. 20; Scotia, p. 74; TD, art. G 6)⁴⁹;
- prévoient des délais courts de vérification et de contestation des transactions⁵⁰ : BMO, p. 6; CIBC, alin. 3-4; RBC, art. 14; Scotia, p. 72; TD, art. B 11-12;
- prévoient que d'autres documents – souvent non définis – s'appliquent également à la relation : BMO, p. 8; CIBC, art. 1; RBC, alin. 1, 5; TD, article A, B 2, G 1;
- permettent à la Banque de facturer des frais et des coûts non divulgués⁵¹ : BMO, p. 8; RBC, art. 3; Scotia, p. 70; TD, art. G 8.

conditions en soi, mais aussi d'autres renseignements et que d'autres ententes régissent également certains aspects des relations entre les banques et leurs clients. Cette liste n'est donc pas voulue comme une analyse exhaustive, mais une illustration de certaines questions soulevées par les conditions d'utilisation actuelles des plus grandes banques canadiennes et de l'incidence qu'aurait pu avoir le projet de loi C-29 sur la protection du consommateur. Tous les documents cités ont été consultés le 11 décembre 2016, sur les sites de banques respectives où ils figuraient.

- ⁴⁵ Cela malgré le fait que la Cour suprême du Canada a jugé que la résiliation unilatérale sans avis par une banque pourrait constituer un abus des droits en vertu du droit québécois, puisque la Banque n'a pas fait preuve de bonne foi : *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 RCS 122. Étant donné la décision de la Cour suprême dans *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 RCS 494, et *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear* [1987] 1 RCS 59, nous nous demandons si les tribunaux d'autres provinces pourraient bien arriver à la même conclusion en vertu de la common law.
- ⁴⁶ Le *Deposit Account Agreement* de RBC comme tel débute à la p. 67 du livret auquel renvoie la note 95.
- ⁴⁷ Le *Personal Deposit Account Client Agreement* de Scotia comme tel débute à la p. 60 du livret auquel renvoie la note 95.
- ⁴⁸ Nous notons que les dispositions de la Banque Toronto-Dominion lui permettant de modifier unilatéralement l'entente dans certaines conditions sont les seules qui semblent se conformer aux lois du Québec – ce qui montre que les banques peuvent se conformer.
- ⁴⁹ La règle voulait jadis que « la Reine ne puisse commettre d'erreur » et bénéficiait d'une immunité souveraine contre les procès; cela n'est plus le cas et Sa Majesté du chef du Canada peut être poursuivie dans la plupart des cas en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État*, L.R.C., ch. C-50; apparemment, les banques essaient toujours de se tailler un type d'immunité légale à laquelle même le Souverain a renoncé.
- ⁵⁰ De tels délais sont vraisemblablement invalides au Québec aux termes des articles 2883, 2884 et 2925 du CCQ.
- ⁵¹ Cette question a bien sûr été soulevée dans l'affaire *Marcotte*. Nous nous intéressons ici uniquement aux frais et coûts qui ne sont pas couverts par les exigences de divulgation prévues aux articles 445, 446 et 450 de la *Loi sur les banques*; nous nous interrogeons en fait sur la conformité de certaines conditions avec l'art. 440.

De plus, et lorsque les banques mentionnent une période de retenue maximale des chèques, ils ne mentionnent aucunement leur obligation réglementaire de rendre disponible les premiers 100 \$ immédiatement dans la plupart des cas⁵² (voir par exemple BMO, p. 5; RBC, art. 8).

Nous nous permettons de suggérer que la plupart et probablement toutes les dispositions ci-haut mentionnées sont invalides en vertu du droit québécois et fort probablement, aux termes des lois d'autres provinces, qui selon nous s'appliquent à ces conditions d'après l'affaire *Marcotte* et d'autres causes : les consommateurs sont donc actuellement formellement protégés contre les conditions imposées par les banques en vue de modifier leurs obligations ou responsabilités contractuelles ou d'y échapper, même dans les cas où la banque n'a pas agi de bonne foi. Cependant, ces conditions (et beaucoup d'autres) figurant actuellement dans les modalités des banques nient ces mesures de protection du consommateur, sont simplement injustes et ne peuvent être conciliées avec les principes de base économiques ou du droit des contrats. Elles accentuent l'asymétrie dans la relation commerciale entre les banques et les clients et perturbent le marché nettement à l'avantage des banques, elles rendent le marché moins efficace et permettent aux banques de prendre des risques opérationnels et autres, en prétendant mettre le risque juridique carrément sur les épaules des consommateurs, même dans des situations où elles n'ont pas l'autorité législative de le faire.

2.4 Problèmes systémiques de la réparation des consommateurs

Il existe également peu d'institutions indépendantes où les consommateurs peuvent porter plainte relativement aux paiements en dehors du système judiciaire coûteux. Par exemple, il n'y a pas de « tribunal des paiements » dans le cadre canadien actuel des systèmes de paiement – les plaintes des consommateurs doivent souvent être traitées directement par leurs institutions financières sans procédure ouverte, indépendante et normalisée. De même, PayPal et Visa/Mastercard/American Express ont leurs propres règles de différend de paiement et leurs propres processus qui sont, à différents niveaux, ouverts ou opaques.

Les agences et institutions pour le consommateur sont sévèrement restreintes dans leur capacité de résoudre les plaintes des consommateurs sur les paiements de détail. L'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) est responsable de la surveillance de la conformité avec les codes volontaires tels que le *Code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit* et les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*⁵³. Toutefois, le premier

⁵² Tel que requis par le *Règlement relatif à l'accès aux fonds*, DORS/2012-24, art. 4.

⁵³ Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : Le cadre canadien* (Ottawa: Industrie Canada, 1999), en ligne : CBA <https://www.cba.ca/Assets/CBA/Files/Article%20Category/PDF/vol_20090000_consumerprotectionelectroncommerce_fr.pdf>. Voir aussi Innovation, Sciences et Développement économique Canada : <<http://www.ic.gc.ca/app/oca/crd/dcmnt.do?id=46&lang=fra>>.

code s'applique uniquement aux interactions entre les opérateurs de réseau de cartes de paiement et les marchands, et non les consommateurs.

L'OCDE a récemment mis à jour ses *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique* (1999), dans la *Recommandation du Conseil sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique*, 24 mars 2016 - C(2016)13. Ces principes couvrent désormais la protection du consommateur en matière de commerce électronique (responsabilité pour pertes, fraude et mécanismes de rétrofacturation) et les systèmes de règlement de litiges et de réparation (citation des paragraphes 40 à 47 de la Recommandation) :

E. Paiement

40. Les entreprises devraient offrir aux consommateurs des mécanismes de paiement faciles à utiliser et appliquer des mesures de sécurité proportionnées aux risques liés au paiement, notamment à ceux résultant d'un accès non autorisé aux données personnelles ou d'une utilisation abusive de celles-ci, d'une fraude et d'une usurpation d'identité.

41. Les gouvernements et les parties prenantes devraient œuvrer ensemble au développement de niveaux minimums de protection des consommateurs dans le cadre des paiements associés au commerce électronique, quel que soit le mécanisme utilisé. Cette protection devrait être assurée notamment au travers de limitations de la responsabilité du consommateur, fixées par la réglementation ou à l'initiative des professionnels, en cas de débit non autorisé ou frauduleux, ainsi que par des mécanismes de remboursement lorsqu'il y a lieu. Le développement d'autres modalités de paiement susceptibles d'accroître la confiance du consommateur à l'égard du commerce électronique, comme le dépôt fiduciaire, devrait par ailleurs être encouragé.

42. Les gouvernements et les parties prenantes devraient explorer les autres domaines dans lesquels une plus grande harmonisation entre juridictions des règles de protection couvrant les paiements serait bénéfique, et s'attacher à déterminer la meilleure façon dont les problèmes liés aux transactions transfrontières pourraient être pris en compte quand les niveaux de protection des paiements diffèrent.

F. Règlement des litiges et réparations

43. Les consommateurs devraient disposer d'un accès effectif à des mécanismes équitables, faciles à utiliser, transparents et efficaces pour résoudre rapidement les litiges nationaux et transfrontières relatifs au commerce électronique et obtenir réparation, s'il y a lieu, sans charge ni coût indus. Il devrait s'agir notamment de mécanismes de résolution des litiges, comme le traitement en interne des réclamations et le règlement extrajudiciaire des litiges (ci-après « REL »). Sous réserve de la législation applicable, l'utilisation de ces mécanismes amiables ne

devrait pas empêcher les consommateurs de chercher à obtenir un règlement et une réparation par d'autres moyens.

Traitement en interne des réclamations

44. Le développement par les entreprises de mécanismes de traitement en interne des réclamations, permettant aux consommateurs de régler leurs litiges de manière directe et informelle, au stade le plus précoce possible et sans frais, devrait être encouragé.

Règlement extrajudiciaire des litiges

45. Les consommateurs devraient avoir accès à des mécanismes de REL, y compris à des systèmes en ligne, afin que le traitement des litiges relatifs aux transactions de commerce électronique soit facilité, une attention particulière étant portée aux transactions de faible valeur ou à caractère transfrontière. Si leur financement peut être assuré par divers moyens, ces mécanismes devraient en revanche être conçus de telle sorte que le règlement des litiges se fasse de manière objective, impartiale et cohérente, l'aboutissement de chaque procédure devant être exempt de toute influence des bailleurs de fonds ou autres soutiens.

Réparations

46. Les entreprises devraient proposer aux consommateurs une réparation du préjudice subi du fait de biens ou de services dont il s'avère, par exemple, qu'ils sont défectueux ou dommageables pour leurs appareils ou qu'ils ne répondent pas aux critères de qualité annoncés ou encore en cas de problèmes de fourniture de ces biens ou services. Les gouvernements et les parties prenantes devraient réfléchir aux moyens d'accorder réparation aux consommateurs, lorsque cela se justifie, dans le cadre de transactions non monétaires.

47. Les gouvernements et les parties prenantes devraient s'employer à faire en sorte que les autorités chargées de la protection des consommateurs, de même que les autres organismes compétents, tels que les organisations de consommateurs, et les organismes d'autorégulation en charge de la gestion des plaintes des consommateurs, soient à même d'agir pour obtenir des réparations, y compris pécuniaires, pour le compte des consommateurs ou pour en faciliter l'obtention.

L'ennui est que ces principes demeurent volontaires s'appliquent seulement aux situations de commerce électronique, non aux transferts de valeurs purs. Néanmoins, la conclusion est claire que le Canada n'a pas encore atteint dans son cadre régissant les paiements le niveau de protection voulu par ces recommandations, ni mis en place des mécanismes de réparation qui satisfont aux recommandations.

De plus, l'ACFC précise qu'elle surveille, enquête et met en application la conformité avec les obligations « mais ne peut offrir — ou exiger de l'entité qu'elle offre — un

dédommagement ou une compensation⁵⁴. » Comme l'explique en outre l'ACFC aux consommateurs, « Pour demander un dédommagement ou une compensation, vous devez suivre le processus de traitement des plaintes de votre entité financière, processus qui pourrait prévoir le recours à un ombudsman ou à un organisme externe de traitement des plaintes⁵⁵. »

L'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (OSBI) est autorisé à résoudre des différends entre les consommateurs et les banques ou cabinets d'investissements, et de recommander une indemnisation jusqu'à concurrence de 350 000 \$⁵⁶. L'OBSI semble également accepter des plaintes liées aux paiements de détail électroniques. Par exemple, l'OSBI a enquêté sur une plainte en 2016 où le plaignant avait viré 8 000 \$ à plusieurs reprises par Interac et PayPal à un vendeur privé de Kijiji qui a par la suite été dénoncé comme frauduleux⁵⁷. Cependant, même si le plaignant a obtenu une garantie auprès de PayPal (qui ne participe pas à l'OBSI), l'OBSI a jugé que la banque avait appliqué correctement son entente et étant donné la « Politique zéro responsabilité » d'Interac qui couvre uniquement les transactions non autorisées et frauduleuses, l'OSBI n'a pas été en mesure de recommander une indemnisation pour le plaignant en conséquence.

Cette étude de cas souligne plusieurs problèmes systémiques qui restreignent de façon importante la capacité de l'OSBI à résoudre efficacement les plaintes du consommateur et à fournir réparation en particulier dans le cas des litiges de paiement au détail. D'abord, la participation au service de règlement de différend de l'OSBI n'est pas universelle ni obligatoire. Le mandat de l'OSBI inclut uniquement les institutions financières et autres entités qui fournissent « directement ou indirectement des produits ou services financiers à des clients canadiens⁵⁸ ». Jusqu'à maintenant, cette définition ne vise pas les fournisseurs d'autres types de services de paiement y compris Visa, Interac et PayPal. La participation à l'OBSI n'est pas non plus obligatoire – en fait, de grandes banques canadiennes comme TD et la BRC se sont retirées de l'OSBI et leurs clients doivent désormais déposer leurs plaintes auprès d'une entité privée, ADR Chambers – Bureau de l'Ombudsman des services bancaires⁵⁹.

⁵⁴ Agence de la consommation en matière financière du Canada, « Comment l'ACFC traite votre plainte » en ligne : ACFC <<https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/plaintes/comment-donne-suite-plainte.html>> (consulté le 12 octobre 2017).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Mandat de l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement*, en ligne : OBSI <<https://www.obsi.ca/download/fm/319>> art. 14 (consulté le 12 octobre 2017).

⁵⁷ Ombudsman des services bancaires et d'investissement, « Case Studies: Shopping Online » (2016), en ligne : OBSI <<https://www.obsi.ca/fr/case-studies/banking-services/view/shopping-online>>.

⁵⁸ *Mandat de l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement*, art. 2(a).

⁵⁹ Nous notons ici que d'après le Rapport annuel de 2016 d'ADRBO, si ADRBO a reçu 225 plaintes en 2016, seulement 6 plaintes ont été résolues et 81 enquêtes ont été menées. Il semble que les autres plaintes ou dossiers ont simplement été fermés. Voir : ADR Chambers

Deuxièmement, l'OBSI peut uniquement recommander une indemnisation d'un maximum de 350 000 \$ par plainte, et sa recommandation n'est pas exécutoire sur l'institution financière ou la firme participante⁶⁰.

Enfin, les consommateurs ne sont pas nécessairement au courant du fait que l'OSBI peut enquêter sur des plaintes ou les résoudre relativement aux paiements de détail, en particulier puisque ce n'est pas nécessairement annoncé par l'OSBI ou par les institutions financières. Même lorsque les consommateurs ont connaissance du processus de l'OSBI, ils sont peu susceptibles d'obtenir réparation en raison de la complexité des affaires de paiement au détail et de la participation de tierces parties. L'étude de cas de l'OSBI susmentionnée illustre les différentes parties impliquées et le nombre d'ententes – y compris celles de la banque, d'Interac et de Kijiji – qui pourraient s'appliquer à une opération. En raison de la complexité de ces dossiers et de l'autorité limitée de l'OSBI, les consommateurs pourraient avoir un faible taux de réussite dans l'obtention d'un redressement par rapport à une plainte liée au paiement de détail déposée auprès de l'OSBI.

2.5 Incidence sur l'efficacité

Bien qu'il ne s'agisse pas de l'objectif de notre analyse, il convient de noter que des travaux récemment entrepris par le Bureau de la concurrence indiquent que l'incertitude réglementaire actuelle entourant l'écosystème des paiements a également une incidence sur la pénétration du marché par les concurrents et sur l'innovation dans la prestation de nouveaux services financiers et mécanismes de paiement :

Bien qu'individuellement ces règlements puissent être judicieux, nous avons appris que ce fardeau réglementaire cumulatif et le manque de clarté quant à leur application créent un obstacle pour les entreprises, les consommateurs et les investisseurs. En outre, certaines entreprises de technologies financières mènent leurs activités en dehors du milieu réglementé (la question ici n'est pas de savoir s'ils ne devraient pas), et les organismes de réglementation ont de la difficulté à les surveiller et à cerner les risques⁶¹.

De façon plus générale, les règles incohérentes mènent à une réglementation différente des services très semblables offerts par d'autres participants du marché, sans motif politique rationnel. Le fardeau réglementaire est donc injustement et inefficacement réparti, certaines transactions étant soumises à une réglementation excessive, tandis que

Banking Ombuds Office, *Annual Report 2016*, en ligne : <<https://bankingombuds.ca/wp-content/uploads/2016/05/ADRBO-Annual-Report-2016.pdf>> p. 9.

⁶⁰ *Mandat de l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement*, par. 24(d)-(e).

⁶¹ Bureau de la concurrence, *Faits saillants de l'atelier sur les technologies financières tenu par le Bureau de la concurrence : Stimuler la concurrence et l'innovation dans le secteur des services financiers* (2017), en ligne : Bureau de la concurrence <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/FinTech-Report-Workshop-Fra.pdf/\\$file/FinTech-Report-Workshop-Fra.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/FinTech-Report-Workshop-Fra.pdf/$file/FinTech-Report-Workshop-Fra.pdf)> p. 7.

d'autres, susceptibles de présenter des risques supérieurs, ne sont pas du tout réglementées.

2.6 La conclusion inévitable

Notre écosystème de paiements de détail est rempli de risques, que notre cadre réglementaire n'est actuellement pas en mesure d'éliminer. Ce cadre doit par conséquent être amélioré. Le défi consiste à élaborer des principes qui permettront la mise en place d'un meilleur cadre juridique et réglementaire visant les mécanismes de paiement de détail.

3.0 Conception d'une réponse

3.1 Considérations préliminaires

3.1.1 La question constitutionnelle

La conception d'un cadre réglementaire au Canada doit souvent commencer par l'examen d'une question absconse : qui a la responsabilité de réglementer et dans quelle mesure?

Le Canada est une fédération, dont les pouvoirs sont répartis entre les provinces et le gouvernement fédéral. Les provinces sont responsables en particulier des questions entourant la « propriété et les droits civils », y compris les contrats et dans une large mesure, en conséquence, la protection du consommateur. Une responsabilité particulière a été confiée au Parlement en ce qui a trait aux banques, à la devise, au cours légal et aux chèques, de même qu'une compétence élargie (mais non illimitée) sur le commerce et les échanges. Il est bien établi qu'une question donnée en matière de protection du consommateur peut relever simultanément de la compétence des provinces et du gouvernement fédéral, ce qui donne lieu à une analyse à « double aspect ». En pareil cas, les lois provinciales et fédérales devraient être applicables, sauf lorsqu'une loi provinciale porterait préjudice aux concepts fondamentaux de la loi fédérale, compromettrait son objectif ou y serait absolument non-conforme. Dans ce cas, la loi provinciale serait inopérante.

Étant donné la compétence du Parlement sur le commerce et les échanges ainsi que ses compétences plus particulières sur des instruments de paiement spécifiques, ce qui englobait en 1867 pratiquement tous les types d'instruments et devrait être examiné selon le principe de l'« arbre vivant », nous soutenons que le Parlement est autorisé à légiférer en vue de fournir un cadre réglementaire adéquat relativement aux paiements de détail. Nous suggérons que ce cadre serve de « fond », mais que celui-ci soit établi au haut niveau, de sorte que les provinces puissent compléter le cadre, mais ne trouvent que peu de causes d'en faire autant⁶².

⁶² Pour de plus amples renseignements, voir le témoignage du CDIP au Comité permanent des finances (22 novembre 2016), en ligne :

3.1.2 La protection des consommateurs

En ce qui concerne les paiements, les consommateurs sont clairement vulnérables. Ils en connaissent moins que leur fournisseur, ils ont habituellement moins de ressources que leur fournisseur et ils peuvent être captifs, dans une certaine mesure, en particulier dans des marchés oligopoles. Il existe des asymétries importantes entre les deux parties. La Cour suprême du Canada a reconnu cette vulnérabilité⁶³.

Il peut également y avoir des facteurs externes négatifs importants, que ne peuvent traiter les consommateurs individuels. La pollution fournit un exemple classique : une entreprise économise des fonds en polluant plutôt qu'en investissant dans des processus plus propres, mais ce sont les résidents en aval qui en souffrent les conséquences, même s'ils n'ont pas le pouvoir de changer la décision du pollueur et peuvent trouver intimidant de porter la question devant les tribunaux. En pareil cas, le bien-être social et économique est réduit indûment et il n'y a aucune incitation pour la partie qui peut le plus facilement remédier au problème (et au coût le moins onéreux) d'en faire autant.

Par conséquent, un cadre réglementaire sain conçu entre autres afin de protéger les consommateurs, fondé sur des considérations juridiques et économiques, doit assurer la divulgation entière et véridique, en termes compréhensibles, avant la conclusion d'une entente. Il doit interdire, ou du moins restreindre, les dispositions contractuelles injustes, notamment la capacité d'une partie à modifier ou à résilier unilatéralement le contrat (à moins que l'autre partie ne subit aucun préjudice matériel de la résiliation) ou de se soustraire à toute responsabilité par voie de contrat, en particulier lorsque cette partie cherche à tout le moins à éviter les coûts.

Il n'est donc pas surprenant que ces règles de base soient entérinées dans les *Directives des Nations Unies pour la protection des consommateurs*⁶⁴. Fondées sur la reconnaissance d'une « asymétrie » entre les fournisseurs et les consommateurs, les Directives recommandent que les entreprises adoptent un comportement juste et honnête avec les consommateurs, en particulier dans le cas des personnes vulnérables ou défavorisées (Section IV, par. 11 a); que les politiques nationales favorisent de « bonnes pratiques d'entreprise » et en particulier, la mise en œuvre de « modalités de contrat claires, concises et faciles à comprendre qui sont équitables » (Section V, par. 14). Les entreprises doivent également « clarifier » la responsabilité du fournisseur quant à la prestation de services fiables (Section V, par. 23). De plus, les Directives prévoient que :

<<http://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/42-1/FINA/reunion-59/temoignages>>, et au Comité sénatorial permanent des Banques et du commerce (1^{er} décembre 2016), en ligne : <<https://sencanada.ca/fr/Content/SEN/Committee/421/banc/10ev-52963-f>> concernant le projet de loi C-29, *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 22 mars 2016 et mettant en œuvre d'autres mesures*.

⁶³ *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 RCS 265 : *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33.

⁶⁴ Les Directives ont d'abord été adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1985, enrichies en 1999 et révisées et adoptées par l'Assemblée générale en décembre 2015. Une version consolidée et mise à jour figure à http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_en.pdf.

26. Les consommateurs doivent être protégés contre les abus contractuels tels que les contrats standards unilatéraux, l'exclusion des droits essentiels dans les contrats et les conditions déraisonnables de crédit par les vendeurs.

Des principes particuliers s'appliquent également aux services financiers, y compris l'exigence d'organismes de surveillance dotés des pouvoirs et des ressources nécessaires, le traitement équitable, l'évitement des conflits d'intérêts, le prêt responsable et l'offre de « produits qui conviennent aux besoins et aux moyens des consommateurs » (par. 66).

Ces notions fondamentales sous-tendent également les *Principes de haut niveau sur la protection financière du consommateur* du G20 d'octobre 2011⁶⁵ et les *Approches efficaces appuyant la mise en œuvre des principes de haut niveau restants du G20 et de l'OCDE sur la protection financière du consommateur* de septembre 2014⁶⁶.

Ces principes doivent orienter la conception d'un cadre approprié d'atténuation des risques juridiques et autres.

3.1.3 Réponse aux défaillances du marché

Au cours des quatre dernières décennies environ, une abondance d'ouvrages, souvent associée à l'école d'« analyse économique du droit », a remis en question la justification d'une intervention réglementaire dans les marchés. Les hypothèses sous-jacentes de ce courant de pensée sont toutefois de plus en plus contestées. Les économistes constatent des asymétries systémiques entre les fournisseurs et les utilisateurs, relèvent des problèmes associés avec la rationalité et tiennent compte de difficultés telles que la structure du marché⁶⁷.

Même le professeur Ronald Coase, qui a pratiquement fondé le volet de recherche de l'« analyse économique du droit », a reconnu dans son étude fondatrice de 1960 que la réglementation était dans certains cas l'outil le moins inefficace à disposition pour gérer les « coûts sociaux », c'est-à-dire les coûts agissant comme effets externes. Cela a mené à l'élaboration du concept de « responsable de l'évitement au moindre coût » : le participant du marché qui peut atténuer un risque (ou autre problème) au moindre coût devrait avoir l'incitation d'en faire autant.

⁶⁵ Consulté à <https://www.oecd.org/g20/topics/financial-sector-reform/48892010.pdf>.

⁶⁶ Consulté à <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/G20-OECD-Financial-Consumer-Protection-Principles-Implementation-2014.pdf>.

⁶⁷ Voir p. ex. la discussion dans Driesen, David M. *The Economic Dynamics of Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2012. 242 p. Voir aussi Stiglitz, Joseph. *Regulation and failure*. In Moss, David; Cisternino, John, éd. *New Perspectives on Regulation*. Cambridge, MA, The Tobin Project, 2009. Pp. 1-23.

De plus, la gestion et l'amélioration du risque doit être réparties selon la capacité d'un participant à gérer et à comprendre le risque. Il est déraisonnable de faire assumer ou partager au consommateur les risques concernant les manquements d'un système de paiement qui est géré par un fournisseur, or c'est exactement ce qu'exigent de nombreuses ententes entre les clients et les banques en ce qui concerne le risque lorsque les consommateurs accèdent aux services bancaires en ligne à partir de leur ordinateur de bureau ou appareil mobile.

Du point de vue économique, en conséquence, il est justifiable de réglementer et il y a par surcroît des indications concernant l'orientation d'une telle réglementation en vue de prévenir ou d'atténuer la défaillance du marché et les risques qui en découlent.

3.1.4 Regarder au-delà de l'efficacité du marché

Si les considérations économiques jouent actuellement un rôle important dans le discours public, elles ne sont en aucun cas les seules raisons pour lesquelles le gouvernement doit réglementer. Les philosophes grecs distinguaient déjà clairement l'économie liée aux enjeux de gestion des questions beaucoup plus élargies associées au gouvernement de la *polis*, soit l'arène publique, et ce il y a vingt-trois siècles⁶⁸. Élaborer des politiques saines va au-delà de la question de savoir si l'économie est raisonnablement bien gérée. En fait, certains auteurs affirment désormais que « l'ensemble de la compréhension du fonctionnement des marchés qui était fondée sur l'économie néoclassique » et qui a inspiré la réglementation du secteur financier après 1990 « [...] était largement erroné, ce qui a valu des conséquences catastrophiques⁶⁹. »

Les recherches académiques relèvent actuellement de nombreuses théories sur la réglementation qui peuvent être classées en quelques grandes catégories. Les théories qui constituent l'une de ces catégories mettent l'accent sur l'efficacité et ont tendance à prendre en compte les préoccupations économiques comme celles susmentionnées; si elles ont dominé au cours du dernier quart de siècle, elles sont désormais contestées. Une autre catégorie accorde la préférence aux inquiétudes procédurales : la réglementation doit assurer que la procédure appropriée est respectée afin d'établir les règles, que ce soit par exemple grâce à la « représentation d'intérêts multiples » ou la « gouvernance collaborative⁷⁰ ».

⁶⁸ La distinction est déjà clairement faite dans *Οικονομικά (Économie)*, traditionnellement attribuée à Aristote, mais probablement rédigé par un de ses étudiants, ainsi que dans *Politique* d'Aristote. Aristote a vécu de 384 à 322 av. J.-C.

⁶⁹ Black, Julia. *Seeing, Knowing and Regulating Financial Markets: Moving the Cognitive Framework from the Economic to the Social*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 24/2013. London, 2013. 47 p. P. 2 Consulté à http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2013-24_Black.pdf. Ci-après « Seeing ». L'auteur préconise l'élaboration d'« une conception des marchés plus enrichie et réaliste que ce que suppose le modèle économique relativement clairsemé » (p. 3) et fournit un certain nombre de pistes à suivre, ce qui dépasse malheureusement la portée de la présente analyse.

⁷⁰ Cette typologie résume et simplifie celle développée par Adler, Matthew. *Beyond efficiency and procedure: a welfarist theory of regulation*. [2000] 28 Florida State U. L. Rev. 241-338.

Mais d'autres universitaires adoptent un point de vue selon lequel « le bien-être dans son ensemble est moralement pertinent dans le cadre du choix réglementaire » et devrait être pris en compte avec en outre des critères distributifs, déontologiques et perfectionnistes⁷¹. C'est-à-dire, les questions telles qu'assurer l'égalité (et donner la priorité au bien-être des moins bien nantis), assurer le respect des droits fondamentaux et rechercher des résultats « satisfaisants » (p. ex. se soucier des espèces non sensibles, réduire l'impact climatique ou l'amélioration culturelle) ne sont pas des raisons valides de réglementer, mais doivent effectivement être prises en compte. La justice va au-delà de l'efficacité et il en va de même pour la portée du rôle des décideurs politiques.

Par exemple, dans l'examen de l'accessibilité aux instruments de paiement, il faut tenir compte des préoccupations telles que la discrimination systémique résultant des choix d'affaires ou technologiques, ou des conséquences de l'éloignement géographique sur l'inclusion sociale et financière. Les processus axés sur l'efficacité, notamment les analyses de rentabilisation, ne peuvent simplement pas tenir compte de tels facteurs, puisque leur nature est largement qualitative, plutôt que quantitative – mais ces éléments doivent être pris en compte dans tout processus réglementaire. Comme l'explique un chercheur, « nous ne voulons pas que la société saute efficacement dans un précipice » : l'évaluation de l'efficacité n'est pas la même chose que l'établissement d'objectifs et ce dernier élément devrait être la principale préoccupation des responsables de l'élaboration des politiques publiques⁷². Les analyses coût-bénéfice ne peuvent pas non plus évaluer facilement au préalable les processus hautement dynamiques, tels que les répercussions de l'introduction des nouvelles technologies⁷³, ou permettre de déterminer comment réaliser le développement économique grâce à l'innovation⁷⁴.

En particulier, la partie II de l'étude d'Adler réfute vivement les théories strictement axées sur les enjeux d'efficacité, ce qui est trop complexe à résumer dans la présente analyse (voir particulièrement pp. 244-249).

71 *Ibid.*, 288-317. Voir aussi, par exemple, White, Barbara Ann. *Economic efficiency and the parameters of fairness: a marriage of marketplace morals and the ethics of care*. [2005]15:1 Cornell Jnl of Law and Public Policy 1-72 Zamir, Eyal; Medina, Barak. *Law, Morality, and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, [2008] 96:2 California Law Rev. 325-391.

72 Driesen, *op. cit.*

73 *Ibid.*, p. 3. Une difficulté ajoutée à l'analyse coût-bénéfice consiste à évaluer correctement tous les coûts et les bénéfices : trop souvent, le coût d'une intervention du gouvernement est présenté, sans envisager convenablement les coûts importants d'opérations privées qui sont inévitables à la lumière d'une telle intervention (*ibid.*, p. 33).

74 L'innovation est intrinsèquement désordonnée et à court terme, peut être très inefficace. Il est allégué, probablement par apocryphe, que Thomas A. Edison a testé 10 000 prototypes avant de réussir l'essai d'un filament de carbone et de mettre au point l'ampoule électrique telle que nous la connaissons. Si Edison avait eu à répondre à un MBA ou comptable du vingt et unième siècle, nous soupçonnons qu'il lui aurait été dit que ses coûts dépassaient de loin les bénéfices quantifiables et qu'il devrait passer à autre chose bien avant sa réussite...

Cela ne signifie pas que l'efficacité, ou la conception de processus assurant la participation appropriée des intervenants, ne devrait pas préoccuper les décideurs politiques et réglementaires; il y a, cependant, d'autres dimensions à prendre en considération. La question est par conséquent la réglementation intelligente, pour emprunter la terminologie de l'Organisation de coopération et de développement économiques.

Une politique réglementaire saine est un outil très efficace dont peut disposer un État. Si elle est soutenue par une recherche et une analyse solide et défendue par un chef ayant des objectifs clairs à long terme, elle peut permettre d'appuyer la réforme et de soutenir le bien-être général⁷⁵. Elle peut en fait être nécessaire en vue d'accomplir les réformes nécessaires : l'État peut également omettre de faire son devoir en vue de favoriser les changements nécessaires pour favoriser le développement comme l'innovation et l'accessibilité accrue aux services essentiels, ou encourager la confiance dans les institutions telles que le système de paiements, qui peut s'éroder en période d'évolution rapide.

3.2 Domaines à traiter

Comme indiqué à la section 1.4, il existe divers types de risques à traiter. Les fournisseurs peuvent devenir insolvable ou se heurter à des insuffisances de liquidités, ce qui hausse le risque de crédit ou de liquidité; ils peuvent être incompetents, commettre des erreurs ou adopter un comportement inéquitable, ce qui rehausse le risque du comportement du marché et le risque opérationnel; ou ils peuvent offrir des services qui ne sont pas accessibles, ce qui augmente le risque social.

En vue de traiter de ces risques, nous suggérons qu'au moins cinq catégories de règles sont nécessaires⁷⁶ :

- règles d'admissibilité, en vue de déterminer qui peut offrir des services et d'établir les exigences comme la capitalisation, l'intégrité et la compétence;

⁷⁵ Pour un survol de ces questions, voir p. ex. Organisation pour la coopération et le développement économiques. *Regulatory Policy and the Road to Sustainable Growth*. Projet de rapport. Paris, 2010. 104 p. Pp. 11-13, 15-16. Consulté à <http://www.oecd.org/regreform/policyconference/46270065.pdf>. Voir aussi Driesen, *op. cit.*, pp. 27, 29.

⁷⁶ Nous remarquons au passage que ces catégories cadrent avec les objectifs réglementaires proposés dans le passé par l'Initiative canadienne des consommateurs (ICC), dont le CDIP était membre, ainsi qu'avec la Politique nationale sur les paiements proposée par le Groupe de travail sur l'examen du système de paiements : énoncé de principe A, *Users and their Discontent*, en particulier p. 25, et consulté à http://paymentsystemreview.ca/wp-content/themes/psr-esp-hub/documents/ppA_eng.pdf. Les objectifs réglementaires de l'ICC abordaient l'universalité (réglementer toutes les technologies de paiement), la neutralité technologique, la sécurité, la responsabilité, la transparence, la liberté de choix, l'applicabilité et la légitimité.

- règles d'acceptabilité, en vue de déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions les instruments de paiement peuvent être utilisés et doivent être acceptés;
- règles d'accessibilité, afin d'assurer que les Canadiens ont accès aux mécanismes de paiement requis;
- règles d'intégrité, afin d'assurer que les fournisseurs agissent de manière équitable et compétente;
- règles d'applicabilité, afin d'assurer la conformité avec les règles susmentionnées.

3.3 Principes de conception

Le cadre juridique actuel des paiements au détail a évolué à la pièce depuis plus d'un siècle. Il est donc incohérent, désuet et rempli de lacunes. La conception d'un nouveau régime doit obéir à un certain nombre de principes fondamentaux.

3.3.1 Réglementation fonctionnelle

À l'heure actuelle, les droits d'un consommateur utilisant une carte de crédit ou prépayée varient selon la réglementation fédérale ou provinciale de l'institution émettrice, même si la transaction effectuée est parfaitement identique. Cela résulte du fait qu'une proportion importante du cadre juridique revête un fondement institutionnel : les règles dépendent de la nature du fournisseur avec lequel on transige. Cette approche est minée par deux conséquences regrettables : les règles sont incohérentes et les services offerts par les fournisseurs qui ne sont pas réglementés ne sont pas couverts. Cela peut également créer un avantage pour certains fournisseurs qui ne sont pas liés par les mêmes obligations que leurs concurrents, et les consommateurs seront désavantagés, puisque ce contexte favorise la confusion et crée des situations où il n'existe aucune protection légale adéquate pour les utilisateurs.

Le nouveau cadre réglementaire doit donc s'appuyer sur une approche fonctionnelle à titre de principe sous-jacent fondamental. La fonction génératrice de risque doit être réglementée, peu importe l'entreprise ou l'institution qui l'effectue.

3.3.2 Une approche fondée sur des principes

En matière de politique réglementaire, au cours des trente dernières années un vif débat entoure la notion de la réglementation « fondée sur des principes ». Cette approche a pour intention de se débarrasser de la réglementation trop précise et normative, qui devient rapidement obsolète. Nous appuyons donc le recours à une approche axée sur des principes. Nous constatons toutefois qu'une telle approche est en fait très exigeante à l'endroit des organismes de réglementation, des exécuteurs et des participants qui doivent s'adapter à des exigences moins précises. Une approche fondée sur des principes n'est pas synonyme de l'adoption de quelques principes vagues, complétés de codes volontaires ou d'autres instruments non exécutoires. Elle exige un processus rigoureux,

sans quoi elle sera vouée à l'échec et augmentera effectivement les risques du marché, plutôt que les atténuer⁷⁷.

3.3.3 Réglementation neutre et universelle

L'incohérence favorise l'incertitude. Un nouveau cadre devrait donc viser à couvrir la plus grande gamme de technologies et de fournisseurs de paiement, et à les couvrir de manière uniforme dans la mesure du possible. La réglementation doit être inclusive et cohérente.

3.3.4 Responsabilisation

Un cadre juridique doit être conçu afin de favoriser l'application du principe du responsable de l'évitement au moindre coût, de la conception du produit aux règles de la répartition de la responsabilité. Le participant du marché qui crée le risque, ou qui est le mieux placé pour l'atténuer, doit avoir une incitation d'en faire autant. Cela peut être réalisé, par exemple, grâce à des exigences de conceptions, des mesures fiscales ou des règles imposant la responsabilité au fournisseur⁷⁸.

3.4 Choix réglementaires

Les règles juridiques peuvent prendre une multitude de formes. La loi et la réglementation en sont des exemples évidents, mais les contrats intègrent également des règles de droit. D'autres instruments, tels que les codes de conduite, peuvent aussi accomplir cette fonction.

Chaque type d'outil présente des avantages et des inconvénients. Par exemple, la seule dépendance aux contrats peut encourager la souplesse, mais peut aussi favoriser l'iniquité lorsque les conditions sont dictées par une partie à une autre. Des chercheurs ont également fait remarquer que les contrats peuvent apporter davantage de certitude, par rapport au recours à l'ensemble amorphe de lois implicites qui sous-tend les contrats – mais, à nouveau, l'ensemble de lois sous-jacent peut être plus favorable au consommateur

⁷⁷ Sur ces questions, voir par exemple Black, Julia. *The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation*. Law, Society and Economy Working Papers 17/2010. London, London School of Economics and Political Science, 2010. 25 p. Consulté à http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-17_Black.pdf. Black, Julia. *Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis*. [2012] 75 (6) *Modern Law Rev.* 1037; Band, Christa; Black, Julia; Hopper, Martyn. *Making a success of Principles-based regulation*. [2007] *Law and Fin. Markets Rev.* 191; Frantz, Pascal; Insterfjord, Norvald. *Rules vs Principles Based Financial Regulation* November 25, 2014. Consulté à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561370; Ford, Cristie. *Principles-Based Securities Regulation in the Wake of the Global Financial Crisis*. (2010) 55 *McGill L.J.* 257. Pp. 266-267; Sanders, Deen. *Reinventing regulation*. [2014] 8:2 *Law & Fin. Markets Rev.* 98.

⁷⁸ En ce qui concerne cette dernière question, voir par exemple Cooter, Robert; Rubin, Edward. *A Theory of Loss Allocation for Consumer Payments*. (1987-88) 66 *Tex. L. Rev.* 63-130.

qu'au fournisseur (si le consommateur en a connaissance, bien sûr⁷⁹). Pour cette raison, le droit du consommateur s'appuie souvent sur les lois, qui ont la capacité d'imposer des contraintes au comportement des participants du marché, même si elles sont moins souples.

4.0 Expériences à l'étranger

La recherche peut également bénéficier de références. Des solutions réglementaires novatrices ont été mises en œuvre dans l'Union européenne, avec l'adoption de la nouvelle Directive concernant les services de paiement (*Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE*), 23 décembre 2015). La Directive concernant les services de paiement élargit la portée de ses règles pour englober les opérations où un seul fournisseur de service de paiement est situé dans l'UE⁸⁰ et crée des règles normalisées pour les nouveaux « fournisseurs de services d'initiation de paiement » et les « fournisseurs de services d'information sur les comptes ». Cela exige essentiellement des institutions financières qu'elles « ouvrent » le compte bancaire d'un client à des services ou applications tiers. La Directive concernant les services de paiement crée également de nouvelles règles de protection du consommateur, comme interdire les suppléments pour utiliser une carte de débit et de crédit dans la plupart des cas⁸¹, limiter le montant que doit payer un client pour une transaction non autorisée à 50 €⁸², et codifier le droit à un « remboursement inconditionnel » pour les débits directs dans les huit semaines, même en cas d'une opération contestée⁸³. La Directive concernant les services de paiement doit être adoptée par les États Membres dans leur loi nationale d'ici janvier 2018⁸⁴.

Les autorités australiennes ont mené des recherches considérables avant la mise en œuvre du *ePayments Code*⁸⁵ et d'autres instruments réglementaires. Le Code prévoit

79 Sur cette question, voir par exemple Ben-Shahar, Omri. *Regulation through boilerplate: an apologia*. [2014] 112 Mich. L. Rev.883.

80 *Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE*, JO L 337/35 (23 décembre 2015), art 2.

81 *Ibid*, récépissé 1 et art. 62.4.

82 *Ibid*, art 74.1.

83 *Ibid*, art 76-77.

84 Payments UK, *The Second Payment Services Directive (PSD2)* (juillet 2016), en ligne : Payments UK <<https://www.paymentsuk.org.uk/sites/default/files/PSD2%20report%20June%202016.pdf>> p. 7.

85 Australian Securities & Investments Commission, *ePayments Code* (29 mars 2016), en ligne : ASIC <<http://download.asic.gov.au/media/3798542/epayments-code-published-29-march-2016.pdf>>.

entre autres des exigences de divulgation « claires et sans ambiguïté⁸⁶ », établit qu'un client n'est pas responsable d'une opération non autorisée à moins qu'un NIP ait été utilisé et que le client tarde de le signaler à son institution financière⁸⁷, et prescrit un processus détaillé afin de recouvrer un « paiement Internet erroné⁸⁸ ». Le Code impose également moins d'exigences sur les « installations à faible valeur » ou les fournisseurs qui peuvent détenir un solde d'un maximum de 500 \$ à la fois⁸⁹.

Aux États-Unis, les consommateurs qui effectuent des paiements de détail électroniques sont protégés par la *Electronic Fund Transfer Act of 1978*⁹⁰. Cette loi s'applique actuellement aux « dispositifs d'accès », y compris tous les moyens d'accéder au compte d'un consommateur et d'effectuer des virements électroniques, notamment les GAB, les dépôts directs, les terminaux de point de vente, les transferts par téléphone, les programmes de services bancaires à distance et les envois de fonds (c.-à-d. les transferts de fonds internationaux⁹¹). Parmi les mesures de protection du consommateur comprises dans la loi, notons : l'interdiction générale de facturer des frais de découvert pour payer une opération au GAB ou unique avec carte de débit, à moins que le consommateur n'ait adhéré⁹²; une limite de la responsabilité d'un consommateur pour les virements non autorisés fixée à 50 \$ si le client signale la perte ou le vol dans les deux jours ouvrables⁹³; et des procédures de résolution d'erreurs ou d'annulation et des remboursements d'envois de fonds⁹⁴. La Réserve fédérale, y compris le comité consultatif sur les politiques de systèmes de paiement, examine et établit régulièrement des rapports sur les « volumes, les tendances et d'autres informations globales sur le système de paiements aux États-Unis⁹⁵ ». Le Consumer Financial Protection Bureau contemple également des approches réglementaires innovatrices et entreprend régulièrement des recherches sur les questions liées aux consommateurs dans les services financiers alternatifs, par exemple dans un rapport de 2016 sur les paiements en ligne de prêt sur salaire⁹⁶.

86 *Ibid*, art. 4.

87 *Ibid*, art. 10.

88 *Ibid*, chapitre E.

89 Financial Ombudsman Service, « E-Payments Code » (2012), *The Financial Ombudsman Service Circular*, en ligne : FOS <<https://www.fos.org.au/the-circular-9-home/epayments-code/#6>>.

90 15 U.S.C. 1693.

91 Office of the Comptroller of the Currency, *Consumer Compliance: Electronic Fund Transfer Act* (2014), v. 2.0, en ligne : <[https://www.occ.gov/publications/publications-by-type/comptrollers-handbook/electronic-fund-transfer-act/pub-ch-efta.pdf](https://www OCC.gov/publications/publications-by-type/comptrollers-handbook/electronic-fund-transfer-act/pub-ch-efta.pdf)> p. 1.

92 12 CFR 1005.17(b).

93 12 CFR 1005.6.

94 12 CFR 1005.33-34.

95 Voir par exemple : Board of Governors of the Federal Reserve System, « Federal Reserve Payments Study », en ligne : Federal Reserve <<https://www.federalreserve.gov/paymentsystems/fr-payments-study.htm>> (consulté le 29 septembre 2017).

96 Consumer Financial Protection Bureau, *Online Payday Loan Payments* (avril 2016), en ligne : CFPB <http://files.consumerfinance.gov/f/201604_cfpb_online-payday-loan-payments.pdf>.

Il existe donc un ensemble de travaux importants qui peut sous-tendre l'élaboration d'un nouveau cadre réglementaire plus efficace.

5.0 Conclusion et recommandations

Jusqu'à la préparation du présent rapport, une attention inadéquate a été portée aux risques juridiques posés par les opérations de paiement en ligne effectuées par les consommateurs. Le présent rapport relève certains principaux risques et les approches réglementaires adéquates en vue de les résoudre. Notamment, le présent rapport a constaté que les décideurs ne peuvent se fier aux seules institutions financières afin d'assurer la protection des droits légaux des consommateurs. En revanche, des politiques et règles élaborées soigneusement sont nécessaires, ainsi que des mécanismes d'application et de réparation, afin d'atténuer les risques juridiques associés aux paiements en ligne et d'y remédier.

Le présent rapport formule les recommandations suivantes en vue de jeter les bases d'un cadre réglementaire solide pour les paiements de détail qui protégera les consommateurs canadiens.

- Recommandation 1:** Utiliser les *Directives des Nations Unies pour la protection des consommateurs* comme base pour élaborer des principes régissant un cadre de réglementation des mécanismes de paiement de détail, y compris des exigences pour les institutions financières de mettre en œuvre des modalités de contrat claires, concises et faciles à comprendre qui ne sont pas injustes et de clarifier la responsabilité du fournisseur à fournir des services fiables.
- Recommandation 2:** Adopter le principe du « responsable de l'évitement au moindre coût » dans toute l'élaboration de réglementation et de politiques afin d'assurer que le participant du marché qui est le plus en mesure d'atténuer un risque (ou autre problème), au moindre coût, soit tenu ou incité à le faire.
- Recommandation 3:** Réformer tous les organismes de réglementation externes, dont l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement et l'ADRBO, afin d'assurer qu'ils disposent des ressources nécessaires, d'une autorité efficace et de pouvoirs de mise en application, et qu'ils comprennent la participation obligatoire des institutions financières.
- Recommandation 4:** Établir un cadre fédéral de protection du consommateur financier universel, exécutoire et obligatoire (y compris des règles applicables aux paiements de détail) qui s'appliquera à toutes les transactions au Canada. Ce cadre doit harmoniser les

règles existantes et établir de nouvelles obligations au besoin et doit comporter des consultations avec de multiples intervenants, en particulier avec les groupes d'intérêt public et de défense des consommateurs.

Le Centre pour la défense de l'intérêt public a reçu du financement en vertu du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada.

Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada ou du gouvernement du Canada.