

L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS LE SECTEUR DES SERVICES BANCAIRES CANADIENS

THE STATE INTERVENTION ON THE CANADIAN BANKING SECTOR

MARC LACOURSIÈRE*

RÉSUMÉ

Phénomène occidental, l'endettement des particuliers touche de plein fouet les Canadiens depuis plusieurs années, augmentant ainsi le risque d'une défaillance financière des particuliers et du système bancaire dans son ensemble. Cependant, l'excellente santé financière des banques canadiennes, en raison de facteurs culturels, structurels et réglementaires, comme l'a démontré la traversée exemplaire des banques canadiennes lors de la crise financière 2007-2009, tempère cette inquiétude. Malgré tout, il faut admettre que l'environnement réglementaire est perfectible, l'État laissant une place trop importante à l'autoréglementation des banques, notamment en ce qui concerne le crédit et les paiements électroniques.

MOTS-CLÉS: Consommateur. Surendettement. Régulation. Autorégulation. Banque. Carte de crédit. Carte de débit. Carte de paiement. Paiement.

ABSTRACT

As an occidental phenomenon, consumer overindebtedness has been hitting Canadians over the past years. This causes a consumer bankruptcy risk and a systemic risk for the banking system. However, the soundness of Canadian banks during the 2007-2009 financial crisis, due to cultural, structural and regulatory factors, moderate this concern. Nevertheless, one must admit that the regulatory environment is perfectible, since the State leaves too much room for banking selfregulation, especially with regards to credit and electronic payments.

KEYWORDS: *Consumer. Overindebtedness. Regulation. Selfregulation. Bank. Credit Card. Debit Card. Payment Card. Payment.*

INTRODUCTION

L'endettement des consommateurs peut entraîner deux conséquences néfastes : la déconfiture financière du consommateur

* Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, et membre du comité de direction du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ) de la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur tient à remercier le professeur Arthur Oulaï pour ses commentaires et Mme Romy Daigle pour sa collaboration. L'auteur désire remercier la Fondation du Barreau du Québec pour le financement de cet article. Sous réserve d'une indication contraire quant à la date d'accès, la consultation des sites Internet cités dans le présent article est à jour au 31 mars 2011.

E-mail: marc.lacoursière@fd.ulaval.ca.

et celle du système financier dans son ensemble. L'accès trop facile au crédit est certes un facteur fondamental qui explique la crise financière de 2007-2009. Le Canada a traversé cette turbulence financière mondiale presque sans heurt, contrairement aux autres pays industrialisés. Les facteurs culturels (conservatisme des banquiers canadiens), structurels (oligopole bancaire canadien) et réglementaire expliquent ce succès. Plus précisément, ces facteurs ont contribué à un environnement réglementaire solide et efficient, tant en ce qui a trait à la réglementation *per se* qu'à son contrôle et à sa supervision.

Bien que le Canada s'en soit bien tiré dans l'ensemble, il faut tout de même noter l'accroissement constant de l'endettement des Canadiens au fil des dernières années, endettement dû notamment aux facilités d'obtention du crédit. Cette situation résulte d'un encadrement déficient, inefficace et inadéquat des pratiques financières contemporaines.

L'environnement réglementaire canadien du crédit demeure toutefois plus efficient et coercitif à l'égard des pratiques de crédit qu'envers l'encadrement des instruments de paiements électroniques, ceux-ci faisant généralement l'objet de normes non contraignantes. Après avoir survolé le contexte particulier du système bancaire canadien (1.), nous analysons les profils exposés ci-dessus (2.).

1. LE SYSTÈME BANCAIRE CANADIEN : MISE EN CONTEXTE

Les banques occupent dans la société une place différente de celle qu'elles tenaient auparavant. Jadis consacrées principalement au financement commercial, elles s'adressent de plus en plus aux particuliers pour leur financement et surtout pour les services bancaires courants¹. D'ailleurs, certains parlent aujourd'hui de «bancarisation» quasi complète des populations.

1 Au Canada, 96 % des gens possèdent un compte bancaire.

Cette tendance n'est que le reflet de l'importance des banques dans le panorama économique canadien depuis plus d'un siècle.

À la suite des fusions bancaires considérables qui sont survenues à la fin du 19^e et au début du 20^e siècle², la prépondérance des banques dans le secteur économique canadien s'est cristallisée. Ce n'est toutefois que depuis 1964 que la réglementation des institutions financières au Canada a fait l'objet de plusieurs études et modifications législatives³. Le décloisonnement des institutions financières, qui s'est déroulé à la fin des années 1980 et au début des années 1990, est à l'origine de plusieurs changements draconiens qui affectent depuis ce temps le secteur des services financiers canadiens. En particulier, il faut noter le projet de loi C-8, sanctionné en juin 2001, qui vient chapeauter la réforme entreprise en 1987 et en 1992⁴. En s'appuyant notamment sur le rapport du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien⁵, ce projet de loi crée une agence de protection des consommateurs en matière financière⁶, assouplit les règles relatives au régime de propriété

2 Sur cette question, voir : Marc LACOURSIÈRE, « Les services bancaires dans la tourmente de la mondialisation : l'impact des nouvelles technologies et des fusions bancaires dans les Amériques », dans Luis Toro UTILLANO (dir.), *Jornadas de Derecho Internacional (22-26 octobre 2005)*, Washington (D.C.), Organisation des États Américains, 2006, p. 127.

3 Pour une analyse approfondie, voir : Christopher C. NICHOLLS, « The Regulation of Financial Institutions: A Reflective but Selective Retrospective », (2011) 50 *Can. Bus. L.J.* 129 ; Marc LACOURSIÈRE, « La réglementation des banques virtuelles au Canada », (2004) 49 *R.D. McGill* 683 ; James A. RILEY, « The Foreign Bank Entry Regime: A Critical Assessment », dans Queen's Annual Business Law Symposium 1996, *The Regulation of Financial Institutions – Issues and Perspectives*, Toronto, Carswell, 1997, 27.

4 *Loi constituant l'Agence de la consommation en matière financière du Canada et modifiant certaines lois relatives aux institutions financières*, L.C. 2001, c. 9.

5 GROUPE DE TRAVAIL SUR L'AVENIR DU SECTEUR DES SERVICES FINANCIERS CANADIEN, *La Réforme du secteur des services financiers canadiens : un cadre pour l'avenir*, Ottawa : Ministère des Finances, 1999.

6 Pour plus de renseignements sur cette agence, voir le site Internet : <<http://>

en permettant aux banques de se structurer sous la forme de sociétés de portefeuille – Partie XV de la Loi –, déjà en vogue dans certains pays, dont les États-Unis et le Royaume-Uni, et modifie le cadre juridique des banques étrangères. Ainsi, sous réserve de certaines conditions relativement strictes, ces sociétés de portefeuille peuvent maintenant détenir d'autres banques ou institutions financières, dont des sociétés de courtage, notamment. Cependant, l'attitude traditionnelle du gouvernement fédéral d'exiger un contrôle canadien important à la fois pour la détention des actions (c.-à-d. la propriété) et pour les activités permises demeure toujours plus restreinte à l'égard des banques étrangères.

À la suite de ces développements, les banques canadiennes ne sont maintenant que 22 au total⁷. Les plus importantes constituent de véritables conglomérats financiers, détenant de nombreuses succursales bancaires, des sociétés d'assurance et des maisons de courtage. Parmi celles-ci, il faut noter que cinq d'entre elles contrôlent plus de 80 % du marché bancaire canadien des dépôts.

Si les oligopoles sont habituellement néfastes pour la société, en raison des conséquences négatives sur la concurrence, il convient d'admettre que cette situation est un gage de l'efficience et de la solidité des banques canadiennes. À titre d'illustration, il faut noter que les dernières faillites bancaires canadiennes ont eu lieu en 1985 – Banque Commerciale du Canada et Norbanque – et en 1923 – Home Bank.

En effet, les banques canadiennes ont traversé la crise financière de 2007-2009 presque sans heurt, contrairement à la plupart des banques des autres pays⁸. Le succès canadien,

www.fcac-acfc.gc.ca/fra/default.asp.

7 Il y a environ 70 banques au total au Canada, incluant les banques canadiennes et étrangères. À cela, il faut ajouter les coopératives de services financiers, dont le Mouvement Desjardins.

8 Le Canada s'est classé au premier rang dans le monde pour la solidité de son système

salué parmi les instances internationales, repose donc en partie sur l'élément structurel. Toutefois, deux autres composantes méritent d'être soulignées. D'abord, la réglementation des institutions financières, jumelée à une solide capitalisation et à une surveillance et à un contrôle étroits, a permis d'éviter les dérapages qui ont eu lieu dans d'autres pays. Ensuite, la culture de gestion des banquiers canadiens est par nature conservatrice, soit peu encline à la prise de risque démesurée, et généralement respectueuse de la législation, malgré leur désaccord parfois virulent à cet égard⁹.

La situation canadienne tranche considérablement avec celle qui a prévalu aux États-Unis lors de la même période, car les trois facteurs énoncés ci-dessus n'étaient pas rencontrés. En effet, la structure juridique des banques états-uniennes est fondée sur un système qui favorise un nombre important de banques, lesquelles, jusqu'à récemment, se sont vues proscrire de s'établir dans plus d'un état. En dépit des modifications législatives des années 1990 qui ont amenuisé ces embûches¹⁰, il y avait environ 6 800 banques aux États-Unis en 2009¹¹. En ce qui concerne la culture, celle des banquiers américains est certes plus libérale que leurs homologues canadiens, comme en fait foi la multitude

bancaire en 2008-2009 : WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Competitiveness Report 2008-2009*, Genève, 2008, p. 456, en ligne : <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2008-09.pdf>.

9 *Id.*

10 Limite de succursales : *McFadden Act of 1927*, Pub.L. 69-639, 44 Stat. 1224, remplacée par la : *Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994*, Pub.L. 103-328, 108 Stat. 2338 (mod. en 1997 pour permettre aux banques étatiques de s'établir dans plus d'un état : *Riegle-Neal Amendments Act*, Pub.L. 105-24, 111 Stat. 238). Séparation entre les banques commerciales et d'investissement : *Glass-Steagle Act of 1933 (Banking Act of 1933)*, Pub.L. 73-66, 48 Stat. 162, remplacée en 1999 par la *Gramm-Leach-Bliley Act of 1999*, Pub.L. 106-102, 113 Stat. 1338.

11 FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION, « Number of Institutions, Branches and Total Offices (1934-2009) », 2011, en ligne : <<http://www2.fdic.gov/hsob/hsobRpt.asp>>.

d'opérations risquées. Enfin, la crise de 2007-2009 a mis en exergue les lacunes profondes des autorités de contrôle et de surveillance.

2. LA RÉGULATION BANCAIRE AU CANADA

L'intervention étatique est particulièrement importante dans le secteur des institutions financières en raison de l'importance de celles-ci dans l'économie. La sensibilité de cette question se manifeste également lors de négociations internationales devant mener à des traités de libre-échange, tels que l'Accord général sur le commerce des services ou l'Accord de libre-échange nord-américain. Si la réglementation des banques est capitale, leur contrôle et leur supervision l'est tout autant.

Concrètement, le législateur intervient lors de la constitution de la banque, lors de son organisation (dont la propriété) et de son administration ainsi que lors de ses opérations bancaires. Le gouvernement fédéral exerce son pouvoir de réglementer les activités des banques par le biais de plusieurs instruments, dont, notamment, la *Loi sur les banques*¹², la *Loi sur l'intérêt*¹³ et les règles interbancaires émises par l'Association canadienne des paiements¹⁴. Son homologue québécois dispose également de plusieurs lois pour encadrer les opérations des institutions financières de dépôt, dont la *Loi sur les coopératives de services financiers*¹⁵, la *Loi sur la protection du consommateur* [ci-après « L.p.c. »]¹⁶ et les règlements et lignes directrices de l'Autorité des marchés financiers [ci-après « AMF »]¹⁷.

12 L.C. 1991, c. 46.

13 L.R.C. 1985, c. I-15.

14 *Infra*, Section 2.3.2.

15 L.R.Q., c. C-67.3.

16 L.R.Q., C. P-40.1.

17 Voir généralement les informations suivantes : AMF, « Institutions de dépôt »,

L'intensité des interventions du législateur varie en fonction de plusieurs paramètres, dont l'objet de la réglementation et de son désir de déléguer cette tâche aux banques. À titre d'illustration, le législateur se montre intransigeant pour encadrer les volets constitutifs et structurels des banques, de même que pour leur supervision (2.1). L'attitude du législateur devient toutefois moins rigide lorsque se présente la question de l'encadrement des opérations bancaires, puisqu'il n'intervient que partiellement (2.2) ou minimalement dans le processus (2.3).

2.1 RÉGLEMENTATION ÉTATIQUE

Tel que souligné ci-dessus, l'intensité de l'encadrement des institutions financières varie entre autres selon l'intensité de l'objet de la réglementation. S'agissant des éléments structurels et constitutifs, l'ascendant du législateur est particulièrement prédominant en l'espèce et l'influence des institutions financières est très limitée. Afin d'illustrer notre propos, il est pertinent d'analyser la transposition des normes de fonds propres de Bâle dans le corpus législatif canadien.

Brièvement, la Banque des règlements internationaux est un organisme international qui vise à encourager la coopération monétaire et internationale. Établie à Bâle depuis 1930, elle entreprend des recherches économiques et juridiques sur plusieurs aspects qui intéressent la gestion des risques dans les paiements internationaux et nationaux. À la suite de ses études, elle encourage la discussion et facilite le processus de prise de décision entre les banques centrales et avec la communauté financière internationale. Elle agit comme une banque centrale des banques centrales. Bien que ses recommandations et ses normes ne soient aucunement contraignantes juridiquement, elles le sont certes moralement à l'égard des banques centrales. Parmi les normes

2011, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/fr/institutions-depot.html>>.

de la Banque des règlements internationaux, il faut souligner l'Accord de Bâle de 1988, qui a été peaufiné en 2004 (Bâle II) et qui fait en ce moment l'objet d'une nouvelle mise à jour à la suite de la crise financière de 2007-2009 afin de corriger certaines lacunes¹⁸. Cet accord vise spécifiquement l'encadrement des fonds propres, soit le montant que les banques commerciales doivent détenir dans leurs coffres – environ 8 % des dépôts –, de même que certaines mesures reliées à la supervision des banques et à la transparence. En raison du succès des banques canadiennes lors de la crise 2007-2009, le futur Accord de Bâle III s'inspirera en partie des règles canadiennes.

En effet, le législateur fédéral impose des normes de réserve bancaire ainsi que des normes de capitalisation très strictes¹⁹. Les banquiers se montrent parfois réfractaires à certaines de ces mesures, mais ils s'y plient de bonne grâce, notamment en raison de leur succès.

Les gouverneurs des banques centrales de la plupart des États dans le monde expriment toute leur confiance envers l'Accord de Bâle et les travaux du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire²⁰, lesquels sont en partie influencés par les recommandations du Conseil de stabilité financière (« *Financial Stability Board* ») et par le G-20. Au Canada, les politiques de la Banque du Canada sont reprises par le gouvernement et par le Bureau du surintendant des institutions financières [ci-après

18 Au sujet du nouvel Accord de Bâle III, voir les informations suivantes : BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, « Cadre réglementaire international du secteur bancaire (Bâle III) », 2011, en ligne : <http://www.bis.org/bcbs/basel3_fr.htm>.

19 ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, *Examen de 2012 des lois régissant les institutions financières : Veiller au maintien d'un système de réglementation des services financiers solide et efficace*, 19 novembre 2010, en ligne : <http://www.cba.ca/contents/files/submissions/sub_20101119_bankact_fr.pdf>.

20 Les membres du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire proviennent en général des banques centrales de plusieurs pays : BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, « History of the Basel Committee and its Membership », Août 2009, en ligne : <<http://www.bis.org/bcbs/history.pdf>>.

« BSIF »] – organisme responsable du contrôle et de la surveillance des banques au Canada. Le BSIF transpose alors les politiques et politiques de la banque centrale les lignes directrices. Malgré leur nom, ces normes sont adoptées en vertu de la *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*²¹, ce qui leur confère une force coercitive. Au Québec, les coopératives de crédit sont assujetties à l’Autorité des marchés financiers, qui a adopté des normes similaires à celles émises par le BSIF et qui ont également une force coercitive²².

2.2 RÉGLEMENTATION PARTIELLE

Au Canada, le crédit à la consommation est distribué par trois intermédiaires différents : les institutions de dépôts (banques, caisses populaires, appelées « intermédiaires bancaires »), les autres institutions financières spécialisées dans le prêt à la consommation et les entreprises commerciales (marchands de meubles ou concessionnaires automobiles, notamment, appelées « intermédiaires non bancaires »). Dans le domaine de la consommation, le crédit offert par ces intermédiaires se classe selon les deux catégories suivantes : le crédit à la consommation et le crédit immobilier.

Bien que l’État intervienne également pour baliser les opérations quotidiennes de crédit à la consommation, ce qui a, dans une certaine mesure, une incidence sur le bien-être du secteur financier, l’intensité de la réglementation du crédit demeure incomplète à plusieurs égards. À titre d’exemple, les législateurs fédéral et québécois encadrent d’une manière importante l’information du crédit, dont le taux d’intérêt²³. Il en va de même

21 L.R.C. 1985, c.18 (3^e supp.), art. 6(4), 38.

22 *Loi sur l’Autorité des marchés financiers*, L.R.Q., c. A-33.2, art. 8.

23 Au fédéral : *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, art. 450 ; *Règlement sur le coût d’emprunt*, DORS/2001-101, art. 5-6. Au Québec : *Loi sur la protection du*

pour certaines opérations de crédit, dont la période de grâce minimum pour les nouveaux achats par une carte de crédit ou l'obtention du consentement exprès lors de l'augmentation de la limite de crédit²⁴. Toutefois, rien n'est prévu lors de l'évaluation d'une demande de crédit, laquelle constitue l'élément cardinal dans une opération de crédit. Jusqu'à ce jour, le législateur a laissé les institutions financières gérer cette opération selon les normes généralement utilisées dans l'industrie canadienne des services financiers.

D'une manière générale, il va sans dire que les institutions financières canadiennes suivent scrupuleusement leurs propres normes. Toutefois, l'importante crise du crédit, alimentée en partie par la croissance de l'endettement des particuliers, risque d'avoir un impact sur la décision du législateur de passer outre aux recommandations des représentants de cette industrie et de proposer un cadre réglementaire pour contrôler cette pratique²⁵.

2.3 L'AUTORÉGULATION

Outre ces formes d'intervention étatique dans le secteur des services bancaires, une troisième forme d'intervention illustre l'importance de l'industrie bancaire lorsque l'État désire régir les

consommateur, L.R.Q., c. P-40.1, art. 69-72.

24 Au fédéral : *Règlement sur les pratiques commerciales en matière de crédit*, DORS/2009-257, art. 3 et 6. Au Québec : *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 126-128.

25 Au Québec, le gouvernement a annoncé son intention de réformer du crédit à la consommation. Le projet de loi, qui doit être déposé en 2011, pourrait être très innovateur à certains égards : balises imposées aux institutions financières lors de l'évaluation de la capacité de payer d'un emprunteur ; interdiction de solliciter certaines tranches de la population jugée plus vulnérables (mineurs, étudiants) et encadrement partiel des opérations de paiement par cartes de débit, notamment. Les idées ont été lancées par l'Office de la protection du consommateur, et les consultations avec les divers intervenants mettent en lumière les grandes divergences d'opinions qui devront mener le législateur à trancher entre la protection du consommateur et les intérêts économiques des fournisseurs de crédit.

opérations financières. Il arrive que l'État délègue à l'industrie l'élaboration du contenu, et parfois la mise en œuvre de normes, de règles, de lignes directrices et de codes de conduite, lesquels peuvent être ou non contraignants. Ceci peut se manifester à l'égard des opérations de paiement, notamment. Dans les lignes qui suivent, nous examinons l'encadrement des cartes de paiement (2.3.1) et les règles interbancaires (2.3.2).

2.3.1 LES CARTES DE PAIEMENT

La *Loi sur les banques* prévoit la possibilité pour les banques d'émettre des cartes de débit²⁶ et d'en faire la publicité²⁷. La réglementation concerne principalement la divulgation des renseignements par la banque au titulaire de la carte²⁸ et la mise en œuvre d'une procédure d'examen des réclamations relative au traitement des frais à payer pour leur carte de débit²⁹. L'obligation de la banque lors des transactions, notamment en cas d'erreur ou de fraude, n'est donc pas abordée dans la loi.

Dans son budget de 2005-2006, le gouvernement fédéral avait suggéré de réfléchir à la possibilité de partager les pertes en cas de pertes financières³⁰. Dans le Livre blanc de 2006, le gouvernement fédéral a annoncé qu'il « favorisera[it] l'adoption

26 Art. 409(1)(d). Il faut également mentionner l'article 437(1) qui prévoit la possibilité pour une banque d'accepter les dépôts bancaires de personnes ayant ou non la capacité de contracter, ce qui permet implicitement l'émission d'une carte de débit à un mineur : M.H. OGILVIE, *Bank and Customer Law in Canada*, Toronto (Ont.), Irwin Law, 2007, p. 354.

27 Art. 410(1)(d).

28 Voir les articles 452(1.1)(2), 453. Voir également : *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, D.O.R.S./2001-101.

29 Art. 455(1)(a)(i), 456(1).

30 MINISTÈRE DES FINANCES (CANADA), *Le plan budgétaire de 2005*, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005, p. 374, en ligne : <<http://www.fin.gc.ca/budget05/pdf/bp2005f.pdf>>.

d'un régime volontaire de protection des consommateurs qui couvrira des formes additionnelles d'opérations électroniques, et s'appuiera sur les travaux menés pour établir le Code relatif aux cartes de débit »³¹. Cette prise de position fait écho à une recommandation de l'Association des banquiers canadiens qui visait l'établissement d'un seul code portant sur les opérations électroniques, c'est-à-dire incluant non seulement les paiements par carte de débit, mais également les autres formes de paiements électroniques, comme le paiement par Internet³².

À l'instar du législateur fédéral, les législateurs provinciaux n'ont pas légiféré sur l'utilisation des cartes de débit, laissant le tout aux tribunaux et au droit commun. Le gouvernement québécois a toutefois annoncé son intention d'encadrer la fraude des cartes de débit dans une modification à la *Loi sur la protection du consommateur*³³, qui est attendue pour 2011, au sujet du crédit à la consommation.

Ainsi, la présence de plus en plus imposante de l'autorégulation dans le secteur des services financiers, notamment par l'adoption de lignes directrices telles que le Code de pratique canadien et le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*³⁴, soulève la

31 MINISTÈRE DES FINANCES (CANADA), *Examen de 2006 de la législation régissant les institutions financières – Propositions pour un cadre législatif efficace et efficient pour le secteur des services financiers*, Juin 2006, en ligne : <<http://www.fin.gc.ca/activity/pubs/White06f.pdf>>.

32 ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS, *Révision de la législation des services financiers de 2006 : améliorer le cadre législatif des consommateurs canadiens*, Mémoire présenté par l'ABC au gouvernement du Canada, 1^{er} juin 2005 à la p. 79, en ligne : <<http://www.cba.ca/fr/content/reports/French%20Bookmarked%20Submission.pdf>>.

33 L.R.Q., c. P-40.1. À ce sujet, voir le document consultatif de l'Office de la protection du consommateur : OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, « Consultation portant sur des propositions de modifications à la Loi sur la protection du consommateur en matière de crédit », 2010, en ligne : <http://www.opc.gouv.qc.ca/WebForms/Consultation/consultation_propositions_modifications.aspx>.

34 Groupe de travail du Comité des mesures en matière de consommation, *Code*

question de l'adéquation de cette forme d'autorégulation du point de vue du consommateur, habituellement un adhérent dans les circonstances. Cette question est d'autant plus importante que, dans le Livre blanc de 2006, le gouvernement fédéral a annoncé qu'il encouragera l'adoption d'un régime volontaire de protection des consommateurs, comme nous l'avons souligné plus haut³⁵. Cette forme d'autorégulation est-elle susceptible d'engendrer certains risques pour le consommateur ? Cette question nécessite une analyse à la fois des origines et du caractère non coercitif du code.

Au Canada, la mutation des paiements traditionnels de consommation vers les effets électroniques a pris forme au cours des années 1960 lors de l'avènement de la carte de crédit³⁶. Le succès de cette initiative a ouvert la voie à une nouvelle forme de carte de paiement au début des années 1980, la carte de débit. À l'instar de toute nouvelle innovation technologique, l'utilisation de cette carte était réglementée au Canada presque exclusivement par le contrat bancaire³⁷, malgré le développement des guichets automatisés à partir de 1980 et le lancement du réseau Interac en 1986. Les problèmes engendrés par l'utilisation des guichets automatisés, et les nombreuses plaintes adressées au sujet des transactions, des erreurs et des utilisations non autorisées, ont incité le gouvernement fédéral à créer le Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds en 1989, constitué du ministre de

canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique, 16 janvier 2004, en ligne : Comité des mesures en matière de consommation, <<http://www.cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/fr/fe00064f.html>>.

- 35 *Supra* notes 31-32 et le texte correspondant.
- 36 Marc LACOURSIÈRE, « Analyse de la trajectoire historique de la monnaie électronique », (2007) 48 *C. de D.* 373.
- 37 Bradley CRAWFORD, *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 1986, au n° 3805.3, à la p. 933 ; Tom S. ONYSHKO et Richard C. OWENS, « Debit Cards and Stored Value Cards: Legal Regulation and Privacy Concern », (1997) 16 *Nat'l Bank. L. Rev.* 65, 67.

la Consommation (Industrie Canada), de groupes consommateurs, d'institutions financières et de détaillants. Ce groupe de travail avait pour mandat d'élaborer un code de pratique pour gouverner les transactions par carte de débit.

La relative nouveauté des cartes de paiement, et plus généralement des instruments de paiement électroniques, a milité principalement en faveur de sa régulation par la voie d'un code de conduite. Cette décision est également due à des facteurs politiques. D'abord, l'industrie canadienne des services financiers représente un groupe de pression proportionnellement plus puissant et mieux organisé que son homologue états-unien, en partie en raison du décloisonnement des services financiers³⁸. Ensuite, les groupes consommateurs canadiens ne possèdent pas une expertise aussi développée qu'aux États-Unis³⁹. Enfin, comme le rapporte un auteur, il est possible que le contexte temporel ait également joué, c.-à-d. que le législateur états-unien est intervenu à la suite de multiples incidents, contrairement à son homologue canadien⁴⁰.

Malgré l'opposition de certains représentants des consommateurs⁴¹, Industrie Canada désirait obtenir un consensus des groupes consommateurs, comme des autres acteurs, pour l'adoption du code en mai 1992 par le Bureau de

38 William D. Coleman, *Financial Services, Globalization and Domestic Policy Change*, London, MacMillan Press, 1996, à la p. 225.

39 Robert R. KERTON, « Politique : Le consommateur et l'avenir du secteur des services financiers du Canada », dans Robert R. KERTON, *Les consommateurs et le secteur des services financiers, Volume 1 : Principes, pratique et politique – l'expérience canadienne*, Ottawa, Le Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, 1998, p. 215 à la p. 282.

40 Muharem KIANIEFF, « Looking for Cover: A Public Choice Critique of the Canadian Debit Card Code », (2006) 37 *Ottawa L. Rev.* 101, 139.

41 OPTION CONSOMMATEURS, *La triste histoire d'un code condamné : Les déboires de la mise en œuvre du Code de pratique des services de cartes de débit*, 2005, à la p. 25, en ligne : <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/services_financiers/oc_carte_debit_2005.pdf>.

la consommation⁴². Il a été révisé par la suite en 1996, 2002 et 2004. Alors que le but recherché par l'élaboration du Code était de protéger les consommateurs, ces derniers se sentent tout de même défavorisés avant même son adoption, considérant leur force d'influence relativement inférieure à celle des institutions financières et des représentants de l'industrie. Le gouvernement devra certainement tenir compte de ces facteurs s'il désire légiférer sur les cartes de débit. Toutefois, outre les raisons mentionnées plus haut, la stratégie du gouvernement de confier à l'industrie l'élaboration de cet outil s'inscrit dans une pratique maintenant courante d'élaboration de la législation et de privatisation du droit⁴³.

Par sa nature intrinsèque, le code constitue une mesure volontaire non coercitive. Ceci est confirmé par la section 1(1) du code, qui traite du « présent code de pratique volontaire », et implicitement par la section 1(3) du code, qui prévoit que « [l]es organismes qui auront entériné le présent Code devront assurer une protection du consommateur égale ou supérieure à celle établie dans ledit Code. Le Code n'exclut pas la protection prévue par les lois et normes en vigueur ».

L'application des dispositions du code tient à la coopération des institutions financières. Ces dernières offrent une protection moindre que celle qui est prévue au code, allant à l'encontre de la section 1(3)⁴⁴. Les premières années du code furent particulièrement difficiles pour les consommateurs, puisque les institutions financières refusèrent généralement de se soumettre à ses dispositions. À cette époque, et avant l'avènement du Code de pratique canadien, les cartes de débit faisaient l'objet de contrats

42 M. KIANIEFF, préc., note 41, 110.

43 Cette question, appelée parfois « contractualisation du droit », ne fait pas l'objet d'une discussion approfondie dans le présent texte.

44 Marc LACOURSIÈRE, « Propositions de réforme pour une protection des titulaires de cartes de débit victimes de transferts de fonds non autorisés » : perspectives de réforme », (2009) 54 *R.D. McGill* 91, 93.

bancaires moins étoffés qu'aujourd'hui. Au cours des années qui suivirent, les institutions financières ont raffiné leurs contrats bancaires en incorporant certains éléments du Code de pratique, les rendant plus complets et, surtout, plus équitables. Malgré cette heureuse évolution, l'analyse de contrats bancaires démontre une protection généralement moindre que celle suggérée par le code⁴⁵.

2.3.2 LES RÈGLES DE COMPENSATION INTERBANCAIRE

Une seconde illustration, plus subtile, mérite notre attention. Les règles de compensation interbancaires sont élaborées par l'Association canadienne des paiements [ci-après « ACP »] afin de régler les multiples formes de transfert d'effets de paiements⁴⁶ entre les institutions financières⁴⁷. Les règles de l'ACP ont été adoptées en vertu des articles 18-19 de la *Loi canadienne sur les paiements*⁴⁸ et elles ont pour effet de lier les membres de l'ACP, soit les institutions financières. Les règles ne constituent pas de simples règles internes, mais ont été adoptées en vertu d'une loi fédérale. Elles sont donc contraignantes à l'égard des banques. Cette loi accorde à l'ACP le pouvoir d'établir et de gérer les systèmes de paiement au Canada. En pratique, toutefois, les institutions financières collaborent parfois à l'élaboration des règles interbancaires avec l'ACP.

45 *Id.*

46 Un effet de paiement signifie notamment un chèque, un transfert électronique de fonds : ACP, *Règles générales relatives aux effets acceptables pour l'échange, aux fins de la compensation du règlement*, 2010, art. 2-8, en ligne : <http://www.cdnpay.ca/imis15/pdf/pdfs_rules/rule_a1_fr.pdf>.

47 Cette question, appelée parfois « contractualisation du droit », ne fait pas l'objet d'une discussion approfondie dans le présent texte.

48 Pour consulter ces règles, voir : ASSOCIATION CANADIENNE DES PAIEMENTS, « Lois et règles », 2011, en ligne : <http://www.cdnpay.ca/imis15/fra/Act_Rules/fra/Act_Rules.aspx?hkey=ff7048a6-b243-48f9-b64a-ef83dcffe01b>.

Une question fondamentale concerne la responsabilité d'une institution financière, membre de l'ACP, vis-à-vis un client lorsqu'elle commet une erreur. S'appuyant sur Bradley Crawford⁴⁹, la récente décision de la Cour suprême du Canada *B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse*⁵⁰ pose le principe fondamental que « [l]a jurisprudence et la doctrine, elles aussi, reconnaissent que les règles de compensation ne s'appliquent qu'aux relations entre les membres de l'Association canadienne des paiements et ne confèrent pas de droits aux tiers »⁵¹. La Cour suprême nuance ses propos par la suite en affirmant que ces règles de compensation trouvent application si elles ont été « incorporées expressément ou implicitement au contrat de services »⁵². Cette décision met fin à un débat académique qui durait depuis près de trente ans⁵³.

Or, cette décision demeure contestable à plusieurs égards. Concrètement, ceci signifie que si une banque commet une erreur en raison de son non-respect des règles (le cas classique étant la transmission en retard d'un ordre de paiement), causant un préjudice à un client (consommateur ou entreprise), ce client ne dispose d'aucun recours contre la banque, car ces règles ont préséance sur le droit commun. Cette situation devra perdurer à moins d'une intervention législative.

49 Bradley CRAWFORD, *Payment, Clearing and Settlement in Canada*, vol. 1, Aurora, Canada Law Book, n° 7:05.2, p. 168.

50 2009 CSC 15.

51 *Id.*, par. 56.

52 *Id.*, par. 59.

53 En faveur du recours: *Stanley Works of Canada Ltd. c. Banque Canadienne Nationale et Banque Royale*, [1982] R.L. 433 (C.A.) ; *Midland Doberty Limited c. The Royal Bank of Canada*, [1990] R.J.Q. 121 (C.A.); *Process Piping Specialities Inc. c. La Banque Canadienne Nationale du Canada*, [1986] R.J.Q. 2429 (C.S.). En opposition à ce recours : *National Slag c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (1982) 140 D.L.R. (3d) 473 (Ont. H.C.), 19 D.L.R. (4d) 383 (C.A.); B. CRAWFORD, préc., note 38.

CONCLUSION

L'encadrement juridique des institutions financières canadiennes se présente selon trois degrés d'intensité : la réglementation étatique qui vise la structure et la propriété, qui est très contraignante, la réglementation partielle – ou corégulation – qui ne concerne que quelques-unes des opérations de banques, dont le crédit, et l'autorégulation, qui survient principalement à l'égard des paiements électroniques. Dans ces deux derniers cas, l'état a délégué l'encadrement à l'industrie, laquelle a préparé des normes de conduite volontaires ou, parfois, contraignantes.

Cette délégation, totale ou partielle, fait suite au désir de l'industrie de s'autoréguler. Cette approche peut paraître séduisante, car l'industrie connaît bien ses besoins et peut répondre aux préoccupations de ses membres. Cette approche ne doit toutefois pas se faire au détriment des intérêts des clients des institutions financières. Les illustrations que nous avons présentées ci-dessus, soit l'encadrement du crédit et des paiements électroniques, soulèvent un doute quant à l'efficacité de l'encadrement des opérations bancaires par l'industrie des institutions financières.