

VOL OU PERTE DE CARTE DE CRÉDIT : QUEL EST LE FARDEAU DE PREUVE APPLICABLE POUR BÉNÉFICIER DE LA PROTECTION DE LA LOI ?

LUC THIBAUDEAU

LAVERY SUIT DE PRÈS L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA CONSOMMATION. SON EXPERTISE POINTUE DANS LE DOMAINE DU COMMERCE DE DÉTAIL ET CELUI DES RECOURS COLLECTIFS A ÉTÉ MANTENUE CONFIRMÉE PAR LES INTERVENANTS DU MILIEU. LAVERY SE FAIT UN DEVOIR DE TENIR LA COMMUNAUTÉ D'AFFAIRES INFORMÉE EN CETTE MATIÈRE EN PUBLIANT RÉGULIÈREMENT DES BULLETINS TRAITANT DES DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS OU LÉGISLATIFS SUSCEPTIBLES DE LAISSER LEUR MARQUE ET D'INFLUENCER, VOIRE TRANSFORMER LES PRATIQUES DU MILIEU. LE PRÉSENT BULLETIN TRAITE D'UN JUGEMENT RÉCENT DE LA COUR DU QUÉBEC¹ CONCERNANT LA RESPONSABILITÉ D'UN DÉTENTEUR DE CARTE DE CRÉDIT EN CAS DE VOL DE CARTE AINSI QUE DES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES EN LA MATIÈRE PROPOSÉES PAR LE PROJET DE LOI 24².

LES FAITS

Dans ce dossier, la demanderesse, détentrice d'une carte de crédit émise par la Banque MBNA Canada (« **MBNA** »), alléguait que des achats au montant de 8 759,76 \$ effectués au Bangladesh sur sa carte de crédit constituaient des transactions frauduleuses effectuées sans son autorisation et dont MBNA ne pouvait lui réclamer paiement. MBNA alléguait en défense que la demanderesse avait participé à la fraude.

La demanderesse prétendait avoir droit à la protection prévue aux articles 123 et 124 de la *Loi sur la protection du consommateur* (la « *Lpc* »), qui prévoient qu'un consommateur ne peut être tenu responsable d'une dette découlant de l'usage de sa carte de crédit par un tiers après que l'émettrice de la carte ait été avisée de sa perte ou de son vol. Au surplus, même en l'absence d'un tel avis, la responsabilité du consommateur dont la carte de crédit a été perdue ou volée est limitée à la somme de 50 \$³.

Ces deux articles n'établissent aucune présomption de perte ou de vol en faveur du consommateur et ne précisent pas le fardeau de preuve à respecter pour avoir droit à leur protection. Il faut donc s'en remettre aux règles de preuve du *Code civil du Québec* : « Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention »⁴, et ce, selon la balance des probabilités. Ainsi, la « preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence »⁵ suffit pour conclure en l'existence de ce fait. Le consommateur doit donc démontrer que l'existence de la perte ou du vol est plus probable que son inexistence.

¹ *Begum c. MBNA Canada Bank*, 2012 QCCQ 2561, le 29 mars 2012, M. le juge Christian M. Tremblay (Cour du Québec).

² Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation.

³ « 123. En cas de perte ou de vol d'une carte de crédit, le consommateur ne peut être tenu responsable d'une dette découlant de l'usage de cette carte par un tiers après que l'émetteur a été avisé de la perte ou du vol par téléphone, télégraphe, avis écrit ou tout autre moyen. 124. Même en l'absence d'un tel avis, la responsabilité du consommateur dont la carte de crédit a été perdue ou volée est limitée à 50 \$. »

⁴ Article 2803 du *Code civil du Québec*.

⁵ Article 2804 du *Code civil du Québec*.

LA DÉCISION

Le juge Tremblay de la Cour du Québec écrit qu'il appartient à la détentrice de la carte de prouver que la carte a été perdue ou volée et qu'il n'est pas suffisant d'affirmer avoir fait l'objet d'une fraude, sans donner d'explications sur la manière dont la fraude a été commise et sans expliquer comment les fraudeurs allégués ont réussi à obtenir certaines informations sur la détentrice de la carte⁶.

Ainsi, selon le juge, la demanderesse n'a pas satisfait son fardeau de preuve. Il retient les éléments de preuve suivants :

- le fait que, de l'aveu de la demanderesse, sa carte de crédit n'ait pas été volée ou perdue⁷;
- les fraudes identiques et contemporaines commises au Bangladesh en utilisant les cartes du mari et du père de la demanderesse⁸;
- la très faible probabilité que les cartes de ces trois consommateurs aient été clonées⁹;
- le fait que les achats reliés à ces fraudes alléguées aient tous été effectués au Bangladesh, alors que les détenteurs sont originaires de ce pays¹⁰;
- la connaissance, par les utilisateurs de la carte au Bangladesh, de plusieurs renseignements personnels concernant la demanderesse, dont son numéro d'identification personnel, sa date de naissance, le nom de fille de sa mère ainsi que le nom de son mari¹¹;
- la conduite des détenteurs de cartes après qu'ils aient été informés des transactions non autorisées¹².

Le juge ajoute qu'en la présence de ces éléments graves, précis et concordants, il est peu probable que la demanderesse ait été victime d'un vol d'identité ou de clonage de carte. La demanderesse doit donc acquitter le solde de sa carte. Toutefois, considérant que le solde se chiffre à 8 759,76 \$ et que sa limite de crédit est de 8 400 \$ alors qu'elle n'a jamais demandé que cette limite soit augmentée, le juge Tremblay, appliquant l'article 128 de la *Lpc*¹³, limite la responsabilité de la demanderesse à 8 400 \$.

ANALYSE DE LA SITUATION

Ce n'est pas la première fois que les tribunaux ont à évaluer les circonstances d'une perte d'instruments de paiements¹⁴ ou encore celles où on allègue des retraits « non autorisés » effectués dans un compte bancaire¹⁵. Règle générale, les tribunaux

saisis de la question se montrent assez exigeants dans leur analyse et dans leur appréciation des circonstances entourant les pertes et les vols allégués. La crédibilité des témoins joue un rôle important et dans bien des cas, les jugements rendus utiliseront le mécanisme des présomptions de faits pour conclure à l'invraisemblance de la version des détenteurs de cartes. Le consommateur doit prouver des faits graves, précis et concordants pour établir la fraude¹⁶. À cet effet, les banques et sociétés émettrices de cartes comptent parmi leurs effectifs des spécialistes de ce type de fraude. Ils connaissent bien les pratiques des voleurs ou des cloneurs de cartes et savent reconnaître, lorsque c'est le cas, une histoire cousue de fil blanc. Les tribunaux leur accordent une grande crédibilité en raison de leur expérience¹⁷. Dans un jugement de 2010, il est écrit : « *en général, les fraudeurs font des achats très élevés en peu de temps et ne réutilisent pas la carte quelques jours plus tard* »¹⁸. Les antécédents judiciaires sont également considérés¹⁹.

⁶ Paragraphe 64 de la décision du juge Tremblay.

⁷ Paragraphe 37 de la décision.

⁸ Paragraphe 50 de la décision.

⁹ Paragraphe 42 de la décision.

¹⁰ Paragraphe 45 de la décision.

¹¹ Paragraphe 47 de la décision.

¹² Paragraphes 52 et suivants de la décision.

¹³ 128. Lorsque le commerçant a indiqué au consommateur la somme jusqu'à concurrence de laquelle un crédit variable lui est consenti, il ne peut augmenter cette somme sauf à la demande expresse du consommateur.

¹⁴ Voir par exemple, pour des transactions sur carte de crédit : *El Masri c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2010 QCCQ 8174, le 26 août 2010, Mme la juge Marie Michelle Lavigne (Cour du Québec); puis, concernant la perte alléguée de chèques de voyages : *Kattous c. Amex Canada inc.*, 2006 QCCS 960, le 24 février 2006, M. le juge Claude Tellier (Cour supérieure).

¹⁵ *Louis c. Banque Laurentienne du Canada*, 2007 QCCQ 424, le 9 janvier 2007, Mme la juge Louise Comeau (Cour du Québec).

¹⁶ *El Masri c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, précité, à la note 14.

¹⁷ Voir par exemple : *Louis c. Banque Laurentienne du Canada*, précité, note 15, où la preuve de l'institution était basée sur l'enquête effectuée.

¹⁸ *El Masri c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, précité, à la note 14, paragraphe 43 de la décision.

¹⁹ *Kattous c. Amex Canada inc.*, précité, note 14; *Louis c. Banque Laurentienne du Canada*, précité, à la note 15.

LES PERSPECTIVES POUR LE FUTUR

Ces décisions nous apparaissent pertinentes dans le contexte où le législateur compte apporter certaines modifications aux articles de la *Lpc* dont elles traitent. Il propose, par le Projet de loi 24²⁰ présentement à l'étude, d'en étendre l'application aux cartes de guichets automatiques, dites « cartes de débit ». L'article 10 du Projet prévoit l'ajout des articles 65.1 à 65.4, qui, s'ils sont adoptés dans la version proposée, se liraient comme suit :

- 65.1.** Aux fins de la présente section, on entend par « carte de débit » une carte ou tout autre instrument de paiement électronique, validé par un numéro d'identification personnel ou par un autre moyen assurant l'identification du consommateur, permettant au consommateur d'accéder à son compte dans le but d'effectuer un virement de fonds.
- 65.2.** Le consommateur n'est pas tenu des pertes résultant de l'utilisation par un tiers de sa carte de débit après que l'émetteur de la carte a été avisé par quelque moyen que ce soit de la perte, du vol, d'une fraude ou d'une autre forme d'utilisation de la carte non autorisée par le consommateur. Même en l'absence d'un tel avis, la responsabilité du consommateur dont la carte a été utilisée sans son autorisation est limitée à la somme de 50 \$.
- Est interdite toute stipulation contraire aux dispositions du présent article.
- 65.3.** L'émetteur doit rembourser au consommateur, dans les deux jours qui suivent l'avis qui lui a été donné de la perte, du vol, de la fraude ou de l'utilisation non autorisée de la carte, toute somme débitée de son compte après cet avis. En l'absence d'un tel avis, l'émetteur doit, dans les deux jours qui suivent celui où le consommateur lui en fait la demande, rembourser au consommateur toute somme supérieure à 50 \$ débitée de son compte depuis la date de la perte, du vol, de la fraude ou de l'utilisation non autorisée de sa carte.
- 65.4.** Malgré l'article 65.2, le consommateur peut être tenu des pertes subies par l'émetteur lorsque celui-ci, après avoir remboursé le consommateur, prouve à la satisfaction du tribunal que le consommateur a autorisé l'utilisation de sa carte. (soulignés ajoutés)

En vertu de l'article 65.5 proposé, ces dispositions pourraient, par voie de réglementation, être étendues à d'autres produits que les cartes de débit :

65.5. Un règlement peut déterminer tout autre instrument de paiement auquel s'applique la présente section.

Ainsi, dans le cas d'une utilisation non autorisée d'une carte de débit, le fardeau de prouver que le consommateur a autorisé l'utilisation de sa carte reviendrait à la société émettrice de la carte. Ceci n'a pas manqué de soulever des vagues en commission parlementaire puisqu'à l'heure actuelle, un code de conduite prévoit déjà des règles de responsabilité applicables en matière d'utilisation non autorisée d'une carte de débit, lesquelles sont différentes du texte proposé.

On a fait valoir que ces nouvelles dispositions atténueraient de façon importante la responsabilité des consommateurs, augmentant du fait même celle des institutions émettrices de cartes de débit. Ces articles réduiraient la possibilité de se protéger contre les manœuvres de certains consommateurs qui seraient responsables, en totalité ou en partie, des utilisations non autorisées de leurs cartes de débit²¹. Au surplus, il est justifié de se demander pourquoi le législateur propose un renversement du fardeau de preuve pour les cartes de débit alors que ce n'est pas le cas pour les cartes de crédit²².

Dans son Mémoire, le Mouvement des caisses Desjardins a proposé le texte suivant pour les futurs articles 65.3 et 65.4 de la *Lpc* :

« 65.3. Le consommateur supporte les pertes occasionnées par toute forme d'utilisation non autorisée de sa carte si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grossière, à une des obligations prévues à l'entente relative à l'utilisation de la carte pour préserver la confidentialité de ses éléments de sécurité personnels.

²⁰Loi visant principalement à lutter contre le surendettement des consommateurs et à moderniser les règles relatives au crédit à la consommation (le « Projet »).

²¹Voir notamment le mémoire déposé en novembre 2011 auprès de la Commission des relations avec les citoyens par le Mouvement des caisses Desjardins, aux pages 4 et suivantes (le « Mémoire »).

²²Le nouveau texte proposé pour l'article 123 de la *Lpc* n'opérerait aucun renversement du fardeau de preuve : « 123. Le consommateur n'est pas tenu des dettes résultant de l'utilisation par un tiers de sa carte de crédit après que l'émetteur a été avisé par quelque moyen que ce soit de la perte, du vol, d'une fraude ou d'une autre forme d'utilisation de la carte non autorisée par le consommateur. Même en l'absence d'un tel avis, la responsabilité du consommateur dont la carte a été utilisée sans son autorisation est limitée à la somme de 50 \$. Est interdite toute stipulation contraire aux dispositions du présent article. »

65.4. L'émetteur doit rembourser au consommateur, dans les dix jours ouvrables qui suivent l'avis qui lui a été donné de la perte, du vol, de la fraude ou de l'utilisation non autorisée de la carte, toute somme à laquelle le consommateur a droit par l'application des articles 65.2 et 65.3. »²³

En ce qui concerne les cartes de crédit, la formulation suivante d'un nouvel article 123.1 de la *Lpc* a été proposée :

« 123.1. Le consommateur supporte les dettes occasionnées par toute forme d'utilisation non autorisée de sa carte de crédit si elles résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait, intentionnellement ou à la suite d'une négligence grossière, à une ou des obligations prévues au contrat de crédit variable de la carte pour préserver la confidentialité de ses éléments de sécurité personnalisés. »²⁴

L'Association des banquiers canadiens (« ABC ») a aussi commenté ces nouvelles dispositions en commission parlementaire. Elle a noté que leur contenu diffère de ce qui est prévu à l'accord d'harmonisation²⁵. Les commentaires de l'ABC ont toutefois été soumis sous réserve du fait que concernant plusieurs des points soulevés par le Projet, les banques sont régies par la *Loi sur les banques* et par la réglementation fédérale plutôt que par la *Lpc*. Cette question sera bientôt tranchée par la Cour d'appel dans l'affaire *Marcotte*²⁶, qui concerne l'application de la *Lpc* aux frais de conversion de devises facturés par les sociétés émettrices de cartes de crédit.

L'ABC a aussi soulevé, à l'instar du Mouvement des caisses Desjardins, que le Code de pratique des services de cartes de débit est déjà appliqué à travers le Canada et que l'expérience permet de conclure que son application est efficace et garantit un niveau de protection adéquat aux consommateurs²⁷. L'ABC a fait valoir que le délai de deux jours prévu à l'article 65.3 de la *Lpc* aurait pour effet « d'empêcher une institution financière d'effectuer les vérifications et enquêtes appropriées avant de devoir rembourser le consommateur, y compris celui qui a peut-être dans les faits autorisé l'utilisation de sa carte »²⁸.

Ce débat est épineux. Nous vous aviserons de son évolution dès que des développements surviendront.

²³Voir le Mémoire, à la page 6.

²⁴Voir le Mémoire, à la page 18.

²⁵Voir le document déposé par l'Association des banquiers canadiens en date du 18 octobre 2011, à la page 3.

²⁶*Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2009 QCCS 2743, M. le juge Gascon, portée en appel.

²⁷Voir notamment : <http://www.cba.ca/fr/consumer-information/43-rights-responsibilities/78-voluntary-commitments-and-codes-of-conduct>; et : http://www.cba.ca/contents/files/misc/vol_20090000_cdncodepracticeconsumerdebitcardservices_fr.pdf.

²⁸Voir le document déposé par l'Association des banquiers canadiens en date du 18 octobre 2011, à la page 4.

LUC THIBAudeau

514 877-3044

lthibaudeau@lavery.ca

VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES SUIVANTS DU GROUPE DROIT DE LA CONSOMMATION POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN.

DANIEL ALAIN DAGENAIS 514 877-2924 dadagenais@lavery.ca

PIERRE DENIS 514 877-2908 pdenis@lavery.ca

DAVID ERAMIAN 514 877-2992 deramian@lavery.ca

JOCELYNE GAGNÉ 514 878-5542 jgagne@lavery.ca

BRIGITTE M. GAUTHIER 514 878-5546 bgauthier@lavery.ca

MARIE-HÉLÈNE GIROUX 514 877-2929 mhgiroux@lavery.ca

BENJAMIN DAVID GROSS 514 877-2983 bgross@lavery.ca

ÉDITH JACQUES 514 878-5622 ejacques@lavery.ca

LUC THIBAudeau 514 877-3044 lthibaudeau@lavery.ca

SPIRIDOULA VASSILOPOULOS 514 877-3012 svassilopoulos@lavery.ca

ABONNEMENT VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSABONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET lavery.ca OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877-3071.

► lavery.ca

© Tous droits réservés 2012 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA