

**GUIDE
JURIDIQUE
DE LA CNUDCI
SUR LES TRANSFERTS
ÉLECTRONIQUES
DE FONDS**



NATIONS UNIES

GUIDE JURIDIQUE DE LA CNUDCI SUR LES TRANSFERTS ÉLECTRONIQUES DE FONDS

*Établi par le Secrétariat
de la Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international*



**NATIONS UNIES
New York, 1987**

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

A/CN.9/SER.B/1

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.87.V.9

ISBN 92-1-233179-3

01700P

AVANT-PROPOS

1. Le présent guide juridique a été établi à l'intention des législateurs et des juristes chargés d'étudier les règles applicables à des réseaux donnés. Ce guide devant pouvoir être utilisé dans un nombre relativement important de pays, on s'est efforcé de ne pas traiter des questions de doctrine et de ne pas s'appesantir sur les problèmes ne concernant qu'un petit nombre de pays. Au contraire, on s'est employé à rechercher des éléments communs dans les lois et les pratiques bancaires en matière de transfert de fonds de manière à faciliter le processus d'adaptation des lois régissant les transferts sur papier aux impératifs techniques des transferts électroniques de fonds. Bien que les procédés de transfert électronique de fonds soient, à l'heure actuelle, essentiellement utilisés dans les pays développés sur le plan économique, ce guide devrait intéresser au plus haut point les pays en développement qui ont pris conscience de la nécessité de moderniser leur système de transfert de fonds, au plan tant national qu'international.

2. Les ordinateurs ont d'abord été introduits dans les services administratifs des banques en tant que moyen de traiter plus efficacement les transferts de fonds sur papier en nombre croissant. L'introduction de la reconnaissance magnétique des caractères, puis de la reconnaissance optique des caractères, tant pour les ordres de prélèvement que pour les ordres de virement, a permis le traitement automatique de documents-papiers normalisés. Ceci a accru l'efficacité des chambres de compensation et des banques, aux prises à un nombre croissant de transferts de fonds, et a souvent entraîné une réorganisation systématique du travail administratif des banques. La création de centres informatiques a poussé certaines d'entre elles à y centraliser la gestion des comptes clients et à abandonner la gestion décentralisée des comptes par chaque agence.

3. De nombreuses banques s'étant équipées d'ordinateurs pour traiter les ordres de transfert de fonds sur papier, on a mis au point des procédés permettant d'échanger des ordres de transfert de fonds sous forme électronique, soit en échangeant des supports de mémoire d'ordinateur, soit par le truchement des télécommunications. Dans certains pays, on a pu franchir cette étape sans modifier de manière radicale les structures en place. Dans d'autres pays, on a dû créer de nouvelles structures chargées de gérer les installations de télécommunications interbancaires, les commutateurs et les ordinateurs de compensation. Les banques peuvent confier des supports de mémoire aux chambres de compensation automatiques qui trient les ordres de transfert de fonds qui y sont enregistrés et les réexpédient aux banques réceptrices.

4. Les ordres de transfert de fonds sont depuis longtemps expédiés par télégramme et par télex. La télétransmission internationale d'ordres de transfert de fonds d'ordinateur à ordinateur est désormais possible grâce à la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications (SWIFT) et aux systèmes internes de télécommunication des banques disposant d'agences dans plusieurs pays. Certains des réseaux de cartes de débit et de cartes de crédit grand public sont en train de mettre en place des systèmes internationaux de télécommunication afin d'autoriser des transactions, de transmettre des données sur les transferts de fonds et de relier les distributeurs automatiques de billet (DAB) et les guichets automatiques de banque (GAB). Des réseaux internationaux de terminaux points de vente devraient bientôt faire leur apparition. Parallèlement, Eurochèque s'oriente vers le non-échange des chèques qui sont conservés dans le pays où ils ont été déposés et présentés électroniquement à la banque transférante (tirée) dans le pays de celle-ci.

5. Plusieurs organisations internationales ont entrepris d'analyser ces changements, la Banque des règlements internationaux (BRI) a publié en 1980 une monographie intitulée : Payment Systems in Eleven Developed Countries, où sont étudiés les systèmes de paiement utilisés dans les 11 pays en question et les changements éventuels qui risquent d'y être apportés en raison de l'utilisation accrue des techniques de traitement automatique de l'information. Une nouvelle édition contenant des données statistiques incluant l'année 1983 a été publiée en 1984. La BRI a également publié en 1983 une monographie de David Hopton intitulée Payments Systems: A Case for Concern. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié en 1983 une monographie de J.R.S. Revell intitulée : Banking and Electronic Funds Transfers. L'auteur y décrit les systèmes de transfert électronique de fonds qui ont été introduits dans les Etats membres de l'OCDE et l'incidence que ces systèmes ont sur le secteur bancaire sur les politiques monétaires; les aspects juridiques de la question n'y sont pas examinés dans le détail. La BRI a en outre publié une monographie intitulée : Security and Reliability in Electronic Systems for Payments (3ème édition, 1985).

6. Plusieurs autres organisations sont actives dans le domaine plus vaste du traitement automatique de l'information. Ainsi, le Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international, organe subsidiaire de la Commission économique pour l'Europe, qui collabore étroitement avec le Programme spécial pour la facilitation du commerce de la CNUCED (CNUCED/FALPRO), est chargé de faciliter le commerce et les transports internationaux grâce à la rationalisation des procédures commerciales, à l'utilisation, à cette fin, du traitement électronique de l'information et d'autres types de traitement automatique de l'information, et à la télétransmission des données commerciales. Ce groupe de travail s'est efforcé récemment de cerner les problèmes juridiques que pose l'utilisation de ces nouvelles techniques.

7. Le Conseil de l'Europe a adopté en 1981 la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. La Convention est entrée en vigueur le 1er octobre 1985, après avoir été ratifiée par l'Allemagne, République fédérale d', l'Espagne, la France, la Norvège et la Suède. L'OCDE a en outre adopté en 1980 des "Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data". Le Conseil de l'Europe a adopté en 1981 une recommandation à l'intention de ses Etats membres relative aux conditions de recevabilité des documents informatiques devant les instances judiciaires ou arbitrales. Le Conseil de coopération douanière a adopté en 1986 une résolution concernant l'utilisation de données sur support informatique comme moyen de preuve devant les tribunaux. Une recommandation similaire a été adoptée en 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

8. D'autres organisations internationales comme l'Organisation maritime internationale et l'Organisation de l'aviation civile internationale se penchent sur les problèmes juridiques que pose le traitement automatique de l'information dans leurs domaines de spécialisation. Bien que n'ayant aucun lien direct avec les transferts électroniques de fonds, les solutions adoptées dans ces domaines sont susceptibles d'intéresser d'autres domaines. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, qui est l'organe pivot en matière de droit commercial international, fait office de centre de coordination de ces activités diverses.

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
Introduction	4
Terminologie utilisée	5
<u>Chapitre</u>	
I. LES SYSTEMES DE TRANSFERT ELECTRONIQUE DE FONDS EN GENERAL	10
II. LES ACCORDS DE TRANSFERT DE FONDS ET LES ORDRES DE TRANSFERT DE FONDS	29
III. LA FRAUDE, LES ERREURS, LE TRAITEMENT INNAPPROPRIE DES ORDRES DE TRANSFERT ET LA RESPONSABILITE	53
IV. CARACTERE DEFINITIF DES TRANSFERTS DE FONDS	80
V. PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR LES TRANSFERTS ELECTRONIQUES DE FONDS	118

INTRODUCTION

1. A sa quinzième session, en 1982, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a prié le secrétariat de commencer d'élaborer un guide juridique sur les transferts et les fournitures de fonds en coopération avec le Groupe d'étude de la CNUDCI sur les paiements internationaux 1/. Plusieurs chapitres du projet de guide ont été soumis à la Commission à sa dix-septième session, en 1984 (A/CN.9/250 et Add.1 à 4), les projets de chapitres restants lui ayant été soumis à sa dix-huitième session, en 1985 (A/CN.9/266 et Add.1 et 2).

2. A sa dix-huitième session, la Commission a prié le Secrétaire général d'envoyer le projet de guide juridique sur les transferts électroniques de fonds aux gouvernements et aux organisations internationales intéressés, pour observations 2/. A la lumière des observations reçues, le secrétariat a proposé à la Commission à sa dix-neuvième session, en 1986, un certain nombre de modifications aux projets de chapitres (A/CN.9/278, annexe). D'autres modifications de forme, ainsi que les modifications à apporter à l'annexe du chapitre IV, relative à l'expérience des Etats-Unis en matière de réduction des risques liés au système, ne figuraient pas dans le document A/CN.9/278.

3. A sa dix-neuvième session, la Commission a autorisé le secrétariat à publier le guide juridique en tant qu'oeuvre du secrétariat 3/. Il a été estimé au sein de la Commission qu'en décrivant les diverses pratiques en usage dans le monde, dans le domaine des transferts électroniques de fonds, et en signalant les problèmes juridiques que soulevaient ces pratiques, le guide juridique contribuerait à promouvoir l'harmonisation internationale des pratiques et règles juridiques en la matière.

1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quinzième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément N° 17 (A/37/17), par. 73.

2/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément N° 17 (A/40/17), par. 342.

3/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-neuvième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément N° 17 (A/41/17), par. 229.

TERMINOLOGIE UTILISEE

Introduction

1. A l'exception des effets de commerce, où les trois parties apparaissant sur les lettres de change ou les chèques sont systématiquement dénommées tireur, tiré et bénéficiaire, il n'existe pas de terminologie communément acceptée pour décrire les parties ou les activités que suppose un transfert de fonds. Dans chaque pays, des termes ont été mis au point qui reflètent les réalités du système de transfert de fonds utilisé. On a en outre constaté que dans de nombreux pays les banquiers et les juristes utilisaient des termes différents pour décrire les mêmes parties ou les mêmes activités, ou que le même terme avait des sens différents selon le contexte.

2. Les problèmes résultant des incohérences de la terminologie employée dans les transferts de fonds ne sont devenus préoccupants que ces dernières années. Le passage rapide à des moyens électroniques de transmission des données entre les banques et l'utilisation des ordinateurs dans le traitement des messages de transfert de fonds ont rendu nécessaire la normalisation du contenu et de la structure des messages et, par là même, des termes employés pour décrire les éléments d'information contenus dans chaque type de message de transfert de fonds.

3. Le Comité technique bancaire de l'Organisation internationale de normalisation (ISO, TC 68) a été chargé d'arrêter des normes internationales pour divers aspects des opérations bancaires automatisées et a élaboré un projet de norme internationale (DIS 7982) en anglais et en français pour les éléments d'information et les termes employés pour décrire, traiter et structurer les messages de transfert de fonds acheminés par des réseaux de télécommunication d'ordinateur à ordinateur. La terminologie retenue pour le projet de norme 7982 a été reprise lors de l'élaboration du projet de norme 7746 sur la structure des messages télex pour les transferts de fonds interbanques. L'élaboration de ces normes internationales et leur adoption par les banques effectuant des transferts de fonds internationaux devraient avoir pour effet de réduire les risques d'erreur et, par là même, de limiter les pertes subies. Cependant, dans la terminologie employée dans d'autres normes internationales adoptées ou en cours d'élaboration par le Comité bancaire de l'ISO et par d'autres comités de l'ISO dont les travaux intéressent les transferts électroniques de fonds, la définition de certains mots n'est pas conforme aux définitions données dans le projet de norme 7982. Aussi le Comité bancaire a-t-il procédé à l'établissement d'une liste regroupant tous les termes définis par les comités de l'ISO dans les divers documents publiés. Cette liste, dans laquelle figurent aussi les termes définis par d'autres organisations s'intéressant aux transferts électroniques de fonds a servi de base à un projet de répertoire des éléments de données bancaires (ISO/TC 68//N.265, mai 1986).

4. La terminologie utilisée dans le projet de norme 7982 a généralement été fixée du point de vue de la banque qui reçoit un message de transfert de fonds, "compte tenu qu'il échoit au destinataire du message de transfert de fonds d'interpréter et de comprendre pleinement le message de transfert de fonds qui peut lui parvenir par le canal de différents services ou systèmes"; ceci en raison des préoccupations auxquelles répond le projet de norme 7982, à savoir donner des indications sur la manière de structurer les messages de transfert de fonds.

5. Cependant, du fait de la décision de recenser et de définir les mots et éléments d'information utilisés dans les ordres de virement transmis par télécommunication, d'ordinateur à ordinateur, en vue de fixer une norme internationale pour la structure de ces virements et d'arrêter des accords de correspondance pour traduire des ordres de transfert de fonds d'un réseau à un autre, la terminologie retenue à cet effet ne pourra que privilégier le message transmis entre deux banques données. En effet, cette terminologie privilégie l'ordre de transfert de fonds en tant qu'élément central, au détriment de l'ensemble du processus de transfert de fonds. Aussi, du fait de sa fonction, cette terminologie peut-elle difficilement être applicable à d'autres types de transfert de fonds pour lesquels elle n'a pas été prévue, tels les virements par lots effectués par échange de supports de mémoire ou les prélèvements de tous types.

6. La terminologie utilisée dans le présent guide s'inspire de celle du projet de norme 7982. Cependant, en dépit de l'intérêt qu'il y aurait à arriver à un accord international sur une terminologie utilisable dans tous les contextes pour décrire les parties et activités liées aux transferts électroniques de fonds, elle s'écarte parfois sensiblement de celle du projet de norme 7982 car le guide juridique a pour objectif principal de décrire les parties et activités liées aux transferts de fonds, plutôt que l'ordre de transfert de fonds lui-même.

7. Dans cette optique, les principales parties sont le "transférant" des fonds et sa banque (la "banque transférante"), ainsi que le "bénéficiaire" et sa banque (la "banque bénéficiaire"). Quand des banques viennent s'intercaler entre la banque transférante et la banque bénéficiaire, elles sont dénommées "banques intermédiaires". Le transfert peut être soit un "prélèvement", soit un "virement" et l'"ordre de transfert de fonds" peut être soit un "ordre de prélèvement", soit un "ordre de virement". Les principaux termes utilisés dans le présent guide sont définis dans le glossaire ci-après.

Glossaire

Authentification : Identification matérielle, électronique ou autre d'un message qui permet à qui le reçoit de s'assurer que le message a effectivement l'origine indiquée. Dans le présent guide, il est indifférent que l'authentification puisse ou non permettre à qui reçoit le message de s'assurer que celui-ci n'a pas été modifié délibérément ou par inadvertance. L'authentification d'un message ne signifie pas nécessairement que le message, tel qu'il a été reçu a été autorisé, ou que la personne qui l'a envoyé y était habilitée. [A comparer avec la définition de l'"autorisation" dans le projet de répertoire des éléments de données (document ISO/TC 68/N.265) : "Signature ou tout autre moyen inclus par l'expéditeur pour valider un message"*. Voir également la définition du mot "authentificateur" du projet de norme 7982 : "Code utilisé entre l'expéditeur et le destinataire afin de valider l'origine et tout ou partie du texte d'un message. Le code est le résultat d'un calcul faisant appel à un algorithme complexe".]

Autorisation de prélèvement automatique : Autorisation donnée par le transférant à la banque transférante, à la banque bénéficiaire ou au bénéficiaire autorisant la banque transférante à honorer les ordres de prélèvement présentés conformément à l'autorisation.

Banque : Etablissement financier qui effectue, dans le cadre normal de ses activités, des transferts de fonds pour lui-même ou d'autres parties, qu'il soit ou non une banque au sens de la loi applicable.

Banque bénéficiaire : Banque qui crédite le compte du bénéficiaire à l'issue d'un transfert de fonds (comparer à la définition de "banque du bénéficiaire" du projet de norme 7982).

Banque destinataire : Banque à laquelle l'ordre de transfert de fonds est destiné. Dans un virement, la banque bénéficiaire est la banque destinataire. Dans un prélèvement, la banque transférante est la banque destinataire.

Banque donneur d'ordre : Banque qui transmet le premier d'une série d'ordres de transfert de fonds à une autre banque. Dans un virement, la banque transférante est la banque du donneur d'ordre; dans un prélèvement, la banque bénéficiaire est la banque du donneur d'ordre.

Banque expéditrice : Banque qui expédie un message, un ordre de transfert de fonds par exemple, à une banque réceptrice (inspiré du projet de norme 7982). A été modifié de manière à ce qu'une banque qui expédie un ordre de transfert de fonds par le biais de la transmission d'un support d'un support de mémoire ou par le biais d'un ordre de transfert de fonds sur papier soit également une banque expéditrice).

Banque réceptrice : Banque à laquelle le message, par exemple un ordre de transfert de fonds, est transmis (presque identique au projet de norme 7982).

Banque transférante : Banque qui débite le compte du transférant à l'issue d'un transfert de fonds (comparer à la définition de "banque du donneur d'ordre" du projet de norme 7982).

* Traduction officieuse du secrétariat.

Banque(s) intermédiaire(s) : Banque(s) s'intercalant entre la banque donneur d'ordre et la banque destinataire, par l'intermédiaire de laquelle, ou desquelles, un transfert de fonds s'effectue (comparer à la définition du projet de norme 7982).

Bénéficiaire : Client de la banque bénéficiaire (comparer à la définition de "bénéficiaire" du projet de norme 7982).

Chambre de compensation : Etablissement qui effectue l'échange d'ordres de transfert de fonds entre les banques participantes et qui effectue les opérations de comptabilité en vue du règlement (voir aussi ordinateur de compensation).

Chambre de compensation automatique : Voir ordinateur de compensation.

Code secret : Code secret utilisé pour authentifier des ordres de transfert de fonds déclenchés par l'intermédiaire d'un terminal client (fondé sur la définition de la norme ISO 4909 : Cartes bancaires - Zone magnétique - contenu en données de la piste 3).

Commutateur : Mécanisme qui reçoit, trie et aiguille des messages, y compris des ordres de transfert de fonds.

Date d'écriture : Date à laquelle une écriture est passée à un compte (identique au projet de norme 7982).

Date d'intérêts : Date à laquelle les fonds dont un compte est crédité commencent à être rémunérés par des intérêts ou date à laquelle les fonds dont un compte est débité cessent d'être rémunérés par des intérêts.

Date de disponibilité : Date à laquelle les fonds doivent être à la libre disposition du bénéficiaire pour le retrait en espèces (presque identique à la définition du projet de norme 7982).

Destinataire : Client de la banque destinataire.

Donneur d'ordre : Client de la banque qui donne l'ordre.

Ordinateur de compensation : Chambre de compensation traitant des ordres de transfert de fonds sous forme électronique. Un ordinateur de compensation peut être en ligne ou hors ligne. Un ordinateur de compensation qui opère par lots est aussi appelé chambre de compensation automatique.

Ordre de transfert de fonds : Message ou partie d'un message contenant l'ordre et les informations requises pour un transfert de fonds. Il est en outre possible d'y indiquer s'il s'agit d'un ordre de prélèvement ou d'un ordre de virement (la première phrase est presque identique à la définition de "instruction" du projet de norme 7982. La deuxième phrase est nouvelle. Comparer la définition "ordre de paiement" du projet de norme 7982. Ce dernier terme n'est pas utilisé car on veut éviter l'emploi du mot "paiement" dans le domaine des transferts de fonds interbanques).

Ordre de virement permanent : Ordre donné par le transférant à la banque transférante de transférer une somme donnée à intervalles réguliers au compte d'un bénéficiaire donné.

Prélèvement : Transfert de fonds dans lequel le compte de la banque donneur d'ordre ou de son client doit être crédité et le compte de la banque destinataire ou de son client doit être débité (comparer à la définition de "autorisation de débit" du projet de norme 7982).

Règlement : Transfert de fonds d'une banque en position débitrice à une banque en position créditrice ou écriture comptable passée entre elles après accord en vue de couvrir une ou plusieurs transactions de transfert de fonds (inspiré du projet de norme 7982).

Réseau à accès limité (pour les transferts de fonds) : Chambre de compensation ou ordinateur de compensation, service de communication ou commutateur dont l'accès est limité aux banques ou à leurs clients qui acceptent de se conformer à un certain nombre de normes techniques et de procédures bancaires précises.

Service de communication : Service qui transmet des messages, y compris des ordres de transfert de fonds, entre abonnés mais n'effectue pas la comptabilité permettant le règlement (similaire à la définition de "service de communication" du projet de norme 7982).

Support de mémoire : Support externe sur lequel peuvent être stockées des données sous une forme assimilable par ordinateur.

Transférant : Client de la banque transférante (comparer à la définition de "donneur d'ordre" du projet de norme 7982).

Transfert de fonds : Mouvement de fonds entre le transférant et le bénéficiaire. (Presque identique à la première phrase du projet de norme 7982. Comparer aux définitions de "transaction de transfert de fonds" et de "paiement" du projet de norme 7982.)

Virement : Transfert de fonds dans lequel le compte de la banque donneur d'ordre ou de son client doit être débité et le compte de la banque destinataire ou de son client doit être crédité.

Chapitre premier

LES SYSTEMES DE TRANSFERT ELECTRONIQUE DE FONDS EN GENERAL

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
A. Rôle accru du système	1 - 5
B. Deux types de transfert de fonds	6 - 7
1. Virement	8 - 13
2. Prélèvement	14 - 16
C. Acheminement des ordres de transfert de fonds	17 - 29
1. Transfert assuré par un seul banquier	18
2. Transfert assuré par deux banquiers	19 - 25
3. Transfert assuré par trois banquiers	26 - 29
D. Règlement	30 - 40
1. En général	30 - 32
2. Règlement par le truchement d'une troisième banque	33
3. Règlement par le truchement d'une chambre de compensation	34 - 40
E. Quelques aspects propres aux transferts électroniques de fonds	41 - 44
F. Quelques aspects propres aux transferts électroniques de fonds	45 - 57
1. Remplacement d'une ou plusieurs des étapes effectuées sur papier	45 - 46
2. Télécommunications	47 - 49
3. Transmission par lots	50 - 53
4. Transferts de fonds électroniques déclenchés par le client	54 - 57

A. Rôle accru de système

1. Le système de transfert de fonds dans son ensemble englobe la totalité des institutions et des techniques bancaires qui permettent et facilitent les transferts de fonds interbancaires. Jusqu'à une date récente, ce système fonctionnait essentiellement sur papier. Au fur et à mesure qu'il s'est développé, il s'est de plus en plus normalisé, tant pour les transferts de fonds nationaux que les transferts de fonds internationaux, à la suite des efforts déployés par les associations bancaires, les chambres de compensation et autres organismes représentant le secteur bancaire et l'Etat. Cependant, alors que le système de transfert de fonds dans son ensemble offrait la structure permettant aux banques d'effectuer des transferts de fonds, ce système ne fixait, jusqu'à une date récente et dans la plupart des pays, aucune limitation importante quant au choix par les banques des méthodes de transfert de fonds à employer.

2. Cette situation a commencé à évoluer lorsque les données principales figurant sur les ordres de transfert de fonds sur papier y ont été codées pour pouvoir être lues notamment par le biais de la reconnaissance magnétique des caractères ou de la reconnaissance optique des caractères. Les impératifs techniques de ces procédés ont rendu nécessaire une normalisation plus poussée du format des ordres de transfert de fonds, de l'emplacement des zones où figurent les données, de leur longueur et des caractères à utiliser.

3. Cette normalisation plus poussée s'est accompagnée de la création de réseaux à accès limité pour les transferts de fonds. Les réseaux à accès limité existent depuis longtemps sous la forme de chambres de compensation traitant des ordres de transfert de fonds sur papier auxquelles la plupart des banques ont accès en tant que participants directs. Cependant, dans les années 60, un nouveau type de réseau à accès limité pour les transferts de fonds sur papier a fait son apparition sous la forme de réseaux de cartes de crédit bancaires et d'Eurochèque. Dans les deux cas, la quasi-totalité des banques situées dans les pays où ces réseaux se sont implantés ont pu en devenir membres. Toutefois, en devenant membres, elles acceptaient de se conformer à ses normes techniques et à ses pratiques bancaires. Même si ces conditions n'avaient pas un caractère très strict, chaque banque abandonnait un certain degré d'autonomie pour pouvoir faire partie du réseau. Le système lui-même était donc devenu plus actif dans la réalisation de transferts de fonds et dans la définition des normes techniques et bancaires auxquelles chaque banque devait se conformer.

4. La mise au point d'un procédé efficace de transmission, d'ordinateur à ordinateur, des ordres de transfert de fonds, que ce soit par transmission physique du support de mémoire ou par télécommunication, n'a fait que renforcer le rôle actif du système. De nouveaux réseaux à accès limité pour les transferts électroniques de fonds ont été créés. Les impératifs techniques de ces réseaux ont nécessité l'élaboration de normes plus strictes quant à la structure des messages et au mode d'exploitation et aux procédures d'urgence. La vulnérabilité des systèmes de transfert électronique de fonds à

la fraude a nécessité la mise au point de procédures de sécurité obligatoires. A l'heure actuelle, la qualité et la sécurité des transferts de fonds interbancaires dépendent de la qualité de conception et de fonctionnement des réseaux à accès limité et de l'efficacité des banques participantes. En outre, les normes et pratiques bancaires mises au point initialement dans le cadre des réseaux à accès limité sont, à l'heure actuelle, examinées par les organismes nationaux et internationaux de normalisation dans le domaine bancaire qui sont chargés de les adapter aux besoins plus vastes du système de transfert de fonds dans son ensemble.

5. C'est de la conception du système que dépendent la rapidité, la précision et la sécurité des transferts de fonds. La réglementation devrait contenir des dispositions permettant de déterminer à qui incombe la responsabilité lorsqu'une erreur de conception entraîne une perte pour les banques ou leurs clients. On attire l'attention à plusieurs reprises dans le présent guide juridique sur la nécessité de réexaminer les règles en vigueur car nombre de décisions importantes, techniques et bancaires, qui étaient jusqu'à présent l'affaire des seules banques, intéressent désormais le système dans son ensemble.

B. Deux types de transfert de fonds

6. Un transfert électronique de fonds, dans l'acceptation du présent guide, est un transfert de fonds dans lequel une ou plusieurs des étapes précédemment effectuées sur papier sont désormais effectuées par le truchement de techniques électroniques. Le remplacement de l'échange physique d'un ordre de transfert de fonds, prélèvement ou virement, entre les banques parties au transfert par l'envoi d'un message électronique et le traitement des prélèvements ou des virements par un ordinateur sont le plus connu et le plus important de ces changements. En combinant ces diverses techniques électroniques, on a réussi à créer de nouveaux systèmes électroniques qui ne sont pas de simples modifications des anciens systèmes sur papier.

7. On pourrait examiner les problèmes bancaires et juridiques qui se posent pour les transferts de fonds effectués dans un cadre uniquement électronique sans faire référence aux transferts de fonds sur papier, mais cela ne présenterait aucun intérêt. En effet, de nombreux transferts de fonds participent à la fois des techniques de transfert de fonds électroniques et des techniques de transfert de fonds sur papier. En outre, les principales phases d'un transfert de fonds sont identiques quel que soit le moyen utilisé pour acheminer l'ordre entre les banques ou la manière dont les comptes des banques sont tenus. Dans le présent chapitre, on décrit les procédures de base qui régissent les transferts de fonds en général en insistant tout particulièrement sur les transferts électroniques de fonds.

1. Virement

8. Un virement est souvent décrit comme étant un transfert dans lequel les fonds sont "poussés" du transférant au bénéficiaire. Lorsque le transférant et le bénéficiaire ont tous deux un compte en banque, le transférant donne ordre à sa banque de débiter son compte et de créditer ou de faire créditer le compte du bénéficiaire dans la même banque ou dans une autre banque. Lorsque le transférant n'a pas de compte à débiter, il peut verser à la banque transférante la somme en espèces qu'elle souhaite faire transférer. Lorsque le bénéficiaire n'a pas de compte à créditer, la banque transférante peut payer la somme au bénéficiaire en espèces, à l'instar de la poste. L'ordre peut être acheminé du transférant à la banque transférante par téléphone, par télex, par présentation d'une bande magnétique contenant une série de comptes à créditer ou par tout autre moyen dont ont convenu les parties. A la réception de l'ordre émanant du transférant, la banque transférante doit normalement s'assurer de l'authenticité de l'ordre et vérifier le solde du compte du transférant avant d'exécuter l'ordre de transfert des fonds sur le compte du bénéficiaire.

9. Un ordre de virement visant à créditer un compte tenu par la même banque que celle du transférant peut être exécuté au moyen d'un transfert de compte à compte par lequel le compte du transférant est débité et le compte du bénéficiaire crédité. Lorsqu'un ordre de virement stipule qu'un compte doit être crédité dans une autre banque (la banque bénéficiaire), la banque transférante débite le compte du transférant, transmet l'ordre de créditer le compte du bénéficiaire par un moyen approprié à la banque bénéficiaire et rembourse à celle-ci le montant du transfert. Le remboursement de la banque bénéficiaire par la banque transférante est le règlement.

10. Dans certains cas, l'ordre de virement émanant du transférant se présente sous une forme qui peut être acheminée à la banque bénéficiaire directement et sans être modifiée. C'est la procédure la plus répandue dans les systèmes nationaux utilisant le papier où le document original émis par le transférant peut être envoyé à la banque bénéficiaire. Cela peut également être le cas lorsque le transférant (c'est-à-dire le client) prépare des bandes magnétiques ou tout autre support de mémoire sur lequel les ordres enregistrés stipulent que des comptes sont à créditer dans la même banque bénéficiaire. Dans d'autres cas, un nouvel ordre de virement adressé à la banque bénéficiaire (ou la banque intermédiaire) doit être établi d'après l'ordre reçu du transférant. Dans les deux cas, la banque réceptrice (c'est-à-dire la banque bénéficiaire ou la banque intermédiaire) ne peut que s'assurer que l'ordre émane effectivement de la banque transférante. Elle ne peut ni vérifier l'authenticité de l'ordre émis par le transférant, ni s'assurer que la banque transférante a été ou sera remboursée par le transférant.

11. Bien qu'un virement soit défini d'une manière générale dans le présent guide comme étant un mouvement de fonds complet entre le transférant et le bénéficiaire, il ne fait pas nécessairement intervenir les clients des banques, de même qu'il peut y avoir un transférant et pas de bénéficiaire ou un bénéficiaire et pas de transférant. Par exemple, SWIFT et l'ISO, dans son projet de norme internationale 7746 (projet de norme internationale arrêtant une structure uniforme pour les messages télex), distinguent trois types

types d'ordre de virement, dont un seulement est directement applicable au transfert effectué pour le compte d'un client. Dans le projet de norme internationale 7746, ces trois types d'ordre de virement sont les suivants (les termes employés dans le présent guide figurent entre crochets dans la description) :

<u>Identifiant numérique et nom</u>	<u>Description</u>
100 Transfert client	Ordre de paiement [ordre de virement] dans lequel soit le donneur d'ordre [transférant] soit/et le bénéficiaire [bénéficiaire] ne sont pas des banques.
200 Transfert de banque pour le compte de l'expéditeur	Ordre de paiement [ordre de virement] dans lequel l'expéditeur [banque transférante] ordonne le transfert de fonds de son compte tenu par le récepteur à son compte tenu par une autre banque.
202 Transfert entre banques	Ordre de paiement [ordre de virement] dans lequel l'expéditeur [banque transférante] et le bénéficiaire [banque bénéficiaire] sont des banques distinctes. Un tel transfert est toujours lié à une autre transaction.

12. Le virement se prête particulièrement bien à l'utilisation de moyens électroniques de communication. En principe, ni le transférant ni le bénéficiaire n'ont de raison quelconque de refuser cette utilisation et, les effets de commerce n'étant pas utilisés dans les virements, les problèmes juridiques qu'impliquent le recouvrement électronique des effets de commerce ne se posent pas. Les virements électroniques existent depuis plus d'une centaine d'années sous la forme de transferts télégraphiques. Les ordres de paiement par message télex et les liaisons d'ordinateur à ordinateur ne sont que des versions modernes de ce vénérable procédé. Même dans les pays où la majorité des transferts interbancaires nationaux consistent en des opérations de recouvrement au moyen de chèques, les virements électroniques sont souvent utilisés pour les paiements commerciaux. Dans certains de ces pays, les mécanismes de transfert électronique de fonds ont été très sensiblement améliorés ces dernières années et la majorité des paiements commerciaux d'un montant élevé sont effectués de cette manière.

13. Depuis peu, il est possible de verser au compte bancaire du bénéficiaire les sommes correspondant aux salaires, pensions et prestations mensuelles de sécurité sociale et ce uniquement du fait du nombre croissant de personnes désormais titulaires d'un compte en banque. Ce type de virement se prête particulièrement bien aux techniques informatiques. Les transférants dont les transactions portent sur des sommes importantes et qui possèdent du matériel compatible avec celui qu'utilisent les banques peuvent avoir intérêt à établir eux-mêmes les bandes magnétiques ou tout autre support de mémoire contenant les données nécessaires au transfert de fonds que leur banque traitera.

2. Prélèvement

14. Un prélèvement est souvent défini comme étant un transfert de fonds dans lequel les fonds sont "tirés" du transférant vers le bénéficiaire. Dans un prélèvement, le bénéficiaire donne ordre à sa banque de recouvrer une somme donnée auprès du transférant. L'ordre émanant du bénéficiaire peut être accompagné d'un ordre de prélèvement signé par le transférant, tel un chèque ou un billet à ordre payable à sa banque sur lequel il est indiqué que celle-ci doit transférer la somme au compte du bénéficiaire et doit débiter le compte du transférant. Le bénéficiaire peut également recevoir la somme en espèces en présentant l'ordre de prélèvement au guichet de la banque transférante pour paiement immédiat. Autre possibilité : le bénéficiaire peut joindre à son ordre une lettre de change qu'il a tirée lui-même priant le transférant ou sa banque de payer la somme qui y est indiquée. Le tirage d'une lettre de change par le bénéficiaire doit normalement avoir été préalablement autorisé par le transférant, par exemple, dans un contrat de vente ou par une lettre de crédit que le transférant aura ouverte à l'intention du bénéficiaire.

15. En vue d'éviter les problèmes soulevés par le recouvrement des lettres de change, problèmes posés non seulement du fait du régime juridique applicable aux effets de commerce mais aussi du fait des droits de timbre et autres considérations, une part de plus en plus grande des prélèvements effectués dans le commerce international se fait par le biais d'une créance établie par le vendeur-bénéficiaire sans recours à une lettre de change. Ces créances peuvent être transmises par des procédés électroniques à condition qu'elles n'aient pas à être accompagnées de documents commerciaux sur papier. Le problème le plus aigu qui se soit posé dans le domaine de l'utilisation de prélèvements électroniques au plan international a été la mise au point de moyens permettant d'effectuer des transactions commerciales par lettres de crédit et des opérations de financement bancaire sans recours à un connaissance sur papier.

16. En plus des prélèvements résultant de certaines transactions particulières, les prélèvements peuvent aussi être utilisés par le bénéficiaire ayant de nombreux débiteurs réguliers. Les prélèvements effectués en vertu d'autorisations de prélèvement automatique se prêtent particulièrement bien au traitement électronique et les gros clients disposant de leur propre service informatique peuvent établir eux-mêmes les bandes magnétiques ou les autres supports de mémoire sur lesquels figurent les ordres de prélèvement.

C. Acheminement des ordres de transfert de fonds

17. Il existe plusieurs filières standard pour l'acheminement des ordres de transfert de fonds entre les banques intéressées. Qu'il s'agisse d'un ordre de transfert de fonds unique expédié séparément ou de plusieurs ordres expédiés en lots, les filières sont les mêmes. Elles sont en outre quasi identiques pour les prélèvements et les virements, seule la nature de l'ordre diffère. Ces filières standard sont les suivantes : transfert assuré par un banquier, transfert assuré par deux banquiers et transfert assuré par trois

banquiers. Dans certains pays, les règles régissant des questions comme celle du moment où le paiement devient définitif sont fonction du nombre de banques intervenant dans le transfert de fonds. L'acheminement des prélèvements et des virements, le type de message expédié entre les parties et les écritures passées en compte par les différentes banques sont décrits dans les diagrammes 1 à 4.

1. Transfert assuré par un seul banquier

18. Lorsque le compte du transférant et celui du bénéficiaire sont domiciliés dans le même établissement, tant les prélèvements que les virements sont effectués en débitant le compte du transférant et en créditant le compte du bénéficiaire. La différence entre les deux types de transfert est que le transférant ordonne à sa banque d'effectuer un virement et que le bénéficiaire ordonne à sa banque d'effectuer un prélèvement. Si les comptes sont domiciliés dans des agences différentes de la même banque, qui tiennent chacune leurs propres comptes, l'ordre doit être acheminé entre ces agences comme pour l'acheminement d'un ordre entre des banques distinctes. Dans un transfert de fonds assuré par un seul banquier, la banque est à la fois banque transférante et banque bénéficiaire et a des obligations distinctes pour chacune de ces deux fonctions.

Légende des abréviations utilisées dans les diagrammes 1 à 4

Tr. - Transférant
BTr. - banque transférante
BI - banque intermédiaire
BBen - banque bénéficiaire
Ben - bénéficiaire

Diagramme 1a

Comptes du transférant et du bénéficiaire domiciliés dans la même banque

Virement

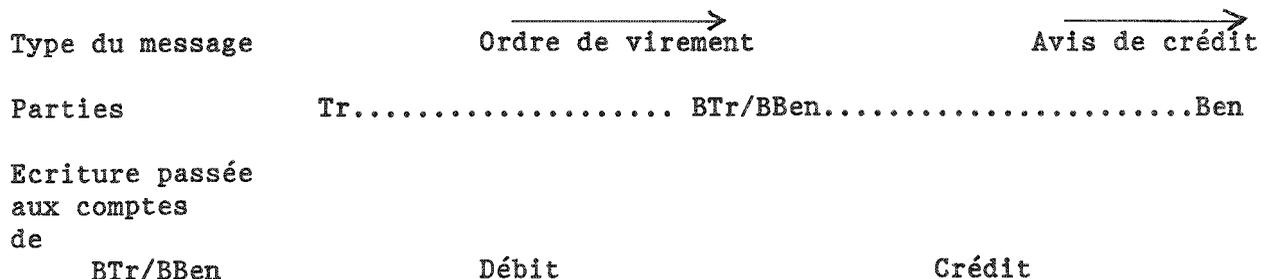
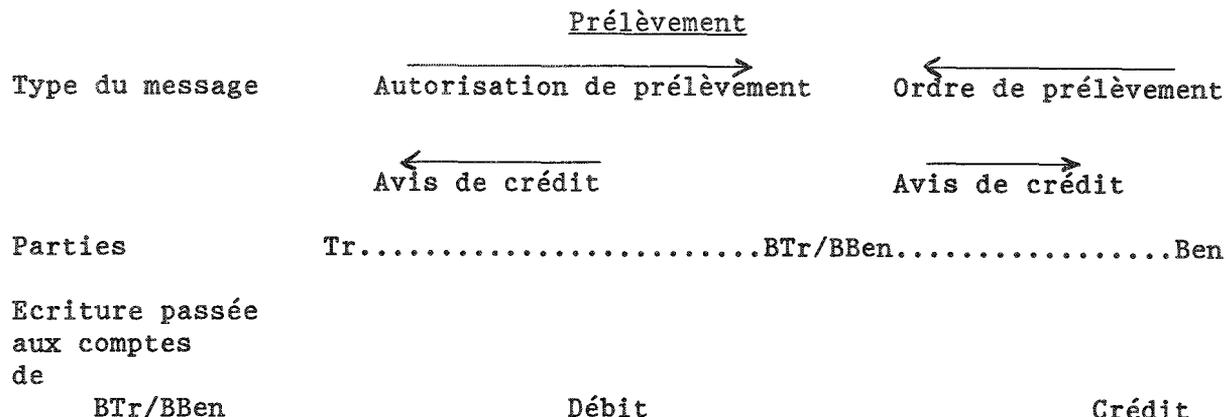


Diagramme 1b

Comptes du transférant et du bénéficiaire domiciliés dans la même banque



2. Transfert assuré par deux banquiers

19. Les ordres de transferts de fonds prévoyant le transfert de fonds entre les comptes domiciliés dans deux banques différentes sont souvent transmis directement entre les deux banques intéressées. C'est notamment le cas lorsque les deux banques sont proches l'une de l'autre géographiquement, lorsqu'elles ont un volume important d'ordres à se transmettre, lorsque l'une des deux banques fait office d'agent de compensation pour l'autre, lorsque le montant à transférer est très important ou lorsque le transfert doit être effectué promptement. Pour pouvoir effectuer une transmission directe des ordres de transfert de fonds, les deux banquiers intéressés doivent conclure un accord préalable, échanger des listes de signatures, des chiffres clefs et autres moyens d'authentifier les ordres de transfert de fonds, et prendre des dispositions pour le règlement des transferts de fonds.

20. La transmission directe des ordres de transferts de fonds d'une banque à une autre banque peut être effectuée par la transmission physique des ordres de transferts de fonds sur papier ou des supports de mémoire telles les bandes magnétiques. On parle aussi de transmission directe lorsque l'ordre de transfert de fonds passe entre les deux banques sans intermédiaire autre qu'un service de communication ou une chambre de compensation.

21. Un service de communication par lequel les ordres de transfert de fonds sont transmis peut être soit accessible au public, à l'instar de la poste ou des services de messages télex, soit réservé à la transmission de messages entre les membres d'un groupement bancaire, comme SWIFT. Dans les deux cas, le service de communication achemine les ordres et les trie ou les "aiguille" vers le bon destinataire. Dans certains ordinateurs de compensation en ligne, les ordres de transfert de fonds sont acheminés, sur le réseau public de la compagnie de télécommunication, des banques vers un "commutateur" appartenant aux banques membres ce groupement particulier, ou exploité pour elles.

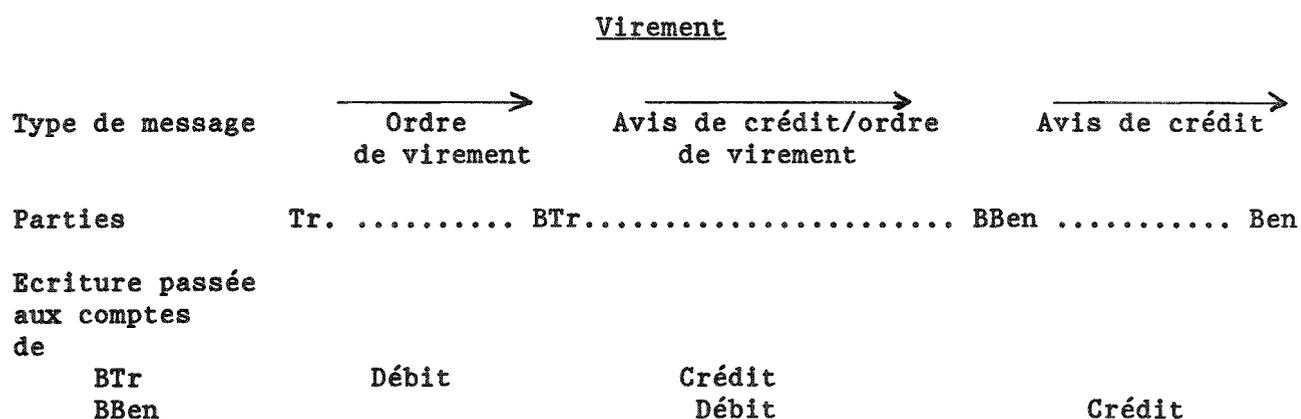
22. Que le réseau de transmission et le commutateur soient publics ou appartiennent aux banques (ou soient exploités pour elles), et sans chercher à savoir pour l'instant qui doit supporter les pertes en cas de retard ou de non-acheminement des ordres ou de fraudes ou d'erreurs dans la teneur d'un ordre, le service de communications ne joue aucun rôle dans la relation bancaire et n'a aucune incidence sur elle. La relation bancaire n'existe qu'entre la banque expéditrice et la banque réceptrice.

23. Dans la mesure où un ordinateur de compensation, comme un service de communication, aiguille des ordres de transfert de fonds vers le bon destinataire et, dans certains cas, achemine l'ordre de la banque transférante à la banque bénéficiaire, il n'a pas plus d'incidence sur la transmission de l'instruction que n'en a un service de communication. Même lorsqu'une chambre de compensation arrête les balances nettes pour les banques participantes, cela n'affecte pas la relation entre les banques expéditrices et les banques réceptrices, sauf en ce qui concerne le mode de règlement et les conséquences du défaut de règlement.

24. Le diagramme 2a, par conséquent, représente un virement dans lequel la banque transférante a envoyé l'ordre de transfert de fonds à la banque bénéficiaire soit par transmission physique, soit par un système de communication, mais pas par le truchement d'une chambre de compensation, et dans lequel les deux banques peuvent assurer le règlement entre elles au moyen d'écritures au débit et au crédit sur le compte qu'elles ont l'une chez l'autre. Le message de la banque transférante à la banque bénéficiaire sert à la fois d'ordre instruisant la banque bénéficiaire de créditer le compte du bénéficiaire et d'avis de crédit du compte que tient la banque transférante pour la banque bénéficiaire. Ce message autorise également la banque bénéficiaire à débiter le compte de la banque transférante.

Diagramme 2a

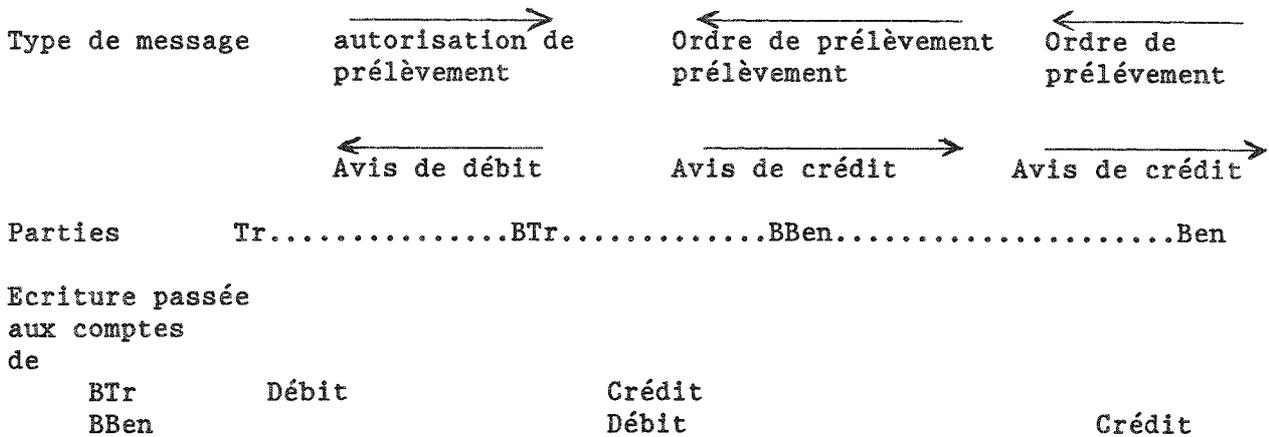
Deux banques en relation directe détenant chacune un compte de l'autre banque



25. Le diagramme 2b représente un prélèvement effectué dans les mêmes conditions que le virement décrit dans le diagramme 2a. Les flèches indiquent que l'ordre de prélèvement est donné par le bénéficiaire à la banque bénéficiaire et par la banque bénéficiaire à la banque transférante. L'autorisation de prélèvement donnée par le transférant à la banque transférante peut se présenter sous la forme d'un chèque tiré par le transférant ou d'une autorisation de prélèvement automatique, ou elle peut être demandée par la banque après la présentation de l'ordre de prélèvement.

Diagramme 2b

Deux banques en relation directe détenant chacune un compte de l'autre banque



3. Transfert assuré par trois banquiers

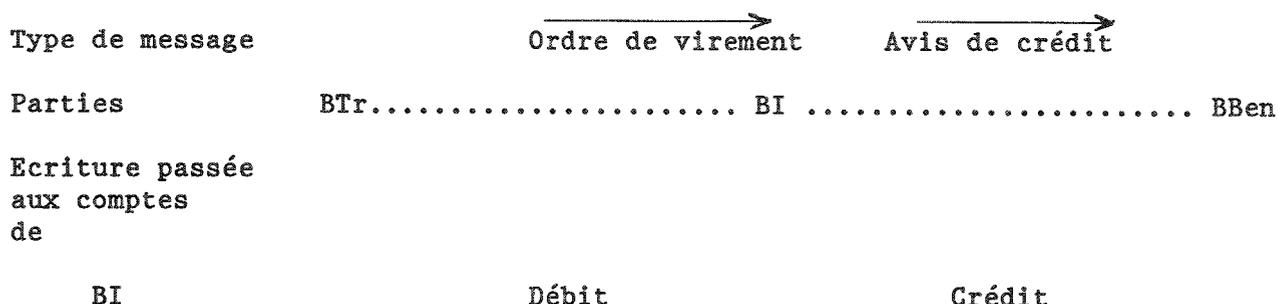
26. Lorsque deux banques ne sont pas en relation directe et ne sont pas toutes deux membres de la même chambre de compensation, l'ordre de transfert de fonds peut devoir passer à travers une ou plusieurs banques intermédiaires qui sont leurs banques correspondantes. Les effets du recours à une banque correspondante sur les relations entre les parties à un transfert de fonds ne sont pas toujours bien compris.

27. Lorsque le virement n'est pas un transfert client, c'est-à-dire lorsque l'on utilise un message du type 200 ou 202 (voir par. 11 ci-dessus), les banques sont exactement dans la même situation sur le plan bancaire et juridique que deux clients (autres que des banques) de la même banque. Dans les deux cas, le transfert de fonds est effectué en débitant le compte du transférant (de la banque transférante) et en créditant le compte du bénéficiaire (de la banque bénéficiaire). Dans le cadre des transferts de fonds, les banques qui servent de banques correspondantes sont non seulement les banques commerciales, mais aussi toute banque centrale qui détient des comptes d'autres banques et qui accepte de transférer des soldes du compte d'une banque sur le compte d'une autre banque pour des opérations bancaires générales.

Diagramme 3

Banque correspondante détenant les comptes de deux autres banques

Virement - message du type 202

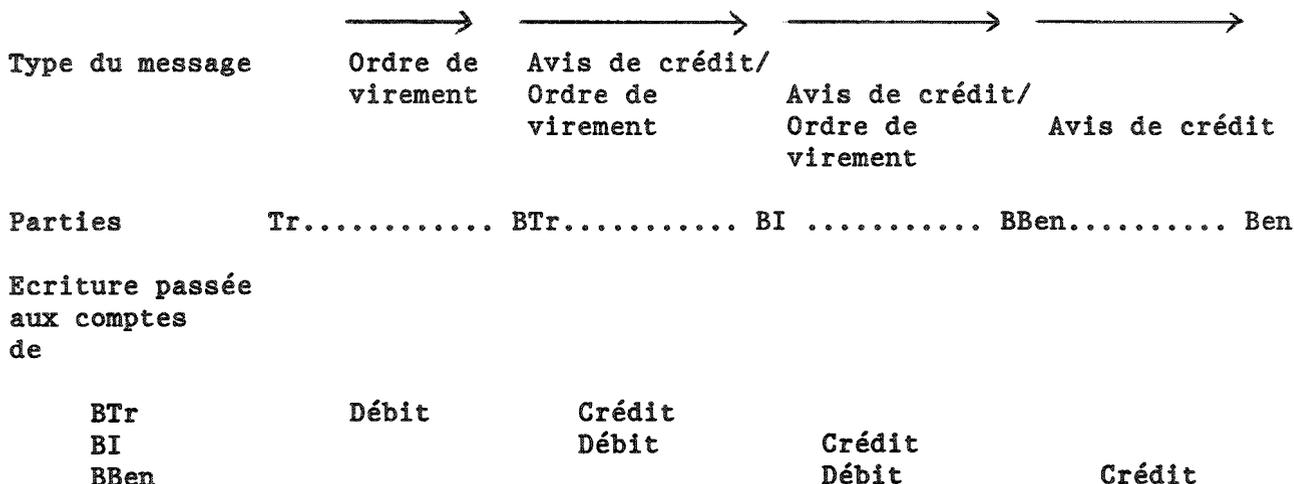


28. Lorsque le virement est effectué à la demande d'un client de la banque transférante en faveur d'un client de la banque bénéficiaire, il fait intervenir cinq parties. Il y a alors trois ordres de virement distincts et deux transactions de transfert de fonds interbancaires distinctes, en plus du transfert de fonds du transférant au bénéficiaire. Même si, pour diverses raisons, on peut considérer le transfert de fonds dans son ensemble comme une activité unique bancaire et juridique, pour d'autres raisons également bancaires et juridiques, il peut être nécessaire de traiter séparément chaque relation, et tout particulièrement chaque transaction de transfert de fonds interbancaire. Les messages entre la banque transférante et la banque intermédiaire et entre la banque intermédiaire et la banque bénéficiaire ont les fonctions décrites au paragraphe 24.

Diagramme 4

Banque correspondante détenant les comptes loro de deux autres banques

Virement sur ordre du transférant au bénéfice du bénéficiaire



29. Le second type courant de relations interbanques revêt la forme d'un triangle. La banque transférante donne l'ordre à la banque bénéficiaire de créditer le compte du bénéficiaire et informe la banque bénéficiaire qu'elle sera remboursée par une écriture de crédit au compte qu'elle détient auprès d'une banque intermédiaire. Dans un second message, la banque transférante donne à la banque intermédiaire l'ordre de débiter son compte et de créditer le compte de la banque bénéficiaire. Les messages interbanques sont complétés par un avis de crédit de la banque intermédiaire à la banque bénéficiaire, référence étant faite aux messages précédents permettant l'apurement des comptes.

D. Règlement

1. En général

30. La banque bénéficiaire qui crédite le compte du bénéficiaire accroît la dette qu'elle a à l'égard dudit bénéficiaire ou diminue la dette de celui-ci à son égard. Elle doit soit réduire une dette correspondante, soit recevoir une valeur égale au montant du crédit. Lorsque le transférant et le bénéficiaire ont tous deux un compte dans la même banque, la banque compense la somme correspondant au crédit porté sur le compte du bénéficiaire en débitant le compte du transférant. Lorsque le transfert est interbancaire, la banque bénéficiaire doit recevoir une contrepartie de la banque du transférant par une opération de règlement.

31. Le règlement peut être effectué entre les banques soit écriture par écriture, soit par lots d'écritures. Le choix dépend en partie de la nature du transfert de fonds, de son montant et du mécanisme de transfert de fonds utilisé. Une traite documentaire est, la plupart du temps, traitée séparément pendant toute la durée du recouvrement, aussi le règlement de cet ordre de transfert de fonds d'un caractère particulier est-il généralement effectué séparément. Dans de nombreux pays, on procède couramment au règlement de chèques par lots, mais les chèques représentant un montant élevé peuvent être transmis à la banque transférante (tirée) ou à l'un de ses correspondants, hors du circuit habituel de recouvrement et réglés individuellement. En général, les transferts de fonds électroniques effectués par le truchement d'un échange de supports de mémoire sont réglés sur la base de tous les ordres enregistrés sur la mémoire, mais les ordres de transfert de fonds électroniques d'un montant élevé transmis par télécommunication sont souvent réglés individuellement. En outre, les transferts de montant élevé acheminés par certains ordinateurs de compensation tels que le Clearing House Interbank Payment System (CHIPS) de New York ou le Clearing House Automated Payment System (CHAPS) de Londres, sont réglés sur la base d'une balance nette (nette définitive) pour les activités de la journée (pour plus de détails, voir par. 37).

32. Dans la pratique, le règlement s'effectue généralement par la passation d'écritures sur les comptes de l'une ou de l'autre des deux banques ou dans les comptes correspondants d'une troisième banque. Ce concept fondamental de règlement interbancaire est simple, mais il en existe de nombreuses variantes. La banque expéditrice ou la banque réceptrice peut avoir un compte de dépôt dans l'autre banque, ou bien les deux banques ont un compte chez l'autre. Dans ce cas, le règlement pour tout ordre ou lot d'ordres peut être effectué par une écriture au débit ou au crédit sur ce compte de dépôt. Autre

variante assez répandue : ni l'une ni l'autre des banques n'ont un compte de dépôt dans l'autre banque, mais chaque banque tient un compte au nom de l'autre banque. Lorsque des ordres individuels ou des lots d'ordres sont transmis entre les banques, chaque banque inscrit les débits et crédits correspondants. Le règlement correspondant à ces ordres individuels ou lots d'ordres est effectué par des écritures au débit et au crédit. Les banques maintiennent les soldes débiteurs ou créditeurs nets dans des limites convenues en transférant les fonds nécessaires à intervalles réguliers. Dans une autre variante, les banques peuvent convenir que la balance nette à la fin des activités de la journée doit toujours être zéro; auquel cas, le règlement n'est effectif qu'une fois que la banque présentant un solde débiteur a transféré des fonds suffisants pour couvrir ce débit. Le règlement des transferts de fonds internationaux dans lesquels deux monnaies sont utilisées s'effectue en débitant et en créditant les comptes loro et nostro que les banques ont l'une chez l'autre. Dans le cas des Eurochèques, chaque centre national Eurochèques débite chaque jour le compte nostro de chacun des autres centres nationaux Eurochèques du montant total des Eurochèques tirés sur les banques du pays, plus les frais habituels; la date d'intérêt intervenant deux jours plus tard.

2. Règlement par le truchement d'une troisième banque

33. Dans de nombreux cas, le règlement des ordres individuels ou des lots d'ordres est effectué par le transfert de la somme nécessaire sur les comptes d'une troisième banque. Cette troisième banque peut être une banque correspondante à la fois de la banque expéditrice et de la banque réceptrice, ou la banque centrale du pays. Lorsque le règlement doit s'effectuer par la passation d'écritures aux comptes d'une troisième banque, la banque transférante doit donner instruction à la troisième banque de débiter son compte et de créditer le compte de la banque bénéficiaire, soit par un message télétransmis de la banque transférante à la troisième banque (par exemple un message du type 202 - voir par. 11 ci-dessus), soit par un ordre de transfert sur papier. En cas de règlement par le biais d'un ordre de prélèvement, la banque bénéficiaire doit présenter ledit ordre pour paiement à la troisième banque pour que le règlement puisse être effectué.

3. Règlement par le truchement d'une chambre de compensation

34. Une chambre de compensation ne fait pas uniquement office de commutateur des messages (voir par. 21 ci-dessus), mais contribue également au règlement entre les banques. Périodiquement, le montant total des transferts présentés à chacune des banques participantes et reçus par elles est calculé et le règlement est effectué par les banques en position débitrice nette en faveur de celles des banques qui sont en position créditrice nette. La chambre de compensation, par conséquent, contribue au processus de règlement car, grâce à elle, le règlement est effectué sur la base de la position nette de chaque banque plutôt que sur la base de son volume brut de transactions.

35. Il existe plusieurs variantes possibles en ce qui concerne les règlements effectués dans le cadre d'une chambre de compensation, en fonction de la périodicité de l'établissement de la balance nette, du temps qui s'écoule entre l'établissement de la balance nette et le règlement, de la solution retenue pour ces deux opérations, à savoir par paire de banques ou pour la chambre de compensation dans son ensemble, et des moyens de règlement des balances nettes.

36. Pour commencer, il y a deux approches possibles en ce qui concerne le moment auquel une chambre de compensation peut établir la balance nette des ordres de transfert de fonds qui lui ont été soumis. Une chambre de compensation traitant des ordres de transfert de fonds présentés en lots, que ce soit sur papier ou sur supports de mémoire, peut établir la balance nette de la valeur des ordres présentés avant que les banques ne soient autorisées à retirer les ordres qui leur ont été adressés. S'il y a plusieurs compensations par jour, la balance nette doit être établie pour chaque compensation. Autre possibilité : la valeur nette des ordres de transfert peut n'être établie qu'une fois par jour ou après toute autre période plus courte ou plus longue. L'établissement périodique de la balance nette est une solution qui peut convenir à tous les types de chambre de compensation. Une chambre de compensation sur papier, ou un ordinateur de compensation hors ligne effectuant plusieurs compensations par jour, peut établir les balances nettes à chaque compensation, mais aussi établir les balances nettes pour toute la journée avant que n'intervienne le règlement pour la journée. L'établissement périodique de la balance nette est, toutefois, la seule solution possible pour des ordinateurs de compensation en ligne comme CHIPS ou CHAPS. L'intérêt de l'établissement périodique de la balance est que certains ou la totalité des ordres peuvent être adressés à la banque réceptrice pour traitement avant l'établissement de la balance définitive et le règlement de ces ordres. En théorie, le moment où intervient le calcul de la balance est indifférent; cependant, plus le délai est long, plus le risque est grand qu'une banque dont le solde net est débiteur n'effectue pas le règlement et que les banques bénéficiaires aient déjà mis le montant des transferts à la disposition de leurs clients. Pour limiter ce risque, on peut décider d'établir la balance nette et d'effectuer le règlement le plus souvent possible, au point de régler séparément chaque transaction. Ceci éliminerait le risque de crédit mais aurait pour corollaire de transformer l'ordinateur de compensation en un service de communication.

37. Le moment où s'effectue le règlement est également intimement lié au moment où s'effectue le calcul de la balance nette. Certaines chambres de compensation où l'on exige que l'établissement de la balance soit effectué avant le retrait des ordres de la chambre de compensation appartiennent à des systèmes bancaires où la défaillance d'une banque est un risque important. Dans ces chambres de compensation, on exige aussi un règlement rapide. Inversement, dans les systèmes où les préoccupations quant à l'éventuelle défaillance d'une banque sont moins vives, on pratique généralement le calcul périodique de la balance et on est moins strict quant au moment où doit intervenir le règlement. Toutefois, le moment où intervient le règlement ayant une incidence sur la quantité d'argent dont dispose chaque banque à des fins d'investissement, et dans certains pays, sur ses réserves, un long retard dans le règlement aurait, ici aussi, des incidences non négligeables.

38. En principe, il est indifférent que l'établissement de la balance nette se fasse par paire de banques ou pour l'ensemble de la chambre de compensation. Dans certaines chambres de compensation, la position nette de chaque paire de banques est d'abord établie et l'on calcule ensuite la position nette définitive de chaque banque par rapport à toutes les autres banques de la chambre de compensation. Si l'on calcule la balance nette par paire de banques, le règlement peut également s'effectuer par paire de banques. Le règlement par paire de banques peut notamment avoir pour effet que chaque banque doit disposer immédiatement de suffisamment de fonds ou de crédits pour couvrir tous ses soldes débiteurs nets. Autre conséquence, plus importante de l'établissement de la balance nette par paire de banques : si

une banque est dans l'impossibilité de régler, la perte sera subie par chaque banque vis-à-vis de laquelle la banque défaillante présente un solde débiteur net. Au contraire, si le solde de chaque banque est déterminé par sa balance nette définitive, la perte résultant de la défaillance d'une banque doit alors être répartie entre toutes les banques membres de la chambre de compensation selon une formule convenue au préalable, ou être absorbée par un autre groupement ou organe, comme la banque centrale.

39. Le solde débiteur de la banque doit être couvert en espèces ou l'équivalent fonctionnel. La plupart des chambres de compensation effectuent, semble-t-il, le règlement grâce à des écritures passées sur les comptes qu'ont les banques participantes à la banque centrale. Les soldes peuvent également être couverts par des écritures aux comptes d'une ou plusieurs grandes banques.

40. Dans certains pays, le règlement interbancaire intéresse à la fois le transférant et le bénéficiaire (autres que des banques) et les banques. Lorsque le risque est grand que la banque transférante ne soit pas en mesure d'effectuer le règlement ou, dans le cas d'une chambre de compensation, que l'une quelconque des banques participantes ne soit pas en mesure de régler, la banque bénéficiaire peut retarder le moment où elle crédite le compte du bénéficiaire ou ne mettre les fonds à sa disposition que lorsqu'elle s'est assurée que le risque a disparu. En outre, si le règlement est retardé pendant une période appréciable, la perte d'intérêts qui en résulte peut suffire à amener la banque bénéficiaire à repousser le moment où elle crédite le compte du bénéficiaire d'une période correspondant au retard.

E. Cartes de crédit et cartes de débit

41. Les cartes de crédit et cartes de débit ont été créées en dehors du système bancaire. Aussi ces cartes ont-elles revêtu certaines caractéristiques particulières qu'elles ont toujours aujourd'hui. Les plus évidentes sont le nom donné à ces deux types de carte, la confusion entre ces cartes et le fait que les mécanismes de compensation sont distincts de ceux utilisés pour d'autres systèmes de paiement.

42. Les cartes de crédit ont succédé aux jetons ou cartes émis par certains commerçants afin d'identifier les clients autorisés à acheter à crédit. Les cartes de voyage et de loisirs, qui sont apparues dans les années 50, et les cartes de crédit émises par les banques, apparues dans les années 60, se distinguaient par le fait qu'elles pouvaient être utilisées auprès d'un grand nombre de commerçants. Cependant, ces cartes avaient toujours une caractéristique importante : elles donnaient accès à une ligne de crédit et le débit n'était pas imputé sur le compte courant du client dans une banque. Aussi, pour que le client s'acquitte de l'obligation découlant de l'utilisation de sa carte, fallait-il procéder à un transfert de fonds distinct en faveur de l'émetteur de la carte.

43. Si le débit lié à l'utilisation de la carte est imputé sur un compte courant dans une banque, plutôt que sur un compte séparé relatif à la carte de crédit, la transaction est en général considérée comme une transaction de carte de débit. Puisque l'utilisation de certaines cartes peut donner lieu au débit de l'un ou l'autre type de compte selon les circonstances, il peut être parfois difficile de distinguer entre une carte de débit et une carte de crédit. Normalement, la distinction juridique entre ces cartes tient au fait

que les transactions de carte de crédit peuvent être régies par les dispositions de la législation du crédit à la consommation, alors que les transactions de carte de débit sont en général considérées comme des transferts de fonds. Dans les pays où une telle distinction est faite, on peut s'attendre à ce qu'il existe une définition réglementaire des deux termes.

44. A leurs débuts, les cartes de crédit étaient utilisées pour créer des ordres de prélèvement sur papier et cette utilisation est toujours courante pour les cartes de crédit et les cartes de débit. Ces ordres de prélèvement sur papier sont en général transmis entre les banques et autres institutions financières au moyen de mécanismes spéciaux de compensation. Il est courant que l'on recoure, dès les premiers stades de la procédure de compensation, à la méthode du non-échange, seules les données essentielles étant communiquées à l'institution détenant le compte du client. L'ajout de pistes magnétiques au dos des cartes et, plus récemment, l'ajout de puces à microcircuit permettent d'utiliser ces cartes pour accéder à diverses formes de transferts électroniques de fonds.

F. Quelques aspects propres aux transferts électroniques de fonds

1. Remplacement d'une ou plusieurs des étapes effectuées sur papier

45. La plus élémentaire, et peut-être aussi la plus répandue, des techniques électroniques de transfert de fonds consiste à remplacer une ou plusieurs des étapes du processus de transfert de fonds, (lequel reste fondamentalement effectué sur papier), par des étapes électroniques. Les systèmes de transfert de fonds sur papier se distinguent par le fait que l'ordre de transfert de fonds est établi et présenté au système bancaire sous forme d'un "document papier" et est souvent transmis d'une banque à une autre dans tout le système sous cette forme. En principe, rien n'interdit à une banque qui reçoit un ordre sur papier, de transmettre les éléments d'information qui y figurent à la banque réceptrice sous forme électronique. C'est dans le cadre des systèmes nationaux de virement de fonds que cela est le plus facile à réaliser. Il importe peu au transférant de savoir comment l'ordre de virement est transmis entre les banques dès l'instant que le transfert s'effectue rapidement et correctement. Les banques ont, par conséquent, la possibilité de transférer les ordres sur papier sur des bandes magnétiques ou tout autre support de mémoire et de les échanger directement ou par l'intermédiaire de chambres de compensation automatiques, ou d'envoyer des ordres de virement par le truchement des télécommunications si cela se révèle plus efficace.

46. D'une manière générale, les choses se passent de la même manière sur le plan technique en ce qui concerne les ordres de prélèvement sur papier, tels les chèques et les lettres de change. Les ordres peuvent être conservés à la banque bénéficiaire (dépositaire) et les éléments d'information essentiels peuvent être transmis à la banque transférante (tirée) par l'échange de supports de mémoire ou par télécommunication, le chèque sur papier n'étant alors pas échangé mais conservé à la banque bénéficiaire et présenté sous forme électronique à la banque transférante. Cependant, la loi régissant les effets de commerce continue de s'appliquer aux ordres de prélèvement, qu'il s'agisse de chèques, de lettres de change ou de billets à ordre, d'où des conséquences qui peuvent être graves si la loi n'est pas modifiée et adaptée au traitement électronique 1/.

1/ Pour une analyse plus poussée, voir le chapitre II, "Les Accords de transfert de fonds et les ordres de transfert de fonds.9/250/Add. 3).

2. Télécommunications

47. Bien que les transferts télégraphiques ou par message télex de sommes importantes soient depuis longtemps chose courante pour les banques, jusqu'à une date récente la majorité des transferts de sommes importantes ont continué d'être effectués par le truchement d'ordres de transfert de fonds sur papier expédiés par voie postale. Dans la plupart des pays, on n'a pas cru bon de codifier la pratique bancaire des transferts de fonds télégraphiques, ou par message télex, car ils demeuraient une forme de transfert de fonds peu courante. Le transfert électronique de fonds que proposent de nombreux services postaux aux consommateurs n'a que très rarement été examiné lors des débats portant sur les transferts électroniques de fonds. Cependant, des règles précises existent depuis longtemps qui régissent les mandats télégraphiques nationaux et internationaux (lorsque le bénéficiaire n'a pas de compte au giro postal ou bancaire) et les transferts internationaux par le giro (lorsque le bénéficiaire dispose d'un tel compte). Ces règles prévoient notamment une présentation type pour les ordres de transfert télégraphiques et disposent que le texte doit être rédigé en français, sauf convention contraire des deux services postaux concernés.

48. Ces deux systèmes de transfert électronique de fonds ont, dans le passé, correspondu à des marchés différents et ont eu très peu de rapports entre eux, à l'instar de leurs équivalents travaillant sur papier. Cependant, ils avaient une caractéristique commune; bien que le giro postal disposât d'une procédure pour l'expédition de listes de comptes à créditer, les deux systèmes étaient essentiellement voués à l'expédition d'ordres de transfert de fonds individuels. Ils n'étaient pas conçus pour l'expédition par lots d'ordres de transfert de fonds.

49. L'abaissement du coût des télécommunications et l'augmentation du coût des transports aériens et autres ont rendu moins onéreuse pour les banques la transmission par lots d'un grand nombre d'ordres de transfert de fonds, d'un montant élevé ou modique, par le truchement des télécommunications, particulièrement lorsque des tarifs réduits sont proposés pendant la nuit et d'autres périodes de sous-utilisation du système de télécommunication. S.W.I.F.T., en particulier, a conclu des accords pour le transfert par lots des informations relatives à certaines transactions de cartes de crédit. En outre, dans de nombreux cas, le client ne paie pas plus cher pour envoyer un ordre de transfert de fonds individuel par télécommunication que pour expédier un ordre sur papier. On pouvait autrefois dire d'un "transfert télégraphique de fonds" qu'un élément d'urgence s'y rattachait, qu'il s'agisse du transfert d'une somme élevée par le biais du système bancaire ou d'une somme peu élevée par l'intermédiaire du système postal, et des règles élaborées à cet effet qu'elles reflétaient la nécessité de donner suite au message sans délai. Or, l'utilisation des télécommunications pour la transmission d'ordres de transfert de fonds étant devenue chose courante, ce type de transfert a perdu son caractère particulier. Les télécommunications ne sont plus désormais que l'un des moyens par lesquels l'ordre de transfert de fonds est acheminé de la banque expéditrice à la banque réceptrice.

3. Transmission par lots

50. La plupart des transferts de fonds interbancaires, qu'ils soient sur papier ou électroniques, ne sont ni d'un montant ni d'une importance telle qu'il soit nécessaire de les transmettre individuellement entre les banques. Aussi les ordres sont-ils regroupés et échangés en lots. La transmission par

lots des ordres de transfert de fonds électroniques se fait généralement par le biais de l'échange physique de supports de mémoire. Les supports de mémoire contenant les ordres de transfert de fonds sont le plus souvent enregistrés par les banques elles-mêmes. Les principaux types de transaction qui sont enregistrés sont les ordres de transfert de fonds sur papier présentés à la banque, les transactions effectuées par les clients d'autres banques enregistrées dans les distributeurs automatiques de billets (DAB) hors ligne ou les guichets automatiques de banque (GAB) hors ligne, les autorisations de prélèvement automatique et les ordres de virement permanents.

51. Les clients des banques qui disposent des installations nécessaires et qui expédient un grand nombre d'ordres de prélèvement ou d'ordres de virement peuvent enregistrer eux-mêmes les supports de mémoire. Dans la plupart des systèmes, les clients des banques présentent les supports de mémoire à leur banque. Dans certains systèmes, les clients peuvent présenter les supports de mémoire directement à la chambre de compensation automatique. Dans tous les cas, la banque est responsable, vis-à-vis de la chambre de compensation, de la valeur des ordres de transfert de fonds figurant sur les supports de mémoire présentés par ses clients, ainsi que de leur qualité technique.

52. Comme pour la transmission par lots d'ordres de transfert de fonds sur papier, les supports de mémoire peuvent être échangés directement entre les banques participantes. Si cela est impossible en raison du nombre trop élevé de banques, les ordres peuvent être échangés par le truchement d'une chambre de compensation automatique. Une chambre de compensation automatique fournit des services presque identiques à ceux que fournit une chambre de compensation traitant des ordres sur papier. Si les banques présentent des ordres de transfert de fonds pré-triés par banques réceptrices et que chaque lot est enregistré sur un support de mémoire distinct, les banques peuvent simplement procéder à l'échange de ces supports. Généralement, les banques présentent des supports de mémoire sur lesquels les ordres individuels ne sont pas triés par banques réceptrices, ou, lorsqu'ils le sont, des ordres adressés à plus d'une banque figurent sur le même support. Dans tous les cas, la chambre de compensation automatique trie les ordres en utilisant ses propres ordinateurs et établit de nouveaux supports de mémoire contenant les ordres adressés à chaque banque réceptrice.

53. Bien que la transmission par lots soit généralement effectuée par l'échange physique de supports de mémoire, on a déjà vu au paragraphe 49 ci-dessus que le coût de la télétransmission des données ayant diminué, les lots de données sont de plus en plus fréquemment transmis par télécommunication.

4. Transferts de fonds électroniques déclenchés par le client

54. La phase électronique est, pour la plupart des transferts électroniques de fonds, confiée à un employé de la banque agissant sur instruction d'un cadre de la banque dans le cas d'un transfert effectué par celle-ci, ou sur instruction du client ou d'une autre banque. Cependant, un nombre croissant de transferts électroniques de fonds sont déclenchés sur un terminal client. Les terminaux clients peuvent être des distributeurs automatiques de billets, (DAB), des guichets automatiques de banque (GAB), des terminaux points de vente, des terminaux interactifs à domicile et des terminaux en ligne installés chez les clients commerciaux. Dans la catégorie des transferts

électroniques de fonds déclenchés par le client, on pourrait également faire figurer la préparation par le client de supports de mémoire contenant des ordres de prélèvement ou de virement et le dépôt de ces supports auprès de la banque ou, si cela est autorisé, directement auprès de la chambre de compensation automatique.

55. Un grand nombre de transferts de fonds déclenchés sur des terminaux clients sont acheminés à travers tout le système de transfert de fonds sans intervention humaine de la part des banques intéressées. Les ordinateurs des banques vérifient que les normes techniques régissant les transferts sont respectées, que l'authentification en bonne et due forme du transfert a été effectuée et que le compte du transférant est suffisamment approvisionné pour couvrir le débit. Dans certains cas, particulièrement lorsqu'il s'agit de sommes importantes, un responsable de la banque expéditrice peut avoir à autoriser le transfert de fonds avant que celui-ci ne soit effectué, même s'il a été déclenché à partir d'un terminal client.

56. Les transferts électroniques de fonds qui peuvent être déclenchés par l'utilisation d'une carte plastique à piste magnétique contenant des informations permettant l'identification du détenteur de la carte et de son compte, dont le code secret ou les éléments d'information permettant à l'ordinateur de la banque de trouver le code secret en utilisant un algorithme approprié, constituent une sous-catégorie spéciale des transferts électroniques de fonds déclenchés par le client. Les préoccupations que suscite l'utilisation des cartes à piste magnétique en tant que moyen d'accès sont en grande partie liées aux problèmes techniques qui se posent lorsque l'on veut arriver à un degré suffisant de protection contre la fraude. Ces préoccupations sont d'autant plus vives que la vaste majorité des cartes à piste magnétique sont utilisées pour le déclenchement des transferts de fonds par les clients, d'où la nécessité de veiller à la protection du consommateur.

57. Grâce à la technologie des microcircuits sur puces de silicium, on a pu mettre au point une carte plastique dotée d'un microprocesseur, qui offre des possibilités nouvelles de stockage et de traitement des données relatives au détenteur de la carte, ainsi qu'une sécurité accrue. On envisage d'utiliser les cartes à microprocesseur dans le domaine bancaire, en particulier dans le domaine des transferts électroniques de fonds déclenchés par le client. On estime qu'elles pourraient être utilisées surtout dans les systèmes de terminaux points de vente où les problèmes de sécurité sont les plus aigus.

Chapitre II

LES ACCORDS DE TRANSFERT DE FONDS ET LES ORDRES DE TRANSFERT DE FONDS

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
A. Accord général de transfert de fonds entre la banque et son client	1 - 11
1. Contrats de paiement en espèces	2 - 4
2. Accord de transfert entre comptes	5 - 11
B. Pouvoir de transférer des fonds et de débiter le compte du transférant	12 - 25
1. Ordres de prélèvement et de virement émis par le transférant et présentés à la banque transférante	12
2. Non-échange de l'ordre de prélèvement de la part de la banque bénéficiaire	13 - 18
3. Ordre de prélèvement sur papier non émis par le transférant	19 - 20
4. Ordre de prélèvement électronique non émis par le transférant	21 - 23
5. Pouvoir qu'a une banque de débiter le compte d'une autre banque	24 - 25
C. L'ordre de transfert de fonds	26 - 54
1. Authentification	26 - 39
a) Forme de l'authentification	30 - 35
b) Qu'est-ce qui doit être authentifié ?	36 - 39
2. Données	40 - 46
3. Structure du message	47 - 54
D. Délai dans lequel une banque doit donner suite à l'ordre	55 - 81
1. Considérations générales	55 - 56

	<u>Paragraphe</u> s
2. Rapidité et uniformité du transfert : point de vue des clients	57 - 66
a) Incidences sur les relations entre clients	58 - 59
b) Intérêts dont peuvent être porteurs les soldes des clients	60 - 65
c) Irrévocabilité de l'ordre de transfert de fonds	66
3. Rapidité et uniformité du transfert : point de vue des banques	67 - 73
a) Intérêts que peuvent rapporter les avoirs bancaires	68 - 71
b) Garantie du remboursement à la banque bénéficiaire	72 - 73
4. Obligation qu'a la banque destinataire d'agir promptement	74 - 78
a) Virements	74 - 76
b) Prélèvement	77 - 78
5. Problème des agences de banques	79 - 81

A. Accord général de transfert de fonds entre la banque et son client

1. Les transferts sont effectués par les banques conformément aux accords conclus entre elles et leurs clients. Les contrats régissant les virements ou prélèvements en espèces sont rudimentaires, au contraire de ceux concernant les transferts entre comptes.

1. Contrats de paiement en espèces

2. Il y a virement en espèces lorsqu'une personne paie à la banque transférante la somme en espèces à transférer, plus une commission, et que la banque se charge de transférer cette somme en espèces au bénéficiaire ou à en créditer son compte. L'obligation contractuelle de la banque transférante est limitée à la transaction en question.

3. Les banques et certaines autres institutions financières offrent la possibilité d'effectuer une opération de prélèvement sur papier avec paiement en espèces : le transférant reçoit soit un ordre de paiement à vue qui peut être un chèque tiré par la banque sur elle-même ou sur une autre banque, soit toute autre forme d'ordre de prélèvement qu'il peut expédier ou transmettre de quelque manière que ce soit au bénéficiaire. Les obligations de la banque transférante sont fondées sur la législation des chèques ou, lorsque l'ordre de prélèvement ne consiste pas en un chèque, sur la législation régissant l'ordre en question.

4. Il y a transfert avec paiement en espèces lorsque la banque, un service postal ou une société privée de télécommunication s'engagent à payer le bénéficiaire en espèces. Ce service est souvent lié aux opérations de virement en espèces pour consommateurs. La banque bénéficiaire, y compris le bureau récepteur du service postal ou de la société de télécommunication, peuvent avoir pour obligation soit de joindre le bénéficiaire à une adresse donnée par le transférant, soit de conserver les fonds en attendant que le bénéficiaire se présente lui-même. Bien que la banque bénéficiaire détienne les fonds à l'intention du bénéficiaire, il n'y a pas de relations contractuelles entre eux deux et de nombreux systèmes juridiques ne précisent pas clairement le droit qu'a éventuellement le bénéficiaire sur les fonds jusqu'au moment où ils lui sont délivrés.

2. Accord de transfert entre comptes

5. Lorsqu'un compte est ouvert, la banque et son client concluent un contrat régissant les services que la banque fournira. Le contrat est souvent par écrit, bien que, dans certains pays, il n'y ait en général pas de contrat écrit entre la banque et ses clients. Pour ce qui est des transferts de fonds, le contrat établit une distinction entre les services que la banque fournira en tant que banque transférante et ceux qu'elle fournira en tant que banque bénéficiaire. Dans les pays où l'on ne conclut en général pas de contrat écrit, les conditions contractuelles implicites sont fondées sur la pratique bancaire. Dans de nombreux pays, les principales conditions du contrat figurent dans les conditions générales de la banque et peuvent être uniformes pour tout le pays. Le contrat régissant un compte commercial important est parfois négocié individuellement et, s'il peut ne prévoir aucune modification des procédures de transfert de fonds qui risquerait de compliquer la tâche de la banque, il peut également contenir des dispositions spéciales importantes, notamment pour ce qui est des types de transferts pouvant être effectués, des autorisations et authentications nécessaires et du moment où le compte du client sera débité ou crédité.

6. L'arrangement entre la banque et son client peut stipuler que, si le client donne un ordre de virement ou autorise la banque à accepter l'ordre de prélèvement d'un bénéficiaire, la banque transférera les fonds voulus aux comptes des bénéficiaires désignés. Il peut également stipuler que la banque est autorisée à prendre les mesures voulues pour se rembourser les sommes transférées. La première mesure, en général la seule nécessaire à cette fin, consiste pour la banque à débiter le compte du transférant.

7. Le contrat précisera normalement les types de transferts de fonds que la banque est autorisée à effectuer sur le compte désigné, ainsi que l'authentification requise avant que la banque puisse exécuter un ordre de transfert de fonds. Le contrat peut, expressément ou implicitement, autoriser toutes les formes de transfert de fonds pouvant en général être effectuées par l'intermédiaire de la banque. Certaines formes de transferts ne peuvent être autorisées que par un accord spécial. En particulier, une banque doit s'assurer qu'elle a les pouvoirs voulus, par exemple une résolution du conseil d'administration, avant d'installer dans l'établissement d'un client un terminal permettant d'envoyer directement à la banque des ordres de transfert de fonds.

8. Récemment encore, dans de nombreux pays, un client pouvait donner à sa banque n'importe quel type d'ordre de prélèvement, et celle-ci le transmettait, par le biais de mécanismes de compensation ou d'encaissement auxquels elle pouvait faire appel en vue de sa présentation à la banque transférante. Des dispositions types stipulaient sans doute le moment où le compte du client serait crédité de la somme voulue et le montant de l'escompte éventuel déduit du montant nominal de l'ordre de prélèvement reçu, mais il n'était pas rare que des arrangements spéciaux soient conclus avec des clients particuliers.

9. Cela n'est plus vrai aujourd'hui, sauf pour les chèques. Seuls les clients ayant signé des contrats spéciaux avec la banque sont autorisés à soumettre des ordres de prélèvement tels que des récépissés de carte de crédit bancaire et le montant de l'escompte retenu par la banque varie considérablement selon les bénéficiaires. Dans certains pays, seules certaines catégories de bénéficiaires sont autorisées par la loi à soumettre des ordres de prélèvement au titre d'une autorisation de prélèvement automatique et, même lorsqu'il n'y a pas de telles restrictions juridiques, les banques n'y autorisent que les clients dont l'intégrité est reconnue et la situation financière solide.

10. Un compte auquel est portée une écriture comme suite à un transfert de fonds peut être un compte normalement créditeur ou débiteur. Il n'est pas important pour le transfert de fonds de savoir si le transférant touche un intérêt lorsque le compte est créditeur ou en paie un lorsqu'il est débiteur. Il importe peu également que le compte soit normalement utilisé pour effectuer ou pour recevoir des transferts de fonds. Cependant, de nombreux pays limitent le type de compte pouvant être débité du montant inscrit sur un ordre de transfert. En outre, dans certains pays, la mesure dans laquelle un compte normalement créditeur peut avoir un solde débiteur est restreinte par la loi. Quoi qu'il en soit, toutes les banques limitent la mesure dans laquelle un client peut leur être débiteur. Lorsque cette limite est atteinte, la banque n'acceptera plus les ordres de transfert émis par le client tant que celui-ci n'aura pas pris de mesures pour remédier à cette situation.

11. Dans les pays où la méthode normale de transfert de fonds consiste en des opérations de virement, l'ouverture d'un compte donne automatiquement à la banque le droit de recevoir des virements à ce compte. Il y a peu de restrictions quant au type de compte pouvant être ainsi crédité. Cependant, dans certains pays où la méthode normale de transfert de fonds consiste en des opérations de prélèvement, particulièrement par l'encaissement de chèques, il a été proposé que personne d'autre que le titulaire d'un compte ne soit autorisé à déposer des fonds sur le compte. Lorsqu'une banque n'est pas certaine d'être habilitée à recevoir un virement sur un compte, une autorisation expresse de son client pourra être nécessaire avant qu'elle ne crédite son compte des sommes reçues par virement.

B. Pouvoir de transférer des fonds et de débiter le compte du transférant

1. Ordres de prélèvement et de virement émis par le transférant et présentés à la banque transférante

12. Un ordre de transfert de fonds émis par le transférant et transmis ou présenté à la banque transférante autorise celle-ci à transférer les fonds sur le compte du bénéficiaire dans la même banque ou dans une banque différente et à débiter le compte du transférant. Dans tous les virements, qu'ils soient sur papier ou électroniques, l'ordre est fourni par le transférant à la banque transférante. Dans certaines opérations de prélèvement sur papier, notamment celles prévoyant le classique encaissement d'un chèque, l'ordre de prélèvement émis par le transférant est présenté à l'acceptation de la banque transférante. Dans les deux cas, quand aucune question n'est posée quant à l'authenticité de l'ordre de virement ou de prélèvement, la banque transférante est sans aucun doute habilitée à se conformer à l'ordre de transfert en sa possession.

2. Non-échange de l'ordre de prélèvement de la part de la banque bénéficiaire

13. Plutôt que de transmettre matériellement un ordre de prélèvement sur papier, comme par exemple un chèque, de la banque bénéficiaire (dépositaire) à la banque transférante afin de le présenter à l'acceptation, il est moins onéreux dans la plupart des cas pour la banque bénéficiaire de conserver l'ordre de prélèvement et de communiquer électroniquement à la banque transférante les données relatives au transfert nécessaires à la présentation; il s'agit là du non-échange de l'ordre. En outre, il faut en général moins de temps pour présenter électroniquement le chèque à la banque transférante qu'il n'en faudrait pour présenter le chèque lui-même. Ainsi la banque bénéficiaire et le bénéficiaire recevront-ils plus rapidement le montant du transfert et la période pendant laquelle on ignorera si le chèque a été ou non accepté s'en trouvera raccourcie. Le non-échange de l'ordre et son traitement électronique se rencontrent dans un certain nombre de nouvelles formes d'ordres de prélèvement signés par le transférant telles que les reçus de cartes de crédit et certains effets similaires aux chèques ou aux lettres de change non soumis à la législation sur les chèques ou les lettres de change. Cette pratique est également appliquée aux chèques dans un nombre de plus en plus grand de pays, notamment l'Allemagne, République fédérale d', la Belgique, le Danemark et la Suède, et d'autres pays tels que l'Australie, la France et la Suisse envisagent d'introduire une telle procédure.

14. Si la banque transférante (ou banque tirée) est en droit d'exiger d'être effectivement en possession du chèque avant de l'accepter, c'est pour pouvoir vérifier la signature ou toute autre authentification figurant sur le chèque, examiner si le chèque est conforme aux exigences de la loi et s'assurer que le chèque n'a pas été modifié et qu'il ne peut être présenté une deuxième fois. Dans quelques pays, mais non dans la majorité d'entre eux, la banque transférante est également supposée vérifier que le chèque n'a pas été présenté avant la date y figurant, ou que le chèque n'est pas vieux au point d'être périmé. Ces vérifications permettent à la banque transférante de déterminer si elle a été effectivement autorisée par le transférant, avant de procéder au transfert des fonds et au débit du compte du transférant. Les politiques en faveur de la présentation matérielle du chèque étant dans une large mesure destinées à protéger le transférant (tireur), elles ne peuvent être ignorées en son nom par la banque transférante. Elles peuvent, semble-t-il, être ignorées par le transférant lui-même et certaines expériences de non-échange du chèque supposent l'accord du client.

15. En outre, dans certains pays, un chèque refusé doit faire l'objet d'un protêt, prenant la forme d'une notation sur le chèque lui-même et permettant au déposant de se retourner contre un précédent endosseur, ce qui exige la présence matérielle du chèque refusé. Bien que les banques ne retournent plus les chèques payés au transférant dans plusieurs des pays où cette pratique avait cours, dans un pays au moins (Etats-Unis), les dispositions régissant le recouvrement des chèques stipulent que le délai dans lequel un transférant peut opposer certains moyens de défense contre le débit de son compte commence dès la réception du relevé de compte et des chèques payés autorisant les opérations de débit. Les banques de ce pays répugnent à recourir au non-échange du chèque qui pourrait par trop prolonger la période durant laquelle l'opération de débit peut être contestée. En outre, à la suite d'une campagne menée par les banques pour que les chèques payés renvoyés au transférant soient considérés comme une preuve particulièrement probante du fait que le transférant a effectué le paiement correspondant à l'obligation qu'il avait contractée, nombre de clients des banques ne conservent plus de reçu et certaines sociétés ne délivrent plus de reçu lorsque le paiement est effectué au moyen d'un chèque.

16. Il ressort de l'usage des reçus des cartes de crédit et des ordres de prélèvement similaires aux chèques non soumis à l'exigence de la présentation, ainsi que de l'expérience acquise dans les pays recourant à ces pratiques en matière de non-échange et de traitement électronique qu'il est acceptable, du point de vue de la procédure bancaire, que la banque transférante débite le compte sur la base d'une déclaration de la banque bénéficiaire confirmant que celle-ci est en possession d'une autorisation du transférant. Si le transférant affirme qu'il n'a pas donné une telle autorisation, la banque bénéficiaire doit naturellement être prête à produire la pièce originale (chèque, reçu de carte de crédit ou autre ordre de prélèvement). Si elle ne peut présenter cet original, ou une copie juridiquement acceptable, ou s'il apparaît que la banque transférante n'aurait pas été autorisée à débiter le compte du transférant si l'original lui avait été présenté, la banque transférante devrait alors recréditer le compte du transférant, de manière à éliminer toute conséquence de cette erreur (intérêts, commission, etc.). Les règles applicables doivent quant à elles stipuler que la banque bénéficiaire est tenue de rembourser à la banque transférante le montant en question et que le bénéficiaire doit rembourser la banque bénéficiaire. Si la législation du chèque était ainsi modifiée, le non-échange des chèques et leur traitement électronique en seraient grandement facilités.

17. Dans certains pays, on a progressé dans la voie du non-échange des chèques en regroupant les informations essentielles portées sur un chèque et en les transmettant pour télécommunication à la banque transférante pour débit du compte du transférant. Bien que le débit soit provisoire tant que la banque transférante n'a pas reçu le chèque pour vérification, le solde disponible du transférant est immédiatement débité et les banques de la filière de recouvrement sont assurées d'être promptement notifiées en cas de provision insuffisante. Par ailleurs, le débit provisoire n'empêche pas nécessairement le transférant de retirer à sa banque le droit de débiter son compte. Cette procédure s'applique à tous les chèques dans certains pays et seulement à ceux qui dépassent un montant donné dans d'autres.

18. Les chèques, les effets similaires aux chèques et les factures de cartes de crédit bancaires constituent les principales formes d'ordres de prélèvement autorisant la banque transférante à effectuer le transfert de fonds au profit du bénéficiaire et à débiter le compte du transférant. Dans les autres formes de prélèvement décrites ci-après, l'autorisation est séparée de l'ordre.

3. Ordre de prélèvement sur papier non émis par le transférant

19. Un exemple de cas où l'ordre de prélèvement est séparé de l'autorisation est la lettre de change tirée par un vendeur (bénéficiaire) sur l'acheteur (transférant) et payable à la banque de l'acheteur (banque transférante). Avant que la banque transférante n'accepte la lettre de change, elle doit y être autorisée par le transférant. L'autorisation peut également se présenter sous la forme d'une acceptation de la lettre de change, elle peut avoir été donnée par le transférant avant la présentation de la lettre; il peut également s'agir d'une autorisation générale de paiement de lettres de change tirées par un bénéficiaire particulier, ou l'autorisation peut avoir été demandée par la banque transférante après présentation de la lettre. Dans tous ces cas, si la banque transférante est autorisée à accepter la lettre, c'est parce que le transférant lui a donné une autorisation séparée.

20. Il peut ne pas être nécessaire d'avoir été autorisé expressément à accepter la lettre lorsque le contexte dans lequel celle-ci a été émise fait apparaître suffisamment clairement que la banque sera autorisée à débiter le compte. Aux termes des Conditions générales régissant la fourniture de marchandises entre Etats membres du Conseil d'assistance économique mutuelle, le paiement est effectué par la banque de l'acheteur (banque transférante), sans l'autorisation préalable de l'acheteur (transférant), dès réception de la demande de paiement du vendeur, accompagnée des pièces voulues. L'acheteur a le droit, dans un délai de 14 jours à compter de la réception par sa banque de la facture de l'acheteur, de demander le remboursement de la totalité ou d'une partie du montant versé si le paiement n'était pas conforme au contrat. En l'absence de toute réclamation du transférant, on suppose que la banque était autorisée à accepter la lettre de change.

4. Ordre de prélèvement électronique non émis par le transférant

21. Le développement des transferts électroniques de fonds a insufflé une nouvelle vie aux transferts effectués en vertu d'une autorisation de prélèvement automatique. Ces transferts sont particulièrement utiles pour le recouvrement d'un nombre important de créances périodiques, dont le montant peut être constant, telles que les loyers, auquel cas un ordre de virement permanent ferait le même usage, ou dont le montant peut fluctuer, comme par

exemple pour les services téléphoniques. L'ordre de prélèvement peut être placé sur un support de mémoire par le bénéficiaire ou par la banque bénéficiaire et présenté par ladite banque aux diverses banques transférantes, soit directement, soit par le biais d'une chambre de compensation automatique. Certaines chambres de compensation automatiques autorisent le bénéficiaire à leur présenter directement les supports de mémoire.

22. Puisque les ordres de prélèvement électronique, de par leur nature même, ne peuvent être émis par le transférant, l'autorisation que donne le transférant de débiter son compte est séparée de l'ordre de prélèvement établi par le bénéficiaire ou la banque bénéficiaire. Une autorisation de prélèvement automatique, qui sera en général écrite et signée par le transférant, peut être donnée à la banque transférante, auquel cas celle-ci notifiera au bénéficiaire qu'elle a été autorisée par le transférant à honorer les demandes présentées aux fins stipulées. Si l'autorisation est donnée par le transférant au bénéficiaire, ce dernier peut la conserver ou la communiquer à la banque bénéficiaire. Dans chacun de ces cas, la banque transférante, n'ayant pas l'autorisation, honorerait la demande si le bénéficiaire ou la banque bénéficiaire l'assurait qu'une autorisation en bonne et due forme a été donnée.

23. L'attitude du public à l'égard des autorisations de prélèvement automatique varie beaucoup d'un pays à l'autre. Du fait de son efficacité en tant que moyen de recouvrer des montants relativement peu importants auprès d'un grand nombre de transférants, cette méthode est très répandue dans certains pays. Dans d'autres pays, on craint que les bénéficiaires ne deviennent un peu trop arrogants à l'égard de leurs clients s'ils peuvent trop facilement débiter leurs comptes bancaires pour obtenir paiement. Du fait de ces craintes, certains pays ont imposé des restrictions quant à l'autorisation de prélèvement qu'un transférant peut donner. En outre, lorsque le montant à débiter varie, il semble que le transférant devrait être informé du montant du débit à venir. On peut par exemple exiger que le transférant soit informé que son compte sera débité d'un montant spécifié à une date donnée. On peut également donner à ce dernier la possibilité de retirer l'autorisation de prélèvement qu'il a donnée, ce qui, bien sûr, n'éliminerait pas l'obligation qu'il a de payer la somme due.

5. Pouvoir qu'a une banque de débiter le compte d'une autre banque

24. Il est usuel que les banques débitent sur leurs livres comptables le compte d'une autre banque du montant de l'ordre de prélèvement envoyé à la banque réceptrice pour acceptation. Dans le cadre par exemple de l'Accord global sur les Eurochèques, les centres de compensation de chaque pays participant envoient une fois par jour au centre de compensation de chacun des autres pays participants les Eurochèques tirés sur des banques dans le pays récepteur qui ont été encaissés dans le pays expéditeur. Aux termes de cet accord, le centre de compensation expéditeur est habilité à débiter le compte du centre de compensation récepteur du montant total des chèques, plus une commission standard imposée sur tous les Eurochèques encaissés à l'étranger. La date d'intérêt du débit est fixée à deux jours ouvrables après la date de l'expédition.

25. Cette pratique consistant à autoriser la banque expéditrice à débiter le compte de la banque réceptrice facilite grandement la compensation des ordres de prélèvement de routine directement entre banques ou, comme dans le cas des

Eurochèques, entre centres nationaux de compensation. La banque expéditrice est automatiquement créditée, par une opération comptable, du montant de l'ordre envoyé pour acceptation, à compter de la date d'intérêt convenue par les banques. Si un ordre n'est pas accepté lors de sa présentation, l'opération de débit peut être inversée, dans les limites du montant de l'ordre refusé.

C. L'ordre de transfert de fonds

1. Authentification

26. L'authentification d'un document ou d'un message leur donne une forme juridique qui les rend dignes de crédit. Il y a authentification officielle lorsque le document est établi devant notaire ou tout autre officier public autorisé à s'acquitter de telles fonctions et, notamment dans les pays de droit romain, elle donne au document un poids particulier dans toute procédure juridique subséquente. Une authentification officieuse consiste à marquer le document ou message de manière à en indiquer l'origine. Les ordres de transfert de fonds sont authentifiés de manière officieuse.

27. Le terme "authentification" tel qu'utilisé dans le présent document doit être distingué du même terme utilisé dans les télécommunications entre ordinateurs, notamment tel qu'il est défini dans le projet de norme internationale 7892 de l'ISO. Dans ce contexte, grâce à certaines techniques informatiques, l'authentification du message peut valider la totalité du texte du message, ainsi que son origine, ce qui est naturellement à l'avantage de ces techniques. Cependant, celles-ci ne pouvant être appliquées qu'avec des ordinateurs, on ne peut s'en servir ni pour les transferts électroniques de fonds qui ne sont pas exclusivement fondés sur ordinateur, ni pour les transferts sur papier.

28. La relative rareté des transferts électroniques de fonds avant l'avènement des ordinateurs est sans doute à l'origine de l'absence de dispositions réglementaires stipulant que les ordres de transfert électronique de fonds doivent être authentifiés avant que les banques intéressées ne soient autorisées à leur donner suite. Cependant, il est probable que tous les accords entre les banques et leurs clients précisent que les ordres de transfert de fonds émis par le client doivent être authentifiés avant que la banque ne soit autorisée à agir. Ces accords stipulent sans doute également la forme que doit prendre l'authentification.

29. De nombreux réseaux à accès limité utilisés pour les transferts électroniques de fonds indiquent comment doit être authentifié un ordre de transfert de fonds transitant par eux. Les réseaux grand public, tels que les réseaux de guichets automatiques de banques (GAB), de distributeurs automatiques de billets (DAB) et de terminaux points de vente stipulent l'authentification requise du client. Les réseaux de transfert interbanques spécifient également l'authentification requise de la banque expéditrice.

a) Forme de l'authentification

30. L'authentification d'un ordre de transfert de fonds sur papier consiste en général en la signature d'une personne autorisée. La signature s'entend habituellement du nom manuscrit d'une personne donnée, ou de ses initiales également manuscrites. Cette signature est considérée comme propre à cette

personne. Sa présence sur l'ordre de transfert de fonds permet de supposer sans grand risque d'erreur que la personne en question avait l'intention d'émettre l'ordre. En outre, en comparant cette signature avec un spécimen authentique, on peut en vérifier l'authenticité.

31. Les exigences du commerce moderne ont conduit de nombreux systèmes juridiques à autoriser une signature apposée au moyen d'un cachet, d'un symbole, d'un fac-similé, de perforations ou de tout autre procédé mécanique ou électrique 1/, ce qui est conforme à l'évolution de la situation dans d'autres domaines du droit commercial. Par exemple, toutes les grandes conventions multilatérales régissant le transport international de marchandises, qui exigent l'apposition d'une signature sur le document de transport, autorisent l'apposition de cette signature autrement qu'à la main 2/.

32. L'authentification d'un ordre de transfert électronique de fonds doit être effectuée par une technique adaptée au moyen de communication utilisé. Dans les télécommunications par télécopieur, on recourt souvent à des procédures de rappel et à des chiffres clefs pour vérifier l'origine du message. Certaines techniques de codage permettent d'authentifier l'origine du message, ainsi que son contenu. Les retraits d'un distributeur automatique de banque (DAB), ou un transfert électronique de fonds à un point de vente au moyen d'une carte plastifiée sont authentifiés, en application de la technique la plus courante, par l'introduction dans l'ordinateur d'un code secret conforme au code affecté au titulaire de la carte. On expérimente actuellement l'analyse dynamique de la signature par ordinateur et d'autres techniques fondées sur diverses caractéristiques propres à chaque individu pour remplacer le code secret. Un ordre de transfert de fonds donné par téléphone peut être authentifié au moyen de codes et la banque transférante peut rappeler le transférant pour vérifier l'origine de la demande. Les réseaux de télécommunication plus avancés enregistrent l'identité de la ligne d'appel dans le cadre de leur fonctionnement normal et cette information peut être communiquée au terminal appelé. Tout intrus dans le système aurait à simuler les procédures d'authentification et il lui faudrait en outre le faire sur une ligne utilisée normalement par un usager autorisé.

33. Bien qu'une authentification sous quelque forme que ce soit ait avant tout pour rôle d'identifier l'origine de l'ordre et de confirmer que l'ordre devait bien être émis, il existe une différence fondamentale entre une signature écrite et une authentification par les moyens électroniques actuellement utilisés. Bien qu'une signature manuscrite puisse être imitée avec une perfection telle que la contrefaçon soit difficile à détecter, elle ne peut néanmoins être apposée que par un individu donné. Aussi, si une signature a été contrefaite, il s'agit, de par sa nature même, d'une authentification non valide, même si d'autres considérations peuvent inciter

1/ Comparer avec la définition de la "signature" dans l'article 4 à 10 du projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (A/41/17, annexe I), qui a été élaboré par la CNUDCI.

2/ Coordination des activités : Documents de transport international, rapport du Secrétaire général (A/CN.9/225, par. 47).

un système juridique à juger que, dans certains cas, la personne dont la signature a été contrefaite devrait supporter les conséquences de cette contrefaçon, plutôt qu'une personne qui s'est de bonne foi et sans négligence de sa part fiée à cette signature.

34. Les formes mécaniques de signature de documents sur papier et les techniques d'authentification d'un ordre de transfert électronique de fonds actuellement utilisées rendent possible une authentification appropriée par une personne non autorisée ou outrepassant ses attributions. Si cette personne a accès à un cachet, à un perforateur, à un chiffre clef, à une clef de codage ou à une carte plastifiée et à son code secret, les ordres qu'elle aura émis seront identiques à ceux émis de manière autorisée.

35. Cette différence entre les divers moyens d'authentifier un ordre de transfert de fonds a certaines conséquences juridiques lorsque la banque accepte un ordre de transfert de fonds accompagné d'une authentification non autorisée. Ces conséquences juridiques sont examinées à propos de la répartition des pertes en cas de fraude ^{3/}. Cependant, il ne faudrait pas conclure, du fait de cette différence, qu'une signature manuscrite exigeant une comparaison visuelle est une forme d'authentification plus sûre qu'une authentification électronique. Au contraire, il est facile d'imiter suffisamment bien la signature d'une personne pour la faire accepter par une banque, même si un expert peut ultérieurement déterminer avec quasi-certitude que la signature a été contrefaite. En outre, la comparaison visuelle des signatures est si longue et si onéreuse que, dans de nombreux pays, on n'y a pas recours pour les ordres de transfert de fonds de faible montant, même si les règles juridiques applicables supposent ou exigent la comparaison visuelle de toutes les signatures. Par contre, une identification électronique peut être vérifiée à un coût acceptable même pour les plus petites transactions. De plus, un système d'authentification bien conçu et le respect absolu des procédures nécessaires pour assurer la sécurité du système permettent de réduire au minimum le risque de voir accepter des ordres de transfert de fonds portant des authentifications non autorisées.

b) Qu'est-ce qui doit être authentifié ?

36. Comme il est indiqué au paragraphe 12 ci-dessus, dans tous les virements sur papier et électroniques et dans certains prélèvements sur papier, y compris ceux exigeant le recouvrement traditionnel de chèques, l'ordre de transfert de fonds émis par le transférant est transmis ou présenté à la banque transférante. L'ordre de transfert de fonds servant à autoriser le transfert et le débit du compte du transférant, ce n'est que ce message qui doit être identifié à cette fin. Lorsque l'ordre de prélèvement sur papier ne fait pas l'objet d'un échange, la banque transférante débite le compte du transférant en se fondant sur l'ordre de transfert émis par la banque effectuant la présentation. Dans un tel cas, ce sont ce dernier ordre et l'ordre original de prélèvement qui doivent être authentifiés.

^{3/} Voir le chapitre III, "La fraude, les erreurs, le traitement inapproprié des ordres de transfert de fonds et la responsabilité".

37. Lorsqu'un ordre de prélèvement n'a pas été émis par le transférant, comme dans le cas d'une lettre de change tirée par le bénéficiaire (vendeur) sur le transférant (acheteur) et payable à la banque transférante, d'une lettre de change tirée par le bénéficiaire sur la banque transférante conformément par exemple à une lettre de crédit, ou d'un ordre de prélèvement soumis conformément à une autorisation de prélèvement automatique, l'ordre de prélèvement ne constitue pas une autorisation accordée par le transférant en vue soit de transférer les fonds au bénéficiaire, soit de débiter son propre compte. Aussi, et l'ordre de prélèvement émis par le bénéficiaire ou la banque bénéficiaire et l'autorisation donnée par le transférant à la banque transférante, à la banque bénéficiaire ou au bénéficiaire doivent-ils être authentifiés.

38. Lorsqu'un transfert de fonds sur papier ou électronique est effectué entre deux banques et ne fait pas entrer en jeu un client, soit en tant que transférant, soit en tant que bénéficiaire, il est évident que l'ordre de transfert de fonds passant entre les deux banques doit être authentifié. Si un transfert électronique de fonds doit être effectué par le biais de banques intermédiaires, un nouvel ordre de transfert doit être créé pour chaque transaction et chaque ordre doit être authentifié séparément. De même, si un transfert électronique de fonds a pour origine un client qui n'est pas une banque, et l'ordre de ce client et l'ordre passant entre chaque paire de banques doivent être authentifiés.

39. Lorsque les ordres de transfert de fonds sont transmis par lots, chaque lot n'est en général accompagné que d'une seule authentification. En cas de télétransmission d'un lot, l'authentification figure dans l'en-tête du message. Dans le cas d'ordres de transfert électronique de fonds transmis par l'échange matériel de supports de mémoire, l'authentification peut figurer dans l'en-tête, dans un document séparé, ou dans les deux.

2. Données

40. Les effets de commerce tirés sur une banque ou payables à cette banque ou par cette banque sont plus qu'un simple ordre de transfert de fonds. Certains droits s'y rattachent et peuvent libérer certains porteurs de moyens de défense auxquels aurait pu recourir l'émetteur contre le preneur. De ce fait, des conditions très strictes régissent les données devant ou ne devant pas figurer sur un effet de commerce. Un effet ne se conformant pas à ces exigences n'est pas un effet de commerce. Cependant, un tel effet pourrait toujours constituer un ordre valide de transfert de fonds.

41. Aucune règle générale ne prévoit les données qui doivent figurer sur un ordre de transfert de fonds non négociable. Cependant, nombre d'ordinateurs de compensation et de services de communications spécifient les données requises pour différents types d'ordres de transfert de fonds transmis par leur intermédiaire. Le projet de norme internationale 7982 de l'ISO comporte une liste des données pouvant être utilisées dans la télécommunication entre ordinateurs d'un ordre de transfert de fonds et donne des exemples indiquant comment celles-ci doivent être présentées dans divers types d'ordres, mais ce projet de norme ne précise pas quelles données peuvent être nécessaires pour tel ou tel type de transfert de fonds. Les données relatives aux ordres de transfert de fonds devant figurer dans les messages télex et dans les échanges de messages relatifs à des cartes de débit ou de crédit entre institutions financières sont également en cours de standardisation par le Comité bancaire

de l'ISO. Lorsque la législation relative à la protection du consommateur précise que certaines données doivent figurer sur un relevé de compte périodique, l'ordre de transfert de fonds adressé à la banque transférante doit également contenir ces données, afin que la banque transférante puisse les inclure dans le relevé.

42. Lorsque la transmission d'ordres de prélèvement ou de virement sur papier est interrompue avant qu'ils n'arrivent à la banque destinataire, l'ordre électronique établi par la banque qui interrompt la circulation des ordres sur papier peut ne pas contenir toutes les données qui figuraient sur l'ordre sur papier. Les mots relatifs à la négociabilité qui figurent sur un chèque ne sont pas transmis. Le compte à débiter ou à créditer peut n'être indiqué que par un numéro de compte, s'il est disponible, sans mention du nom. Le montant peut n'être indiqué qu'en chiffres, même s'il figurait en toutes lettres et en chiffres sur l'ordre sur papier et même si la loi applicable stipule que le montant en toutes lettres fait foi. La date d'émission de l'ordre sur papier peut aussi ne pas être transmise.

43. C'est à la banque expéditrice de s'assurer qu'elle a envoyé toutes les données nécessaires pour que la banque réceptrice puisse donner suite à l'ordre. Dans le cas contraire, l'ordre serait incomplet. La banque réceptrice peut cependant ne pas se rendre compte que l'ordre est incomplet, auquel cas celui-ci sera exécuté de manière incorrecte. La banque réceptrice peut également arriver à déduire certaines des données voulues du contexte de l'ordre de transfert de fonds. On peut par exemple supposer qu'un ordre de transfert de fonds non international sera en monnaie locale, sauf stipulation contraire. Certaines des données nécessaires peuvent être dérivées des données présentées. Le numéro du compte à débiter ou à créditer et l'agence domiciliaire peuvent généralement être déterminés à partir de l'intitulé du compte, s'il est correct. Dans d'autres cas, la banque réceptrice pourra peut-être compléter l'ordre en se fondant sur des transactions antérieures ou sur d'autres renseignements en sa possession. Cependant, puisqu'en complétant l'ordre, la banque réceptrice risque d'aboutir à un ordre incorrect, elle sera sans doute responsable de l'erreur, plutôt que la banque expéditrice. Aussi, en cas de doute, la banque réceptrice devrait-elle demander des éclaircissements.

44. Identification d'un compte par un nom ou par un numéro : Les comptes bancaires sont en général ouverts au nom d'une personne ou entité particulière. Un seul client peut avoir plusieurs comptes à des fins différentes; ces comptes sont souvent identifiés par des noms similaires, sinon identiques. De même, des clients différents peuvent avoir des noms similaires, ou même identiques. En outre, un client peut faire preuve d'incohérence ou d'inexactitude lorsqu'il indique le nom affecté à son ou à ses comptes. Pour remédier à cette situation, les banques affectent en général un numéro unique à chaque compte, ce qui leur permet de distinguer des comptes ouverts à des noms similaires ou les différents comptes d'un même client. Si chaque banque se voit également affecter un numéro unique, le classement et l'expédition d'ordres de transfert de fonds entre banques et au sein d'une même banque peuvent être effectués automatiquement grâce aux techniques de reconnaissance magnétique ou optique de caractères pour les ordres de transfert de fonds sur papier, ou simplement par ordinateur dans le cas de transferts électroniques de fonds. Dans un milieu bancaire entièrement automatisé, le compte du transférant serait débité et le compte du bénéficiaire crédité uniquement sur la base des numéros de comptes lisibles par l'ordinateur, ce qui permettrait de réduire le coût des opérations comptables, ainsi que le risque de débiter ou de créditer le mauvais compte.

45. Le fait d'effectuer des transferts de fonds sur la base du numéro de compte plutôt que du nom du titulaire présente certains avantages, mais pose également divers problèmes. Une banque peut affecter le même numéro de compte à deux clients différents, encore que l'on puisse supposer qu'une telle erreur sera rapidement découverte. Le client peut faire une erreur lorsqu'il indique son numéro de compte ou celui de l'autre partie ou, si la banque doit transcrire ce numéro sur la ligne codée d'un ordre de transfert de fonds sur papier ou sur un nouvel ordre électronique, elle peut le faire de manière erronée. Pour les transferts sur papier, ce problème peut être circonscrit en recourant à des formulaires d'ordre de transfert de fonds sur lesquels serait préimprimé le numéro du compte en un langage assimilable par l'ordinateur. Les numéros de compte tant du transférant que du bénéficiaire peuvent être préimprimés lorsque des transferts de fonds interviennent à intervalles réguliers entre eux. Cependant, généralement seul le numéro de compte du transférant ou du bénéficiaire peut être préimprimé sur les formulaires et l'autre numéro doit y être inscrit au moment du transfert. On peut s'assurer que les numéros de compte à débiter et à créditer dans les transferts de fonds traités par ordinateur ont effectivement été attribués, ce qui limite les risques d'erreur mais n'élimine pas toutes les possibilités de fraude.

46. Bien que le recours à des ordres de transfert de fonds sur papier en un langage assimilable par l'ordinateur et aux techniques de transferts électroniques de fonds ait conduit les banques à se fonder dans une large mesure sur les numéros de comptes, on ne saurait, à l'heure actuelle, déterminer avec précision dans quelle mesure une banque peut légalement, dans les divers systèmes juridiques, se contenter du numéro de compte indiqué sur l'ordre de transfert de fonds pour effectuer débits et crédits, en particulier les effectuer automatiquement d'après la ligne codée d'un ordre de transfert de fonds sur papier ou d'un ordre de transfert électronique. Lorsque le transfert n'est identifié que par un numéro de compte, comme c'est par exemple le cas d'une transaction que l'on déclenche au moyen d'une carte plastifiée à piste magnétique et d'un code secret, dans un guichet automatique de banque (GAB), un distributeur automatique de billets (DAB) ou un terminal point de vente, la banque ne peut identifier le compte à débiter qu'en se référant à ce seul numéro et on estime que dans la plupart des Etats cette pratique est juridiquement justifiée, soit conformément aux principes généraux du droit, soit en application d'un contrat passé entre la banque et le client. Cependant, si l'ordre de transfert porte à la fois le nom et le numéro du compte à débiter ou à créditer et que ces deux données ne se correspondent pas, les règles juridiques en vigueur peuvent stipuler que c'est le nom qui fait foi. Le système juridique peut aller encore plus loin et préciser que la banque doit effectuer une enquête du fait de la présence évidente soit d'une erreur, soit d'une fraude. Toutefois, dans la mesure où la conformité au droit en vigueur peut être assurée, la mise en place d'un système rapide, sûr et économique de transfert électronique de fonds serait grandement facilitée si l'on autorisait les banques à n'utiliser que le numéro de compte pour les ordres de transfert de fonds.

3. Structure du message

47. Bien qu'il n'existe aucune règle juridique générale stipulant qu'un ordre de transfert de fonds doit être présenté selon une structure particulière, certaines conventions se sont graduellement imposées à l'échelon mondial quant à la structure générale des ordres classiques sur papier. Cela est particulièrement vrai des chèques et lettres de change dont la structure se

reconnaît aisément dans tous les pays. Cette similarité a grandement facilité la compensation et l'encaissement de ces formes classiques d'ordres de prélèvement au niveau international.

48. Afin que les ordres de transfert de fonds sur papier puissent être traités par ordinateur, il faut que les données soient situées à un emplacement précis et assimilables par l'ordinateur. Aussi a-t-il fallu standardiser le format et la structure des ordres de transfert; cette standardisation a souvent été effectuée au sein des différents systèmes de compensation et de recouvrement. C'est pourquoi, dans les pays où il existe des systèmes différents de compensation ou de recouvrement pour les ordres de transfert de fonds sur papier, par exemple un système entre les banques commerciales et un autre faisant appel à la poste, et où les ordres de transferts ne sont pas compensés librement entre ces systèmes, chaque système peut avoir adopté pour les ordres de transferts de fonds un format et une structure normalisés, mais incompatibles. Lorsqu'il n'y a qu'un système de compensation, ou lorsque les ordres de transferts de fonds sont compensés librement entre les différents systèmes, le format et la structure sont en général normalisés à l'échelon national.

49. De même, lorsque des ordres de transfert de fonds sur papier doivent être compensés ou recouverts à l'échelon international, ou lorsque les formulaires établis dans un pays doivent pouvoir être utilisés dans d'autres pays, on convient parfois du format dimensions et de la structure à utiliser. Ainsi, le format et la présentation des Eurochèques ont été standardisés, ce qui a permis de standardiser également les chèques utilisés dans chacun des pays appliquant le système Eurochèques; les formulaires à utiliser pour les divers types de transferts internationaux de fonds par le biais du système postal ont également été standardisés.

50. Naguère, les ordres de transferts électroniques de fonds envoyés par télégramme ou par téléscripteur n'étaient pas standardisés. La standardisation de la structure des ordres de transfert électronique de fonds a sans aucun doute été amorcée lorsque les banques ont commencé d'échanger, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une chambre de compensation automatique, des supports de mémoire contenant des ordres de transfert. Pour que les ordinateurs de la banque réceptrice puissent traiter les ordres, les programmes d'ordinateurs des banques, ainsi que ceux des chambres de compensation automatique, doivent être compatibles et les données doivent être introduites conformément à une structure standard.

51. Les problèmes sont essentiellement les mêmes pour les transferts de fonds effectués au moyen de télécommunications entre ordinateurs. Bien que rien dans la nature d'un réseau de télécommunication entre ordinateurs n'interdise l'utilisation de messages libres, puisque l'ordinateur récepteur peut visualiser le message sur un écran ou produire une sortie d'imprimante pouvant ensuite être considérée comme l'équivalent d'un message télex, l'utilisation d'un message libre supprime nombre des avantages qu'offre un tel réseau. Aussi a-t-on mis au point des structures standard pour les différents types d'ordres de transfert de fonds autorisés dans chaque réseau. Une banque qui programme ses ordinateurs pour les adapter à la structure standard utilisée pour les transferts de fonds nationaux et internationaux peut directement introduire des transactions dans ses comptes à partir des ordres reçus, ainsi que des ordres expédiés; elle réduit ainsi à un minimum les données supplémentaires à introduire qui ne la concernent qu'elle-même.

52. Une fois qu'une structure standard a été adoptée pour un ordre de transfert de fonds par un réseau de transfert de fonds à accès limité, l'utilisation de cette structure doit être obligatoire. Une banque affiliée au réseau qui n'utiliserait pas la structure requise serait tenue responsable de toute perte causée de ce fait à la banque réceptrice. Cependant, lorsque les banques peuvent également utiliser ce réseau pour des messages devant être sous forme libre, il apparaît que les opérateurs d'ordinateurs recourent à la structure requise pour les messages du type qu'ils envoient le plus souvent, mais préfèrent utiliser des messages libres pour les types de messages qu'ils envoient moins souvent. Le non-respect de la structure requise pouvant entraîner un surcroît de travail et être cause de retards pour la banque réceptrice, encore qu'il ne soit pas toujours possible de quantifier le préjudice subi, on pourrait envisager d'imposer une commission standard à la banque expéditrice à chaque fois qu'elle n'utilise pas la structure requise.

53. Les structures standard mises au point pour les divers réseaux à accès limité ne sont ni identiques ni compatibles sous tous leurs aspects. Si les structures sont compatibles, mais non identiques, des logiciels existent qui permettent de convertir les ordres de transfert de fonds d'une structure à une autre. Si les structures appliquées par les réseaux à accès limité pour les transferts de fonds entre ordinateurs auxquels est affiliée une banque ne sont pas compatibles entre eux, la banque qui reçoit un ordre de transfert de fonds d'un tel réseau et le passe à un autre peut avoir à réintroduire les données relatives à l'ordre à expédier, ce qui a pour conséquence un surcroît de travail et de dépenses et, plus important encore, une augmentation du risque d'erreurs. L'incompatibilité des structures peut interdire la compensation entre banques des ordres de transfert de fonds ou limiter l'accès de certaines banques à certains secteurs d'un marché des transferts de fonds.

54. L'incompatibilité des structures est plus grande encore lorsque la structure adoptée par un réseau pour ses messages ne contient aucune des données exigées dans un autre réseau. Ce dernier problème est le plus aigu dans le cas des cartes plastifiées à piste magnétique utilisées dans les réseaux points de vente. Les commerçants de la plupart des pays dans lesquels ont été mis sur pied de tels réseaux ou dans lesquels on envisage activement de le faire, tendent à insister pour qu'il n'y ait qu'un terminal point de vente à chaque caisse. Si l'on installe dans un grand nombre de magasins des terminaux points de vente ne pouvant accepter qu'une des différentes cartes à piste magnétique sur le marché, cela pourra avoir des conséquences néfastes sur les banques utilisant un système concurrent. Aussi, dans plusieurs pays, les pouvoirs publics se sont-ils efforcés de faire adopter des cartes compatibles. Ce problème est souvent considéré comme un problème de mise en commun des services.

D. Délai dans lequel une banque doit donner suite à l'ordre

1. Considérations générales

55. L'accord entre le client et la banque ne régit pas seulement l'obligation qu'a la banque d'exécuter le transfert de fonds ou de le faire exécuter, il régit également le délai dans lequel le transfert doit être exécuté, ou dans lequel les diverses banques et autres entités participant au transfert doivent agir. Ce délai peut être explicite ou implicite. Sa durée varie selon la technique de transfert retenue. Peu de pays ont adopté des dispositions réglementaires stipulant la période dans laquelle les banques doivent agir.

Cependant, certains accords entre banques et clients et un pourcentage important d'accords interbanques, y compris les règlements des chambres de compensation et des réseaux à accès limité, contiennent des règles à ce propos. Bien que, dans certains pays, les accords interbanques n'aient pas d'effets formels sur les droits des clients des banques, ils régissent les droits des banques l'une envers l'autre et, en stipulant la structure du système de transfert de fonds, déterminent le délai dans lequel un client peut raisonnablement escompter que le transfert de fonds sera exécuté.

56. Les lois et les pratiques régissant le délai dans lequel les banques doivent agir dans un transfert de fonds varient largement d'un pays à l'autre. Cela est sans aucun doute dû à des facteurs tels que les dimensions du pays, la nature du système bancaire, le fait que les transferts soient avant tout des virements ou des prélèvements, le système de transport et les accords de compensation applicables aux transferts sur papier et enfin la mesure dans laquelle on peut recourir à diverses formes de transferts électroniques de fonds. Le développement des réseaux internationaux à accès limité pour les transferts de fonds sur papier (par exemple Eurochèque), des transferts électroniques de fonds grand public (divers systèmes de débit et de crédit) et des transferts de fonds commerciaux tend à unifier les délais applicables aux transferts par de tels réseaux. Cependant, même parmi ces réseaux, les différences sont importantes et, puisqu'un transfert international de fonds peut également passer par des mécanismes intérieurs dans le pays d'origine ou le pays de destination, le délai nécessaire à un transfert international est toujours difficile à déterminer. On peut supposer cependant que le développement des réseaux internationaux influe également sur la pratique nationale dans les pays participant activement aux réseaux.

2. Rapidité et uniformité du transfert : point de vue des clients

57. Les préoccupations des clients des banques quant à la rapidité et à l'uniformité du transfert de fonds entrent dans deux grandes catégories. D'une part, le système de transfert doit fonctionner de manière telle que les clients puissent s'acquitter de leurs obligations commerciales et personnelles, consistant à porter des fonds au crédit du bénéficiaire au moment et au lieu requis. D'autre part, les clients, comme les banques, désirent maximiser l'intérêt que peut leur rapporter le solde de leur compte.

a) Incidences sur les relations entre clients

58. Le bénéficiaire souhaitera sans doute avant tout savoir que le transfert a commencé et devrait normalement être achevé en temps utile. Fort de l'assurance qu'on lui aura donnée, il peut être disposé à expédier de nouvelles marchandises ou fournir de nouveaux services. Un système de prélèvement par l'intermédiaire duquel il recevrait un chèque du transférant ou émettrait une lettre de change ou un ordre de prélèvement électronique peut répondre à son attente. Lorsque le bénéficiaire doute que le transfert soit exécuté dans des délais acceptables, ou lorsqu'il a besoin de l'argent pour poursuivre ses activités, il peut exiger que le transfert de fonds soit exécuté et qu'un crédit irrévocable soit porté à son compte avant de poursuivre.

59. Si les fonds doivent être portés au crédit du bénéficiaire à une date donnée, le transférant utilisant un chèque ordinaire doit fournir le chèque au bénéficiaire suffisamment à temps pour que le chèque puisse être présenté,

accepté et crédité au compte du bénéficiaire. Si le transfert est effectué par virement, le transférant doit effectuer ce virement suffisamment à temps et selon une méthode permettant de garantir que le crédit sera disponible à temps. Dans tous les cas, le transférant doit avoir au moins une bonne notion du temps que prendra le transfert de fonds. Parfois, il pourra demander à la banque de s'engager fermement à ce que le transfert soit exécuté dans le délai stipulé. Si le transférant subit un préjudice parce que le transfert de fonds n'est pas exécuté dans le délai explicitement ou implicitement requis dans l'accord entre le transférant et sa banque, la banque transférante, ou toute autre banque ou entité responsable du retard, pourront être tenues responsables du préjudice subi.

b) Intérêts dont peuvent être porteurs les soldes des clients

60. De nombreux clients de banque, désireux de maximiser les intérêts que peuvent leur rapporter leurs soldes, retardent autant que possible les opérations de débit et accélèrent au maximum les opérations de crédit, tout en ne conservant que le solde minimum sur les comptes non porteurs d'intérêts ou n'offrant qu'un intérêt minimum. Bien que les clients aient peu d'influence sur le moment où leur compte est débité et crédité une fois que l'ordre de transfert a été émis, ils peuvent influencer sur la durée du transfert selon la technique qu'ils choisissent.

61. Le transférant peut retarder une opération de débit sur son compte pendant une durée substantielle s'il lui est possible de s'acquitter effectivement d'une obligation en émettant un ordre de prélèvement, tel qu'un chèque, que l'émission de l'ordre le libère ou non juridiquement de son obligation. Dans nombre de pays, les chèques ne sont débités qu'à la date de leur présentation. Dans ces pays, le transférant peut continuer d'utiliser les fonds jusqu'au moment où le chèque est accepté, ce qui peut se produire des jours ou des semaines plus tard. En gérant soigneusement son solde, le transférant peut faire en sorte que son compte soit suffisamment approvisionné pour que les chèques soient acceptés lors de leur présentation. Une telle pratique est souvent officiellement interdite par une règle stipulant que le compte doit à tout moment comporter un solde suffisant pour honorer tous les chèques émis, mais il est rare que des mesures soient prises tant que les chèques sont effectivement acceptés.

62. L'intérêt gagné par le transférant du fait d'un retard dans l'opération de débit de son compte est en général perdu pour le bénéficiaire, car on peut s'attendre à ce que ce dernier ne soit pas crédité, du moins tant que le chèque n'aura pas été accepté ou, s'il est crédité plus rapidement, que le crédit ne sera généralement pas porteur d'intérêts ou ne sera pas librement transférable tant que le chèque n'aura pas été accepté.

63. Dans certains pays, l'opération de débit du compte du transférant et l'opération de crédit du compte du bénéficiaire sont effectuées à la date à laquelle l'ordre de transfert de fonds a été émis. Dans ces pays, le temps qu'il faut pour réaliser le transfert de fonds revêt moins d'importance pour les clients et les banques. Bien que les fonds puissent n'être pratiquement à la disposition du bénéficiaire qu'après que l'opération de crédit aura été effectuée, cela aura peu de conséquences si le bénéficiaire est autorisé à avoir un solde débiteur plus important que ses besoins de trésorerie immédiate. Le fait d'avoir un solde débiteur n'entraîne pas le paiement d'un intérêt net si les montants portés ultérieurement en compte sont crédités à la

date à laquelle l'ordre a été émis. Le fait de passer les écritures de débit et de crédit à la date à laquelle l'ordre a été émis peut poser des problèmes pour les opérations de compensation entre banques. Cependant, cette pratique est suivie depuis longtemps dans certains pays et les problèmes semblent réduits lorsque la compensation est effectuée par ordinateur. Avec ce système de datation des écritures, les banques sont moins tentées de retarder les opérations de crédit au-delà de ce qui est nécessaire compte tenu du volume normal de travail.

64. Dans un virement, le compte du transférant est débité au moment où la banque transférante commence à traiter l'ordre de virement, alors que le compte du bénéficiaire n'est crédité qu'après que la banque bénéficiaire a reçu l'ordre. A moins que les opérations de débit et de crédit ne soient effectuées à la date d'émission de l'ordre de virement, tous les virements interbanques prévoient nécessairement un écart entre le moment où le compte du transférant est débité et celui où le compte du bénéficiaire est crédité. Comme pour les prélèvements, aucune généralisation ne peut être faite quant à la durée du délai, qui peut aller de quelques fractions de secondes dans un réseau d'ordinateurs en ligne à plusieurs jours ou même à plusieurs semaines pour d'autres transferts.

65. Puisqu'en recourant aux techniques de transfert électronique de fonds, les banques peuvent presque toujours effectuer le transfert de fonds plus rapidement qu'au moyen de techniques sur support papier, le compte du bénéficiaire peut être, et est en général crédité - et le compte du transférant débité - plus rapidement que lorsqu'on a recours au chèque. C'est ce qui a constitué un des principaux obstacles à l'introduction des techniques de transfert électronique de fonds dans certains pays axés sur le chèque car, dans la plupart des cas, c'est le transférant qui décide du moyen par lequel est effectué le transfert de fonds. Il a été tenu compte de cette préoccupation dans certains réseaux points de vente où l'opération de débit du compte du transférant est retardée pendant un délai donné. Ce problème ne ferait pas obstacle à la substitution par les techniques de transfert électronique de fonds des techniques de virement sur papier si le compte du transférant était débité au même moment.

c) Irrévocabilité de l'ordre de transfert de fonds

66. Il est dans l'intérêt du bénéficiaire, et de la banque bénéficiaire, que l'ordre de transfert devienne irrévocable le plus tôt possible dans le processus de transfert de fonds. D'un autre côté, le transférant souhaite parfois annuler l'ordre de transfert de fonds qu'il a émis, généralement pour des raisons liées à la transaction qui est à l'origine du transfert ou à l'insolvabilité du bénéficiaire survenue entre-temps. Bien que les règles applicables varient selon les systèmes juridiques - question abordée plus en détail dans le chapitre sur le moment où le paiement est définitif - le droit qu'a le transférant d'annuler l'ordre de transfert de fonds ne peut plus être exercé lorsque le transfert de fonds est achevé. Les transferts électroniques de fonds étant généralement achevés plus tôt que les transferts sur papier et les règles appliquées par nombre de chambres de compensation en ligne et hors ligne étant plus strictes quant au droit d'annuler un ordre de transfert de fonds une fois qu'il a été transmis à la chambre de compensation, les transférants perdent généralement leur droit d'annuler les ordres de transfert de fonds plus tôt lorsque le transfert est électronique que lorsqu'il est sur papier.

3. Rapidité et uniformité du transfert : point de vue des banques

67. Les banques tiennent au moins autant que leurs clients à ce que leur système de transfert de fonds fonctionne d'une manière cohérente et prévisible. Les banques transfèrent des sommes importantes pour leur propre compte et elles aussi doivent être à même de fournir des fonds lorsqu'elles ont promis de le faire et pouvoir compter recevoir des fonds lorsqu'on les leur a promis. Si le service de transfert ne fonctionne pas bien, les banques risquent, dans de nombreux pays, de perdre les dépôts et commissions liés au transfert de fonds au bénéfice d'autres entités financières à même d'offrir des services concurrentiels, sinon identiques. Aussi les banques s'efforcent-elles de disposer d'un système fiable, ce qui implique une amélioration du matériel, du logiciel et des procédures et un renforcement des règles stipulant que la banque réceptrice doit donner promptement suite à un ordre de transfert de fonds. Cependant, outre les pressions qu'exercent les banques afin que soient accélérés les transferts de fonds, des pressions contraires sont exercées à l'encontre des banques afin que celles-ci préservent une partie des délais inhérents aux systèmes sur papier. Les principales pressions de ce type tiennent aux incidences qu'a l'accélération du transfert de fonds sur l'intérêt que peut gagner la banque et sur la garantie qu'a la banque bénéficiaire d'être remboursée par la banque transférante.

a) Intérêts que peuvent rapporter les avoirs bancaires

68. Tout système bancaire accroît globalement ses recettes nettes lorsqu'augmentent ses avoirs porteurs d'intérêt non assujettis à une obligation de verser un intérêt aux clients. Les intérêts que doit payer le système bancaire à ses clients diminuent durant la période suivant le débit du compte du transférant et précédant l'opération de crédit sur celui du bénéficiaire. En fait, durant cette période, le dépôt nécessaire pour les transferts de fonds en transit n'est pas considéré comme dû à tel ou tel client bancaire, ni à sa disposition. Comme l'introduction des techniques de transfert électronique de fonds pour les virements tend à réduire le délai s'écoulant avant que les banques bénéficiaires reçoivent l'ordre de virement, le fait que le compte du bénéficiaire soit rapidement crédité à compter du jour de la réception de l'ordre accroît les obligations des banques à l'égard de leurs clients, compte tenu de leurs soldes bancaires, par rapport à ce qui se passe avec les techniques de virement sur papier.

69. Dans de nombreuses régions d'Europe continentale, il est courant, dans un transfert interbanques, de créditer le compte du bénéficiaire avec une date d'intérêt d'un ou deux jours ouvrables après la date d'écriture. Le délai peut atteindre quatre jours civils si l'on y inclut une fin de semaine ordinaire. Ce délai d'un ou deux jours ouvrables doit permettre à la banque bénéficiaire de recevoir règlement de la banque transférante avant la date à laquelle le bénéficiaire commencerait à gagner des intérêts. Les fonds peuvent être retirés ou transférés immédiatement à un autre compte. Cependant, ils ne sont pas porteurs d'intérêts avant la date d'intérêt indiquée. En outre, s'ils sont retirés avant cette date, le client paie des frais pendant la période correspondante. Ainsi les banques sont assurées de disposer d'un délai minimum de deux jours durant lesquels aucune d'entre elles ne verse d'intérêts sur le montant transféré, outre le délai nécessaire pour effectuer le transfert.

70. Des avoirs porteurs d'intérêts sont également constitués si la banque bénéficiaire est créditée avant que la banque transférante ne soit débitée. Dans ce cas, les deux banques sont en possession du même avoir. Cela se produit dans le cas d'opérations de prélèvement aux Etats-Unis, car la Réserve fédérale recourt à un calendrier des disponibilités pour déterminer quand elle créditera les banques bénéficiaires pour des chèques présentés pour recouvrement à la Réserve fédérale. Ce calendrier permet en moyenne de créditer les banques bénéficiaires un peu avant que la Réserve fédérale ne puisse présenter les chèques aux banques transférantes et en recevoir la valeur. La Réserve fédérale a cependant pris des mesures pour réduire cette forme unique d'avoirs bancaires, notamment en encourageant les virements électroniques et en présentant plus rapidement les chèques; elle a également proposé que les chèques importants fassent l'objet d'une présentation électronique.

71. Puisque les possibilités de gains d'intérêts qui se présentaient auparavant dans les systèmes de transfert de fonds sur papier ont diminué du fait de l'introduction de techniques de transferts électroniques de fonds, ou comme suite à des mesures prises par les pouvoirs publics, on comptait qu'une commission serait prélevée pour les transferts de fonds. Si la question des avantages ou inconvénients d'une telle commission pour les transferts de fonds n'entre pas dans le champ du présent guide, un service de transfert de fonds adapté aux besoins d'un grand nombre de clients doit comporter des règles prévenant tout retard dans l'exécution de telle ou telle étape du transfert visant à créer un revenu porteur d'intérêts pour les banques elles-mêmes.

b) Garantie du remboursement à la banque bénéficiaire

72. Dans certains pays, les règles bancaires permettant de retarder l'inscription juridiquement irrévocable d'un crédit au compte du bénéficiaire sont fondées sur les craintes qu'a la banque bénéficiaire de ne pas obtenir règlement de la banque transférante. Lorsqu'une banque crédite irrévocablement son client avant d'avoir un droit irrévocable sur le montant débité, sous une forme qui lui soit acceptable, elle court le risque que l'opération de débit ne devienne pas définitive ou que la personne ou la banque devant effectuer cette opération ne devienne insolvable. En cas d'opération de prélèvement, il existe un risque supplémentaire pour la banque bénéficiaire : l'ordre de prélèvement peut être refusé.

73. Pour les ordres de prélèvement sur papier, le risque que court la banque bénéficiaire a été réduit dans la plupart des pays par l'adoption d'une règle juridique autorisant la banque bénéficiaire à contrepasser, en cas de refus, le crédit porté au compte du bénéficiaire. Une règle similaire semble être en vigueur dans les systèmes de transfert électronique de fonds permettant des opérations de prélèvement. Le risque que la banque transférante ne procède pas au règlement du prélèvement ou du virement est également réduit dans certains pays par une règle juridique similaire, selon laquelle l'opération de crédit au compte du bénéficiaire peut être contrepassée si la banque bénéficiaire ne reçoit pas la valeur correspondante. L'exemple le plus notable est celui des Etats-Unis où le risque de défaillance d'une banque est pris en compte dans nombre des règles régissant les transferts de fonds. Cependant, lorsque les règles juridiques n'autorisent pas la contrepassation du crédit porté au compte du bénéficiaire ou ne donnent pas la priorité en cas de faillite, le risque peut être encouru par le bénéficiaire plutôt que par la banque bénéficiaire si celle-ci retarde l'inscription du crédit au compte du bénéficiaire tant que le règlement n'est pas définitif.

4. Obligation qu'a la banque destinataire d'agir promptement

a) Virement

74. En cas de virement, la banque bénéficiaire est la banque qui exécute, en bout de chaîne, l'ordre émis par le transférant de créditer le compte du bénéficiaire, mais, dans de nombreux systèmes juridiques, l'obligation qu'a la banque bénéficiaire d'agir promptement est fondée sur l'accord conclu entre elle et la banque transférante ou une banque intermédiaire ayant envoyé l'ordre.

75. Date de disponibilité : L'ordre adressé par le transférant à la banque transférante peut stipuler une date de disponibilité à laquelle le compte du bénéficiaire devra être crédité. Bien que cette date puisse correspondre à une obligation contractuelle, par laquelle la banque transférante s'engage à ce que le compte du bénéficiaire soit crédité à cette date, la signification qu'a la date de disponibilité pour la banque bénéficiaire apparaît moins clairement. Le projet de norme DIS 7982 de l'ISO définit cette date comme la "date à laquelle les fonds doivent être à la disposition du bénéficiaire pour retrait en espèces". Il semblerait donc que la date de disponibilité, figurant sur l'ordre reçu par la banque bénéficiaire, ait force obligatoire également pour cette dernière, à moins qu'elle ne refuse l'ordre parce qu'elle ne pouvait créditer le compte du bénéficiaire à ladite date ou parce qu'elle refusait de le faire avant d'avoir reçu règlement. Si la banque bénéficiaire ne crédite pas le compte du bénéficiaire au moment voulu, qui semblerait être la date de disponibilité si une telle date est spécifiée, cela constituerait normalement une rupture du contrat interbanques et la banque bénéficiaire serait donc responsable du préjudice éventuel résultant du retard.

76. La banque bénéficiaire est également convenue avec le bénéficiaire de créditer son compte dans un délai approprié pour tous les virements reçus. Lorsque l'opération de crédit est retardée au-delà de ce délai, il y aura dans la plupart des cas une perte d'intérêt, même si cette perte est trop mineure dans chaque transaction pour justifier une plainte de la part du bénéficiaire. L'absence de plainte de la part du bénéficiaire peut également tenir au fait que celui-ci n'est pas à même de savoir quand l'ordre de virement a été reçu. Cependant, si une banque mettait systématiquement trop de temps à créditer le compte du bénéficiaire, la perte totale pour le client de la banque et les gains de la banque pourraient être substantiels. C'est pour cette raison que certains pays et réseaux de transfert de fonds stipulent le délai maximum après réception d'un ordre de virement dans lequel la banque bénéficiaire doit créditer le compte du bénéficiaire.

b) Prélèvement

77. Lors d'une opération de prélèvement, la banque transférante agit lorsque le transférant lui donne l'ordre ou l'autorisation de débiter son compte et de transférer ou faire transférer la somme en question au compte du bénéficiaire. Si la banque transférante refuse l'ordre de manière injustifiée, elle est passible de dommages-intérêts à l'égard de son client. La banque transférante, en débitant le compte du transférant, est également la banque qui exécute en bout de chaîne l'ordre donné par le bénéficiaire à la banque bénéficiaire de recouvrer la somme en question sur le compte du transférant à la banque transférante. Du point de vue pratique, peu de bénéficiaires sont à même d'insister pour que la banque transférante donne

rapidement suite à l'ordre. Par contre, la banque bénéficiaire peut exercer une pression à cette fin. En outre, dans certains pays, les pouvoirs publics insistent également pour que les banques transférantes effectuent promptement le règlement.

78. La principale préoccupation des systèmes juridiques n'est cependant pas le délai s'écoulant avant que l'ordre de prélèvement ne soit accepté, mais le délai dont dispose la banque transférante pour refuser l'ordre de prélèvement. Une banque transférante à laquelle est présenté un ordre qui, s'il était accepté, rendrait le compte du transférant par trop débiteur, peut décider de conserver l'ordre pendant un certain délai afin de permettre au transférant d'approvisionner son compte. Si les fonds voulus ne sont pas déposés, l'ordre de prélèvement sera en fin de compte refusé. Cependant, si la situation financière du transférant s'est aggravée durant le délai écoulé avant le refus, le bénéficiaire et la banque bénéficiaire peuvent subir un préjudice supérieur, du fait qu'on ne leur a pas notifié les difficultés financières du transférant en refusant immédiatement l'ordre de prélèvement. Il est courant de trouver dans les règlements des chambres de compensation et dans d'autres accords similaires entre banques une disposition stipulant un délai strictement limité, mesuré à compter de la présentation de l'ordre, délai après lequel celui-ci ne peut plus être renvoyé par l'intermédiaire de la chambre de compensation. Cependant, le délai dans lequel l'ordre refusé peut être renvoyé extérieurement à la chambre de compensation est en général moins clairement défini, bien que l'on convienne en général qu'un tel délai existe.

5. Problème des agences de banques

79. Pour les transferts de fonds sur papier, les agences de banques sont souvent considérées comme des banques séparées lorsqu'il s'agit de déterminer le délai applicable à la transmission d'un ordre de transfert d'une banque à l'autre ou à l'acceptation ou au refus de l'ordre par la banque transférante. Cette règle est fondée sur l'hypothèse que nombre de mesures essentielles devant être prises par la banque transférante et la banque bénéficiaire ne peuvent l'être que lorsque l'ordre de transfert de fonds est arrivé là où est domicilié le compte du client, où sont conservés les spécimens de signature et où le compte est géré.

80. Lorsque le compte du client est tenu hors ligne, dans un centre de traitement des données, mais que les spécimens de signature pour les ordres de transfert de fonds sur papier sont conservés à l'agence bancaire, il est plus difficile de déterminer si le délai dans lequel la banque doit agir est mesuré à compter du moment où l'ordre sur papier est reçu au centre de traitement des données, ou de celui où il est reçu à l'agence où il peut être authentifié. Les règles de nombreuses chambres de compensation stipulent que le délai, pour le renvoi d'un ordre de prélèvement refusé ou d'un ordre de virement impossible à traiter, court à compter du moment où la banque réceptrice le retire de la chambre de compensation. Cela ne tient pas compte de la nécessité pour la banque réceptrice de traiter l'ordre, et dans son centre de traitement et dans son agence. Néanmoins, si de nombreuses banques affiliées à une chambre de compensation estimaient que les délais étaient trop courts, on pourrait s'attendre à ce que les règles des chambres soient modifiées afin de prévoir un délai supplémentaire pour le renvoi de ces ordres.

81. Puisque le code secret, le mot de passe et d'autres autorisations accordées aux clients pour les transferts électroniques de fonds hors ligne et en ligne sont consignés sur ordinateur avec le dossier du compte, les ordres de transfert de fonds n'auraient à être délivrés qu'au centre de traitement des données et non à l'agence bancaire. En outre, si les agences et bureaux de la banque sont en ligne, le dossier du compte du client et les autorisations pour les transferts électroniques de fonds pourraient être consultés sur les terminaux de chacun de ces points. Cependant, en cas de transfert de fonds sur papier, il pourrait être nécessaire à la banque transférante d'envoyer les ordres à l'agence voulue afin de vérifier la signature, même si les écritures de débit ou de crédit pouvaient être portées au compte du client à partir d'un terminal en ligne à tout autre endroit plus pratique. Par contre, si les banques optent pour le non-échange des ordres de transfert de fonds sur papier, il n'est pas nécessaire de leur donner un délai supplémentaire pour envoyer ces ordres à une agence afin de vérifier la signature.

Chapitre III

LA FRAUDE, LES ERREURS, LE TRAITEMENT INAPPROPRIÉ
DES ORDRES DE TRANSFERT ET LA RESPONSABILITÉ

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u> s
Note d'introduction	1 - 3
A. Fraude	4 - 30
1. Possibilité de fraude	4 - 24
a) Employés malhonnêtes du client d'une banque	5 - 12
b) Utilisation frauduleuse de terminaux clients	13 - 21
c) Ordres donnés par le client sous une forme assimilable par ordinateur	22
d) Fraude commise par les employés des banques	23
e) Fraude par captage de transmission de télécommunications	24
2. Ordre de transfert frauduleux justifiant le débit d'un compte par une banque	25 - 30
B. Erreurs	31 - 46
1. Principales sources d'erreurs dans l'utilisation d'ordinateurs	31 - 36
2. Sources d'erreurs courantes particulières aux transferts électroniques de fonds	37 - 42
a) Messages non normalisés	37
b) Recréation des messages	38 - 39
c) Procédures non normalisées	40 - 41
d) Pannes de l'ordinateur et erreurs dans le logiciel	42
3. Méthodes envisageables pour prévenir les erreurs	43 - 46
C. Nécessité pour le client de vérifier l'état de ses comptes	47 - 55
1. Relevés de compte	47 - 50

	<u>Paragrapbes</u>
2. Examen des relevés par le client	51 - 54
3. Devoir qu'a une banque de rectifier les écritures	55
D. Responsabilité qu'a la banque donneur d'ordre à l'égard de son client en cas d'erreur ou de fraude lors d'un transfert interbanques; principe de la responsabilité pour la transaction	56 - 60
E. Possibilité de décliner toute responsabilité	61 - 77
1. Panne technique du matériel ou du logiciel	64 - 67
2. Services communs de télécommunication	68 - 73
3. La banque donneur d'ordre devrait-elle être exonérée en cas de retard ou de non-délivrance d'un ordre de transfert expédié ?	74 - 77
F. Panne d'une chambre de compensation électronique ou d'un commutateur appartenant à un groupe de banques ou géré en leur nom; répartition des pertes entre les banques affiliées	78 - 81
G. Traitement inapproprié des ordres de transfert	82 - 88
1. Refus injustifié d'ordres de la part de la banque transférante et préjudice subi par le transférant	82
2. Non-exécution par la banque cédante d'un ordre de prélèvement dans les délais requis	83 - 88
a) Règles générales applicables aux effets de commerce	83 - 85
b) Retard dans l'acceptation d'un ordre de prélèvement	86
c) Retard dans le refus d'acceptation d'un ordre de prélèvement	87 - 88
H. Pertes recouvrables	89 - 100
1. Perte du principal	90 - 91
2. Perte d'intérêts	92 - 95
3. Pertes dues au taux de change	96 - 97
4. Dommages indirects	98 - 100

Note d'introduction

1. Du fait du volume des transferts électroniques de fonds et des sommes en jeu, il semble que les pertes potentielles soient supérieures à celles enregistrées lors de transferts de fonds sur papier. Dans le même temps, les clients des banques craignent que le passage des transferts sur papier aux transferts électroniques n'ait pour conséquence de leur faire supporter une part plus importante des pertes dues à des erreurs ou à des fraudes. Aussi la législation applicable est-elle particulièrement instable, car les participants s'efforcent de déterminer sur quelles bases répartir les pertes dans une multitude de situations nouvelles, en évolution rapide. Le problème serait déjà assez complexe si seule la législation bancaire régissant la responsabilité des diverses parties à un transfert de fonds était en jeu. Bien que de tels problèmes soient traités depuis de nombreuses années en ce qui concerne les transferts sur papier, il reste un nombre étonnant de lacunes dans de nombreux systèmes juridiques. En outre, du fait des modifications de procédures qu'exige le recours à l'électronique, on peut se demander si les règles relatives à la responsabilité en cas de transfert sur papier devraient être appliquées aux transferts électroniques de fonds.

2. Les problèmes sont encore compliqués par le rôle, en rapide évolution, des moyens de télécommunication et par les incidences qu'a cet état de fait sur la législation régissant la responsabilité. Alors qu'auparavant les télécommunications étaient un service extérieur à la banque, offert par un monopole public, aujourd'hui les équipements de bureau de nombreuses banques sont connectés pour constituer des réseaux locaux, les agences sont reliées entre elles par des lignes réservées et les banques transmettent par des moyens de télécommunication une proportion croissante de leurs messages de transfert de fonds adressés à d'autres banques. Les télécommunications ne sont plus extérieures à la banque; elles sont devenues un mécanisme interne essentiel, comme dans de nombreux autres domaines de l'activité économique. La séparation entre l'ordinateur et les moyens de télécommunication étant mal délimitée, l'ancien monopole des télécommunications a été brisé dans certains pays et subit des pressions dans d'autres. C'est pourquoi on peut se demander si l'ancienne exonération de responsabilité (toujours très répandue) accordée aux moyens de télécommunication a toujours sa raison d'être.

3. Le présent chapitre traite d'abord de certains des facteurs d'erreurs ou de fraudes dans les transferts électroniques de fonds et des mesures préventives qui peuvent être prises. Il envisage ensuite la répartition des pertes entre les diverses parties à un transfert de fonds, puis la mesure dans laquelle - et auprès de quelle partie - le client de la banque, en tant que transférant ou bénéficiaire, peut être dédommagé du préjudice subi du fait d'un traitement inapproprié de l'ordre de transfert.

A. Fraude

1. Possibilités de fraude

4. Dans le cas des transferts électroniques de fonds, la fraude suppose l'émission non autorisée d'un ordre, un changement du compte auquel doit être passée une écriture ou une modification du montant de l'opération. Afin de prévenir les fraudes, des mesures appropriées doivent être prises par la partie à même de le faire, afin qu'un ordre non autorisé ne puisse paraître avoir été autorisé.

a) Employés malhonnêtes du client d'une banque

5. Nombre des pertes imputables à une fraude lors d'un transfert électronique de fonds sont dues à l'application de techniques déjà utilisées dans les transferts de fonds sur papier. Trois exemples courants mettent en jeu des employés malhonnêtes du client d'une banque.
6. Un employé chargé d'établir les états de paie ou les bordereaux autorisant un paiement à un fournisseur peut falsifier ces états ou bordereaux afin que le paiement soit effectué au bénéfice d'une personne qui n'y a pas droit. Si le paiement est effectué par chèque, l'employé malhonnête prend possession du chèque et après l'avoir endossé au nom de cette personne fictive le dépose sur un compte qu'il a ouvert précédemment à ce nom. Si le paiement est effectué au moyen d'un virement sur papier ou électronique, les fonds sont crédités en temps voulu au compte de la personne fictive. La fraude est achevée par un retrait subséquent des fonds de ce compte par l'employé malhonnête.
7. Si l'employé malhonnête est habilité à autoriser le transfert de fonds au nom de son employeur, plutôt qu'à établir les pièces justificatives voulues, il signe les chèques ou ordres de virement sur papier ou autorise la transmission des données d'ordinateur à la banque. La fraude est achevée de la même manière, grâce à un retrait des fonds par l'employé malhonnête.
8. Dans les deux cas, l'ordre de transfert de fonds semble à la banque authentique et autorisé, bien qu'en fait frauduleux. De tels cas posent de sérieux problèmes dans certains pays, lorsque l'ordre de transfert de fonds prend la forme d'un chèque, car, pour que la fraude puisse être effectuée, le chèque doit être endossé par l'employé malhonnête au nom fictif du bénéficiaire. Néanmoins, on a en général considéré que les endossements effectués par l'employé malhonnête (ou son complice) autorisaient la banque à honorer le chèque.
9. L'imputation de la perte au client de la banque apparaît moins douteuse lorsque le paiement frauduleux est fondé sur un transfert de fonds sur papier ou électronique, car la fraude n'exige pas un endos contrefait.
10. Un troisième type de fraude est possible lorsque l'employé malhonnête n'est pas habilité à émettre un ordre de transfert de fonds au nom de l'employeur si un terminal d'ordinateur situé dans l'établissement du client d'une banque peut être utilisé pour effectuer des transferts de fonds. Si l'employé malhonnête peut accéder au terminal, apprend comment y introduire un ordre de transfert de fonds, et a connaissance des mots de passe et autres mécanismes de sécurité, l'ordre sera suivi par la banque. Pour de nombreux pays, il s'agit là d'une nouvelle forme de fraude qui était impossible dans le transfert sur papier. Cependant, dans certains pays qui autorisent l'apposition d'une signature par des procédés mécaniques sur les chèques ou sur les ordres de virement sur papier, il se pose un problème similaire lorsqu'un employé malhonnête (ou un tiers) a accès à l'appareil de signature mécanique et fait émettre des chèques ou des ordres de virement sur papier payables à lui-même ou à une personne fictive.
11. Dans les pays qui n'interdisent pas l'apposition d'une signature par des procédés mécaniques, il semble que la règle générale, souvent convenue entre les banques et leurs clients, soit qu'une banque qui honore de bonne foi un

chèque ou un ordre de virement signé frauduleusement au moyen d'un appareil authentique peut débiter le compte de son client. Bien que l'on puisse invoquer des théories juridiques différentes à l'appui de cette règle, les raisons en sont que la banque ne peut déterminer si l'appareil a été utilisé de manière autorisée ou non; aussi le client de la banque doit-il protéger soigneusement cet appareil si facile à utiliser de manière frauduleuse et il fait preuve de négligence dans le cas contraire.

12. Les raisons qui autorisent la banque à débiter le compte de son client en cas d'utilisation frauduleuse de cet appareil l'autoriseraient également à débiter le compte de son client du montant de l'ordre de transfert de fonds frauduleux émis au moyen d'un terminal d'ordinateur situé dans l'établissement du client. On notera cependant que le client de la banque et la banque elle-même sont tous deux responsables de la sécurité du terminal dans l'établissement du client; aussi faut-il répartir entre eux les pertes au cas où cette responsabilité n'aurait pas été exercée comme il convient.

b) Utilisation frauduleuse de terminaux clients

13. Les terminaux situés dans l'établissement du client d'une banque, ainsi que les guichets automatiques, les distributeurs de billets, les terminaux points de vente et les terminaux bancaires à domicile ont en commun d'être actionnés par le client. L'un des objets de ce type de terminal est d'éliminer toute intervention humaine de la banque. Les risques d'erreurs de la part de la banque dans le traitement de l'ordre de transfert de fonds en sont réduits, mais le recours à ces terminaux augmente par contre les risques de fraude.

14. Tous les terminaux d'ordinateurs pouvant autoriser un transfert de fonds fonctionnent pour l'essentiel de la même manière. Avant que quelqu'un puisse utiliser le terminal, il doit avant tout établir qu'il y est autorisé. Un employé de banque peut n'avoir à exécuter la procédure d'entrée qu'une seule fois pour être habilité à utiliser le terminal pendant une journée. Pour un terminal client, il faudra normalement une autorisation séparée pour chaque transaction, à moins qu'il ne soit utilisé constamment. Un terminal ou un client peuvent également se voir imposer des limites quant au type de transaction autorisé, aux comptes pouvant être débités ou crédités et au montant monétaire maximum autorisé par transaction, par jour, etc.

15. La procédure d'entrée ou d'autorisation à suivre avant qu'un terminal client puisse être utilisé est déterminée par la banque. Lorsqu'elle décide de la procédure à suivre, la banque (ou le réseau de transfert électronique de fonds auquel la banque est affiliée) doit trouver un équilibre entre les facteurs suivants : sécurité, coût et acceptabilité par le client. En général, plus la procédure d'autorisation est sûre, plus son installation et son application coûtent cher à la banque et plus elle est difficile à appliquer par le client. Pour des raisons de commercialisation, il peut être bon que le terminal client soit d'un accès aisé, mais il tend alors à être également aisément accessible aux intrus. Le juste milieu est difficile à trouver, compte tenu en particulier de l'évolution technologique.

16. Les restrictions quant aux types de transactions pouvant être autorisées, ou aux comptes pouvant être débités ou crédités sont sans doute un moyen efficace de réduire le risque de transactions frauduleuses. La limitation des montants monétaires n'a qu'un effet restreint sur la fréquence des fraudes,

mais elle peut être un moyen important d'en réduire les conséquences financières. Cela ne présente cependant un intérêt que pour les réseaux axés sur le consommateur, car, dans les réseaux commerciaux, le plafond doit en général être si élevé que des fraudes sérieuses restent possibles.

17. Pour utiliser les modèles courants de distributeurs de billets, guichets automatiques et terminaux points de vente, deux conditions sont nécessaires pour autoriser la transaction : une carte plastifiée à piste magnétique contenant certains renseignements et l'introduction par le client de la banque d'un code secret. On expérimente actuellement de nouvelles cartes plastifiées plus sûres. Dans certains systèmes de transactions bancaires à domicile envisagés, il ne serait pas possible de recourir à une carte plastifiée pour obtenir une autorisation; celle-ci pourrait donc n'être accordée que si l'on est en possession d'un code secret ou d'un mot de passe. Dans d'autres systèmes, le code secret ou le mot de passe, que le client utilise pendant une période déterminée, pourrait être associé à un numéro de transaction propre à la transaction. Un terminal situé dans un établissement commercial peut exiger des procédures plus complexes et probablement plus sûres, mais celles-ci sont en général fondées pour l'essentiel sur l'utilisation de mots de passe et, éventuellement, de cartes plastifiées.

18. Actuellement, deux méthodes différentes sont utilisées par les banques pour protéger le code secret. La première méthode consiste à empêcher qu'un employé de la banque ou du système de transfert de fonds ne puisse avoir connaissance du code. Celui-ci est composé par un ordinateur au moyen d'un algorithme et de certaines données de base concernant le client. Le numéro à quatre ou six chiffres ainsi obtenu est introduit par l'ordinateur dans une enveloppe scellée et expédié ou communiqué de toute autre manière au client. Si elle est respectée, cette méthode permet de donner à chaque client un code sûr. Cependant, celui-ci étant abstrait et parfois difficile à retenir, de nombreux clients jugent nécessaire de porter le code sur eux lorsqu'ils ont l'intention d'utiliser leur carte plastifiée, ce qui en compromet gravement la sécurité.

19. Dans l'autre méthode, il est plus facile au client de la banque de retenir son code, car c'est lui qui le choisit. Un client s'inspire souvent pour cela de la date de son anniversaire ou de celui de son conjoint, de son adresse, de son numéro de téléphone ou tout autre nombre qu'il connaît bien. La méthode a un avantage : le client ne portera sans doute pas sur lui le numéro sous forme écrite, mais elle présente l'inconvénient de réduire à un minimum la combinaison de chiffres que choisira telle ou telle personne; il est donc plus facile de découvrir son code. En outre, celui-ci est connu d'au moins quelques employés de la banque et, comme il n'est plus déterminé par un ordinateur, il doit figurer dans le dossier du client et est donc à la disposition de toute personne ayant accès à ce dossier.

20. Les mots de passe des terminaux situés dans des établissements commerciaux ou à domicile posent le même type de problème de sécurité. Le mot de passe ne devrait jamais être si évident qu'il puisse être aisément deviné, ni si obscur que l'utilisateur soit obligé de le garder sur lui sous forme écrite, à moins que sa conservation sous forme écrite ne soit assortie de strictes mesures de sécurité. Un terminal à partir duquel peut être effectuée une vaste gamme de transfert de fonds portant sur des montants importants devrait faire l'objet de mesures de sécurité supplémentaires. La procédure d'entrée peut par exemple exiger la présence de deux personnes ayant chacune

un mot de passe différent. Les mots de passe peuvent être modifiés relativement souvent, bien que cela pose des problèmes de transmission entre la banque et le client, ou vice-versa. La banque peut annuler le mot de passe automatiquement s'il n'est pas utilisé pendant un délai donné, car cela signifie sans doute que son utilisateur est absent.

21. La protection contre la fraude dans le cas de terminaux clients est donc l'affaire de la banque et du client. La banque doit installer et appliquer un système de sécurité aussi bon que possible compte tenu de son coût et de la gêne qu'il peut engendrer. On peut juger la qualité d'un système de sécurité à la mesure dans laquelle les clients de la banque qui, souvent, ne sont pas des spécialistes des ordinateurs et des transferts de fonds, suivent les instructions de sécurité que leur donne la banque.

c) Ordres donnés par le client sous une forme assimilable par ordinateur

22. On se trouve dans une situation comparable lorsque le client donne à la banque, ou à la chambre de compensation, des ordres de transfert de fonds en lots sur support de mémoire ou sur papier sous une forme assimilable par l'ordinateur. Même s'il incombe au client d'établir soigneusement les ordres de transfert, notamment en recourant à des mécanismes internes de contrôle en vue de prévenir la fraude et d'éviter toute erreur dans l'établissement des ordres de transfert, la responsabilité de s'assurer que le nombre d'ordres de transfert et leur valeur correspondent bien aux sommes indiquées, qu'ils sont dans les limites imposées par le client pour ces lots et que chaque lot n'a pas été altéré postérieurement à son établissement, devrait incomber à la banque, ou à la chambre de compensation. Ces contrôles peuvent aisément être effectués par la banque, ou la chambre de compensation, lorsqu'elle vérifie les supports avant le traitement.

d) Fraude commise par les employés des banques

23. Les employés des banques et autres agents du système de transfert de fonds ont également accès à des terminaux leur permettant d'effectuer des transactions frauduleuses. Une fraude de ces employés peut être particulièrement difficile à déceler, à moins que la banque ne dispose d'un système bien conçu. On a beaucoup parlé de la possibilité qu'a un employé malhonnête de programmer l'ordinateur afin que celui-ci crédite son compte et efface toute trace de la transaction. Cela ne devrait cependant pas être possible, car les ordinateurs bancaires peuvent être programmés pour conserver une trace comptable de toutes leurs activités, y compris les ordres d'effacer des transactions. Pour que cela soit efficace, il faudrait que la partie vérification des comptes soit programmée par d'autres personnes que celles qui rédigent les programmes d'application et qu'elle soit soumise à des vérificateurs indépendants.

e) Fraude par captage de transmission de télécommunications

24. Il est relativement facile de se brancher sur un système de télécommunication par lequel sont envoyés les ordres de transfert électronique de fonds. Il serait tellement coûteux d'assurer une sécurité intégrale du système de transmissions que cela n'est pas réalisable. Aussi, tout système de transfert électronique de fonds devrait-il être conçu compte tenu des possibilités d'interception et de lecture des messages, d'altération de

messages authentiques et d'introduction de faux messages. La première ligne de défense contre de telles fraudes est le chiffrement. Si le mode de chiffrement utilisé est assez solide, il n'y a pas de danger d'interception, d'altération ou d'introduction de faux messages. Cependant, un mode de chiffrement parfaitement sûr aujourd'hui peut ne plus l'être dans quelques années avec la mise au point d'ordinateurs plus puissants permettant une recherche systématique des clefs de codage ou, dans le cas de systèmes publics de codage à clef, avec la mise au point de nouvelles techniques permettant de décomposer les grands nombres sur lesquels est fondé le codage. En outre, les propositions faites dans certains pays visant à confier à un organisme public toutes les clefs de codage utilisées pour les flux de données transfrontières créeraient un maillon faible potentiel dans le système de sécurité qui échapperait au contrôle des parties. En instituant un système rigoureux de consignation de tous les ordres de transfert de fonds expédiés et reçus et en affectant un numéro à toutes les entrées et à toutes les sorties, on peut vérifier le moment de la réception ou de l'expédition du message, ainsi que l'autre partie au message. Il est ainsi plus facile de reconnaître un ordre frauduleux et ces procédures sont essentielles pour découvrir ultérieurement et retracer un ordre que l'on suppose frauduleux.

2. Ordre de transfert frauduleux justifiant le débit d'un compte par une banque

25. Bien qu'une banque ne soit normalement habilitée à débiter le compte d'un client que du montant figurant sur un ordre autorisé, elle peut également débiter son compte d'un montant figurant sur un ordre non autorisé, notamment si la fraude est imputable à un contrôle insuffisant de la part du client. On ne saurait douter par exemple que le compte du client peut être débité du montant de transferts frauduleux effectués par des employés autorisés à agir pour le client, à moins que la transaction n'ait été à ce point inhabituelle qu'elle aurait dû éveiller les soupçons de la banque.

26. Cependant, il est plus difficile de déterminer si c'est la banque ou le client qui devraient se voir imputer la perte en cas de fraude commise au moyen d'un terminal client. La banque ayant elle-même déterminé les mécanismes essentiels de sécurité et les procédures d'autorisation, et le client s'y étant conformé, on peut par exemple répartir la perte en se fondant sur les négligences enregistrées dans chaque cas. Cette méthode est peut-être applicable lorsque, à l'évidence, la fraude a été rendue possible du fait d'une insuffisance flagrante des mécanismes de sécurité et des procédures d'autorisation ou parce que le client a fait preuve d'une négligence inhabituelle dans l'application de ces procédures. Il ne s'agit pas là cependant d'un moyen efficace de répartir la perte, notamment en cas de fraude dans des systèmes axés sur les consommateurs, lorsque la perte subie n'est souvent pas assez importante pour justifier une enquête judiciaire complète.

27. C'est pourquoi l'on tente de trouver des formules applicables à la grande majorité des cas. Les contrats entre une banque et un client, qui sont normalement des contrats standard établis par la banque, autorisent en général la banque à débiter le compte du client du montant de tout transfert effectué au moyen d'un type particulier de terminal client, lorsque le code secret ou le mot de passe, et la carte plastifiée le cas échéant, ont été utilisés. Dans le cas de système autorisant des transferts au moyen notamment d'une carte plastifiée, la responsabilité du client prend normalement fin une fois qu'il a informé la banque de la perte ou du vol de la carte et que la banque a

eu la possibilité d'inclure la carte dans sa "liste noire", ce qui peut se faire immédiatement dans un système en ligne, ou le jour ouvrable suivant dans un système hors ligne.

28. Il existe une autre méthode, la plus évidente pour certains systèmes axés sur le consommateur, selon laquelle la banque est habilitée à débiter le compte du client du montant du transfert frauduleux, à concurrence d'une somme relativement peu élevée. Le client risque une perte suffisamment importante pour l'inciter à signaler la perte ou le vol de la carte plastifiée ou le fait que le mot de passe, le code secret ou telle ou telle mesure de sécurité sont compromis, alors que la banque risque une perte sérieuse, ce qui l'incite à appliquer une procédure d'autorisation plus sûre. Cette méthode peut être complétée par une règle stipulant que la banque peut débiter le compte du client du montant total de transferts frauduleux qui sont la conséquence de certaines actions du client, qui, par exemple, prêterait sa carte magnétique à un tiers, lui dévoilerait son code secret, écrirait le code sur la carte ou transporterait les deux ensemble, de sorte que la perte ou le vol de l'un entraînerait automatiquement la perte ou le vol de l'autre.

29. Une troisième méthode de répartition des pertes, utilisée dans un grand nombre de cas, consiste à imposer à la banque ou au client la charge de prouver comment a été effectuée la fraude, car, c'est souvent la partie qui a la charge de la preuve qui perdra. Il est particulièrement difficile de prouver qu'une fraude commise par un tiers qui n'a pas été appréhendé est due par exemple au fait que le client a laissé son mot de passe dans un tiroir ou écrit son code sur la carte plastifiée. Il serait normalement plus difficile encore à un client de prouver qu'une banque a conçu un système de sécurité inapproprié ou n'a pas respecté ses propres procédures d'autorisation et de sécurité.

30. On peut aussi faire en sorte que les pertes subies par la banque et le client soient remboursées par une assurance. Toutefois, les pertes importantes ou répétées se traduisent très vite par une augmentation des primes.

B. Erreurs

1. Principales sources d'erreurs dans l'utilisation d'ordinateurs

31. Lorsque les ordinateurs ont commencé d'être utilisés sur une grande échelle à des fins commerciales dans certains pays, les entreprises possédant des ordinateurs étaient découragées par le grand nombre d'erreurs qui se produisaient et leurs clients en étaient mécontents. Non seulement les erreurs étaient nombreuses, mais il semblait difficile de les rectifier. Cependant, dans de nombreuses entreprises, cette expérience négative était due en partie au contrôle de la qualité du matériel lui-même et aux faiblesses de la conception du logiciel. Cela n'est plus maintenant une source constante d'échecs. Le matériel est des plus fiable et le logiciel, s'il pose toujours des problèmes, est d'une bien meilleure qualité qu'auparavant. Les erreurs dues à des défauts du matériel ou du logiciel sont minimes par rapport au nombre total de transactions.

32. Les nombreuses erreurs qui se produisaient naguère étaient également dues à l'inadéquation des procédures adoptées par de nombreuses entreprises pour leurs nouveaux systèmes d'ordinateurs. Afin d'obtenir le volume de

transactions nécessaires pour justifier la présence d'une unité centrale, on créait souvent un centre de traitement des données qui était, administrativement et matériellement, séparé des services organiques qui recevaient, traitaient et utilisaient les données. Le centre de traitement était souvent dans un bâtiment séparé et, dans le cas d'organisations ayant des filiales dans plusieurs villes, il était nécessairement, pour un grand nombre de ces filiales, dans une ville différente. Le personnel des services organiques comprenait trop rarement que les données soumises au service du traitement des données devait avoir une présentation uniforme; le service du traitement des données était quant à lui devenu le domaine réservé de spécialistes qui, trop souvent, ne comprenaient pas le fonctionnement et les besoins de l'entreprise; les méthodes d'élimination des erreurs ne recevaient pas toujours la même attention que l'installation de nouveaux équipements et il était souvent difficile aux clients, fournisseurs et employés de situer la personne à même de rectifier les problèmes qui se posaient.

33. Bien que ces problèmes soient loin d'avoir disparu, on peut affirmer sans grand risque d'être contredit que la séparation entre le service du traitement des données et les services organiques de l'entreprise, ainsi que l'application des procédures internes inadaptées ne sont plus la source de difficultés qu'elles étaient naguère. Le personnel des services organiques connaît mieux les procédures requises pour utiliser les ordinateurs et le personnel du traitement des données a appris comment adapter les besoins et possibilités techniques des ordinateurs aux exigences des services commerciaux et administratifs pour lesquels ils travaillent.

34. Toute aussi importante, notamment dans le secteur bancaire, a été la décentralisation de l'introduction des données dans les ordinateurs. Il est maintenant courant, dans de nombreuses régions du monde, de voir des terminaux installés dans les services organiques. Les caissiers en contact avec des clients de la banque peuvent introduire directement dans l'ordinateur des ordres de dépôt et de retrait, tout comme les opérateurs qui reçoivent des ordres de transfert de fonds et d'autres instructions bancaires par la poste, par téléphone ou par tout autre moyen.

35. La décentralisation de l'introduction des données dans la banque a, de plusieurs manières, réduit les risques d'erreur. Les données étant introduites dans le service chargé des transactions, ceux qui effectuent cette opération sont responsables de la totalité de la transaction. Ils se sentent donc davantage responsables de la précision des données; l'ordinateur leur répond immédiatement et leur indique si la transaction a été acceptée ou non; il sont mieux à même de comprendre le contexte dans lequel les données ont été créées, ce qui leur permet de remarquer d'éventuelles ambiguïtés et d'y remédier promptement et correctement; de plus, les données n'ont à être introduites qu'une fois dans les dossiers de la banque, plutôt que deux fois ou même plus comme c'était parfois le cas dans les systèmes centralisés de traitement des données ou dans les systèmes fondés sur le papier.

36. L'avènement des terminaux clients, capables d'ordonner des transferts de fonds de routine, réduit encore les possibilités d'erreur de la part de la banque, car l'ordre de transfert de fonds est normalement traité automatiquement, sans l'intervention du personnel de la banque. Les erreurs sont plus improbables dans un système de transfert électronique de fonds entièrement automatique que dans un système semi-automatique ou dans un système fondé sur le papier. Cependant, les erreurs qui se produisent dans un

système entièrement automatique sont plus difficiles à prouver, en particulier lorsqu'une transaction seulement est touchée. Aussi la question de la répartition des responsabilités en cas de perte est-elle un problème difficile pour le client. D'autres types d'erreur peuvent toucher un grand nombre de clients en raison du nombre très élevé de transactions que traite l'ordinateur. En outre, du fait de la complexité de plus en plus grande des systèmes informatiques en service ou à venir, il est quasiment impossible de les valider intégralement. D'où la possibilité d'une défaillance généralisée sans commune mesure avec tout ce qui a pu se produire jusqu'à présent. Les banques devront donc définir des positions de repli pour faire face à cette éventualité.

2. Sources d'erreurs courantes particulières aux transferts électroniques de fonds

a) Messages non normalisés

37. Etant donné qu'il n'existe pas encore de structure normalisée universelle pour les ordres de transfert de fonds électroniques, les risques d'erreur dans la composition du message par l'expéditeur et dans l'interprétation du message par le destinataire sont grands. En outre, si les zones qui composent le message dans deux réseaux de transfert de fonds d'ordinateur à ordinateur ne sont pas pleinement compatibles et, de ce fait, n'autorisent pas la conversion automatique d'une structure de message à une autre grâce à un logiciel d'interface, l'ordre de transfert de fonds reçu d'un système devra être totalement ou en partie recomposé pour pouvoir être acheminé par le deuxième réseau.

b) Recréation des messages

38. La reconstitution d'un message est source d'erreurs. Celles-ci sont dans une certaine mesure inévitables dans tous les transferts électroniques de fonds. Au contraire des transferts sur papier, où le formulaire original rempli par le client peut en général être transmis par le système bancaire, ce qui interdit toute altération de l'ordre de paiement, sauf par fraude, un message de transfert électronique de fonds est recomposé à chaque point de traitement. Les ordres de paiement transmis sur papier à la banque sont transformés en messages électroniques qui peuvent être reproduits sur papier à la réception. Dans les transferts par téléscripteur, par l'intermédiaire d'une banque correspondante, cette dernière transmet un nouveau message dont le contenu est quelque peu modifié. Les messages envoyés par le biais d'un système de commutation par paquets sont divisés en segments d'une longueur uniforme, transmis par des circuits séparés et réassemblés à destination. Les ordres de transfert transmis sur bande magnétique à une chambre de compensation automatique sont triés et enregistrés sur de nouvelles bandes magnétiques avant d'être envoyés à la banque réceptrice.

39. Chacun de ces procédés fait courir le risque d'une modification par inadvertance du contenu de l'ordre de paiement, du fait d'une erreur humaine, d'une erreur dans le programme d'ordinateur ou d'une panne ou d'un vice matériels. Cependant, ces erreurs peuvent être détectées avant qu'elles ne passent dans le système, si ce système et les opérations de chaque banque sont soumis aux procédures de contrôle voulues et si ces dernières sont appliquées rigoureusement.

c) Procédures non normalisées

40. Il est plus difficile aux banques de traiter sans erreur les transferts internationaux de fonds, qu'ils soient électroniques ou sur papier, que les transferts nationaux, faute d'un accord international sur les procédures à suivre. Chaque message doit donc être lu soigneusement afin de s'assurer de la procédure utilisée par la banque ayant envoyé le message. Ce message est parfois peu clair, surtout s'il est composé dans un langage télégraphique non structuré.

41. La confusion peut être encore aggravée lorsque les pratiques bancaires du pays destinataire sont différentes de celles du pays expéditeur. En particulier, les prévisions quant au moment où la banque bénéficiaire et le bénéficiaire pourront disposer des fonds peuvent se révéler incorrectes si, du fait d'une pratique locale, une banque correspondante retarde le règlement de plusieurs jours, augmentant ainsi son capital disponible, ou si la remise doit être effectuée dans un endroit éloigné, par la poste ou par chèque, bien que l'ordre de transfert international ait stipulé que la plus haute priorité devait être donnée au transfert.

d) Pannes de l'ordinateur et erreurs dans le logiciel

42. Une des sources d'erreurs dans les transferts électroniques de fonds, qui n'existait pas dans les transferts sur papier, est l'équipement électronique lui-même. Il s'agit du matériel des banques, des moyens de télécommunication et des chambres de compensation ou autres points de commutation, ainsi que le logiciel nécessaire. Bien que les erreurs provenant de cette source soient relativement plus rares qu'il y a quelques années, elles sont particulièrement graves. Une erreur dans l'introduction d'un ordre de transfert n'affecte qu'un seul message, mais, en cas de défaut du matériel ou du logiciel, toute une série d'instructions risquent d'être traitées de manière incorrecte. En outre, du fait de la nature même du problème, l'erreur risque de ne pas être détectée par les mécanismes de contrôle que comportent la plupart des programmes d'ordinateurs. Et plus important encore d'un point de vue juridique, les erreurs dues à des défauts du matériel ou du logiciel posent des problèmes difficiles quant à la responsabilité en cas de perte.

3. Méthodes envisageables pour prévenir les erreurs

43. La plupart des mesures nécessaires pour réduire les erreurs dans les transferts électroniques de fonds peuvent heureusement être prises séparément par chaque banque. Cependant, certaines ne peuvent être prises que par la communauté bancaire dans son ensemble. Il faut en particulier normaliser la structure des messages et les procédures bancaires pour les transferts nationaux et internationaux. A certains égards, le plus important, et sans doute le plus difficile, est de conclure un accord à l'échelon international. Des sommes importantes sont transférées par le biais de réseaux internationaux de commerce de gros et les systèmes internationaux de transfert électroniques de fonds axés sur les consommateurs prennent de plus en plus d'importance. En outre, la conclusion d'un accord à l'échelon international constituerait un point de départ solide pour d'éventuels accords nationaux.

44. Les milieux bancaires internationaux ont entrepris, dans le cadre du Comité technique bancaire (TC 68) de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), plusieurs projets qui devraient permettre d'élaborer une

structure reconnue pour les types de messages les plus courants dans les transferts internationaux de fonds. Le projet de norme internationale (DIS) 7982 de l'ISO contient dans sa première partie les mots et données utilisés pour décrire, traiter et présenter les ordres de transfert de fonds. Le projet de norme 7746 de l'ISO propose une structure standard pour la transmission par téléscripteur d'ordres de transfert de fonds interbanques. Ces structures standard, fondées sur celles de SWIFT, visent 1) à éliminer les erreurs d'interprétation de la part de la banque recevant l'ordre provenant d'une autre banque et 2) à permettre la mise au point de systèmes de traitement automatique des ordres de transfert de fonds par téléscripteur. Le Comité technique 68 de l'ISO étudie également des questions telles que les chiffres clefs, les caractéristiques techniques des cartes à piste magnétique et les spécifications des messages interbanques pour les cartes de débit et de crédit, afin de contribuer à la mise en place de systèmes de transfert électronique de fonds plus efficaces, comportant moins de risques d'erreurs et de fraudes.

45. Si l'ISO adopte une structure standard pour les transferts de fonds par téléscripteur conforme à la présentation des messages de SWIFT, si l'on s'accorde sur le vocabulaire à utiliser dans les ordres de transfert de fonds et si cette présentation et ce vocabulaire sont adoptés et utilisés dans le monde entier pour les transferts des fonds nationaux et internationaux, le risque d'erreurs dues au recodage des ordres de transfert de fonds s'en trouvera réduit. Une structure standard d'un message téléscripteur comportant des étiquettes de zone et des descripteurs de zone permettra à la banque destinataire d'introduire l'ordre dans son système d'ordinateur pour enregistrement, et retranscription si nécessaire, sans avoir à l'interpréter, ce qui présente un intérêt particulier lorsque les banques expéditrice et réceptrice n'utilisent pas la même langue.

46. On peut espérer et même compter que les milieux bancaires internationaux, par le biais des institutions voulues, pourront convenir des procédures que doit suivre la banque réceptrice, notamment quand elle n'est pas la banque bénéficiaire. On notera cependant que, lorsque la banque réceptrice doit retransmettre l'ordre de transfert de fonds par l'intermédiaire d'un système national de transfert, il faudrait, pour que l'on puisse s'accorder sur les mesures à prendre, que soient dans une large mesure harmonisés les moyens techniques utilisés dans chaque pays pour traiter les transferts de fonds ainsi que les règles et procédures bancaires connexes. En attendant, on pourrait jeter les bases d'une telle harmonisation en déterminant avec plus de précision les mesures prises selon les pays par les banques réceptrices dans des situations standard et le temps requis pour ces différentes mesures.

C. Nécessité pour le client de vérifier l'état de ses comptes

1. Relevés de compte

47. Aussi rigoureux que soient tous les intéressés, des écritures erronées seront toujours passées. Si ces écritures n'ont pas été filtrées par les divers mécanismes de contrôle mis en place par la banque, elles ne peuvent dans la plupart des cas être découvertes et rectifiées que si le client se plaint. Pour que ce dernier puisse découvrir une erreur sur son compte, il doit disposer d'un moyen de vérifier la concordance des relevés de la banque et de son propre relevé de ses transactions.

48. Il existe deux moyens classiques de fournir un relevé au client. Dans certains pays, peut-être notamment dans les pays où les virements sont un moyen normal de transfert de fonds interbanques pour le commerce et le grand public, un avis est envoyé par la banque à chaque fois qu'un compte est débité ou crédité. L'avis peut indiquer - et il le fait souvent - le solde antérieur, les opérations de débit et de crédit effectuées et le solde nouveau. Un relevé trimestriel ou annuel peut aussi être envoyé qui indique les agios débités et les intérêts crédités au compte et qui en atteste officiellement le solde. Dans d'autres pays, un relevé de compte est envoyé périodiquement au titulaire du compte. Pour les comptes ordinaires, les relevés sont en général mensuels, trimestriels ou annuels, alors que, pour les comptes commerciaux actifs, ils peuvent être hebdomadaires ou même quotidiens. Un relevé quotidien d'un compte actif peut sembler identique à un avis quotidien indiquant au titulaire d'un compte actif les opérations de débits ou de crédits effectuées sur son compte, mais la politique sous-jacente est différente.

49. Lorsque le compte est inactif, le titulaire peut ne recevoir aucun relevé pendant un délai relativement long. Dans un pays où des avis sont envoyés au titulaire à chaque fois que son compte est débité ou crédité, cela signifierait qu'aucune opération n'a été effectuée sur son compte durant cette période. Dans un pays où des relevés de compte sont normalement envoyés périodiquement, la banque et le client peuvent convenir qu'il n'est pas nécessaire d'établir de relevés du fait de la rareté des transactions ou parce que le titulaire souhaite que le compte soit secret. Cette méthode n'est absolument pas à encourager, car c'est ainsi que des écritures frauduleuses ou erronées peuvent rester dissimulées pendant longtemps.

50. L'avènement des terminaux clients modifie quelque peu le rôle du relevé de compte, que celui-ci soit envoyé périodiquement ou qu'il s'agisse d'un avis de débit ou de crédit. Si le client peut vérifier l'état de son compte, et notamment s'il est à même d'obtenir une copie matérielle de cet état, la banque n'aura pas à lui envoyer de relevé. A l'heure actuelle, certains clients commerciaux de grandes banques peuvent ainsi avoir accès à leur compte et cette possibilité est activement encouragée par les banques ayant pour clients des sociétés transnationales dans le cadre d'activités de gestion de trésorerie. Cela est également possible dans certaines expériences d'activités bancaires à domicile, mais les guichets automatiques permettant de connaître le solde d'un compte ne donnent pas toujours de renseignements sur l'activité du compte.

2. Examen des relevés par le client

51. Plusieurs arguments sont avancés en faveur de la thèse selon laquelle le client doit examiner le relevé que lui envoie la banque afin de vérifier si des écritures frauduleuses, des erreurs ou autres anomalies s'y sont glissées. Le relevé, et notamment le relevé périodique, peut être considéré comme une offre d'apurement du compte entre la banque et son client, forme d'apurement qui revêt un nom différent dans la doctrine des divers systèmes juridiques. Le destinataire doit répondre dans un délai donné, ou le relevé est considéré, dans certains pays, comme présentant un état correct du compte à ce moment-là, alors que dans d'autres pays, il incombe au client, dès lors qu'il n'a pas répondu, d'apporter la preuve que le relevé est incorrect, le cas échéant.

52. La politique qui sous-tend cette méthode peut être appliquée directement à la gestion d'un compte courant dans une banque. Il est utile aux parties de s'accorder périodiquement sur l'état de leurs relations, de sorte qu'à la fin d'une période relativement longue, il ne soit pas nécessaire de vérifier chaque opération effectuée, longtemps après que les détails en ont été oubliés et que les traces en ont disparu. En outre, à une écriture incorrecte portée sur un compte, qu'elle soit due à une erreur ou à une fraude, correspond souvent une autre écriture incorrecte sur un autre compte. Si l'on tarde à en informer la banque, il est plus difficile à cette dernière de rectifier la transaction ou de limiter la perte.

53. Dans certains pays, on estime que le client n'est pas tenu d'examiner son relevé de compte et peut faire objection à une écriture incorrecte à tout moment, jusqu'à ce que le délai de prescription prévu soit écoulé. Cette règle protège davantage le consommateur et peut être particulièrement justifiée dans le cas de personnes qui n'ont pas l'expérience du système bancaire et ne sont donc pas conscientes de la nécessité d'apurer leur compte ou ne sont pas à même de le faire, ou également dans le cas de personnes qui voyagent beaucoup ou vivent en un lieu éloigné et éprouvent des difficultés à recevoir rapidement leurs relevés. Cependant, même dans ces pays, le client a une part de responsabilité s'il n'examine pas le relevé et signale des écritures incorrectes.

54. Il faut cependant noter que, quelle que soit la règle appliquée, une écriture entachée d'erreur ou de fraude qui n'a pas été filtrée par les mécanismes de contrôle de la banque ne sera souvent découverte que si le client vérifie son relevé de compte et signale cette écriture à la banque. Cela est particulièrement important lorsque les chèques sont conservés par la banque dépositaire et que les données essentielles relatives au transfert de fonds sont présentées électroniquement, car il est alors peu probable que la banque transférante (banque tirée) puisse détecter par exemple une signature contrefaite du transférant (tireur). La différence pratique entre ces règles tient avant tout au fait que le client dispose d'un délai plus court pour notifier à la banque l'écriture erronée lorsqu'il est tenu d'examiner son compte que dans le cas contraire.

3. Devoir qu'a une banque de rectifier les écritures

55. De toute évidence, une banque doit rectifier promptement une écriture incorrecte après en avoir été notifiée par le client, à moins que l'on ne puisse se demander légitimement si l'écriture était ou non incorrecte. Des règles détaillées régissant la correction des erreurs par les banques lors de transferts électroniques de fonds "grand public" ont été adoptées par certains pays et proposées dans d'autres 1/. Chaque pays détermine selon son expérience s'il est nécessaire ou seulement souhaitable d'adopter de telles règles.

1/ Le droit qu'a une banque de rectifier une écriture passée au compte d'un client lorsque l'erreur était en faveur du client est examiné au chapitre IV, "Caractère définitif des transferts de fonds".

D. Responsabilité qu'a la banque donneur d'ordre à l'égard de son client en cas d'erreur ou de fraude lors d'un transfert interbanques; principe de la responsabilité pour la transaction

56. Au sens du présent document, la banque donneur d'ordre est la banque qui reçoit l'ordre de transfert de fonds de son client et le transmet par les voies appropriées à la banque destinataire. Dans un prélèvement, la banque donneur d'ordre est la banque bénéficiaire (ou banque dépositaire) et, dans le cas d'un virement, c'est la banque transférante. Le donneur d'ordre est la partie qui soumet l'ordre de transfert de fonds à la banque donneur d'ordre. Pour ce qui est de la question examinée dans la présente section, il semble qu'il n'y ait pas de différence particulière dans la législation régissant les transferts sur papier entre la banque bénéficiaire en tant que banque donneur d'ordre en cas de prélèvement et la banque transférante en tant que banque donneur d'ordre en cas de virement.

57. Le problème essentiel, que l'on rencontre dans tout domaine de l'activité économique, se pose lorsqu'un client charge une entreprise d'une tâche exigeant la participation d'une ou plusieurs autres entreprises. Soit la première entreprise ne peut être tenue responsable que pour ses propres actes, y compris le choix de ses collaborateurs, soit elle est tenue pour responsable à l'égard du client des actes de toutes les parties ayant collaboré à l'exécution du contrat; il s'agit dans le second cas du principe de la responsabilité pour la transaction. L'analogie la plus proche est celle du transport de marchandises par un transporteur commun, lorsque le transport, de son origine à sa destination, exige la participation de transitaires et d'opérateurs de terminaux, ainsi que de plusieurs transporteurs, d'un type similaire ou différent.

58. Arguments en faveur de la responsabilité pour la transaction : bien que le donneur d'ordre indique le type de transfert de fonds choisi et le nom de la banque destinataire, à quelques exceptions près, il ne stipule ni le moyen de communication, ni les banques intermédiaires. Le choix des filières appropriées est laissé à la banque. Dans une banque hautement automatisée, ce choix peut être exercé par un ordinateur programmé à cet effet. Lorsqu'il existe différents moyens de communication, ou différentes banques intermédiaires, la banque doit choisir judicieusement les moyens appropriés.

59. Si le transfert n'est pas effectué correctement, il est souvent difficile de déterminer où, comment et pourquoi une erreur s'est produite. Chaque banque, chambre de compensation, commutateur et service de télécommunication ont intérêt à affirmer que le problème leur est étranger. Le client, étant extérieur au système et n'ayant pas de relation permanente avec eux, sinon avec sa propre banque, éprouvera de grandes difficultés à enquêter et déterminer qui semble être en faute. S'il apparaît que la partie en faute ne peut être poursuivie que dans une région éloignée du pays ou dans un pays étranger, le donneur d'ordre connaîtra de nouvelles difficultés et devra consentir des dépenses supplémentaires s'il veut donner suite à sa plainte. Cependant, si la banque donneur d'ordre a accepté ou est tenue par la loi d'accepter la responsabilité de l'exécution du transfert de fonds, sous réserve que le préjudice subi ne soit pas dû à des circonstances exonératoires spécifiées, le donneur d'ordre sera mieux à même d'obtenir remboursement de la banque ou de toute autre entité en faute. Selon cette méthode, la banque donneur d'ordre subirait le préjudice plutôt que le donneur d'ordre lui-même s'il n'est pas possible de déterminer quelle est la cause de préjudice.

L'augmentation des coûts pour le système bancaire dans son ensemble, hormis toute augmentation ou diminution des dépenses de contentieux, correspondrait aux sommes que les clients étaient auparavant dans l'impossibilité de recouvrer faute de pouvoir prouver où et comment l'erreur avait été commise.

60. S'agissant des cartes de débit et de crédit délivrées par une banque, ces mêmes considérations ont abouti au résultat contraire, à savoir l'acceptation par la banque destinataire (souvent appelée banque émettrice de la carte dans ce domaine) de l'entière responsabilité vis-à-vis du client pour débit incorrect de son compte lié à l'utilisation de la carte. Si une erreur ou une fraude a eu lieu dans le cadre de l'utilisation de la carte ou de l'expédition de l'ordre de transfert de fonds qui ne peut être imputée au client, les banques du réseau se répartissent la perte conformément aux dispositions de l'accord instituant le réseau.

E. Possibilité de décliner toute responsabilité

61. On trouve des dispositions permettant de décliner toute responsabilité dans les contrats entre la banque donneur d'ordre et son client et entre les banques, chambres de compensation, opérateurs de commutateurs, systèmes de télécommunication et autres parties pouvant participer au transfert de fonds. Une telle disposition peut stipuler que la partie s'en prévalant ne sera pas tenue responsable en cas de préjudice causé par des tiers, de préjudice imputable à certaines ou à la totalité des actions ou omissions de ladite partie ou pour certains types de préjudice, et en particulier en cas de dommages indirects. Les dispositions permettant de décliner toute responsabilité devraient être rédigées en termes clairs et dénués de toute ambiguïté de sorte que les clients sachent précisément de quel type de circonstances et de quel type de perte la banque ou l'autre partie acceptera ou n'acceptera pas de répondre.

62. La mesure dans laquelle seront appliquées les dispositions exonératoires de responsabilité dans les contrats régissant les transferts de fonds dépend en partie de l'attitude générale du système juridique à l'égard de telles clauses et en partie également de la mesure dans laquelle la réglementation des transferts de fonds est considérée comme impérative ou non impérative. On pourrait s'attendre à ce que des dispositions exonératoires affectant directement les droits et obligations afférents à un effet de commerce ne soient pas appliquées, alors que des dispositions concernant le recouvrement d'un effet ou le transfert électronique de fonds le seront plus probablement, ces opérations n'étant pas régies dans la plupart des pays par des règles détaillées. Lorsqu'une règle a été adoptée pour protéger les droits des consommateurs dans un transfert électronique de fonds, comme aux Etats-Unis, ces droits ne peuvent être modifiés que dans une certaine mesure par des dispositions contractuelles.

63. Les dénis de responsabilité dans les contrats entre les banques, entre les banques et d'autres agents du transfert de fonds, entre les banques et leurs fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels n'ont pas de conséquences formelles sur les relations entre une banque et son client. Le client, en tant que donneur d'ordre, devrait être à même d'intenter une action à l'encontre de l'entité dont les actes ou omissions ont entraîné un préjudice, sans tenir compte d'éventuelles dispositions exonératoires de responsabilité figurant dans des contrats auxquels il n'est pas partie.

1. Panne technique du matériel ou du logiciel

64. De nombreux contrats entre une banque et un client stipulent expressément ou implicitement que la banque est exonérée de toute responsabilité au cas où elle ne s'acquitterait pas d'un ordre de transfert de fonds de la manière appropriée, si elle peut démontrer que cela est dû à une panne technique du matériel ou du logiciel 2/. Cependant, il faudrait soigneusement limiter de telles exonérations.

65. Bien que les ordinateurs soient maintenant beaucoup plus fiables, des pannes se produisent régulièrement. Les banques qui recourent à l'ordinateur pour des transferts de fonds et à d'autres fins devraient avoir - et ont en général - suffisamment de matériel de remplacement, soit dans leurs propres locaux, soit dans une autre entreprise (par exemple, fournisseur d'équipements d'informatique, service d'ordinateurs, banque ou autre entreprise ayant un équipement compatible) pour continuer de fonctionner pendant que leurs propres ordinateurs sont hors service même si certains services ne sont pas assurés; aussi, une panne d'ordinateur d'une ampleur prévisible, à laquelle il doit être remédié au moyen de matériel de remplacement, ne devrait pas être considérée comme justifiant la non-exécution de l'ordre de transfert de fonds dans les délais applicables. D'un autre côté, un certain retard peut être toléré. Par contre, une panne d'une ampleur imprévisible, notamment si elle est due à une catastrophe ou à une panne d'électricité dans la zone où est située la banque, ou encore à un sinistre important dans la banque, tel qu'un incendie, peut justifier une exonération.

66. Les banques qui ne disposent pas de suffisamment de matériel de secours devraient conserver d'autres méthodes de réception et de communication d'ordres de transfert de fonds.

67. Il n'y aurait pas de difficultés juridiques particulières à refuser l'exonération si la non-exécution d'un ordre de transfert de fonds était due à un logiciel défectueux, mis au point par le personnel de la banque. Un tel logiciel ne serait, semble-t-il, que le moyen par lequel la banque ne s'est pas acquittée de son obligation. La réponse serait la même si le problème était dû à un logiciel défectueux ou inadapté, acheté à un fournisseur extérieur. En général, ni une banque ni aucune autre entreprise commerciale ne devraient normalement être exonérées parce que les équipements ou les logiciels qu'elles utilisent sont inadaptés aux tâches à effectuer.

2. Services communs de télécommunication

68. La plupart des transferts électroniques de fonds interbanques et un grand nombre des transferts au sein d'une même banque passent par un service de communication de données. Traditionnellement, les réseaux de télécommunication ont souvent été en grande partie exonérés en cas de préjudice dû à un retard ou à la non-délivrance d'un message ou à toute modification de la teneur du message.

2/ On trouvera aux paragraphes 68 à 73 et 78 à 81 une étude des questions connexes, consistant à déterminer si une banque devrait être exonérée en cas de panne se produisant alors que l'ordre transite par le moyen de communication qui est lui-même exonéré de toute responsabilité ou s'il transite dans une chambre de compensation ou dans un commutateur appartenant à un groupe de banques ou géré en leur nom.

69. L'argument en faveur de l'exonération de responsabilité, selon lequel le réseau de télécommunication ne pouvait prévoir les conséquences d'un retard ou de la non-livraison du message ou d'une modification de sa teneur puisqu'elle ne connaissait pas cette teneur, n'a pas toujours été jugé satisfaisant pour ce qui est des services télégraphiques ou des services télex, où le client communique au transporteur un message à transmettre. Dans un grand nombre de cas, le personnel du service de communication comprend parfaitement le sens du message envoyé. Quoi qu'il en soit, lorsque ces conséquences étaient imprévisibles, au mieux le type ou le montant des dommages-intérêts éventuels aurait pu être limité, mais cela ne justifiait pas une exonération totale de responsabilité.

70. Les télécommunications entre ordinateurs par le biais d'un service public semblent a priori être un excellent exemple de cas où le service n'a pas la moindre idée de la teneur du message, notamment lorsque celui-ci est codé. Une fois installés des réseaux numériques à intégration des services (RNIS), le service public ne saura sans doute même pas s'il transmet des données, des messages écrits, des messages verbaux ou des images, tout étant communiqué sous forme de chiffres. Cependant, dans le même temps, les réseaux de télécommunication ne se limitent plus à fournir un moyen de télécommunication de base. La ligne de démarcation entre les prestations informatiques et les télécommunications étant de moins en moins nette, ils offrent des services plus complexes et les fournisseurs d'ordinateurs et de matériel de bureau relient leurs équipements pour constituer des réseaux. Souvent, une banque ou un autre utilisateur peuvent obtenir des prestations identiques ou équivalentes d'un fournisseur d'ordinateurs ou d'un service de télécommunication. Parmi les prestations offertes dans de nombreux pays qui ne sont plus exclusivement du ressort du service de télécommunication, on notera notamment la possibilité de commuter les messages. Aussi, même si l'exonération du service public reste une bonne politique pour ce qui est des services extérieurs de télécommunication de base, l'exonération de responsabilité de ces services de base ne devrait englober que ceux qui ne peuvent être offerts par d'autres sources ne jouissant pas de la même exonération.

71. Dans de nombreux pays, les télécommunications sont assurées par l'Etat, souvent par l'intermédiaire du Ministère des postes. Aussi, les services de télécommunication bénéficient-ils de l'exonération générale dont jouit l'Etat. Lorsque cela a été jugé nécessaire, cette exonération a été renforcée par une réglementation expresse protégeant le service de télécommunication. Dans les pays où de tels services sont fournis par des entreprises privées, la réglementation leur a permis de limiter leur responsabilité dans le cahier des charges qu'elles ont présenté.

72. Cependant, le monopole des télécommunications n'est sans doute plus aussi évident et l'on s'est demandé si l'on pouvait continuer de leur accorder cette exonération de responsabilité. La déréglementation des services nationaux aux Etats-Unis a déjà supprimé dans ce pays le fondement juridique de cette exonération. On ne sait pas encore avec certitude si les tribunaux continueront d'accepter des clauses contractuelles insérées par les services de télécommunication afin de limiter leur responsabilité en cas de négligence.

73. Les problèmes de responsabilité sont secondaires par rapport à la question plus générale de la forme que prendront les services publics de télécommunication. Cependant, au fur et à mesure que les principaux

utilisateurs privés, tels que les banques, établiront leurs propres réseaux privés dont ils contrôleront les installations, assumant alors le risque qu'un message soit communiqué tardivement, ne soit pas délivré ou soit modifié durant sa transmission, les services publics de télécommunication devront davantage accepter d'assumer un risque équivalent.

3. La banque donneur d'ordre devrait-elle être exonérée en cas de retard ou de non-délivrance d'un ordre de transfert expédié ?

74. Puisqu'il n'était pas possible de tenir le service des télécommunications pour responsable des pertes dues à la non-délivrance d'un message dans les conditions voulues, les parties recourant à un tel service ont agi pour répartir les pertes entre elles. Dans le cas de transferts de fonds par télégramme ou télex, il est considéré comme normal que les banques prévoient dans les contrats qu'elles concluent avec leurs clients qu'elles ne seront pas responsables en cas de perte de cet ordre. Aussi les clients des banques supportent-ils le risque que l'ordre de transfert de fonds ne soit pas reçu ou soit reçu sous une forme modifiée. Une telle disposition contractuelle était justifiée par le fait que la banque ne pouvait exercer un contrôle sur le message une fois qu'elle l'avait communiqué au service de télécommunication.

75. Cette justification est moins évidente lorsque la banque envoie directement le message, sur son propre télex, au télex de la banque réceptive. Le service de télécommunication ne fournit que le circuit et le commutateur permettant de relier les deux machines. La banque envoie le message, elle peut demander une réponse pour vérifier que la connection a été correctement établie et envoyer un chiffre clé afin de déterminer l'identité de l'expéditeur et de vérifier que les sections essentielles du message n'ont pas été modifiées par erreur. Lorsqu'elle craint pour quelque raison que ce soit que le message n'ait pas été reçu correctement ou que le message est particulièrement important, la banque expéditrice peut, au prix d'une deuxième transmission, demander à la banque réceptrice de répéter intégralement le message.

76. Une banque envoyant un message d'ordinateur à ordinateur a les mêmes possibilités de vérifier qu'un ordre de transfert de fonds a été reçu et que sa teneur est correcte. Des mécanismes de contrôle supplémentaires sont appliqués dans des réseaux à accès limité tels que SWIFT, où toutes les transactions introduites sont contrôlées afin de vérifier qu'elles proviennent d'un terminal autorisé, que la structure et le texte du message sont conformes aux normes obligatoires et qu'elles sont adressées à un destinataire reconnu par SWIFT. Les messages envoyés par chaque banque se voient affecter un numéro séquentiel de sortie et les messages reçus par chaque banque reçoivent un numéro séquentiel d'entrée, ce qui réduit à un minimum les risques de perte d'un message. Les possibilités de mémorisation temporaire diminuent les risques de non-délivrance d'un message et l'établissement des listes des messages ne pouvant être délivrés permettent à la banque expéditrice de s'assurer que tout message non délivré a été pris en compte. Lorsqu'un des centres de communication est hors d'usage, il existe des voies de déroutement et il est indiqué aux banques affiliées comment accéder au réseau SWIFT par le biais du réseau public commuté en cas de panne d'un centre régional de traitement.

77. Toutes ces mesures de sécurité prises dans un réseau à accès limité tel que SWIFT ne sont pas applicables par une banque branchée sur le réseau public commuté. Néanmoins, des procédures peuvent être appliquées afin de réduire à

un minimum le risque qu'un défaut du système de communication ne soit pas détecté ni corrigé par la banque expéditrice. Le fait qu'il existe de telles techniques pour éviter les erreurs durant la transmission d'un ordre de transfert électronique de fonds permet de douter sérieusement qu'il soit justifié d'exonérer les banques en cas d'erreurs de cet ordre, même si elles ne peuvent être remboursées par le service de télécommunication.

F. Panne d'une chambre de compensation électronique ou d'un commutateur appartenant à un groupe de banques ou géré en leur nom : répartition des pertes entre les banques affiliées

78. Une chambre de compensation fait partie intégrante du système de transfert de fonds. Elle peut être gérée par la banque centrale, une banque importante ou une association bancaire. La chambre de compensation peut également être mise sur pied par un groupe de banques. Dans certains pays, on a constitué des systèmes de transfert électronique de fonds en ligne dans lesquels le commutateur de messages, qui ne fait pas office de mécanisme de règlement net, est géré pour les banques affiliées par une société qui n'est ni une banque, ni une chambre de compensation, ni un service de télécommunication. Il peut s'agir d'un prestataire de services informatiques, d'un réseau à valeur ajoutée ou d'un organisme apparenté.

79. Souvent, le règlement des chambres de compensation ou des commutateurs, ou les contrats conclus avec les banques affiliées, stipulent que ces mécanismes ne sont pas responsables ou qu'ils ne sont que partiellement responsables en cas d'erreurs ou de fraudes se produisant en leur sein. Si la chambre de compensation est gérée par la banque centrale, sa responsabilité, ou celle de la banque centrale peut être limitée ou exclue par la loi, par un règlement ou par la doctrine générale régissant les organismes ou agents d'Etat. Cependant, puisque la chambre de compensation est au service des banques, l'exonération ne posera sans doute pas des problèmes aussi sérieux que dans le cas des services de télécommunication.

80. Néanmoins, il faut noter qu'une chambre de compensation fait partie intégrante du système de transfert de fonds. On ne saurait affirmer que le système bancaire dans son ensemble ne devrait pas être tenu responsable à l'égard de ses clients en cas de défaut d'une chambre de compensation, comme cela pourrait être le cas pour un défaut du service de télécommunication. Il semble évident que le donneur d'ordre devrait en principe pouvoir effectivement faire valoir ses droits à la suite de tels défauts.

81. Dans le même temps, la propriété collective d'une chambre de compensation ou d'un commutateur de transactions bancaires peut exiger une répartition des pertes entre les banques affiliées. Cette répartition peut être effectuée de diverses manières, notamment par un système d'assurance, par la constitution d'un fonds de compensation et par un prélèvement effectué sur toutes les banques affiliées. Les pertes pouvant être attribuées à une chambre de compensation ou à un commutateur et devant donc être partagées seraient notamment les pertes subies par une banque qui se serait conformée aux procédures prévues pour les transferts effectués par le biais de la chambre de compensation ou du commutateur. En particulier, il serait sans doute bon que soient partagées les pertes attribuables à une faiblesse du système de sécurité, y compris les procédures et algorithmes nécessaires pour coder les ordres de transfert de fonds.

G. Traitement inapproprié des ordres de transfert

1. Refus injustifié d'ordres de la part de la banque transférante et préjudice subi par le transférant

82. La banque transférante est responsable envers le transférant pour tout préjudice subi au cas où elle refuserait de manière injustifiée un ordre de transfert de fonds. Une banque qui n'accepte pas un ordre de virement devrait en informer promptement le transférant et lui en indiquer les raisons. Toute demande de dommages-intérêts de la part du transférant du fait d'un refus injustifié serait évaluée et réglée de la même manière qu'une demande fondée sur un retard dans le transfert. Le refus injustifié d'un ordre de prélèvement peut avoir des conséquences plus graves. Dans un tel cas, lorsque le bénéficiaire est informé que l'ordre a été refusé, qu'une raison soit donnée ou non, il peut avoir des doutes quant à la solvabilité et à l'intégrité du transférant. Si le refus n'était pas justifié, la banque transférante (par exemple le tiré d'un chèque ou d'une lettre de change) devrait également être tenue responsable de tout préjudice subi de ce fait par le transférant.

2. Non-exécution par la banque cédante d'un ordre de prélèvement dans les délais requis

a) Règles générales applicables aux effets de commerce

83. Si la banque transférante n'agit pas dans les délais requis pour accepter ou refuser un ordre de prélèvement ou pour notifier son refus, le bénéficiaire peut intenter une action contre cette banque.

84. Sauf en France et dans d'autres pays qui appliquent la doctrine selon laquelle un effet de commerce transfère à son porteur la propriété de la provision, la doctrine standard à propos des chèques et des lettres de change stipule que l'effet ne constitue pas un tel transfert et que le bénéficiaire (ou autre porteur) n'a pas de droit sur l'effet à opposer à la banque transférante (tiré) tant que l'effet n'a pas été accepté. Cependant, une fois que l'effet a été présenté à l'acceptation de la banque cédante, celle-ci peut se devoir à l'égard du bénéficiaire ou de la banque bénéficiaire d'agir dans un certain délai soit en acceptant, soit en refusant l'effet. Si l'effet est refusé, la banque transférante doit notifier promptement le refus au bénéficiaire. La question de savoir à qui peut ou doit être notifié le refus n'est pas réglée de la même manière selon les pays et, dans certains, l'avis doit prendre la forme d'un protêt officiel.

85. Ces règles tirées de la législation régissant les effets de commerce sur papier et leur recouvrement devraient être dans l'ensemble applicables aux prélèvements sous forme électronique. Cependant, comme elles figurent en général dans les lois applicables aux effets de commerce ou dans la loi ou les accords régissant leur recouvrement, il sera sans doute nécessaire de les adopter une nouvelle fois pour les prélèvements électroniques.

b) Retard dans l'acceptation d'un ordre de prélèvement

86. Si la banque transférante accepte l'ordre de prélèvement mais le fait plus tard qu'elle n'aurait dû le faire en vertu des règles applicables, les conséquences du retard sont fonction du moyen de règlement utilisé. Si la

banque transférante accepte provisoirement l'ordre lorsqu'il est présenté, par exemple en procédant à un règlement net par l'intermédiaire d'une chambre de compensation, le retard dans l'acceptation n'aura pas de conséquences pratiques. Si le règlement est retardé jusqu'à ce que l'ordre soit accepté, la banque présentant l'ordre se verra refuser l'utilisation de ces fonds tant que durera ce retard. Le bénéficiaire quant à lui n'aura sans doute pas été crédité du montant du transfert tant que la banque bénéficiaire ne l'aura pas été. Le retard peut donc donner naissance à une demande de dédommagements, notamment pour compenser la perte d'intérêts ou, dans un transfert international, les pertes dues aux taux de change.

c) Retard dans le refus d'acceptation d'un ordre de prélèvement

87. Un tel retard de la part de la banque transférante est parfois dû au fait que le transférant est à la limite de l'insolvabilité. Dans certains cas, lorsque le compte du transférant n'est pas suffisamment approvisionné pour honorer l'ordre, la banque transférante peut souhaiter lui donner un délai pour réapprovisionner son compte afin de pouvoir honorer la totalité de l'ordre. Dans d'autres cas, la banque peut se ménager un délai pour décider si elle déduira du compte du transférant d'autres obligations contractées envers elle par le transférant avant d'honorer l'ordre de transfert. Quoi qu'il en soit, l'ordre peut par la suite être refusé.

88. Dans un tel cas, l'ordre de prélèvement peut être réputé honoré ou le bénéficiaire peut avoir droit à des dommages-intérêts pour le retard. Cependant, il sera sans doute difficile au bénéficiaire de prouver l'ampleur de la perte dans de telles circonstances. On pourrait surmonter ce problème en imposant à la banque transférante, à l'origine du retard, la charge de prouver que le bénéficiaire n'a subi aucune perte du fait du retard. On pourrait également arriver à un résultat identique en autorisant le bénéficiaire à récupérer le montant inscrit sur l'ordre auprès de la banque transférante et de céder à la banque ses droits dans le cadre de la procédure de faillite du transférant 3/.

H. Pertes recouvrables

89. Un transfert mal exécuté peut entraîner la perte d'une partie ou de la totalité du montant principal transféré, ainsi que des pertes indirectes. Dans le cas d'un transfert de fonds, les pertes indirectes peuvent être dues à une perte d'intérêt, à une modification des taux de change, à la perte de possibilités commerciales, etc.

1. Perte du principal

90. Lorsqu'un transfert électronique de fonds est crédité à un compte qui n'est pas le bon, crédité au bon compte pour un montant excessif ou effectué deux fois, le transférant ou la banque transférante risque de perdre le

3/ Les délais dans lesquels la banque transférante doit accepter un ordre de prélèvement ou aviser de son refus sont examinés dans le chapitre II, "Les accords de transfert de fonds et les ordres de transfert de fonds".

principal du transfert incorrect. Dans la plupart des cas, l'erreur peut être rectifiée par le débit du compte du bénéficiaire par erreur et l'inscription d'un crédit correspondant au compte du transférant (auquel cas le transfert aura été inversé) ou du véritable bénéficiaire (auquel cas le transfert aura été rectifié) 4/.

91. Si le bénéficiaire par erreur retire et utilise les fonds, qu'il ait ou non connaissance de l'erreur, et qu'il ne peut plus par la suite restituer le montant utilisé, la perte du principal doit être répartie entre le transférant et la ou les banques ayant commis l'erreur. De même, si un transfert a été effectué frauduleusement, la perte du principal qui en résulte doit être répartie entre le transférant dont le compte a été débité et la ou les banques où la fraude a pu se produire. En cas de perte de principal, le problème tient rarement au montant à répartir. Il s'agit plutôt de déterminer quelle partie doit supporter la perte, question réglée par les règles générales relatives à la responsabilité examinées ci-dessus.

2. Perte d'intérêts

92. La seule forme de dommages indirects qui a été en général admise par la loi est la perte d'intérêts en cas de paiement tardif d'une somme. Les demandes d'intérêts adressées en cas de transferts tardifs par les clients commerciaux des banques sont maintenant monnaie courante. En effet, les taux d'intérêts sont élevés et le montant de l'intérêt qui peut être accumulé même en un jour est mesurable et peut justifier une action. Cela tient également aux possibilités de transfert de fonds qu'offrent aux trésoriers des sociétés les nouvelles techniques de transfert électronique de fonds. Lorsque les paiements commerciaux sont effectués au moyen de méthodes lentes telles que les virements sur papier, le transférant ne peut pas retenir son ordre de transfert jusqu'au dernier moment avant que le paiement ne soit dû. Il est entendu que le délai entre le moment où le compte du transférant est débité et celui où le compte du bénéficiaire est crédité peut être important et relativement imprévisible. Cependant, maintenant que certaines banques se targuent de pouvoir transférer des fonds instantanément, de nombreux clients commerciaux s'efforcent de retenir leur argent jusqu'au dernier moment possible avant d'émettre l'ordre de transfert. Les techniques de gestion des fonds ont fait prendre conscience aux trésoriers des entreprises publiques et privées du monde entier que leurs liquidités pouvaient leur rapporter des intérêts.

93. Parfois, c'est le bénéficiaire plutôt que le transférant qui devrait pouvoir demander des intérêts. Dans le cas d'un virement électronique type, le compte du transférant est débité avant que les fonds ne soient transférés, ou simultanément. Si le transfert est retardé, c'est le bénéficiaire qui se voit empêché d'utiliser les fonds, et non le transférant. Néanmoins, on estime en général que le bénéficiaire ne peut réclamer à aucune banque, si ce n'est la sienne, des intérêts du fait du retard dans l'exécution du

4/ On trouvera au chapitre IV, "Caractère définitif des transferts de fonds" une étude du droit qu'a la banque de débiter le compte du bénéficiaire par erreur sans son autorisation préalable.

transfert 5/. Si le paiement est effectivement tardif aux termes du contrat, c'est au transférant que le bénéficiaire pourrait demander des intérêts du fait du paiement tardif. Le transférant peut à son tour se faire rembourser par sa banque ou par la banque en faute. Le problème consiste cependant à déterminer le délai exact dans lequel le transfert de fonds devrait avoir lieu. Il existe peu de règles convenues sur la question.

94. Pour ce qui est de la répartition des intérêts entre les banques, il existe plusieurs ensembles de règles régissant cette question lorsque le retard dans le transfert de fonds est attribuable à une partie ou à l'autre. Nombre des règles concernant le remboursement des intérêts perdus n'autorisent un remboursement que si la somme demandée dépasse un montant spécifique. L'un des principaux règlements utilisés aux Etats-Unis pour la compensation entre banques présente une caractéristique intéressante : lorsque l'action est fondée sur une erreur lors d'un transfert de fonds interbanques, la banque recevant par erreur l'argent d'une autre banque est tenue de verser à la banque ayant envoyé l'argent par erreur un intérêt au taux en vigueur, déduction faite d'une commission pour la banque ayant reçu l'argent. Cette disposition est fondée sur le raisonnement suivant : une banque recevant de l'argent pourra en jouir.

95. Les règles existantes sont cependant limitées dans leur application aux relations bilatérales entre banques ou, dans le cas de certains systèmes de télécommunication ou de chambres de compensation interbanques tels que SWIFT ou CHIPS, à certaines pertes causées par ce système. Elles ne s'appliquent pas expressément aux pertes causées par des tiers ou occasionnées à des tiers.

3. Pertes dues au taux de change

96. Les taux de change fluctuant quotidiennement, les demandes de remboursement de pertes dues au taux de change du fait d'un paiement tardif sont devenues plus fréquentes. Etant donné la nature de la perte, les demandes de remboursement justifiées par un mouvement défavorable des taux de change durant la période supplémentaire requise pour le transfert ne seront normalement présentées que par des personnes ayant transféré des grosses sommes. Cependant, en cas de dévaluation importante, on peut également s'attendre à ce que les clients demandent un remboursement dans le cadre d'une transaction ou d'un transfert "grand public". Le problème consistant à déterminer le délai dans lequel le transfert aurait dû être effectué se pose aussi bien en cas de pertes dues à des mouvements défavorables des taux de change qu'en cas de perte d'intérêt.

97. Cependant, une demande de remboursement du fait d'un mouvement défavorable des taux de change ne sera en général pas présentée en tant que telle. On avancera plutôt que la date de conversion d'une monnaie dans une autre devrait être celle à laquelle la conversion aurait été faite si le

5/ Par analogie avec la législation régissant le transport de marchandises, où le destinataire des marchandises peut demander des dommages-intérêts même si les parties contractantes sont le chargeur et le transporteur, on pourrait envisager de donner au bénéficiaire un moyen pratique de réclamer dans les cas voulus l'intérêt perdu.

transfert avait été effectué de la manière voulue. Dans les articles 71 et 72 du projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, tel que révisé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa dix-neuvième session (1986), on a donné aux clients le choix entre le taux de change à la date à laquelle la conversion aurait dû avoir lieu et le taux de change à la date à laquelle elle a effectivement eu lieu. Il est stipulé qu'en cas de refus de paiement de l'effet, "le porteur peut demander que celui-ci soit effectué au taux de change en vigueur à la date de l'échéance ou à la date du paiement effectif". Cette possibilité est offerte au porteur "de manière à le protéger contre toute perte qu'il pourrait subir du fait d'une spéculation de l'obligé" (A/CN.9/213, article 71, commentaire, par. 8).

4. Dommages indirects

98. Le préjudice le moins fréquent, mais peut-être le plus sérieux, consiste en des dommages indirects subis lorsqu'un contrat est perdu, qu'une pénalité est encourue ou qu'un navire est retiré d'une charte-partie parce que l'ordre de paiement n'a pas été traité correctement. Lorsque de tels cas se produisent, les dommages peuvent facilement représenter plusieurs fois le montant du transfert. Dans la plupart des virements électroniques, la partie qui subit le préjudice est en général le transférant qui ne s'acquitte pas d'une obligation contractuelle consistant à verser une somme à une date donnée ou qui manque une possibilité de transaction commerciale pour laquelle il aurait dû disposer de fonds en un lieu particulier à un moment donné. A l'occasion, le préjudice peut être subi par le bénéficiaire qui ne dispose pas des fonds nécessaires au moment voulu et ne peut trouver d'autres sources de financement.

99. Dans certains systèmes, la banque est considérée comme non responsable des dommages indirects qu'elle ne pouvait prévoir au moment où elle a reçu l'ordre de transfert de fonds du transférant, à moins qu'elle n'ait délibérément retardé le transfert ou n'ait fait preuve d'une négligence manifeste. Cette règle consiste en une application directe des principes généraux du droit des contrats. Cependant, cette limitation aux seuls dommages indirects qui pouvaient être prévus n'est pas entièrement satisfaisante en cas de transfert électronique de fonds. Il est particulièrement difficile au transférant de donner les informations voulues aux parties intéressées. Même si la banque transférante peut disposer d'informations permettant de prévoir un éventuel dommage indirect, ces renseignements ne sont en général pas communiqués à la banque intermédiaire ou à la banque bénéficiaire dans lesquelles se produisent les actes de négligence. Ni le modèle SWIFT de transfert client ni le projet de norme internationale de l'ISO relatif aux messages télex pour les transferts clients (DIS 7746) ne prévoient une zone pour informer la banque intermédiaire des conséquences éventuelles qu'aurait le fait de ne pas créditer le compte du bénéficiaire à la date du paiement, bien que ce renseignement puisse toujours être ajouté aux instructions envoyées par la banque expéditrice. Dans un cas récent auquel on se réfère souvent, la banque intermédiaire a fait preuve de négligence en laissant en service un téléscripateur qui n'était plus approvisionné en papier. Il peut être intéressant de noter que la négligence ayant empêché l'exécution de l'ordre de transfert de fonds a également empêché la banque intermédiaire de recevoir les renseignements qui lui auraient permis de prévoir les dommages éventuels.

100. On remarque souvent que, si l'on tenait habituellement les banques responsables en cas de dommages indirects, les droits requis pour les transferts de fonds augmenteraient énormément. Cependant, les transférants effectuant des transferts particulièrement importants pourraient être disposés à verser une prime en échange d'une garantie de bonne exécution de la part de la banque. Aussi devrait-on envisager d'ajouter aux catégories actuelles une nouvelle catégorie de messages stipulant une "exécution garantie". Une banque qui ne s'acquitterait pas de son obligation conformément à la garantie pourrait être tenue responsable des dommages indirects subis de ce fait.

Chapitre IV

CARACTERE DEFINITIF DES TRANSFERTS DE FONDS

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>
Note d'introduction	1 - 3
A. Quand les transferts de fonds deviennent-ils définitifs ?	4 - 22
1. Virements	5 - 20
a) Débit du compte du transférant	5 - 7
b) Crédit du compte de la banque bénéficiaire	8
c) Notification du crédit de la banque bénéficiaire	9
d) Décision de la banque bénéficiaire d'accepter le virement	10 - 11
e) Crédit du compte du bénéficiaire	12 - 16
f) Ecriture du crédit sous réserve de contre-passation	17
g) Notification du bénéficiaire	18 - 19
h) Paiement en espèces	20
2. Prélèvements	21 - 22
B. Rapport entre le caractère définitif des transferts de fonds entre clients et le caractère définitif des transferts de fonds entre banques	23 - 30
C. Incidences des progrès techniques sur le caractère définitif des transferts de fonds	31 - 48
1. Traitement individuel des ordres sur papier	32
2. Traitement par lots	33
3. Traitement des données en direct	34 - 37

	<u>Paragraphe</u> s
4. Terminaux-clients	38 - 40
5. Garantie d'acceptation de la banque transférante	41 - 43
6. Cartes à microcircuit	44 - 47
7. Télécommunication entre ordinateurs d'ordres de transfert de fonds	48
D. Conséquences liées à la question du caractère définitif des transferts	49 - 96
1. Règles générales donnant la priorité au transfert de fonds	49 - 50
2. Conflits de priorité	51 - 68
a) Effets du transfert de fonds sur les droits de tiers	51 - 61
i) Décès du transférant	53
ii) Ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant	54
iii) Incapacité juridique du transférant	55
iv) Saisie du compte du transférant	56 - 59
v) Retrait d'un ordre de transfert de fonds par le transférant	60 - 61
b) Notifications données à une banque	62 - 68
3. Contre-passation de transferts de fonds erronés	69 - 80
a) Contre-passation du débit sur la demande du transférant	71 - 73
b) Récupération d'un crédit sur la demande de la banque transférante en cas de prélèvement	74 - 76
c) Récupération d'un crédit en cas de virement	77 - 78
d) Droit qu'a la banque de récupérer le crédit par contre-passation	79 - 80

	<u>Paragraphes</u>
4. Disponibilité des fonds	81 - 91
5. Libération de l'obligation sous-jacente	92 - 96
E. Règles sur le caractère définitif du transfert et risques liés du système	97 - 99
<u>Annexe</u> La réduction des risques liés au système : expérience de certains pays	1 - 35

Note d'introduction

1. La question du caractère définitif des transferts de fonds est souvent considérée comme un facteur d'uniformisation important dans le contexte du droit applicable aux transferts. Dans de nombreux systèmes juridiques, d'importantes conséquences juridiques sont censées apparaître lorsque le transfert de fonds devient définitif. C'est pourquoi les banquiers et les juristes se sont posé la question de savoir si le moment où un transfert électronique de fonds devenait définitif était ou non le même que dans le cas d'un transfert de fonds sur papier. Par ailleurs, les travaux consacrés à la question des transferts de fonds internationaux ont souvent mis en lumière l'importance de définir d'un commun accord le moment où un transfert électronique de fonds devient définitif.

2. A en juger d'après la façon dont elle est définie dans divers systèmes juridiques, la notion de caractère définitif est imprécise. Bien que, dans un grand nombre de ces systèmes, un transfert de fonds soit censé acquérir un caractère définitif à un moment précis dans le temps, divers aspects des transferts peuvent devenir définitifs à des moments différents. Le moment où un transfert de fonds devient définitif à l'égard d'une ou plusieurs des banques qui l'exécutent est souvent différent de celui où il devient à l'égard du transférant et du bénéficiaire.

3. Pour l'élaboration du présent chapitre, on est parti du principe que chacun des effets juridiques qui étaient souvent associés au caractère définitif des transferts devait être traité séparément et que le moment à partir duquel ces effets commençaient à se produire était déterminé sur la base de considérations pertinentes. Il est permis de penser également qu'il pourrait être utile de recourir à une démarche similaire pour l'élaboration de nouvelles règles régissant les transferts électroniques de fonds et plus particulièrement de règles régissant les relations entre banques dans le cadre des transferts de fonds à l'échelon tant national qu'international. Aussi, lorsque l'on indique dans le présent chapitre qu'un transfert est "définitif", cela veut uniquement dire qu'un certain nombre d'effets juridiques - lesquels ne constituent pas nécessairement tous les effets juridiques pouvant se produire dans les différents systèmes juridiques - peuvent avoir découlé de ce transfert.

A. Quand les transferts de fonds deviennent-ils définitifs ?

4. Le moment où un transfert de fonds devient définitif ou celui à partir duquel certains effets juridiques apparaissent sont normalement subordonnés à l'adoption d'une mesure concrète par une banque. La liste des mesures prises par les banques qui sont ou qui pourraient être considérées comme conférant un caractère définitif au transfert de fonds dans différents pays est longue. Dans les paragraphes qui suivent on a examiné certaines de ces mesures les plus importantes. En général, les autres ne sont que des variantes.

1. Virements

a) Débit du compte du transférant

5. Dans un pays (France), il est établi que les virements assurés par une seule banque ou par deux banques sont définitifs, pour autant que l'ordre de transfert de fonds ne peut plus être retiré par le transférant, une fois que

le compte de ce dernier a été débité. On a émis l'opinion que le transfert de fonds devrait également être considéré comme définitif si une procédure de déclaration d'insolvabilité est entamée ultérieurement contre le transférant. Sur le plan théorique, si un virement est considéré comme juridiquement définitif une fois que le compte du transférant est débité, c'est parce que cette opération a pour effet de retirer à ce dernier la propriété des fonds. Si cette règle est étendue à d'autres conséquences découlant du caractère définitif du transfert, il peut en résulter que, dans le cas d'un virement assuré par une banque ayant des succursales multiples ou par deux banques, celui-ci devient définitif plusieurs jours avant que le compte du bénéficiaire soit effectivement crédité.

6. Toutefois, on ne connaît aucun pays où ce principe soit appliqué aux virements assurés par trois banques. En France, on justifie souvent ce traitement différent par le fait qu'en pareil cas, les fonds sont considérés comme étant entre les mains d'un agent du transférant jusqu'à ce que la banque bénéficiaire soit créditée par la banque intermédiaire et que, jusqu'à ce moment-là, le transférant peut désavouer cet agent.

7. Dans de nombreux autres systèmes bancaires, les transferts de fonds ne peuvent en aucun cas être considérés comme définitifs d'un point de vue juridique tant que la banque bénéficiaire n'a pas eu la possibilité de déterminer si le règlement offert était acceptable. Dans certains pays, un défaut de règlement de la part d'une banque dans le cadre d'un transfert de fonds interne est une possibilité qu'il faut envisager et, dans le cas de transferts de fonds internationaux, il se peut que, du fait de la nature même de ces derniers, des banques transférantes étrangères soient dans l'incapacité de s'acquitter de leurs obligations. Toutefois, la question du règlement n'a pas nécessairement de répercussions sur le caractère définitif de la transaction si la structure du système bancaire exclut toute éventualité de non-règlement des banques bénéficiaires, surtout si toutes les banques sont contrôlées par l'Etat.

b) Crédit du compte de la banque bénéficiaire

8. Si le virement entre les banques est définitif lorsque le compte de la banque bénéficiaire a été crédité par la banque transférante ou par une banque intermédiaire, ou bien encore lorsqu'il a été crédité auprès d'une chambre de compensation ou par son intermédiaire, et si le crédit ne peut plus être contre-passé du fait, soit du retrait des ordres de transfert, soit de l'incapacité de la banque expéditrice à effectuer le règlement, on peut considérer que le transfert de fonds acquiert simultanément vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire un caractère définitif d'un point de vue juridique au moment où le compte de la banque bénéficiaire est crédité. En pareil cas, le fait que le compte du bénéficiaire soit crédité ultérieurement n'affecte en rien le caractère définitif du transfert de fonds. Par le passé, on aboutissait souvent à une situation similaire dans le cas des transferts sur papier lorsque la banque expéditrice réglait la banque bénéficiaire en joignant à son ordre de transfert de fonds un instrument qui l'engageait de façon irrévocable, comme par exemple un chèque ou un instrument de paiement bancaires.

c) Notification du crédit de la banque bénéficiaire

9. Les observations ci-dessus valent si le virement entre les banques est considéré comme définitif lorsque la banque bénéficiaire a été avisée que son compte a été crédité; par conséquent, le transfert de fonds serait considéré

comme définitif vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire une fois qu'un tel avis aurait été donné à la banque bénéficiaire.

d) Décision de la banque bénéficiaire d'accepter le virement

10. Dans de nombreux pays de common law, un virement peut devenir définitif au moment où la banque bénéficiaire décide de l'accepter. Cette décision, que la banque doit prendre après s'être assurée de la fiabilité du règlement offert en contrepartie du crédit qu'on lui demande d'ouvrir, peut revêtir la forme de tout acte témoignant de son intention.

11. Cette règle présentait autrefois l'avantage que le transfert devenait définitif aussitôt que la banque bénéficiaire avait reçu l'ordre de virement et avait eu la possibilité de procéder aux vérifications nécessaires. Par conséquent, la décision de la banque bénéficiaire d'accepter un ordre de virement international pouvait intervenir dès que le délai minimal acceptable pour conclure au caractère définitif d'un transfert de fonds était écoulé. Elle présente par contre l'inconvénient qu'en cas de différend, il faut une décision judiciaire pour déterminer si un employé particulier de la banque a agi de manière subjective à un moment donné, ce qui n'est possible qu'en examinant les faits relatifs à chaque cas. Cette règle, qui a été élaborée à une autre époque pour les besoins de l'acceptation des lettres de change et des chèques, peut ne pas présenter autant d'intérêt à l'heure actuelle pour déterminer le caractère définitif des transferts de fonds dans le contexte du traitement par lots et des télécommunications en direct.

e) Crédit du compte du bénéficiaire

12. Les virements traités par lots ne sont pas normalement soumis à l'acceptation explicite de la banque bénéficiaire. Le crédit du compte du bénéficiaire est donc la première opération concrète qui intervient à coup sûr. Dans de nombreux systèmes juridiques, on considère que c'est cette opération qui confère un caractère définitif au transfert de fonds.

13. Toutefois, bien que le crédit du compte du bénéficiaire soit une opération concrète, il est souvent impossible de déterminer le moment précis où il intervient. Lorsque les écritures sont tenues sous une forme lisible, il est possible de déterminer l'ordre dans lequel les débits et les crédits ont été passés en écriture, bien qu'il puisse ne pas être possible de déterminer ultérieurement l'heure exacte à laquelle ils l'ont été. Dans le cas des ordres de transfert de fonds qui sont transmis séparément par télécommunication d'ordinateur à ordinateur et qui sont passés en écriture après vérification, l'heure d'écriture peut être indiquée dans le relevé de la transaction. Toutefois, les ordres de transfert de fonds électroniques ou sur papier traités par lots ne comportent pas généralement d'indication d'heure. Bien qu'il soit possible techniquement de le faire pour chaque ordre, on est en droit de se demander s'il serait souhaitable d'imposer cette pratique uniquement pour déterminer le moment à partir duquel le transfert de fonds devient définitif. Il serait tout aussi efficace de considérer que le transfert est définitif à partir du moment où le lot est introduit dans la machine pour traitement ou en est retiré après traitement, opérations qui sont en général enregistrées.

14. Le fait de passer en écriture un crédit en dehors des heures normales de travail et de le dater du jour suivant soulève sur le plan juridique la question de savoir si la transaction prend effet immédiatement ou seulement à l'heure d'ouverture des banques le jour suivant. Il s'agit là d'un problème qui se pose dans tous les systèmes juridiques et qui deviendra de plus en plus épineux à mesure que se généraliseront les services bancaires disponibles 24 heures sur 24, que ce soit pour des opérations internationales ou pour des opérations de consommateurs déclenchées au moyen de toute la gamme des terminaux-clients.

15. Le fait d'indiquer une date d'intérêt postérieure d'un ou plusieurs jours à la date d'écriture soulève un problème différent. Dans de nombreux pays de tradition romaine, le transfert de fonds est définitif une fois que le crédit est passé en écriture et le bénéficiaire a toute liberté pour retirer les fonds. Toutefois, il ne perçoit pas d'intérêts avant la date d'intérêt et, si les fonds sont retirés avant cette date, il doit payer jusqu'à la date d'intérêt une commission équivalant au taux d'intérêt pratiqué pour les prêts. En conséquence, dans ces pays, les banques bénéficiaires qui reçoivent un virement avant la date de disponibilité, c'est-à-dire la date à laquelle, conformément aux instructions du transférant, les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire, peuvent passer le crédit immédiatement en écriture mais indiquer une date d'intérêt correspondant à la date de disponibilité.

16. Dans les pays de common law, la situation risque d'être différente. Il est courant, lorsqu'une date de disponibilité ultérieure est précisée dans l'ordre de transfert de fonds, de différer le crédit du compte du bénéficiaire jusqu'à la date indiquée, bien que la transaction puisse être enregistrée sur l'ordinateur de la banque bénéficiaire à une date antérieure en vue de créditer le compte à la date de disponibilité. En conséquence, si le caractère définitif de la transaction est subordonné au crédit du compte du bénéficiaire, le transfert de fonds ne sera pas définitif avant la date de disponibilité et les fonds ne pourront pas être retirés avant cette date.

f) Ecriture du crédit sous réserve de contre-passation

17. Dans certains pays, les banques peuvent débiter et créditer les comptes de leurs clients tout en conservant la possibilité de procéder à une contre-passation d'écritures pendant un certain temps. Bien que cette procédure soit utilisée dans plusieurs pays, l'application la plus connue qui en est faite pour les transferts internationaux de fonds a trait aux virements effectués par l'intermédiaire du système CHIPS aux Etats-Unis, lequel permet d'effectuer des règlements nets le jour même. Etant donné que les règles du système CHIPS prévoient la possibilité qu'une ou plusieurs banques dont le solde net est débiteur n'effectuent pas le règlement, nombre de banques participantes créditent provisoirement les comptes de leurs clients dès que les ordres de virement correspondants leur sont communiqués par le système. Toutefois, ces crédits peuvent être contre-passés en cas de non-règlement. Les crédits provisoires et les virements deviennent irrévocables lorsque le règlement est définitif. Dans le cas d'autres types de virement pour lesquels on a prévu un éventail plus large de cas donnant lieu à des contre-passations d'écritures, le crédit porté provisoirement au compte du bénéficiaire peut devenir irréversible une fois écoulé le délai de contre-passation prévu par le système. Bien qu'"irréversible" et "définitif" ne soient pas synonymes, en pareil cas le transfert de fonds est généralement considéré comme étant définitif une fois que le crédit est devenu irréversible.

g) Notification du bénéficiaire

18. Dans de nombreux systèmes juridiques, un virement est réputé définitif une fois qu'un avis de crédit est fourni au bénéficiaire. On considère qu'il s'agit du moment auquel l'information selon laquelle le compte du bénéficiaire a été crédité sort de la banque.

19. Cette règle est basée sur la pratique qui consiste à envoyer un avis de crédit à la fin de la journée ou le jour suivant chaque fois que le compte du client a été crédité. Toutefois, si les clients peuvent, au moyen de terminaux en liaison directe mis à leur disposition, se renseigner sur le solde de leur compte et les opérations récentes qui ont été effectuées, on pourrait conclure, en application de cette règle, que le crédit est définitif dès qu'il est porté au compte. En pareil cas, il ne serait plus nécessaire d'envoyer un avis de crédit au bénéficiaire pour que le transfert de fonds devienne définitif.

h) Paiement en espèces

20. Lorsque la banque bénéficiaire doit remettre des espèces au bénéficiaire, à son domicile ou son établissement, comme le font de nombreux réseaux de virement grand public et en particulier ceux gérés par les services postaux, le transfert de fonds peut être considéré comme définitif une fois que les espèces ont été remises. Il semblerait donc que le transfert de fonds ne puisse pas être considéré comme définitif si le bénéficiaire refuse les espèces. Tel peut également être le cas lorsque la banque bénéficiaire doit garder les fonds en vue de les remettre en espèces ou sous une forme équivalente au bénéficiaire après identification.

2. Prélèvements

21. Eu égard au fait que les prélèvements deviennent définitifs lorsque la banque transférante prend les mesures voulues, les moments auxquels un transfert de fonds peut devenir définitif sont essentiellement les mêmes, qu'il s'agisse d'un prélèvement ou d'un virement. Autrement dit, le transfert de fonds peut devenir définitif lorsque la banque transférante décide d'accepter l'ordre de prélèvement, lorsque le compte du transférant est débité, lorsqu'un avis de débit est donné ou lorsque, une fois que le compte a été débité, le délai prévu pour la contre-passation du débit est écoulé.

22. Toutefois, il faut apporter une réserve importante à l'affirmation selon laquelle les moments auxquels un prélèvement et un virement peuvent devenir définitifs sont les mêmes. Le fait que le compte du bénéficiaire a été crédité n'implique pas que le prélèvement est définitif. Au contraire, si le compte du bénéficiaire est crédité dès que la banque bénéficiaire commence à traiter l'ordre de prélèvement, par exemple lorsqu'un chèque est déposé, ce crédit sera normalement considéré comme étant provisoire et sujet à contre-passation en cas de refus de l'ordre. Cela est le cas même dans des pays qui, du fait de leur système juridique, hésiteraient à autoriser une banque bénéficiaire à contre-passer un crédit porté au compte d'un bénéficiaire.

B. Rapport entre le caractère définitif des transferts de fonds entre clients et le caractère définitif des transferts de fonds entre banques

23. Un transfert de fonds entre les comptes de clients de différentes banques s'effectue par le biais d'un transfert de fonds entre ces banques. Lorsqu'un prélèvement est réglé au moyen de débits et de crédits provisoires, le transfert de fonds interbancaire est définitif lorsque le transfert entre les deux clients est définitif. Si le règlement se fait au moyen d'un transfert de fonds séparé provenant de la banque transférante, le caractère définitif de ce règlement peut être dissocié du caractère définitif du transfert client. Toutefois, le système juridique peut prévoir que le transfert client n'est pas définitif et peut être contre-passé si le règlement ne devient pas définitif.

24. Le caractère définitif des virements entre banques, par opposition aux transferts entre clients, soulève d'importantes difficultés sur les plans théorique et pratique. Bien qu'en théorie les difficultés soient les mêmes pour les virements entre banques traités par lot (dont le montant est généralement faible) et les virements entre banques traités individuellement (dont le montant est souvent élevé), ces derniers sont pratiquement les seuls à soulever des problèmes dans la réalité.

25. Dans le cas des virements traités individuellement et en particulier des transferts internationaux portant sur des sommes élevées, jusqu'à six ou sept banques peuvent avoir à intervenir. Toutes ces interventions peuvent s'enchaîner comme il est indiqué au paragraphe 28 du chapitre premier, ou bien correspondre à des opérations de remboursement dans certains cas. Chaque phase d'un virement revêt la plupart des caractéristiques d'un transfert de fonds séparé entre les deux banques participant à cette phase. Ces phases sont appelées "transactions de transferts de fonds" dans la norme DIS 7982. Un ordre de virement et un moyen de règlement séparés sont nécessaires pour chaque transaction de transfert de fonds. Toutefois, les règles interbanques régissant le caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre banques n'ont pas la prétention de régir l'ensemble du transfert de fonds dont cette transaction constitue un élément.

26. Bien que les règles interbanques régissant la transaction de transfert de fonds puissent être stipulées dans un accord bilatéral entre les deux banques intéressées, elles sont souvent énoncées dans des accords généraux entre banques ou dans les règlements des chambres de compensation ou d'autres réseaux. Ces règles s'appliquent, que la banque expéditrice agisse en son nom propre (par exemple en procédant à un paiement lié à une opération sur devises effectuée pour son propre compte) ou qu'elle exécute l'ordre d'un de ses clients autre qu'une banque ou de l'une de ses banques correspondantes. Elles s'appliquent également, que le crédit doive être utilisé par la banque réceptrice pour couvrir une obligation de la banque expéditrice ou d'une banque située plus en amont dans la filière, ou qu'il doive être porté par la banque réceptrice au compte d'un de ses clients autre qu'une banque ou au compte d'une de ses banques correspondantes, le cas échéant en vue d'être crédité au compte d'un client de cette dernière. L'identité de la source initiale d'un virement et du bénéficiaire final ainsi que le motif commercial du transfert influent sur le contenu de certains éléments de données dans l'ordre de transfert de fonds; toutefois, ils n'affectent pas les procédures régissant la transaction de transfert de fonds et en particulier les règles régissant son caractère définitif.

27. Comme on l'a noté dans les paragraphes 8 et 9, le caractère définitif d'un virement entre le transférant et le bénéficiaire peut dépendre du caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre les banques. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, le transfert de fonds ne sera pas considéré comme définitif à l'égard du transférant et du bénéficiaire tant que les mesures appropriées n'auront pas été prises à l'égard du bénéficiaire, par exemple en envoyant à ce dernier un avis de crédit. En conséquence, il peut s'écouler un certain laps de temps pendant lequel la transaction de transfert de fonds est définitive à l'égard des deux banques alors qu'elle ne l'est pas encore à l'égard du transférant et du bénéficiaire. Dans d'autres systèmes juridiques, la transaction de transfert de fonds entre les deux banques peut ne pas être définitive tant que le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire n'est pas considéré comme tel en application de la règle appropriée.

28. Lorsque trois banques ou plus sont intéressées, la distinction entre le transfert de fonds du transférant au bénéficiaire et la transaction de transfert de fonds entre chaque groupe de deux banques devient à la fois plus claire et plus importante. Un transfert de fonds portant sur des sommes importantes qui est assuré par trois banques ou plus transite souvent par un ordinateur de compensation qui dispose de règles clairement définies pour déterminer le moment auquel le transfert devient définitif à l'égard de la banque expéditrice et de la banque réceptrice. Lorsque celles-ci interviennent toutes les deux en tant qu'intermédiaires dans le cadre d'un transfert client, cette phase intermédiaire du transfert de fonds peut être définitive, même si les fonds doivent transiter par une ou plusieurs autres banques avant de parvenir à la banque bénéficiaire.

29. Le fait qu'une transaction de transfert de fonds entre banques intermédiaires est définitive devrait normalement éteindre le droit de la banque expéditrice d'annuler son ordre de transfert de fonds. En conséquence, si la banque expéditrice reçoit après l'achèvement d'une transaction de transfert de fonds un avis indiquant que le transférant a retiré son ordre de transfert de fonds, il est trop tard pour que cela exerce un effet sur cette transaction. De même, l'annonce du décès du transférant, le déclenchement d'une procédure de déclaration d'insolvabilité contre ce dernier ou la saisie de son compte n'auraient aucun effet en pareil cas. Cela implique que la banque réceptrice qui prend part à la transaction de transfert de fonds peut également ne pas être tenue de transmettre à son créancier tout avis de ce genre qu'elle peut avoir reçu. Si tel est le cas, l'effet juridique de ces divers avis à l'égard du transfert de fonds dans son ensemble peut également s'éteindre du fait du caractère définitif d'une transaction de transfert de fonds intermédiaire. Afin d'éviter cette situation, la banque transférante ou la banque expéditrice peuvent être tenues d'envoyer l'avis directement à la banque bénéficiaire.

30. Le fait de conférer rapidement un caractère définitif à une transaction de transfert de fonds a en outre pour effet de prémunir le processus de transfert de fonds contre le non-règlement de la transaction par une banque intermédiaire. Cette question est examinée plus loin aux paragraphes 97 à 99 et dans l'annexe.

C. Incidences des progrès techniques sur le caractère définitif des transferts de fonds

31. Même avant l'avènement des techniques modernes de transfert électronique de fonds, les changements intervenus dans les techniques utilisées pour traiter les ordres de transfert de fonds sur papier avaient modifié les règles régissant le caractère définitif des transferts de fonds.

1. Traitement individuel des ordres sur papier

32. Les règles traditionnelles régissant le caractère définitif des transferts de fonds ont été mises au point pour les besoins du traitement individuel des ordres de transfert de fonds sur papier. Ces règles tendaient à être basées sur quatre hypothèses concrètes qui étaient plus ou moins les mêmes dans la majorité des systèmes bancaires. Ces hypothèses étaient les suivantes :

a) Les comptes étaient tenus sous une forme tangible et lisible à la banque ou à l'agence où le compte était domicilié. Les mesures à prendre en considération aux fins des règles régissant le caractère définitif (ainsi que celles régissant le délai dans lequel la banque devait agir) étaient prises dans cette banque ou cette agence.

b) Chaque ordre de transfert de fonds était traité individuellement et non par lots, tant par la banque donneur d'ordre que par la banque destinataire.

c) Vu l'organisation du travail, les ordres devaient être vérifiés et passés en écriture dans leur ordre d'arrivée à l'agence et être traités de façon identique, l'étape finale consistant à les passer en écriture sur les comptes et à envoyer des avis le cas échéant. On pouvait savoir à tout moment quelles vérifications avaient été effectuées ou quelles décisions avaient été prises au sujet d'un ordre de transfert de fonds donné et il était toujours possible, en se reportant aux écritures du compte, de déterminer l'ordre dans lequel les instructions avaient été reçues et acceptées.

d) Le volume des transactions était suffisamment faible pour permettre de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'accepter ou de refuser les ordres de prélèvement ou de virement le jour de leur réception. Les règlements des chambres de compensation exigeaient souvent que tout effet à retourner, comme par exemple les ordres de prélèvement refusés, soient renvoyés le même jour, et les règles régissant le caractère définitif des transferts permettaient souvent la contre-passation d'écritures le jour même, mais pas au-delà. Une heure limite était parfois fixée pour les ordres qui avaient été reçus trop tard pour être traités le jour même. En pareil cas, les ordres reçus après l'heure limite pouvaient être considérés comme ayant été reçus le jour suivant.

2. Traitement par lots

33. Le recours aux techniques de traitement par lots modifie un certain nombre des hypothèses concrètes sur lesquelles les règles traditionnelles concernant le caractère définitif des transferts étaient souvent basées :

a) Afin de bénéficier des gains de productivité que permet le traitement par lots d'un volume important de transactions, des installations centralisées de traitement de données ont été créées. Les comptes ne sont plus tenus dans chaque agence bancaire. Le centre de traitement des données et les agences se partagent souvent la responsabilité de prendre les mesures devant conduire à l'acceptation ou au refus des ordres.

b) Afin d'obtenir des lots homogènes présentant les caractéristiques nécessaires, les ordres peuvent être rassemblés et acheminés périodiquement à l'installation de traitement des données, dans certains cas seulement à la fin de la journée. Les ordres de transfert de fonds qui doivent être exécutés à date fixe peuvent être envoyés avant la date d'écriture à une chambre de compensation automatique ou à une banque bénéficiaire en vue d'être traités à l'avance. Il n'existe plus de relation fixe entre les moments où un ordre précis de transfert de fonds est reçu par la banque, où des décisions cruciales sont prises de façon explicite ou implicite pour l'accepter, où les écritures sont passées au compte et où le transfert de fonds devient effectif. Il en résulte que les règles concernant le caractère définitif du transfert qui étaient basées sur cette relation sont difficiles à appliquer.

c) Le traitement par lots est conçu pour traiter un volume important de transactions économiquement plutôt que rapidement. Les transferts de fonds qui doivent être exécutés à date fixe peuvent être traités à l'avance et parfois même plusieurs jours avant la date effective par la banque transférante, la chambre de compensation automatique ou la banque bénéficiaire. Les ordres de transfert de fonds reçus pour action immédiate pendant la journée peuvent être traités la nuit même. Ce n'est que le jour suivant que les employés de banque responsables des comptes clients obtiennent les relevés des transactions et les nouveaux soldes. Les règles régissant l'achèvement du transfert, qui prévoient que toutes les opérations doivent être effectuées le jour de la réception, peuvent donc être difficiles à appliquer dans le cas du traitement par lots.

3. Traitement des données en direct

34. Le recours au traitement des données en direct rétablit certains aspects des anciennes méthodes qui consistaient à traiter les ordres de façon séparée. Lorsqu'une banque traite des transferts de fonds en direct, son ordinateur vérifie l'authenticité de l'ordre ainsi que la situation des comptes concernés et passe simultanément en écriture les débits et les crédits, que ceux-ci soient provisoires ou non. Grâce au traitement des données en direct :

a) Le fait que les comptes sont débités et crédités en direct à partir d'un grand nombre d'agences ainsi que d'autres lieux affranchit les règles régissant le caractère définitif (et les délais) du transfert des contraintes antérieures liées à l'endroit où le compte était tenu.

b) Chaque transfert de fonds est traité à l'intérieur de la banque et les écritures sont passées individuellement sans que l'on ait à attendre que des lots présentant les caractéristiques appropriées soient constitués ni que les ordres soient acheminés jusqu'au centre de traitement de données. L'ordre et, si on le désire, l'heure exacte des transactions effectuées en direct, sont indiqués de façon permanente dans les écritures.

35. Lorsqu'un système de traitement des données en direct permet de débiter et de créditer directement les comptes pertinents, il semblerait, concrètement, que la situation en ce qui concerne les règles régissant le caractère définitif de transfert soit la même que si l'on avait affaire à des écritures traditionnelles passées sur papier, c'est-à-dire que, pour savoir si le transfert de fonds est définitif, à quelque fin que ce soit, il faut déterminer si, en application de la règle pertinente, le transfert de fonds est devenu définitif lors de la passation en écriture du débit ou du crédit, ou à un autre moment.

36. Dans d'autres cas, les systèmes de traitement des données en direct passent en écriture les débits et les crédits à des comptes provisoires. Ces comptes peuvent être ultérieurement amalgamés avec les comptes ordinaires, une fois que le règlement interbancaire a été effectué ou à tout autre moment jugé approprié par la banque. Dans l'intervalle, l'ordinateur peut être programmé de manière à indiquer la situation du compte provisoire plutôt que du compte ordinaire en cas de demande de renseignements concernant le solde du compte ou les opérations effectuées, si bien que l'existence des comptes provisoires peut ne pas être directement décelable, même par des nombreux employés de la banque. Toutefois, tant que les débits et les crédits n'ont pas été intégrés dans les comptes ordinaires, le transfert de fonds peut ne pas être considéré comme définitif en application des règles basées sur l'heure d'écriture.

37. Lorsque l'on a recours à la fois au traitement en direct et au traitement par lots, il est difficile de fixer des priorités entre les différents transferts de fonds sur la base de l'heure d'écriture des débits ou des crédits. Il convient de noter en outre que les ordres de transfert de fonds qui sont traités en direct par la banque expéditrice peuvent néanmoins être transmis en différé par lots à une autre banque ou à une chambre de compensation automatique. En pareil cas, il est probable que la banque réceptrice traitera ses ordres par lots.

4. Terminaux-clients

38. Les terminaux-clients en ligne stockent les données concernant la transaction sur un support de mémoire en vue de leur traitement ultérieur par lots. Dans la plupart des cas, les règles normales régissant le caractère définitif des transferts applicables aux ordres de transfert de fonds traités par lots seraient appropriées. Toutefois, il y aurait probablement lieu de considérer que le transfert de fonds effectué par le biais d'un distributeur de billets exploité en connexion ou en autonome est définitif une fois que les billets sont retirés. En pareil cas, le débit du compte du client ne constituerait qu'une simple formalité comptable. Cela serait conforme aux règles régissant le moment auquel les chèques ou les ordres de virement payés en espèces deviennent définitifs.

39. Bien que les terminaux-points de vente en ligne permettent de créditer immédiatement le compte du commerçant (bénéficiaire) et de débiter le compte de l'acheteur (transférant), certains systèmes qui permettent de vérifier en direct l'authenticité de l'ordre de transfert de fonds et le solde du compte du transférant diffèrent le débit du compte du transférant d'un ou plusieurs jours afin d'accorder à ce dernier un délai identique à celui qui serait intervenu antérieurement s'il avait réglé par chèque. Un certain délai, qui peut être identique à celui qui s'écoule avant que le compte du transférant soit débité, peut intervenir avant que le compte du commerçant soit crédité.

De ce fait, dans le plupart des systèmes juridiques, l'application des règles habituelles conduirait à la conclusion que le transfert de fonds n'est pas définitif avant la date d'écriture pertinente.

40. Si seul le débit est différé, en application de certaines règles concernant le caractère définitif des transferts, le transfert de fonds sera considéré comme définitif dans le cas d'un virement, mais non dans le cas d'un prélèvement. Si seul le crédit a été différé, c'est l'inverse qui se produit. Pour pouvoir déterminer si l'on a affaire à un prélèvement ou à un virement, il peut également être nécessaire de savoir si l'ordre de transfert de fonds provenant du terminal-point de vente a transité d'abord par la banque de l'acheteur (virement) ou par la banque du commerçant (prélèvement). Toutefois, si l'ordre de transfert de fonds a transité par un commutateur qui a transmis simultanément le crédit à la banque du commerçant et le débit à la banque de l'acheteur, le transfert de fonds ne peut plus être classé ni comme un prélèvement ni comme un virement, et on ne peut plus se baser sur ce critère pour en déterminer le caractère définitif.

5. Garantie d'acceptation de la banque transférante

41. Les systèmes de cartes de crédit, les systèmes de chèques garantis tels qu'Eurochèque et les systèmes de terminaux-points de vente à prélèvement retardé prévoient que, si les procédures voulues ont été respectées, le bénéficiaire (commerçant) est crédité du montant de l'ordre de prélèvement même s'il apparaît que cet ordre a été émis frauduleusement. Ces procédures stipulent notamment que le transférant doit s'identifier de la manière voulue et elles exigent parfois que le bénéficiaire (commerçant) obtienne une autorisation de la banque transférante (ou du réseau intéressé) avant d'effectuer la transaction.

42. La garantie d'acceptation crée un hybride juridique dans la législation des transferts de fonds. Cette garantie a pour résultat direct qu'en vertu des arrangements contractuels, la banque transférante est irrévocablement tenue vis-à-vis du bénéficiaire et de la banque bénéficiaire d'accepter l'ordre de prélèvement lorsqu'il est présenté. Les arrangements contractuels doivent en outre nécessairement stipuler que le transférant renonce à tout droit de retirer l'ordre de prélèvement qu'il aurait normalement en vertu de la législation applicable au transfert de fonds. Lorsque le droit des consommateurs permet au transférant de retirer l'ordre de prélèvement pendant une période donnée, ce qui interdit à la banque transférante, pendant ce délai, de débiter irrévocablement le compte du transférant en application de l'ordre de prélèvement, la garantie donnée par la banque transférante au bénéficiaire et à la banque bénéficiaire sera nécessairement assortie de la même condition.

43. Cependant, lorsque la garantie de la banque transférante est complète et irrévocable, on pourra considérer que la situation juridique est similaire à celle faisant suite à l'acceptation d'une lettre de change (ou la certification d'un chèque dans les pays où la certification est autorisée). En outre, la situation serait similaire à celle rencontrée dans de nombreux systèmes juridiques, lorsqu'un transfert de fonds est définitif au moment où la banque transférante s'engage irrévocablement à procéder au règlement avec la banque bénéficiaire, par exemple en émettant en sa faveur son propre ordre irrévocable de transfert de fonds, notamment un chèque bancaire ou un instrument de paiement bancaire. Si l'on fait une telle comparaison, on peut

envisager d'autres conséquences liées au caractère définitif du transfert en cas de garantie de paiement : par exemple, le montant du compte du transférant pouvant être saisi serait réduit du montant du transfert garanti, même si le compte n'a pas encore été débité.

6. Cartes à microcircuit

44. Les cartes à microcircuit n'étant pas encore très répandues pour les transferts de fonds, l'étude des effets de cette nouvelle technique sur les règles relatives au caractère définitif du transfert ne peut être que spéculative. Il semble cependant que, si ces cartes ne sont utilisées que pour permettre d'identifier le transférant plus sûrement qu'à l'heure actuelle, la législation régissant les transferts de fonds, y compris les règles concernant leur caractère définitif, ne sera pas directement affectée. Cela, que le transfert de fonds se fasse en direct ou en différé. De même, dans un système en différé, si la carte est programmée pour autoriser un montant donné d'achats (sans aucun doute avec une garantie d'acceptation de la part de la banque transférante), mais que le débit du compte du transférant et le crédit du compte du bénéficiaire ne sont effectués qu'après l'achat, les règles concernant le caractère définitif du transfert seront sans doute celles normalement applicables lorsqu'il y a garantie d'acceptation.

45. Une troisième procédure de transfert de fonds au moyen de cartes à microcircuit pose des problèmes plus difficiles à propos des règles régissant le caractère définitif du transfert. Dans ce cas, la banque transférante inscrit une certaine valeur sur la carte. Le transférant peut remettre des espèces à la banque transférante, mais en général son compte est débité de cette valeur au moment où la carte acquiert ladite valeur. Au fur et à mesure que la carte est utilisée pour l'achat de biens ou services, la valeur de la carte est réduite par les terminaux-points de vente. Le bénéficiaire (commerçant) est crédité du montant de l'achat par la banque bénéficiaire soit en direct, soit, plus probablement, en différé. Ainsi, l'ensemble du transfert de fonds comporte deux étapes, l'inscription sur la carte d'une valeur donnée et l'utilisation de cette valeur pour acheter les biens et services. Ces deux étapes peuvent être considérées comme deux transactions séparées, ou comme une transaction ayant lieu à deux moments différents. Dans les deux cas, le crédit du compte du bénéficiaire sera définitif au même moment, c'est-à-dire au moment de l'achat des biens ou services ou après. Cependant, le débit du compte du transférant pourra être considéré comme définitif soit lorsqu'une certaine valeur est inscrite sur la carte et que le compte est débité, soit lorsque la carte est utilisée pour acheter des biens ou services.

46. Par ailleurs, le débit du compte du transférant pourra être considéré comme définitif, que celui-ci utilise ou non sa carte, si l'inscription d'une valeur sur la carte par la banque transférante et le débit correspondant du compte du transférant sont assimilés à un retrait en espèces par le transférant ou à une vente de chèques de voyages ou de jetons non monétaires utilisables dans les transports ou les téléphones publics. Bien que le transférant conserve le même montant de monnaie, ce montant revêt des formes différentes.

47. Par ailleurs, la carte pourra être considérée comme constituant un compte du transférant auprès de la banque transférante sous une forme spéciale. Si c'est cet aspect de la transaction qui est retenu, la carte pourra être assimilée soit à un compte séparé, soit à une forme particulière du compte

original. Si la carte constitue un compte séparé, le débit du compte original sera final au moment de l'inscription d'une valeur sur la carte. Le débit du compte de la carte du fait de l'achat de biens ou services sera probablement définitif au moment de l'achat, lorsque le montant utilisable par le transférant sera réduit par le terminal-point de vente. Si la carte constitue une forme particulière du compte original, le débit dudit compte sera final au moment de l'achat. Dans les deux cas, la valeur non utilisée de la carte constituerait une créance du client sur la banque. Il semblerait que la banque puisse effectuer la compensation de ses créances avec cette valeur. En outre, cette valeur serait sans doute incluse en cas de saisie des créances du client sur la banque et celle-ci serait donc tenue de prendre des mesures pour que la carte ne puisse plus être utilisée.

7. Télécommunication entre ordinateurs d'ordres de transfert de fonds

48. Le fait que les ordres de transfert de fonds soient transmis entre banques par un moyen de télécommunication d'ordinateur à ordinateur n'influe pas en soi sur la pertinence des règles concernant le caractère définitif du transfert. Cependant, ce type de télécommunication, de plus en plus répandu et de moins en moins coûteux, est une des causes de la forte augmentation du volume des fonds transférés, notamment par les réseaux traitant des montants importants. Le recours par les consommateurs à des services de gestion des liquidités, par exemple, entraîne des transferts qui n'auraient pas eu lieu précédemment. Aussi, le système bancaire et l'économie tout entière courent-ils des risques accrus du fait du volume des transferts de fonds non encore définitifs. Certaines mesures proposées pour résoudre ce problème sont traitées aux paragraphes 97 à 99 ci-dessous ainsi qu'à l'annexe au présent chapitre.

D. Conséquences liées à la question du caractère définitif des transferts

1. Règles générales donnant la priorité au transfert de fonds

49. Plusieurs règles générales donnent au bénéficiaire, avant que le transfert ne soit définitif, des droits sur le crédit issu dudit transfert. La plus complète de ces règles générales est la règle française selon laquelle l'émission d'un chèque transfère la provision au porteur du chèque (c'est-à-dire le bénéficiaire). Cette règle a pour conséquence que le bénéficiaire prévaut normalement sur un tiers dont la créance sur le compte du transférant est née après l'émission du chèque. Cependant, même si le bénéficiaire prévaut sur les tiers, le transfert de fonds lui-même n'est pas définitif tant que le chèque n'a pas été accepté.

50. Selon une règle générale d'application plus limitée, la banque transférante ou une banque intermédiaire doit être autorisée à achever le transfert de fonds si elle s'est irrévocablement engagée à accepter l'ordre du transférant. Cela peut être le cas par exemple d'une banque acceptant une lettre de change (ou certifiant un chèque si la législation applicable le permet). Cela peut également être le cas lorsqu'une banque transférante règle un transfert de fonds en émettant sa propre promesse de paiement irrévocable, sous forme notamment d'un chèque bancaire ou d'un instrument de paiement bancaire. Cette règle est fondée sur le principe que la banque s'engageant à accepter l'ordre de transfert de fonds ou à le régler doit pouvoir se

rembourser sur le compte du transférant même si des tiers acquièrent des droits sur ce compte. Cette méthode semblerait également applicable aux transferts de fonds effectués par l'intermédiaire de chambres de compensation si la banque expéditrice garantit le règlement à la banque réceptrice et aux systèmes de garantie d'acceptation comme suite à un ordre de prélèvement (voir les par. 41 à 43).

2. Conflits de priorité

a) Effets du transfert de fonds sur les droits de tiers

51. Les règles juridiques régissant les effets sur le compte du transférant de son décès, de l'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à son encontre ou de la saisie de son compte se situent dans une large mesure, ou même entièrement, hors du cadre des règles régissant les transferts de fonds. Ces règles juridiques créent en faveur de tiers des droits pouvant concurrencer les prétentions du bénéficiaire. Aussi est-il souvent difficile de concilier la législation régissant les droits des tiers et celle régissant le transfert de fonds lui-même.

52. Les conflits de priorité entre les droits des tiers et les droits issus d'un transfert de fonds peuvent apparaître de plusieurs manières. La source de conflit la plus directe se situe entre le tiers demandeur et le bénéficiaire qui fait valoir que le transfert de fonds était définitif avant que le tiers n'acquière un droit. Si le bénéficiaire a déjà utilisé le crédit porté à son compte, la banque bénéficiaire peut appuyer sa prétention. Souvent, le conflit immédiat se situe entre le tiers demandeur et la banque transférante, qui fait valoir que le tiers n'a acquis un droit sur le compte du transférant qu'après que le crédit a été transféré de ce compte. Cette question présente une importance particulière pour une banque transférante ayant peu de chances de récupérer le crédit auprès du bénéficiaire.

i) Décès du transférant

53. Dans certains systèmes juridiques, le décès du transférant, dès qu'il se produit, peut annuler tout pouvoir d'agir en son nom ou conformément à ses instructions. Bien que cette règle soit souvent considérée comme mettant automatiquement fin au lien de procuration entre le transférant et la banque ou les banques exécutant le transfert de fonds, elle semblerait également applicable dans les systèmes juridiques où la banque ou les banques exécutant le transfert de fonds sur l'ordre du transférant ne sont pas considérées comme ses agents. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques, il n'est mis fin au pouvoir de la banque que lorsque le décès lui est notifié. En outre, puisque, dans la grande majorité des cas, le transférant est solvable au moment de son décès et que le transfert de fonds vise en général à éteindre une obligation qui persisterait même après le décès, certains systèmes juridiques autorisent la banque transférante à continuer d'accepter les ordres du transférant pendant un délai donné, même après notification de son décès, à moins qu'un héritier ou, dans d'autres pays, toute personne faisant valoir un intérêt sur le compte, ne lui ordonne de stopper le transfert.

ii) Ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant

54. L'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant crée une situation juridique plus complexe que ne le fait le décès, en raison de la grande diversité des règles régissant cette question dans différents pays. Cela pose des problèmes juridiques particulièrement épineux pour un bénéficiaire résidant dans un pays différent de celui où la procédure de déclaration d'insolvabilité est ouverte à l'encontre du transférant. Cependant, cette situation présente un aspect commun avec la situation juridique découlant du décès du transférant : l'ouverture de la procédure met normalement fin au pouvoir qu'a la banque transférante d'accepter tout ordre de transfert non encore définitif. Comme l'objectif est avant tout de préserver les avoirs restants de l'insolvable, afin de les distribuer aux créanciers selon les priorités établies par la loi, dans certains pays le pouvoir qu'a la banque transférante d'accepter les ordres de transfert de fonds est annulé lorsque la procédure de déclaration d'insolvabilité s'ouvre, même si la banque n'est pas informée de cette procédure.

iii) Incapacité juridique du transférant

55. Un transférant peut n'être pas encore juridiquement capable d'émettre un ordre de transfert de fonds ou peut perdre cette capacité juridique parce qu'il a commis certains crimes, qu'il a été déclaré mentalement incompetent, ou qu'il a été déclaré en faillite, ou pour des raisons similaires. Lorsque le transférant est juridiquement incapable parce qu'il est mineur ou qu'il a été déclaré mentalement incompetent ou pour toute autre raison similaire, il peut être nécessaire, afin de protéger l'incapable de ses propres actes, d'autoriser la contre-passation des transferts de fonds qui, sinon, seraient définitifs. Lorsque le transférant est juridiquement incapable parce qu'il a commis un crime, il semblerait incongru d'empêcher le bénéficiaire de profiter d'un transfert de fonds en cours.

iv) Saisie du compte du transférant

56. La saisie du compte du transférant prend normalement effet dès notification à la banque transférante. Sauf dans le cas de l'émission d'un chèque en France, lorsque la provision est transférée au porteur du chèque, la saisie a normalement priorité sur un prélèvement qui n'est pas encore définitif lorsque la procédure juridique est ouverte. Cependant, lorsque le compte du transférant est d'abord débité provisoirement, la saisie du compte durant la période où le transfert peut être contre-passé peut intervenir trop tard, même si ce transfert n'est pas encore considéré comme définitif.

57. En cas de virement, dans certains systèmes juridiques, la procédure juridique sera trop tardive si le compte du transférant a déjà été débité. Cependant, dans d'autres systèmes juridiques, puisque le virement ne serait pas définitif du fait du simple débit du compte du transférant, le crédit pourrait être considéré comme soumis à ladite procédure. Dans un tel cas, la banque transférante devrait faire tous les efforts raisonnables pour arrêter le virement en informant la banque bénéficiaire de la procédure en cours.

58. Des problèmes complexes peuvent se poser en ce qui concerne l'obligation de la banque transférante en cas de virement effectué avec l'aide d'une banque intermédiaire. Puisque la banque transférante connaît le nom de la banque

bénéficiaire et tous les détails du transfert, elle peut informer directement cette banque. Cependant, comme il n'y a pas de relation directe entre la banque transférante et la banque bénéficiaire lorsque entrent en jeu des banques intermédiaires, il peut être difficile de déterminer quelle obligation la banque bénéficiaire aurait de donner effet à la notification effectuée par la banque transférante. Ces problèmes sont particulièrement épineux en cas de transferts de fonds internationaux, lorsque la banque transférante et la banque bénéficiaire sont soumises à des règles différentes en ce qui concerne le caractère définitif des transferts et lorsque des étapes intermédiaires du transfert de fonds ont pu devenir définitives en vertu des règles applicables aux transferts entre les banques intermédiaires.

59. Aussi pourrait-on s'attendre à ce que la banque transférante ait à faire des efforts raisonnables pour stopper le transfert de fonds ou, si elle ne fait pas ces efforts, de démontrer que ceux-ci auraient été vains.

v) Retrait d'un ordre de transfert de fonds par le transférant

60. Conformément à des principes juridiques généraux, une personne peut retirer (ou révoquer) les instructions ou les pouvoirs qu'elle a donnés à quelqu'un tant que les instructions n'ont pas été suivies ou que les pouvoirs n'ont pas été utilisés. Selon ces principes, dans certains pays, le transférant peut retirer à la banque transférante le pouvoir d'accepter un ordre de transfert de fonds tant que le transfert n'est pas définitif. Cependant, les instructions ou les pouvoirs peuvent être irrévocables si cela a été expressément déclaré. Lorsque cette relation de procuration est établie au profit d'un tiers ou du mandataire lui-même, le droit qu'a le mandant d'annuler le pouvoir d'agir en son nom peut être limité de manière à protéger le mandataire ou le tiers. Aussi, puisqu'une autorisation de prélèvement automatique est donnée au profit du bénéficiaire, le transférant peut-il devoir obtenir l'accord du bénéficiaire pour retirer cette autorisation ou faut-il informer suffisamment à l'avance le bénéficiaire afin que celui-ci puisse obtenir le montant qui lui est dû. Lorsque la banque elle-même est le bénéficiaire, le pouvoir de débiter peut être irrévocable sans l'accord de la banque.

61. Le retrait d'un ordre de transfert par le transférant pose dans une large mesure à la banque transférante les mêmes problèmes que le retrait du pouvoir d'accepter l'ordre de transfert, du fait de l'apparition de droits de tiers. Dans les deux cas, la banque transférante doit informer son propre personnel du retrait du pouvoir et, dans le cas d'un virement, elle peut devoir s'efforcer d'aviser la banque bénéficiaire de ne pas créditer le compte du bénéficiaire.

b) Notifications données à une banque

62. Les règles par lesquelles le pouvoir qu'a une banque d'agir est annulé sur notification peuvent également préciser la forme que doit prendre la notification, les renseignements que celle-ci doit donner et la personne habilitée à recevoir la notification pour la banque; elles peuvent également préciser si la notification a un effet immédiat sur le pouvoir qu'a la banque d'agir ou si celle-ci dispose d'un délai pour communiquer la notification à son personnel.

63. Dans certains systèmes juridiques, un avis oral de décès, d'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité ou de retrait d'un ordre de transfert peut suffire pour que la banque soit tenue de stopper tout transfert de fonds en cours. La notification orale peut être valide pendant un délai limité et être soumise à confirmation ultérieure par notification écrite. Dans la plupart des systèmes juridiques, une notification écrite de retrait d'un ordre de transfert de fonds peut être informelle et transmise par un moyen de télécommunication. La saisie d'un compte se fera toujours par écrit, selon les formes requises par la loi.

64. Une notification donnée à la banque transférante en vue de faire stopper tous les transferts de fonds d'un transférant donné peut n'avoir à indiquer avec précision que le compte ou les comptes visés. Dans le cas d'un virement, lorsque la banque transférante peut avoir à informer les autres banques du décès, de l'ouverture de la procédure de déclaration d'insolvabilité ou de la saisie, elle disposera elle-même de tous les renseignements pertinents.

65. Une notification d'un transférant tendant à ne retirer qu'un ou plusieurs ordres de transfert donnés doit être plus précise, car elle doit décrire l'ordre ou les ordres visés avec suffisamment de précision et identifier le compte. Cette exigence peut poser des problèmes épineux lorsqu'un compte fait l'objet d'un grand nombre d'ordres ou lorsque les comptes sont gérés sur ordinateur. Une notification comportant une erreur typographique ou une autre erreur peut néanmoins être suffisante pour alerter un employé de banque travaillant sur des comptes tenus sous forme visible. Cependant, du fait de la similarité des données dans de nombreux ordres de transfert de fonds, si la notification du retrait telle qu'introduite dans l'ordinateur n'est pas exactement conforme avec l'ordre de transfert de fonds dans tous ses détails matériels, l'ordinateur peut être dans l'incapacité de situer l'ordre en question, sinon en commençant par rejeter tous les ordres de transfert de fonds similaires à celui qui est retiré et en les soumettant individuellement à un examen du personnel de la banque. Cette procédure peut être extrêmement coûteuse.

66. Chacune des notifications peut n'exercer d'effets juridiques qu'à compter du moment où elle est donnée à la banque. Lorsque la banque a plusieurs agences, la notification peut devoir être donnée à l'agence où le compte est tenu. A moins que la personne compétente ne soit en fait celle qui est chargée de donner effet à la notification, la banque devra pouvoir disposer d'un délai raisonnable pour communiquer la notification à son personnel, avant que celle-ci puisse avoir un effet pratique, qu'elle exerce ou non ses effets juridiques avant ce délai. En outre, si, pour donner suite à la notification, il faut la communiquer à d'autres banques, un délai supplémentaire pourra être requis. La nécessité d'un délai pour communiquer la notification au sein de la banque ou à une autre banque peut être reconnue par la loi dans les règles régissant le moment où la notification exerce ses effets juridiques.

67. Le délai laissé à la banque pour communiquer la notification avant qu'elle n'exerce ses effets juridiques peut n'être déterminé qu'en termes généraux; il peut s'agir par exemple du délai dont une banque aurait raisonnablement besoin pour communiquer la notification, ou du délai dont une banque aurait raisonnablement besoin au vu de son propre système de communications internes. Lorsque la plupart des banques pourront accéder directement par ordinateur aux comptes de leurs clients, le délai requis pour que toutes les banques communiquent les notifications pourra être réduit.

68. Le traitement par lots en différé des ordres de transfert de fonds a notamment pour effet de réduire la possibilité pour une banque (ou pour un ordinateur de compensation) de retirer du traitement un ordre de transfert de fonds après réception d'une notification de retrait. Puisque la plupart des systèmes de traitement par lots en différé ne permettent pas de rechercher économiquement un ordre donné, les ordinateurs de compensation autorisent rarement le retrait d'un ordre une fois que les supports de mémoire leur ont été livrés ou communiqués, bien que certains permettent le retrait pendant un délai donné avant que le traitement ne commence. De même, les règles régissant la soumission des ordres de prélèvement donnés comme suite à une autorisation de prélèvement automatique ne permettent en général pas le retrait de l'autorisation pendant un délai donné avant la date fixée pour la soumission de l'ordre. Cependant, lorsque les ordres de transfert par lots figurent sur des disques optiques, les problèmes de recherche d'un ordre de transfert disparaissent. Aussi est-il maintenant techniquement possible de permettre le retrait de l'ordre pendant un délai plus grand. On pourra peut-être tenir compte de ces nouvelles possibilités techniques dans les règles régissant le délai dans lequel un ordre de transfert de fonds peut être retiré par le transférant ou la banque transférante.

3. Contre-passation de transferts de fonds erronés

69. Après qu'une banque a débité le compte du transférant ou crédité le compte du bénéficiaire, elle peut apprendre qu'elle a fait une erreur en exécutant le transfert de fonds, ou qu'une autre banque ou un autre participant au transfert de fonds ont fait une erreur. Le problème est de savoir si la banque peut rectifier l'erreur ou si elle en est empêchée du fait du caractère définitif du transfert de fonds.

70. Les règles juridiques retardant le moment auquel le transfert de fonds devient définitif donnent aux banques un délai supplémentaire pour découvrir le problème et refuser l'ordre avant que le transfert ne soit définitif. Comme il a été noté ci-dessus, on peut retarder le moment où le transfert devient définitif en permettant aux banques de passer provisoirement les écritures de débit et de crédit, jusqu'à ce qu'elles se soient assurées de l'authenticité de l'ordre de transfert de fonds, de la précision du traitement des données et du fait qu'elles recevront la contre-valeur du débiteur. Une fois que le transfert de fonds est définitif, la contre-passation des opérations de débit ou de crédit effectuées par la banque est soumise à des restrictions plus ou moins sévères.

a) Contre-passation du débit sur la demande du transférant

71. Une banque transférante ayant été avisée qu'il y a eu fraude dans l'émission d'ordres de transfert de fonds est normalement responsable du préjudice causé par son acceptation des ordres. Cependant, elle n'est pas tenue de contre-passer les débits du compte du transférant en ce qui concerne les transferts de fonds qui sont déjà devenus définitifs. Dans de tels cas, la banque est protégée, dans une plus ou moins grande mesure, par des principes de droit d'application générale imputant la responsabilité de la perte en totalité ou en partie au transférant. Par exemple, si un employé malhonnête du transférant a fait émettre une série d'ordres de transfert de fonds frauduleux, le transférant peut avoir le droit d'ordonner à la banque de ne pas accepter les ordres qui ne l'ont pas encore été, mais ne pourra sans doute pas demander à la banque de contre-passer les débits de son compte correspondant aux ordres déjà acceptés.

72. Un problème particulier se pose lorsque le transférant informe la banque transférante, de la manière appropriée et dans un délai approprié, qu'il retire l'ordre de transfert de fonds, mais que la banque transférante l'accepte ultérieurement par erreur. Le problème est similaire lorsque la banque transférante a déjà envoyé un ordre de virement à la banque suivante de la chaîne du transfert avant le retrait de l'ordre par le transférant et que cette banque ne prend pas les mesures voulues pour empêcher la banque bénéficiaire de l'accepter. Même si le transférant agit conformément aux règles juridiques applicables, on peut estimer que le fait qu'il ait émis un ordre de transfert de fonds, puis l'ait retiré, crée une situation dans laquelle la banque transférante risque plus que d'ordinaire de faire une erreur. En outre, si le transférant devait au bénéficiaire le montant transféré, dans de nombreux systèmes juridiques, le fait de procéder au transfert de fonds reviendrait à éteindre cette obligation, même si les règles juridiques permettaient au transférant de retirer son ordre avant qu'il ne soit accepté.

73. Selon une approche, les banques doivent se conformer aux ordres appropriés de leurs clients. Ainsi, lorsqu'un ordre de transfert de fonds a été retiré en temps voulu et de la manière appropriée, la banque transférante devrait contre-passer tout débit du compte du transférant. En outre, puisque aucun montant n'a été débité du compte du transférant, tout crédit déjà porté au compte du bénéficiaire devrait également être contre-passé. Sinon, le transférant se verrait libéré de son obligation envers le bénéficiaire sans l'avoir payé. La contre-passation du débit du compte du transférant et du crédit du compte du bénéficiaire replace toutes les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si la banque transférante avait donné suite au retrait par le transférant de l'ordre de transfert. Cependant, si le transfert de fonds visait à éteindre une obligation valide du transférant envers le bénéficiaire, cette obligation persisterait et devrait faire l'objet d'un transfert de fonds ultérieur. Aussi, selon une deuxième approche, bien que la banque transférante doive en principe contre-passer le débit du compte du transférant, elle pourrait confirmer ce débit si elle démontrait que le bénéficiaire était autorisé vis-à-vis du transférant à conserver les fonds.

b) Récupération d'un crédit sur la demande de la banque transférante en cas de prélèvement

74. Sauf pour les ordres de prélèvement relativement rares qui sont envoyés à la banque transférante pour encaissement seulement, une banque transférante accorde normalement un crédit provisoire à une banque présentatrice pour tout ordre de prélèvement présenté. Ce crédit provisoire ne signifie pas que le transfert de fonds est définitif. Aussi peut-il être contre-passé si l'ordre de prélèvement est refusé de la manière appropriée, dans le délai autorisé.

75. En outre, dans la majorité des cas où la banque transférante aurait pu refuser un ordre de prélèvement sur papier, elle est en droit de récupérer le crédit auprès de la banque présentatrice (et donc auprès du bénéficiaire), même si le transfert de fonds est devenu définitif. Il y a une exception importante à cette règle : dans la plupart des pays, la banque transférante ne peut pas récupérer un crédit devenu définitif au motif que le solde du compte du transférant était insuffisant lorsque ledit compte a été débité. En outre, dans la plupart des pays de common law, ainsi que dans certains pays de tradition romaine, la banque transférante ne peut pas contre-passer le crédit porté au compte de certaines parties de bonne foi pour honorer un chèque ou une lettre de change portant la signature contrefaite du client en tant que

tireur. Dans ces pays, le mécanisme de non-échange des chèques avec présentation électronique pose le problème suivant : la banque transférante sera-t-elle liée par cette règle générale ou la législation devra-t-elle être modifiée afin de libérer la banque transférante de cette responsabilité ?

76. Ce dernier problème se pose d'une manière quelque peu différente dans le cas de prélèvements effectués comme suite à une autorisation de prélèvement automatique. Si cette autorisation est déposée auprès de la banque bénéficiaire ou du bénéficiaire, situations communes toutes les deux dans certains pays, la banque transférante ne peut savoir si l'ordre de prélèvement a été autorisé de la manière appropriée, à moins que le transférant ne se plaigne du débit de son compte lorsqu'il reçoit un relevé portant sur la période en question. Aussi n'est-il pas rare dans ces cas que la banque bénéficiaire garantisse à la banque transférante que l'ordre de prélèvement a été autorisé de la manière appropriée et qu'elle remboursera la banque transférante en cas de contestation. A son tour, le bénéficiaire doit garantir qu'il remboursera la banque bénéficiaire.

c) Récupération d'un crédit en cas de virement

77. Dans de nombreux systèmes juridiques, une fois que le transfert de fonds est définitif, la banque bénéficiaire ne peut contre-passer le crédit du compte du bénéficiaire au motif qu'elle n'a pas obtenu règlement. Si, au moment où la banque bénéficiaire met le crédit à la disposition du bénéficiaire, il est douteux que le règlement soit effectué, le crédit peut n'être porté que provisoirement ou d'autres mesures peuvent être prises pour que le transfert de fonds ne soit pas définitif.

78. Dans plusieurs pays où le virement ne constitue pas la méthode normale de transfert de fonds interbanques, des doutes ont été exprimés sur la question de savoir s'il existe des théories juridiques permettant à la banque bénéficiaire de récupérer auprès du bénéficiaire un crédit porté par erreur à son compte. Des crédits sont par exemple portés en compte par erreur lorsque la banque bénéficiaire crédite le compte d'un montant supérieur au montant correct, opère le même transfert deux fois ou ne crédite pas le bon compte. Néanmoins, dans la plupart des systèmes juridiques, il est clair qu'en général, les crédits portés en compte par erreur peuvent être récupérés par la banque bénéficiaire. Dans certains systèmes juridiques, une banque a le droit de rectifier un crédit porté par erreur en débitant le compte du bénéficiaire, même si le crédit est devenu définitif, mais elle ne peut rectifier les erreurs faites par un transférant ou une banque expéditrice qu'avec l'autorisation expresse du bénéficiaire.

d) Droit qu'a la banque de récupérer le crédit par contre-passation

79. Dans certains pays, en cas de crédit porté par erreur, une banque a le droit de se rembourser en contre-passant le crédit sans l'autorisation expresse du bénéficiaire. Elle peut avoir ce droit pendant un nombre limité de jours après que le transfert de fonds est définitif, ou jusqu'à ce que le bénéficiaire ait été informé du crédit. Exceptionnellement, le droit unilatéral qu'a la banque de rectifier les erreurs peut être illimité quant au temps. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques, la banque bénéficiaire peut n'être autorisée à rectifier l'erreur par contre-passation qu'avec l'autorisation expresse du bénéficiaire. Si ce dernier ne donne pas son autorisation, la banque bénéficiaire peut n'obtenir remboursement que par une action en justice.

80. Le droit qu'a un banque transférante ou une banque intermédiaire de rectifier une erreur par contre-passation d'un crédit est essentiellement le même que celui de la banque bénéficiaire. Cependant, une telle banque peut ne pas être habilitée à contre-passer le crédit accordé à la banque réceptrice sans son autorisation, à moins soit que la banque réceptrice n'ait pas encore crédité le bénéficiaire, soit qu'elle puisse obtenir remboursement de celui-ci. Dans certains cas, les règles régissant le caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre deux banques intermédiaires peuvent empêcher le remboursement par contre-passation du crédit, même si le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire n'est pas encore définitif.

4. Disponibilité des fonds

81. Bien qu'il puisse n'y avoir aucun lien juridique direct entre le caractère définitif d'un transfert de fonds et la disponibilité des fonds pour le bénéficiaire, le caractère définitif du transfert pour le bénéficiaire est en général l'un des facteurs déterminant le moment où les fonds sont disponibles. Il importe également d'établir une distinction entre le moment où les fonds sont disponibles pour la banque bénéficiaire et celui où ils le sont pour le bénéficiaire. Le moment où le bénéficiaire peut disposer des fonds devrait également être distingué de celui où ceux-ci commencent à être porteurs d'intérêts. Dans certains systèmes bancaire, ces deux moments coïncident mais, dans de nombreux autres, les fonds peuvent être utilisables un ou plusieurs jours avant qu'ils ne commencent à être porteurs d'intérêts. Dans d'autres systèmes bancaires, les fonds peuvent commencer à être porteurs d'intérêts avant d'être utilisables par le client.

82. On peut supposer que toute règle relative à la disponibilité des fonds donnera à la banque bénéficiaire suffisamment de temps pour traiter l'ordre de transfert. Ainsi, même un dépôt en espèces sur un compte peut ne pas donner le droit de retirer le crédit correspondant avant le jour suivant si le récépissé de dépôt n'est pas reporté avant la fermeture des bureaux. Le recours aux terminaux en ligne pour un grand nombre d'activités liées au transfert de fonds, y compris la réception des dépôts, supprimera sans doute ce motif de retard dans certaines banques. Cependant, un dépôt en espèces à un guichet automatique de banque, même s'il est enregistré en direct par le déposant, ne sera normalement pas disponible immédiatement, le personnel de la banque devant compter et vérifier le dépôt.

83. Le moment où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire est en général déterminé par la pratique de la banque bénéficiaire et il est rarement régi par le contrat conclu entre le bénéficiaire et sa banque ou par des dispositions juridiques. Cependant, dans certains cas, notamment en ce qui concerne les comptes faisant l'objet de transferts importants ou entrant dans le cadre d'un programme de gestion des liquidités, des contrats particuliers peuvent être négociés précisant entre autres choses le moment où les fonds sont mis à la disposition du client. Dans quelques Etats, la loi stipule les délais maximums avant que des fonds ne soient mis à la disposition du client dans certains types de transfert de fonds.

84. Bien que la question de la disponibilité des fonds soit d'une importance primordiale pour le bénéficiaire, elle présente également parfois un intérêt pour le transférant qui, pour diverses raisons, peut vouloir s'assurer que les fonds sont à la libre disposition du bénéficiaire à un moment donné. Le transférant peut difficilement influencer sur le moment où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire dans le cas d'un prélèvement, car c'est le bénéficiaire qui met en marche le processus de transfert auprès de sa banque.

Il exerce un contrôle plus grand en cas de virement, puisqu'il choisit la date à laquelle le transfert de fonds commence et qu'il peut préciser une "date de disponibilité".

85. La signification juridique de la date de disponibilité dans un virement n'est pas claire. Comme on l'a noté dans l'examen de la question du délai dans lequel une banque doit agir comme suite à l'ordre du transfert de fonds, si la définition figurant dans le document ISO/DIS/7982, qui stipule que la date de disponibilité est la "date à laquelle les fonds doivent être à la disposition du bénéficiaire pour retrait en espèces", est incluse dans le contrat régissant le transfert de fonds, il semblerait alors que la banque transférante ait une obligation juridique envers le transférant et peut-être envers le bénéficiaire. Il apparaît plus clairement que cette définition créerait une obligation entre la banque transférante et la banque suivante dans la chaîne du transfert et entre chaque paire de banques suivantes, jusqu'à la banque bénéficiaire. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques, il est difficile de savoir avec certitude si la banque bénéficiaire peut être juridiquement liée par la date de disponibilité soit envers le transférant, avec lequel on peut considérer qu'elle n'a aucune relation juridique, soit envers le bénéficiaire. On peut estimer que l'obligation de la banque bénéficiaire envers le bénéficiaire, quant au moment où les fonds doivent être mis à sa disposition, découle de la relation qui existe entre eux et non de l'ordre émanant du transférant. Quoi qu'il en soit, il semblerait que la banque bénéficiaire ne soit pas liée par la spécification d'une date de disponibilité si elle n'a pas reçu l'ordre de transfert de fonds et le règlement de manière satisfaisante et en temps voulu, à moins qu'elle n'ait accepté une obligation plus stricte sous une forme appropriée.

86. Une fois que la banque bénéficiaire, dans le cas d'un virement, a reçu à la fois l'ordre de virement et le règlement, les fonds devraient normalement être mis promptement à la disposition du bénéficiaire, puisque la banque bénéficiaire ne court aucun risque financier. Cependant, si l'ordre de virement et le règlement arrivent avant la date de disponibilité, il est courant, dans les pays de common law, que la banque bénéficiaire retarde l'écriture de crédit et ne mette les fonds à la disposition du client qu'à la date de disponibilité.

87. Les règles relatives à la disponibilité des fonds en cas de prélèvement doivent établir une différence entre les ordres de prélèvement, comme le sont un grand nombre de lettres de change, pour lesquels la banque bénéficiaire n'inscrira un crédit qu'après qu'elle aura reçu une notification d'acceptation et que les fonds lui auront été remis, et les ordres de prélèvement pour lesquels un règlement provisoire est effectué entre les banques et une notification n'est faite qu'en cas de refus. Dans le premier type d'ordre de prélèvement, le bénéficiaire sait que les fonds ne seront pas disponibles avant que sa banque reçoive l'avis d'acceptation et que les fonds lui soient remis. Dans le second type d'ordre de prélèvement, qui constitue la grande majorité des prélèvements sur papier et des prélèvements électroniques, il est plus difficile d'élaborer des règles appropriées concernant la disponibilité. Les ordres sont traités en vrac durant tout le transfert. Les règles applicables, qui devraient tenir compte de questions telles que le délai avant que les banques reçoivent règlement, que l'ordre de prélèvement soit normalement accepté et que l'avis de refus soit normalement reçu par la banque bénéficiaire, ne pourront être fondées que sur la moyenne des ordres en question et sur l'expérience des utilisateurs.

88. Dans la plupart des systèmes bancaires, le règlement de l'ordre de prélèvement du second type est effectué par des écritures provisoires de débit et de crédit, par l'intermédiaire de comptes interbancaires. Le règlement peut être immédiat ou être retardé pendant un délai donné, mais la date à laquelle la banque peut en disposer est toujours prévisible pour tous les lots d'ordres de prélèvement d'un type similaire.

89. Pour les prélèvements sur papier, l'élément le moins prévisible est le délai écoulé avant que la banque bénéficiaire ne soit avisée d'un refus. Dans certains pays, la banque transférante peut disposer d'un délai indéfini après réception de l'ordre de prélèvement pour le refuser. Lorsque l'ordre lui-même doit être renvoyé par les mêmes mécanismes de compensation par lesquels il a été présenté, dans certains pays, le délai dans lequel il doit être renvoyé à la banque bénéficiaire peut représenter plusieurs fois le délai requis pour la présentation. Si la mise des fonds à la disposition du client est retardée au motif que l'ordre risque d'être refusé, ce retard sera sans doute excessif pour la grande majorité des ordres soumis à acceptation; aussi serait-il peut-être bon de prendre des mesures visant à réduire les délais. Une garantie d'acceptation donnée par la banque transférante élimine ce risque de refus. Le non-échange des chèques avec présentation électronique permettrait de réduire le délai de présentation dans de nombreux pays. La période suivant la présentation, durant laquelle une banque transférante peut refuser un ordre pour insuffisance de fonds, pourrait être strictement limitée. Un avis de refus pourrait être envoyé directement à la banque bénéficiaire (dépositaire) par la poste ou par des moyens de télécommunication, même si l'ordre de prélèvement lui-même doit être renvoyé par le mécanisme de compensation.

90. Les prélèvements électroniques posent des problèmes quelque peu différents en ce qui concerne l'estimation de délai avant que l'avis de refus soit reçu par la banque bénéficiaire. En général, comme il est indiqué au paragraphe 88, la présentation électronique des ordres de prélèvement permettrait de réduire le délai de présentation. En outre, le système doit être conçu de manière à faciliter le renvoi rapide des ordres refusés. Cependant, lorsque le prélèvement électronique fait suite à une opération de non-échange, ou est effectué comme suite à une autorisation de prélèvement automatique, si cette autorisation est déposée auprès du bénéficiaire ou de la banque bénéficiaire, la banque transférante n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de l'ordre. Aussi, tant que le transférant n'a pas reçu le relevé de compte pertinent et que le délai d'opposition à un débit non autorisé n'est pas écoulé, il est possible que le transférant affirme que l'ordre n'était pas autorisé ou qu'aucune autorisation d'accepter l'ordre n'avait été donnée. Dans certains pays où seule l'expiration du délai de prescription empêche le transférant d'objecter que le débit de son compte n'était pas autorisé, il peut y avoir incertitude pendant plusieurs années. Aussi serait-il bon, dans la mesure du possible, que l'autorisation de prélèvement soit déposée auprès de la banque transférante.

91. Lorsque le bénéficiaire est bien connu de la banque bénéficiaire et qu'il n'y a aucune raison de douter qu'il pourra rembourser la banque bénéficiaire en cas de refus d'un ordre de prélèvement, la banque ne court pas de risque substantiel en mettant rapidement les fonds à sa disposition. Ainsi les fonds sont en général plus rapidement disponibles en cas de prélèvement effectué en application d'une autorisation de prélèvement automatique, car le bénéficiaire est en général une organisation importante et financièrement saine, que dans le cas d'autres formes de prélèvement

5. Libération de l'obligation sous-jacente

92. En dernière analyse, le transférant n'est libéré de son obligation au moyen d'un transfert de fonds que si un crédit irrévocable est ouvert sur le compte du bénéficiaire-créancier. Cependant, le moment où le transférant est libéré de son obligation est fonction des conditions du contrat ou de toute autre source de l'obligation, de la loi régissant cette obligation et de la procédure suivie pour le transfert de fonds.

93. Dans certains contrats, assez rares mais en général importants, le transférant est tenu de placer les fonds à la libre disposition du bénéficiaire à une date déterminée. Dans certains pays, il est d'usage de considérer les engagements principaux d'une banque, par exemple un chèque bancaire ou un instrument de paiement bancaire, comme satisfaisant à une telle obligation, mais il est de plus en plus courant de recourir à un virement spécifiant la date ou même l'heure de disponibilité.

94. Si le moment où les fonds doivent être disponibles n'est pas spécifié dans le contrat, le transférant est normalement libéré de son obligation par un virement, lorsque ledit virement devient définitif pour le bénéficiaire. C'est pourquoi l'on peut s'attendre à ce que l'évolution récente des procédures de virement, du fait du recours de plus en plus fréquents à des techniques électroniques, influe sur les règles relatives à l'extinction de l'obligation et sur celles concernant le caractère définitif du transfert. De fait, il semble que, dans certains cas récents, les règles concernant le caractère définitif du transfert de fonds aient été influencées par des problèmes s'étant posés antérieurement à propos de l'extinction de l'obligation.

95. Puisque l'obligation est en général éteinte lorsque le virement devient définitif vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire, c'est le transférant qui supporte les risques de retard ou d'erreur dans le transfert de fonds. Dans certains pays, les tribunaux ont libéré des transférants des conséquences les plus graves de tels retards en statuant que des contrats d'assurance ou des contrats similaires ne peuvent être résiliés pour paiement tardif lorsque le transférant a pris en temps utile les mesures voulues pour le transfert de fonds. Lorsque la seule conséquence pour le transférant, en cas de paiement tardif dû à des retards dans le transfert de fonds, consiste en une perte d'intérêts, cette perte peut souvent être récupérée auprès de la banque responsable. Cependant, lorsque la conséquence est la résiliation du contrat, souvent les banques ne sont pas tenues responsables du préjudice subi.

96. Lorsque l'obligation sous-jacente doit être éteinte au moyen d'un prélèvement, le bénéficiaire ne considérera sans doute pas que l'obligation n'a pas été respectée si c'est lui qui est à même d'engager la procédure de prélèvement. Aussi la question de savoir quand l'obligation sous-jacente est éteinte se pose-t-elle rarement dans le cas de prélèvements où c'est le bénéficiaire qui émet l'ordre de prélèvement, par exemple dans le cas de lettres de change tirées par le bénéficiaire sur le transférant ou sur la banque du transférant ou de prélèvements effectués comme suite à une autorisation de prélèvement automatique. De même, dans le cas d'un chèque, le bénéficiaire peut ne pas considérer que l'obligation n'a pas été respectée une fois qu'il entre en possession du chèque. Dans certains pays, la question se pose de savoir si le transférant peut devoir des intérêts au bénéficiaire lorsque le chèque a été remis avec suffisamment de retard pour que le

bénéficiaire ne puisse être crédité qu'après la date où le paiement était dû. Cependant, dans tous les cas de prélèvement, c'est le bénéficiaire qui supporte vis-à-vis du transférant le risque de retard ou d'erreur dans le processus de transfert de fonds. Bien que l'ordre de prélèvement doive être accepté pour que l'obligation sous-jacente soit irrévocablement éteinte, le moment où l'ordre est accepté n'est pas un fait pertinent en ce qui concerne ladite obligation.

E. Règles sur le caractère définitif du transfert
et risques liés au système

97. Les risques liés au système sont les risques de voir le système bancaire dans son entier subir un grave préjudice du fait de l'incapacité d'une ou plusieurs banques de régler les transferts qu'elles ont effectués. Un défaut de règlement est presque toujours la conséquence de problèmes extérieurs au transfert de fonds. Cependant, vu le développement récent des chambres de compensation électronique en ligne à règlement net traitant des montants importants, par l'intermédiaire desquelles les banques participantes envoient souvent en un jour des ordres de transfert de fonds représentant un montant supérieur à la totalité de leur capital et de leurs excédents, le risque est plus grand qu'une banque ait à la fin de la journée un solde débiteur qu'elle est incapable de régler. En outre, plus ce solde débiteur est important, plus grand sera l'impact sur les autres banques de la chambre de compensation, sur le système bancaire et sur l'économie dans son ensemble.

98. La mesure dans laquelle un système bancaire peut absorber la défaillance d'une banque est fonction non seulement de l'importance du solde débiteur non réglé, mais également de la manière dont la perte est répartie entre les autres participants au système de transfert de fonds, y compris les clients non bancaires des banques intéressées. Parmi les règles visant à répartir les pertes entre les participants au système de transfert de fonds figurent les règles régissant le caractère définitif des transferts. A leur tour, les règles régissant le caractère définitif des transferts importants ont des incidences non négligeables sur les marchés financiers et sur les importantes transactions commerciales correspondant à ces transferts.

99. Cette question a avant tout été traitée aux Etats-Unis. Elle a également été traitée au Royaume-Uni où la nature du système bancaire a conduit à apporter d'autres solutions au problème. Comme il est nécessaire de traiter cette question séparément pour chaque pays, on en trouvera l'examen à l'annexe du présent chapitre.

ANNEXE

La réduction des risques liés au système :
expérience de certains pays

A. Nature du problème

1. Considérations générales

1. Les transferts électroniques de sommes élevées, qui, de nos jours, se font généralement sous forme de virements, peuvent présenter certains risques et cela pour plusieurs raisons. La première est que la valeur de chaque transfert, la valeur totale des transferts effectués au cours d'une journée et, surtout, le montant du solde débiteur ou créditeur net d'une banque vis-à-vis d'une autre banque ou de l'ensemble du système bancaire durant la journée ou en fin de journée sont beaucoup plus importants. Une deuxième raison, non moins importante, est que, étant donné que les transférants préfèrent que les transferts de sommes élevées s'effectuent rapidement, de tels transferts sont en général effectués le jour même. Aussi, les délais prévus pour le règlement ont-ils été raccourcis et les banques disposent de moins de temps qu'auparavant pour réunir les fonds dont elles ont besoin pour couvrir leur solde débiteur. Les banques étrangères ou les agences locales de banques étrangères peuvent éprouver plus de difficultés que les banques locales pour financer leur position, notamment si lesdites banques étrangères ne peuvent obtenir un crédit de la banque centrale.

2. Règlement effectué par le truchement de banques correspondantes

2. Les virements de sommes importantes effectués par le truchement de banques correspondantes peuvent permettre de procéder rapidement au règlement sans que cela risque de compromettre le système dans la plupart des cas. Si la banque réceptrice reçoit simultanément de la banque expéditrice le montant du transfert et l'ordre de virement, ce qui est courant lorsque les banques ont des comptes les unes auprès des autres, elle peut effectuer immédiatement un virement à caractère irrévocable en faveur du bénéficiaire sans courir de risque. Lorsque la banque réceptrice ne reçoit pas immédiatement la contre-valeur du transfert, elle peut être autorisée à différer l'exécution de l'ordre de transfert de fonds jusqu'à ce qu'elle ait reçu le montant du transfert, une caution ou une garantie de remboursement provenant d'une source fiable. Etant donné que le transfert de fonds ne peut pas donner lieu à une prolongation de crédit sans garantie, la banque réceptrice et, par là même, l'ensemble du système, ne sont exposés à aucun risque. Toutefois, cette conclusion est assortie d'une réserve importante : lorsque la banque réceptrice est chargée de la gestion du compte et que les ordres donnés pour débiter ou créditer le compte de la banque expéditrice, c'est-à-dire la banque du détenteur du compte, sont transmis ou reçus par différents services de la banque réceptrice, outre le service des transferts de fonds, elle ne peut prendre de décisions rationnelles en matière de crédit que dans la mesure où toutes les transactions ont été notifiées promptement par l'ensemble des services. S'il s'agit de sommes importantes, les transactions effectuées à l'intérieur de différents services doivent être passées en écriture en temps réel.

3. Selon le type de relations existant entre les banques correspondantes, la banque réceptrice est tenue parfois de créditer de manière irrévocable le bénéficiaire avant de recevoir le montant du transfert. C'est le cas, par exemple, lorsque le mécanisme de transfert de fonds exige que certaines banques envoient davantage d'ordres de transfert de fonds qu'elles n'en reçoivent en début de journée et en reçoivent davantage qu'elles n'en envoient en fin de journée. Ces banques, qui peuvent enregistrer régulièrement d'importants soldes créditeurs en fin de journée, peuvent tout aussi régulièrement enregistrer d'importants soldes débiteurs au cours de la journée. Dans ce cas, l'acheminement de virements de sommes élevées par le canal de banques correspondantes peut comporter un risque sérieux pour le système.

3. Règlement net

4. Un réseau de règlement net peut, à de multiples égards, être assimilé à un ensemble de relations entre banques correspondantes établies entre chaque paire de banques du réseau par l'intermédiaire d'un commutateur unique. Toutefois, du fait de plusieurs éléments institutionnels, le risque pour le système peut être supérieur à ce qu'il est pour de simples relations entre banques correspondantes. Etant donné qu'un réseau de règlement net ne comporte pas de mécanisme permettant à la banque expéditrice de transmettre la valeur du transfert à la banque réceptrice avant le règlement, à un certain moment de la journée, une des banques a nécessairement un solde débiteur auprès de l'autre banque. En outre, étant donné qu'un solde débiteur est constitué du fait de la réception d'ordres de virement ou de l'expédition d'ordres de prélèvement, aucune banque du réseau ne peut savoir avant la fin de la journée si elle clôturera ses activités du jour avec un solde débiteur ou créditeur vis-à-vis de toute autre banque, même si elle connaît le montant total des fonds envoyés à cette autre banque au cours de la journée. En conséquence, une banque qui a pour politique de ne pas accorder un crédit irrévocable en exécution d'un ordre de virement tant qu'elle ne sait pas si la contre-valeur a été reçue, ne donnera suite aux ordres reçus que dans la mesure où elle a déjà envoyé des ordres de virement à l'autre banque. Une autre solution, qui permettrait aux banques réceptrices d'accorder immédiatement un crédit irrévocable pour une plus large fraction des ordres de virement reçus, serait que chaque banque fixe une limite supérieure pour le solde débiteur net qu'elle tolérerait à tout moment pendant la journée des autres banques participantes. Une banque qui recevrait des instructions entraînant le dépassement par la banque expéditrice de la limite préétablie devrait les renvoyer à la banque expéditrice qui les retransmettrait après avoir modifié son solde en conséquence. Si le réseau comporte un commutateur central, ce dernier pourrait être programmé de manière à ce que ce soit lui, plutôt que la banque réceptrice, qui renvoie les ordres à la banque expéditrice.

4. Règlement "net-net"

5. Si un réseau de transfert de fonds assure le règlement des transferts de fonds du jour sur une base nette-nette, c'est-à-dire en fixant pour chaque banque participante un solde débiteur ou créditeur unique pour le montant total de tous les ordres de transfert de fonds qu'elle a envoyés à toutes les autres banques participantes, ou reçus de ces dernières, mais répartit les pertes en cas de défaut de règlement d'une banque sur la base du solde débiteur ou créditeur net de cette banque vis-à-vis de chacune des autres

banques participantes, le risque pour le système est le même que dans le cas d'un réseau de règlement net. Toutefois, si l'on considère que les pertes encourues concernent l'ensemble du réseau et qu'elles devront être supportées par les différentes banques participantes, selon différentes formules applicables à la répartition des pertes, il est souvent difficile, avant la conclusion du règlement, d'estimer les pertes qui seront imputées aux autres banques. Toutefois, selon certaines formules, une banque enregistrant un solde créditeur dans ses transactions bilatérales avec la banque défailante pourrait néanmoins devoir assumer une partie des pertes. Cela signifie par conséquent que les banques qui auraient pu aisément effectuer le règlement si celui-ci avait été achevé dans des conditions normales n'ont pas été en mesure de le faire parce qu'elles ont dû prendre en charge les pertes résultant du défaut de règlement de la première banque. Cet effet cumulatif résultant du défaut de règlement d'une banque accroît les risques liés au système.

5. Moyens disponibles pour réduire les risques liés au système

6. Toute politique ayant pour objet de réduire les risques devrait viser trois objectifs essentiels, savoir : limiter les risques de défaut de règlement d'une banque; limiter l'incidence d'une telle éventualité sur les autres banques, le système bancaire dans son ensemble et l'économie en général; et assurer la bonne marche du système de transfert de fonds. Ces objectifs peuvent être contradictoires. Les principales techniques permettant de réduire les risques qui pèsent sur le système dans le cas de réseaux de règlement net ou de règlement net-net peuvent être regroupées en cinq catégories :

a) La participation à des réseaux de règlement net ou net-net peut être limitée de plusieurs manières. On peut, par exemple, réduire le nombre de banques afin de diminuer d'autant le risque de défaut de règlement de la part de l'une ou l'autre. Seules les banques participantes offrant une garantie financière incontestable pourraient être acceptées. Les banques étrangères, qui risquent de ne pas pouvoir effectuer le règlement en monnaie locale, pourraient ne pas être autorisées à participer à ces réseaux, ou à n'y participer que dans une mesure limitée, ou à la seule condition qu'elles puissent fournir des garanties complémentaires quant à leur capacité d'honorer leurs engagements.

b) L'importance du risque monétaire encouru par une seule banque ou par l'ensemble du réseau peut être limitée. Des limites bilatérales pour les débits nets au cours de la journée peuvent être fixées entre les banques fonctionnant en tandem. De même, les crédits nets au cours de la journée peuvent être plafonnés afin de limiter le montant dû par l'une des banques à l'ensemble du réseau. S'il existe, à l'intérieur d'un pays, plus d'un réseau pour les transferts électroniques ou sur papier, le plafond du crédit pourra être étendu au montant net dû par une banque à l'intérieur de tous les réseaux.

c) Le délai prévu entre l'envoi du premier ordre de transfert de fonds par l'intermédiaire du réseau et le règlement peut être réduit au minimum afin d'éviter que des faits survenant dans l'intervalle ne compromettent ledit règlement.

d) Les banques peuvent refuser de mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire tant que le règlement n'a pas été effectué. Cette mesure constitue une protection pour la banque réceptrice en cas de défaut de règlement, au prix d'un retard dans la mise des fonds à la disposition du bénéficiaire. Comme le bénéficiaire peut avoir besoin de ces fonds pour effectuer ses propres transferts le même jour, ce qui peut être notamment le cas lorsque le bénéficiaire est une banque, le réseau peut être immobilisé dans son entier du fait de la pénurie de fonds, jusqu'à ce que les fonds soient libérés comme suite au règlement. De même, les banques réceptrices peuvent mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire tout en se réservant le droit de contre-passer le crédit en cas de non-règlement. Cette mesure offre une protection à la banque réceptrice en faisant peser le risque de perte non plus sur cette dernière, mais sur le bénéficiaire, dans la mesure où celui-ci a la surface suffisante.

e) Le solde débiteur de chaque banque participante peut être garanti par un établissement financier compétent, telle que la banque centrale ou une caisse d'assurance privée ou publique. Le système est le plus efficacement protégé lorsque l'institution financière garante peut fournir immédiatement les fonds nécessaires. Sinon, le déficit de trésorerie du système risque d'empêcher d'autres banques de faire face à leurs engagements.

B. Expérience de certains pays

7. La présente section rend compte de l'expérience de trois pays qui ont adopté des méthodes différentes pour limiter les risques dans le cadre de leurs réseaux de transfert électroniques de sommes élevées.

1. France

8. Le 16 octobre 1984, un réseau d'ordinateur à ordinateur pour le transfert de sommes élevées, dénommé Système automatique de gestion intégrée par télétransmission de transactions avec imputation de règlements "Etranger" (SAGITTAIRE) a été mis en service. SAGITTAIRE ayant été initialement conçu comme un prolongement national du réseau S.W.I.F.T., seules les banques membres ou utilisatrices de S.W.I.F.T. peuvent y participer. Toutefois, le système SAGITTAIRE a été élargi afin d'assurer la liaison nationale pour pratiquement tous les types de transferts de fonds internationaux libellés en francs français. Actuellement, ce système ne peut pas être utilisé pour les transferts de fonds à caractère purement national, bien qu'il ait été décidé qu'il pourrait être utilisé pour des paiements découlant de transactions sur le marché monétaire.

9. SAGITTAIRE fonctionne comme s'il jouait au sein de la Banque de France le rôle d'une banque correspondante, mais la Banque de France fait uniquement office d'agent intermédiaire pour le groupe des banques participantes. Ces dernières envoient à la Banque de France des messages de SAGITTAIRE accompagnés de l'une des trois dates d'écriture ci-après : celle du jour d'envoi, celle du prochain jour ouvrable ou celle des deux jours ouvrables suivants. Le "pseudo-compte" de la banque expéditrice est immédiatement débité et celui de la banque réceptrice crédité à la date d'écriture appropriée et l'ordre de transfert de fonds expédié à la banque réceptrice.

10. L'heure limite de la date d'écriture est midi pour les jours de travail normaux (et 10 heures pour les jours de travail partiel); par exemple, une écriture datée du mercredi 4 mars est valable à partir du mardi 3 mars, à midi, jusqu'au mercredi 4 mars, à midi.

11. A la fin d'un jour ouvrable, par exemple à 17 h 30, les jours de travail normaux, les opérations de débit et de crédit effectuées par le canal de SAGITTAIRE qui apparaissent au "pseudo-compte" pour cette date d'écriture, sont portées au compte de chacun des participants aux opérations de la Banque de France, ainsi que les débits et crédits liés à d'autres opérations bancaires passés au compte de la banque. Toutefois, étant donné que la Banque de France ne permet pas à une banque d'avoir auprès d'elle un solde débiteur, les écritures ne sont pas effectuées si, ce faisant, le compte d'une banque accuse un solde débiteur. Si le solde débiteur n'est pas couvert à 11 h 30 le matin suivant, la Banque de France est autorisée à contre-passer les écritures de débit résultant de transactions SAGITTAIRE, ainsi que les crédits correspondants, en suivant un ordre inverse à celui de la réception des ordres, jusqu'à ce que le solde débiteur ait été éliminé.

12. Ainsi, en cas de doute quant à la solvabilité d'une banque expéditrice, les ordres de transfert de fonds présentant le plus grand risque, du point de vue de la banque réceptrice, seraient ceux qui sont transmis par SAGITTAIRE immédiatement avant midi, et les ordres présentant le moins de risques seraient ceux qui sont effectués avec une date d'écriture différée ou qui sont traités immédiatement après midi. Toutefois, étant donné que toutes les banques participantes sont sous contrôle de l'Etat, il est fort peu probable qu'elles ne puissent procéder au règlement. Les statuts de SAGITTAIRE ne précisent pas à quel moment la banque réceptrice doit créditer le bénéficiaire. Néanmoins, selon la doctrine communément admise en France, le crédit devient irrévocable lorsque la banque réceptrice crédite le compte du bénéficiaire (et non son "pseudo-compte"), même si la banque n'a jamais reçu la contre-valeur du transfert de fonds.

2. Royaume-Uni

13. Le Clearing House Automated Payment System (CHAPS) est un réseau de virement sur un jour de sommes importantes entre les 12 banques de règlement, y compris la Banque d'Angleterre. Ce système complète, à l'échelon national, et finira par remplacer le Town Clearing, qui est un réseau conçu spécialement pour le transfert de sommes importantes sur papier dans le périmètre de la City de Londres. Conformément à une décision adoptée récemment, la participation aux opérations de règlement effectuées dans le cadre du système CHAPS et du Town Clearing, ainsi que dans le cadre des autres arrangements de compensation, devrait être ouverte aux banques qui satisfont aux cinq critères ci-après :

a) Volonté et capacité de se conformer aux impératifs techniques des mécanismes de compensation et respect des règles régissant les différents organismes de compensation concernés;

b) Capacité de mettre en place un mécanisme de règlement avec la Banque d'Angleterre;

c) Participation équitable aux dépenses d'exploitation;

- d) Paiement d'un droit d'entrée raisonnable; et
- e) Capacité d'offrir un volume minimal d'opérations de compensation.

Un certain nombre de banques, y compris les agences londoniennes de banques étrangères, ont demandé à devenir membres du système CHAPS et du Town Clearing. Les banques qui n'effectuent pas de règlements ne peuvent acheminer leurs ordres de transfert de fonds par le canal de CHAPS qu'en maintenant une relation de banque correspondante avec une banque de règlement.

14. Les banques recevant des ordres de virement par l'intermédiaire du CHAPS sont priées de mettre le même jour les fonds à la disposition du bénéficiaire. Cette règle a pour objet d'accroître l'efficacité de CHAPS pour les milieux commerciaux et financiers. A son tour, la banque de règlement expéditrice a l'obligation de rembourser à la banque de règlement réceptrice le montant des fonds transférés, même si la banque expéditrice n'est pas remboursée par la partie ayant ordonné le transfert. Un transfert de fonds par l'intermédiaire du système CHAPS est inconditionnel et irrévocable.

15. Le bon fonctionnement du système CHAPS dépend, par conséquent, de la solvabilité présumée de la banque expéditrice : c'est pourquoi on a limité le nombre des banques admises à participer au système CHAPS et l'on compte sur la Banque d'Angleterre pour faire aboutir les transactions finales de règlement interbanques CHAPS. Dans le nouvel arrangement, "les critères de prudence à respecter pour toute participation au règlement dans le cadre d'un mécanisme de compensation (y compris le système CHAPS) devraient se résumer à une condition préalable, à savoir que les membres doivent avoir un compte auprès de la Banque d'Angleterre qui pourrait, avec l'accord exprès de celle-ci, être utilisé aux fins de règlement dans le cadre de ce mécanisme de compensation" ^{1/}. Actuellement, le règlement est effectué à la fin de la journée sur une base nette-nette par le transfert du solde des banques de règlement sur leur compte auprès de la Banque d'Angleterre.

3. Etats-Unis

16. Deux réseaux pour le virement en ligne de sommes importantes fonctionnent actuellement aux Etats-Unis. Le premier est Fedwire, réseau géré par le Federal Reserve System. Fedwire permet aux 14 000 banques des Etats-Unis et à certains autres établissements de dépôt qui ont un compte auprès des agences régionales de la Federal Reserve Bank de transférer des fonds à d'autres banques ou établissements de dépôt. En fait, Fedwire remplit les fonctions de service bancaire correspondant pour tout le système bancaire.

17. Le second est un réseau privé, Clearing House Interbank Payments System (CHIPS), qui appartient à la New York Clearing House Association et est géré par elle. Plus de 140 banques participantes sont autorisées à soumettre des ordres de virement à des fins de règlement aux autres banques participantes, dont un grand nombre sont des filiales ou agences new-yorkaises de banques étrangères. En outre, des transferts de sommes importantes sont effectués grâce au mécanisme des banques correspondantes, qui est très répandu aux Etats-Unis pour les transactions tant nationales qu'internationales, mais qui n'est en général pas considéré comme un "réseau" de virement.

^{1/} Payment Clearing Systems: Review of Organization, Membership and Control (London, Members of the Bankers Clearing House, 1984), appendix 1, p. 20.

a) Fedwire

18. Les statuts de Fedwire stipulent qu'un virement entre la banque expéditrice et la banque réceptrice acquiert un caractère définitif, c'est-à-dire que la banque réceptrice a reçu des fonds disponibles, lorsque cette dernière est avisée du virement par l'agence régionale de la Federal Reserve Bank. L'avis de crédit est envoyé par ordinateur aux banques qui sont en ligne et par téléphone, télex ou courrier aux banques qui ne le sont pas. Les statuts de Fedwire disposent que la banque réceptrice doit créditer promptement le "bénéficiaire" (ou la personne ou organisation destinataire du transfert) après réception de l'avis, mais ne définissent pas le mot "promptement" ni ne veulent déterminer le moment à partir duquel le transfert acquiert un caractère définitif pour le bénéficiaire.

19. Lorsqu'une banque envoie des ordres de virement au moyen de Fedwire et effectue d'autres opérations pouvant avoir des incidences sur son compte auprès de l'agence régionale de la Federal Reserve Bank, elle risque d'avoir au cours ou à la fin de la journée un solde débiteur auprès de ladite agence régionale. Par exemple, de nombreuses banques empruntent d'un jour à l'autre à d'autres banques sur le marché interbancaire des capitaux des fonds qu'elles leur restituent le matin suivant. Les banques emprunteuses, qui sont en général des grandes banques, enregistrent souvent, sur leur compte auprès de la Federal Reserve Bank, d'importants soldes débiteurs au cours de la journée, qu'elles transforment en soldes créditeurs à la fin de la journée. A l'instar des banques correspondantes, la Federal Reserve Bank peut refuser d'accepter des ordres de virement émanant d'une banque ayant un solde débiteur tant que celle-ci n'a pas reçu suffisamment de fonds pour retrouver une position créditrice, à moins qu'elle n'offre des garanties suffisantes. Toutefois, si la banque accuse malgré tout un solde débiteur, la Federal Reserve Bank devra assumer à elle seule la responsabilité du non-remboursement. Les statuts de Fedwire ont donc pour objet non seulement d'offrir une garantie à la banque réceptrice, mais également de protéger l'ensemble du secteur bancaire et non bancaire des conséquences immédiates de l'incapacité d'une banque expéditrice à procéder au règlement. Le risque résultant d'un défaut de règlement incombe donc à la Federal Reserve Bank.

20. Le résultat est similaire pour ce qui est des relations entre banques correspondantes. En effet, la banque correspondante est tenue pour responsable si elle accepte de manière irrévocable un ordre de virement d'une autre banque qui n'effectue pas ensuite le règlement. Toutefois, cette situation peut alors avoir des incidences sur les secteurs bancaire et non bancaire car, si cette autre banque ne peut s'acquitter de ses obligations, la banque correspondante risque également de se trouver dans la même situation, ce qui peut entraîner une série de conséquences pour l'ensemble de l'économie. Ce risque à l'échelle du système n'existe pas dans le réseau Fedwire puisque, en l'occurrence, la banque correspondante est la banque centrale.

b) CHIPS

i) Procédures de règlement

21. La procédure de règlement de CHIPS commence lorsque CHIPS notifie aux participants le solde net-net de chaque participant. Si un participant effectue un règlement pour un autre, il aura également connaissance du solde net-net de cet autre participant. Les banques qui ont un solde débiteur

transfèrent des fonds sur un compte spécial de ce réseau auprès de la Reserve Bank de New York, par un transfert Fedwire à partir de leur compte auprès de leur agence régionale de la Federal Reserve Bank. Une fois que toutes les banques débitrices ont transféré les sommes dues, la Federal Reserve Bank transfère les sommes appropriées par le canal Fedwire sur les comptes des banques en position créditrice. Le compte spécial ne reporte pas de soldes débiteurs ou créditeurs une fois que le règlement est effectué. Une des conditions posées par la Federal Reserve Bank à la mise en place d'un mécanisme de règlement avec le réseau était qu'elle n'assumerait pas de risques liés aux règlements pouvant découler de l'existence de comptes de compensation.

22. Les participants au système CHIPS relèvent de deux groupes, à savoir les banques de règlement et les autres banques. Ces autres banques doivent régler tout solde débiteur net auprès d'une banque de règlement et obtiennent tout crédit net par l'intermédiaire de cette banque. Les banques de règlement effectuent, par le biais d'un compte spécial auprès de la Reserve Bank de New York, les opérations liées aux soldes débiteurs ou créditeurs nets résultant de leurs propres transferts de fonds et des transferts de toutes les autres banques pour lesquelles elles effectuent le règlement.

ii) Défaut de règlement

23. Si une banque se trouve en fin de journée dans l'incapacité de régler son solde débiteur auprès de CHIPS, toutes les transactions réalisées en direction et à partir de cette banque sont décomptées de l'opération de règlement et de nouveaux soldes sont calculés pour les autres banques participantes. Les paiements exclus du règlement peuvent être réglés directement par les participants en dehors du réseau. Si d'autres banques ne sont pas en mesure de régler leur nouveau solde débiteur, on applique la procédure consistant à "défaire" l'ensemble du règlement. Dans ce cas, le règlement des transactions de la journée doit être effectué d'une autre manière, non spécifiée.

iii) Règles relatives au caractère définitif des transferts

24. Les transferts opérés par CHIPS acquièrent un caractère définitif lorsqu'ils sont mis à la disposition de la banque réceptrice, en ce sens que la banque expéditrice ne peut plus retirer l'ordre de virement. Toutefois, puisque les banques réceptrices risquent de ne pas recevoir le règlement des transferts effectués par l'intermédiaire de CHIPS (c'est-à-dire qu'elles ne reçoivent pas de fonds disponibles), elles ne sont pas tenues d'accepter les ordres de transfert de fonds ou d'accorder un crédit à caractère irrévocable aux bénéficiaires ou à toute autre partie à créditer tant que le règlement n'a pas acquis un caractère définitif. Dans la pratique, les banques autorisent leurs clients à utiliser provisoirement les crédits résultant de transferts effectués par l'intermédiaire de CHIPS.

c) Méthodes envisagées pour réduire les risques liés au système

25. La communauté bancaire américaine a cherché à limiter les risques auxquels le système est exposé du fait de l'accroissement du nombre de faillites enregistrées récemment dans le secteur des banques. C'est ainsi que, le 29 mars 1984, le Conseil d'administration du Federal Reserve System a demandé que des observations soient formulées sur les différentes propositions visant à réduire les risques que peuvent présenter pour le système les réseaux

utilisés pour le transfert de sommes élevées. Quelque 200 observations ont été reçues. Les principales méthodes examinées par la Federal Reserve pour réduire les risques liés au système sont exposées dans les paragraphes ci-après.

i) Limites bilatérales pour le crédit net

26. Afin qu'un réseau privé, dont CHIPS est actuellement le seul exemple, puisse régler ses soldes nets par l'intermédiaire des Reserve Banks, il doit prévoir des limites pour le crédit net. Selon cette méthode, chaque banque participante déterminerait le montant maximal du crédit quotidien net (découlant des transferts de fonds par l'intermédiaire du réseau) qu'elle est disposée à accorder à toute autre banque. Cette limite serait flexible, chaque banque pouvant ajuster la limite du crédit net qu'elle accorderait à une autre banque en fonction de considérations liées à la conjoncture économique, de l'image qu'elle a de la situation financière de l'autre banque ou d'impératifs commerciaux immédiats.

27. Le réseau CHIPS exige que les banques participantes fixent des limites bilatérales de crédit net applicables à chacune des autres banques participantes. Ces limites sont contrôlées en temps réel par les ordinateurs du réseau. Si une banque donnée souhaite fixer pour une autre banque une limite bilatérale de crédit applicable aux autres mécanismes de transfert de fonds, elle doit créer à cette fin son propre système.

28. Les limites bilatérales pour le crédit net ne sont pas applicables en tant que telles au système Fedwire ou aux relations entre banques correspondantes privées. Toutefois, le même résultat peut être obtenu par la fixation de limites au solde débiteur que toute banque est autorisée à avoir en cours de journée auprès de la Federal Reserve Bank ou de toute banque correspondante privée.

ii) Plafond fixé pour le débit net de la banque expéditrice

29. Afin de recourir aux Reserve Banks pour régler leurs soldes nets, les réseaux privés doivent instituer un plafond pour les débits nets. En outre, pour participer au réseau Fedwire, une banque doit se soumettre à un plafond de débit net applicable à tous les systèmes. Le plafonnement du débit net de la banque expéditrice permet de limiter l'écart entre les ordres de virement que cette banque peut envoyer à toutes les autres banques et le montant qu'elle reçoit de ces dernières. Le plafond de CHIPS est calculé sur la base d'un pourcentage de l'ensemble des limites bilatérales de crédit établies pour une banque donnée par chacune des autres banques participantes.

30. Le fait de limiter la mesure dans laquelle une banque peut envoyer des ordres de virement d'un montant supérieur aux montants reçus et d'appliquer strictement cette restriction tout au long de la journée permet de réduire les cas de défaut de règlement et donc les risques liés au système. Toutefois, il a été observé que, si les plafonds fixés pour le débit net de la banque expéditrice étaient appliqués séparément dans chaque réseau (CHIPS et Fedwire), le montant net qu'une banque serait autorisée à envoyer pourrait être toujours trop élevé. Aussi a-t-il été jugé souhaitable de fixer un plafond unique pour le débit net de la banque expéditrice, applicable à l'ensemble des réseaux. Le plafond est fonction du capital de la banque, calculé sur la base d'une auto-évaluation tenant compte de la qualité des systèmes de la banque, de sa situation financière et d'autres facteurs.

31. Bien que le fait de fixer des plafonds pour le débit net de la banque expéditrice, afin de réduire les risques, présente manifestement un avantage, on peut se demander si une telle mesure n'aurait pas un effet dommageable sur le bon fonctionnement des réseaux actuels. Une banque qui n'a pas encore reçu suffisamment de fonds des autres banques (qui attendaient peut-être de voir leur position s'améliorer) risque de se trouver dans l'incapacité de donner suite aux demandes de transfert de fonds de ses clients. Il peut arriver en particulier que des banques qui ont emprunté des fonds d'un jour sur l'autre constatent qu'elles ont atteint leur plafond de débit net simplement en remboursant le matin suivant les fonds empruntés. Afin de réduire ce risque de paralysie, les banques peuvent différer l'envoi des ordres de transfert de fonds aux autres banques jusqu'à une heure avancée de la journée, ce qui a généralement pour effet de ralentir le fonctionnement de tout le système de transferts de fonds et risque de créer des goulots d'étranglement en fin de journée. Les plafonds initialement fixés étant suffisamment élevés, ce problème ne s'est pas encore posé.

iii) Garantie du caractère définitif de l'acceptation par la banque réceptrice

32. Le caractère définitif de l'acceptation est assuré pour le bénéficiaire une fois que la banque réceptrice est irrévocablement tenue de créditer le compte du bénéficiaire, qu'elle ait ou non reçu le règlement ("garantie de la banque réceptrice"). Ce type de garantie du caractère définitif n'existe pas à l'heure actuelle dans le système CHIPS.

33. La garantie de la banque réceptrice met le secteur économique non bancaire à l'abri des conséquences d'un défaut de règlement et protège par là-même les marchés financiers et l'économie en général. On pourrait raisonnablement s'attendre à ce que les banques réceptrices offrant une telle garantie contrôlent et limitent les risques encourus vis-à-vis des banques expéditrices. Lorsqu'il devient douteux qu'une banque expéditrice soit à même d'effectuer un règlement, la banque réceptrice peut réduire sa limite bilatérale pour le crédit net. Par ailleurs, on a avancé que la garantie de la banque réceptrice pourrait inciter les banques réceptrices à relever la commission qu'elles demandent pour se prémunir contre les risques trop importants et pourrait également dissuader les banques d'accepter certains transferts de fonds.

iv) Garantie offerte par la banque centrale en cas de position débitrice

34. Pour réduire les risques liés au système, la Federal Reserve et d'autres autorités bancaires peuvent recourir à une méthode, qu'on s'est gardé d'employer jusqu'ici, consistant à garantir les obligations des participants à un réseau. La fermeture récente d'un certain nombre de banques de petite et moyenne dimensions, ainsi que la remise à flot d'une grande banque par les autorités bancaires, ont amené ces dernières à envisager d'autres méthodes pour réduire les risques liés au système.

v) Assurance visant à garantir les soldes débiteurs

35. Les soldes débiteurs apparaissant dans les réseaux de règlement pourraient également être garantis par une caisse d'assurance publique ou privée, semblable aux caisses qui garantissent les petits dépôts effectués auprès de banques ou autres établissements de dépôt. Selon certaines estimations, le montant de la prime serait approximativement de 1,9 dollar par million de dollars transférés.

Chapitre V

PROBLEMES JURIDIQUES POSES
PAR LES TRANSFERTS ELECTRONIQUES DE FONDS

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION	122
Question 1	123
Question 2	124
Question 3	126
Question 4	127
Question 5	129
Question 6	131
Question 7	133
Question 8	134

		<u>Page</u>
Question 9	La généralisation des techniques utilisées pour les transferts électroniques de fonds exige-t-elle une modification des lois relatives au secret bancaire ?	136
Question 10	Les banques devraient-elles établir avec leurs clients des contrats écrits stipulant les droits et devoirs respectifs du client et de la banque, dans le cas de transferts électroniques de fonds ?	137
Question 11	Les autorisations de prélèvement automatique devraient-elles faire l'objet d'une quelconque restriction ?	137
Question 12	La forme d'authentification exigée pour un transfert électronique de fonds devrait-elle être soumise à une prescription légale ?	139
Question 13	Les banques expéditrices devraient-elles être tenues de se conformer aux formules normalisées pour l'envoi d'ordres de transfert de fonds ?	140
Question 14	Y aurait-il lieu de prévoir une formule unique pour les transferts électroniques de fonds effectués à l'aide des cartes de débit et des cartes de crédit utilisées dans un pays ?	141
Question 15	Où faudrait-il considérer que le compte du client est domicilié au regard des règles juridiques qui régissent les transferts de fonds ?	141
Question 16	Dans le cas d'un virement, le devoir de la banque transférante devrait-il se limiter à envoyer un ordre de virement en bonne et due forme à la banque réceptrice indiquée ou bien devrait-il être de veiller à ce que l'ordre émis par le transférant soit exécuté ?	142
Question 17	La banque bénéficiaire est-elle responsable vis-à-vis du transférant, de la banque expéditrice ou du bénéficiaire, de la bonne exécution de ses obligations relatives au virement ?	144
Question 18	Les services publics de télécommunication, les services privés de communication, les réseaux de transfert électronique de fonds et les chambres de compensation électroniques devraient-ils être tenus pour responsables des préjudices dus à des erreurs ou à des fraudes en rapport avec un ordre de transfert de fonds ?	144
Question 19	La banque devrait-elle être exonérée de toute responsabilité en cas d'erreur ou de retard dans le transfert de fonds dû à une panne technique du matériel ou du logiciel ?	146

		<u>Page</u>
Question 20	La banque devrait-elle être responsable vis-à-vis de son client pour avoir débité ou crédité le compte sur la base du numéro de compte indiqué sur l'ordre de transfert de fonds qu'elle a reçu alors que l'intitulé du compte ne correspondait pas à celui figurant sur l'ordre de transfert de fonds ?	146
Question 21	A qui, de la banque ou du client, devrait incomber de prouver que le compte du transférant a été débité avec son autorisation ou par sa faute ?	147
Question 22	A qui, du client ou de la banque concernée, devrait incomber d'établir la source de l'erreur ou de la fraude à l'origine de la perte lors de l'exécution d'un transfert de fonds ?	149
Question 23	Les fonds devraient-ils être crédités au bénéficiaire dans un délai déterminé à partir du moment où la banque transférante reçoit l'ordre de virement ? Si oui, comment fixer ce délai ?	150
Question 24	Avec quelle fréquence la banque devrait-elle être tenue d'envoyer à ses clients des relevés de compte ?	152
Question 25	De combien de temps devrait pouvoir disposer le client d'une banque pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte ?	153
Question 26	Faudrait-il mettre en place une procédure très précise de correction des erreurs ?	154
Question 27	Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer des intérêts en cas de retard lors d'un transfert de fonds ?	155
Question 28	Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer les pertes de change en cas de retard dans le transfert de fonds ?	156
Question 29	Dans quelles circonstances la banque devrait-elle être responsable des dommages indirects ?	157
Question 30	Des règles spéciales devraient-elles régir la responsabilité interbancaire en cas de remboursement tardif ou d'erreur dans les transferts de fonds ?	159
Question 31	Quelles conséquences devrait avoir l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds ou une transaction de transferts de fonds ?	160
Question 32	Les transferts de fonds devraient-ils devenir définitifs, à certaines ou à toutes fins utiles, lors de l'accomplissement d'un événement particulier ou à un moment particulier de la journée ?	161

		<u>Page</u>
Question 33	Quel effet l'acquisition d'un caractère définitif par une transaction interbancaire de transfert de fonds devrait-elle avoir sur un virement effectué entre les comptes de deux clients ?	163
Question 34	La garantie de l'acceptation de l'ordre de transfert de fonds par la banque transférante devrait-elle influencer sur le moment où le transfert devient définitif ?	165
Question 35	Devrait-il y avoir une règle expresse sur la question de savoir, si une banque bénéficiaire à laquelle des fonds ont été envoyés pour remise au bénéficiaire sur présentation, détient ces fonds pour le compte du transférant ou pour celui du bénéficiaire ?	165
Question 36	Le moment où le transfert de fonds éteint l'obligation sous-jacente devrait-il dépendre des moyens utilisés par la banque pour effectuer ledit transfert ? Devrait-il coïncider avec celui où ce transfert devient définitif ?	166
Question 37	Les règles régissant les transferts de fonds devraient-elles prendre en considération la possibilité d'un défaut de règlement par une banque ?	167
Question 38	Un transfert de fonds peut-il devenir définitif en dehors des heures ouvrables normales ?	168
Question 39	Quand le débit ou le crédit devrait-il être réputé porté en compte ?	169
Question 40	Dans quel ordre les différentes transactions portées à un compte devraient-elles être réputées passées en écriture ?	170
Question 41	Une banque devrait-elle avoir le droit de recouvrer un crédit erroné en contre-passant l'écriture passée au compte du client ?	172

INTRODUCTION

1. Les précédents chapitres du présent guide juridique ont exposé les rapports entre l'évolution des transferts électroniques de fonds et le système des transferts de fonds sur papier dans le cadre des dispositions juridiques régissant les transferts de fonds. Dans le présent chapitre, un certain nombre de problèmes juridiques posés par cette évolution sont formulés en tant que questions auxquelles il faudra répondre pour pouvoir élaborer les règles nouvelles que nécessitera l'emploi des transferts électroniques de fonds. La plupart de ces problèmes amènent à se demander quelle est la règle juridique appropriée à appliquer dans tel ou tel cas et découlent de ce qui a été dit dans les chapitres précédents. Plusieurs de ces problèmes mettent en jeu des questions générales de principe. Chacune des questions posées est suivie d'un bref commentaire indiquant les divers facteurs qui peuvent influencer sur la réponse qu'il sera décidé de donner à chacune de ces questions.

2. Les commentaires renvoient aux passages des précédents chapitres qui intéressent particulièrement la question posée ainsi qu'à certaines publications autres que le présent guide. Les titres des chapitres auxquels les commentaires renvoient ont été abrégés comme suit :

Terminologie utilisée dans le guide	Terminologie
Généralités sur le système de transferts électroniques de fonds	TEF général
Accords de transfert de fonds et ordres de transfert de fonds	Accords
Fraude, erreurs, traitement inapproprié des ordres de transfert et responsabilité	Responsabilité
Caractère définitif des transferts de fonds	Caractère définitif

Question 1

L'évolution des transferts électroniques de fonds demande-t-elle des changements importants de la législation ?

Commentaire

1. Etant donné que les procédures qui sont à la base des transferts de fonds demeurent les mêmes, que le moyen de communication soit le papier ou l'électronique, on pourrait penser que les dispositions régissant les transferts de fonds sur papier demeurent pour l'essentiel applicables aux transferts électroniques de fonds. Mais, du fait que les transferts électroniques ne s'effectuent pas de la même manière que les transferts sur papier, il est normal de constater que la législation devrait être modifiée pour s'adapter aux techniques nouvelles. Les paragraphes qui suivent exposent certains des principaux éléments qui indiquent dans quelle mesure la législation conçue pour les transferts sur papier aurait besoin d'être modifiée pour s'appliquer comme il convient aux transferts électroniques.

2. Etant donné que la plupart des transferts électroniques de fonds s'effectuent par virement, dans les pays où les transferts de fonds s'effectuaient essentiellement par chèque, il n'y a peut-être qu'un petit nombre de dispositions juridiques qui soient directement applicables en la matière. Bien que le présent guide juridique signale souvent l'identité ou la comparabilité des règles régissant les prélèvements et les virements, les règles conçues pour l'émission et l'encaissement des chèques, y compris leurs éléments négociables, ne peuvent pas s'appliquer, sans modification sensible, aux virements.

3. La suppression de tous les éléments négociables dans les prélèvements électroniques, à l'exception de ceux qui supposent le non-échange de chèques, lettres de change ou autres ordres de prélèvement négociables, offre l'occasion d'unifier ou d'harmoniser la législation régissant les prélèvements et la législation régissant les virements. Il se peut qu'il y ait déjà une certaine mesure d'harmonisation dans les dispositions régissant les réseaux de transferts électroniques de fonds traitant ces deux types de transferts. De plus vastes perspectives d'harmoniser la législation s'offriront peut-être lorsque la réglementation applicable aux transferts de fonds sera étudiée en vue d'être rendue applicable aux transferts électroniques de fonds.

4. Même dans les pays qui disposent d'une législation satisfaisante pour les virements sur papier, les nouvelles techniques demandent une adaptation de la législation dans différents domaines, notamment en ce qui concerne les délais prévus pour les différentes opérations, l'existence ou l'absence de responsabilité en cas de panne d'ordinateur dans l'une des banques, les réseaux de compensation ou de communication, le moment où un transfert devient définitif et les conséquences de son caractère définitif. Des modifications dans ces domaines ne porteraient pas atteinte à la structure des dispositions juridiques existantes, mais elles risqueraient d'en modifier sensiblement la portée.

5. Bien que l'absence d'éléments négociables dans les transferts électroniques permette de simplifier la législation en harmonisant les dispositions qui concernent les prélèvements et celles qui concernent les virements, la mise au point de plusieurs procédés nouveaux différents pour la réalisation des transferts et l'évolution continue des techniques peuvent

amener à de nouvelles subdivisions de la législation. Il peut être utile de faire une distinction entre les transferts transmis par lots et les transferts individuels effectués par télécommunication, entre les transactions réalisées à l'aide de cartes de débit et celles qui s'effectuent à l'aide de cartes de crédit, ainsi qu'entre les transactions déclenchées sur un terminal client et celles qui s'effectuent par le système électronique d'une banque. Dans une certaine mesure, ces distinctions peuvent se refléter de manière adéquate dans les contrats établis entre la banque et son client ainsi que dans les règles interbancaires régissant les différents types de réseaux de transfert. Mais, dans certains cas, ces distinctions devront apparaître dans la réglementation régissant les transferts de fonds; s'il n'y a qu'un petit nombre de règles spéciales qui résultent de ces distinctions, elles peuvent s'inscrire dans le cadre des dispositions générales régissant les transferts de fonds; en revanche, si leur nombre est très important, il peut se révéler préférable d'adopter des dispositions spéciales, comme c'est le cas actuellement pour les prélèvements et les virements. En tout état de cause, on continuera d'avoir besoin de règles applicables aux transferts sur papier, notamment dans le cas des chèques et des lettres de change.

6. Un certain nombre de questions liées aux transferts électroniques sont les mêmes quelle que soit la forme du traitement automatique des données, et les dispositions juridiques applicables dans ce domaine peuvent également être les mêmes pour les transactions de cette nature. L'une des questions fondamentales qui se posent à cet égard est de savoir quelle valeur probatoire attacher aux enregistrements informatisés des ordres de transfert adressés et reçus sous une forme susceptible d'être lue par l'ordinateur et des relevés de compte stockés de cette manière. La question de la recevabilité de l'authentification utilisée pour les transferts électroniques de fonds présente une importance particulière. Dans certains cas, les règles applicables en la matière sont énoncées dans les dispositions régissant les transferts de fonds et non dans les dispositions d'application générale.

7. L'essor parallèle des transferts électroniques de fonds, d'une part, et des transferts internationaux importants ou faibles, d'autre part, ouvre la voie à une normalisation internationale des procédures de transfert de fonds et incite de plus en plus les pays à rechercher une unification et une harmonisation internationales des dispositions applicables en la matière. Le présent guide juridique constitue un jalon important dans cette voie. L'étape suivante consisterait à élaborer des règles régissant de manière adéquate les différents aspects des transferts de fonds internationaux. Une autre étape encore consisterait à unifier ou harmoniser certains éléments de la législation interne, notamment lorsqu'il s'agit des éléments des transferts de fonds qui sont le prolongement interne de transferts opérés sur le plan international.

Question 2

A quels types de transactions financières la législation sur les transferts de fonds devrait-elle s'appliquer ?

Références

Caractère définitif, paragraphes 44 à 47
Question 4, paragraphe 5

Commentaire

1. Dans un certain nombre de pays, les établissements de dépôt qui, auparavant, n'étaient pas habilités à effectuer des transferts de fonds au nom de leurs clients peuvent maintenant le faire. Mais, dans d'autres pays, la législation sur les transferts de fonds n'a été appliquée que dans le cas des transferts effectués au moyen de prélèvements et de virements sur le compte courant d'une banque, la législation applicable en la matière donnant du mot "banque" une définition étroite. Les transferts de fonds effectués par prélèvement sur un compte courant ouvert auprès d'autres types d'établissements de dépôt, y compris les transferts de fonds opérés au moyen de prélèvements sur un compte postal, étaient généralement régis par un ensemble de règles distinctes, bien que celles-ci fussent souvent identiques ou analogues quant au fond aux règles applicables aux transferts de fonds effectués par le truchement des banques. Il n'y aurait pas de difficultés d'ordre technique à assujettir les transferts de fonds effectués par l'intermédiaire de tous les établissements de dépôt au même ensemble de règles juridiques, si cela était jugé souhaitable.

2. Outre leur compte auprès d'un établissement de dépôt, les clients peuvent avoir un solde créditeur auprès de nombreux autres organismes financiers, agents de change, courtiers de commerce ou compagnies d'assurances, par exemple. Dans certains pays, les clients peuvent maintenant transférer la totalité ou une partie de leur solde créditeur sur un compte détenu par des tiers auprès du même établissement, d'un autre établissement du même type ou d'une banque. Cette nouvelle pratique qui s'étend pose de sérieux problèmes d'ordre monétaire et réglementaire quant à l'appareil bancaire et au système de transfert de fonds en général. Elle amène aussi à se demander si ces transferts de soldes comptables, à supposer qu'ils soient autorisés, devraient être assujettis à la législation sur les transferts de fonds ou si, au contraire, à un autre régime juridique. Si l'on devait les assujettir à un autre régime juridique, nombre des problèmes juridiques identiques ou apparentés à ceux auxquels tente de répondre la législation sur les transferts de fonds devraient être étudiés.

3. Une transaction effectuée au moyen d'une carte de crédit peut ne pas être assimilée à un transfert de fonds au regard de la législation pertinente sur les transferts de fonds, par exemple lorsqu'il s'agit de statuer sur les conséquences d'une transaction frauduleuse ou le caractère définitif du prélèvement, puisque celui-ci est généralement considéré comme un prolongement du virement; à ce titre, il peut être assujetti à certains règles applicables en matière de crédit à la consommation et doit être réglé ultérieurement par un virement effectué à partir d'un autre compte du client. La législation sur les transferts de fonds peut être considérée comme s'appliquant uniquement au règlement du prélèvement du client et, éventuellement, au dédommagement du négociant ou de tout tiers qui a accepté la carte de crédit.

4. Néanmoins, lorsque le compte est ouvert auprès d'une banque ou autre établissement de dépôt, il peut être jugé approprié d'inclure les transactions dont il s'agit dans la catégorie des transferts de fonds, en particulier du fait que les prélèvements par carte de crédit effectués sur un compte bancaire s'inscriraient de toute évidence dans le cadre des transferts de fonds. Si les transactions par carte de crédit effectuées sur un compte bancaire sont considérées comme des transferts de fonds, il s'agit de savoir si les transactions par carte de crédit qui entraînent un prélèvement sur un compte ouvert auprès d'un organisme qui n'est ni une banque ni un autre établissement

de dépôt ne devraient pas être soumises à la législation sur les transferts de fonds. La décision en la matière sera peut-être différente selon que le bordereau de la carte de crédit ou le relevé électronique (ordre de prélèvement) est traité par le truchement des canaux bancaires ou en dehors. Mais les motifs sur lesquels se fonderait cette décision risquent de se trouver bouleversés du fait de modifications apportées ultérieurement aux procédures de compensation.

5. Un problème assez analogue peut se poser dans le cas de l'utilisation d'une carte à microcircuit à laquelle la banque a attribué une valeur avant de la remettre au client. La question de la carte "à valeur" remise au client et le prélèvement effectué sur son compte peuvent être considérés comme un transfert de fonds achevé, équivalent à la vente de chèques de voyage. L'utilisation de la carte déclencherait ainsi une procédure de remboursement par la banque, en faveur du négociant qui pourrait être considérée comme une forme de transfert par prélèvement électronique analogue à la remise d'un chèque de voyage. Mais si la carte "à valeur" était considérée comme une forme spéciale de compte auprès de la banque, elle constituerait simplement pour le client un moyen d'accéder à ce compte. Néanmoins, les conséquences que l'utilisation de la carte "à valeur" aurait pour la banque et pour le client peuvent être adéquatement couvertes par la législation sur les transferts de fonds, de la même manière que les conséquences que l'utilisation de chèques, de cartes de débit et autres moyens d'accès au compte ont pour la banque et pour le client sont couvertes par la législation sur les transferts de fonds.

Question 3

La législation sur les transferts de fonds devrait-elle reconnaître le rôle accru que le système de transfert de fonds joue dans les transferts de fonds interbancaires ?

Références

Terminologie, paragraphes 1 à 7
TEF général, paragraphes 1 à 5
Responsabilité, paragraphes 56 à 60
Questions 13, 16, 18, 22, 23

Commentaire

1. Jusqu'à une date récente, le système de transfert de fonds en place dans la plupart des pays ne limitait pas de manière rigoureuse la faculté des banques de choisir les méthodes à employer pour les transferts de fonds. Le faible volume des transferts de fonds effectués permettait de considérer que chaque ordre de transfert laissait à chaque banque le soin de décider comment y donner suite.

2. L'évolution technologique récente a abouti à la création de réseaux spécialisés de communications et de transferts de fonds et, par suite, à la normalisation de nombreux éléments des procédures de transfert de fonds. Les transferts s'effectuent pour une large part par le truchement de ces réseaux et la conception du système d'ensemble de transferts permet de déterminer si ces transferts peuvent être effectués de manière prompte, exacte et sûre.

3. Le degré de fragmentation du système bancaire est un des facteurs qui déterminent la mesure dans laquelle le rôle accru du système peut être dûment pris en considération dans la législation régissant les transferts de fonds. Lorsqu'il n'y a qu'un petit nombre de banques comptant de nombreuses agences, chaque banque représente une part importante de l'ensemble du système de transferts de fonds. La banque se trouve donc par la force des choses responsable tant de la conception des installations informatisées dans une agence donnée que du système de transmission reliant les différentes agences. Etant donné que dans bon nombre de cas il s'agirait à la fois de la banque transférante et de la banque bénéficiaire, la plupart des problèmes juridiques résultant de la transmission de l'ordre de transfert d'une banque à une autre disparaîtraient du même coup. Ainsi, il n'y a peut-être pas de différence notable entre les règles qui partent du principe que la banque constitue une entité propre et celles qui considèrent la banque comme un des maillons du cadre plus vaste du système des transferts de fonds.

4. Lorsque le système bancaire est fragmenté et qu'il y a un grand nombre de banques procédant à des transferts de fonds, la distinction entre la banque en tant qu'entité propre et la banque en tant que maillon du système des transferts est forcément plus marquée. Cet état de choses peut avoir des conséquences de deux ordres : d'une part, on peut considérer qu'il est essentiel que la loi reconnaisse ouvertement le rôle que la banque opère dans le cadre du système de transfert de fonds et, d'autre part, les banques peuvent faire preuve d'une plus grande réticence à l'idée de perdre une certaine partie de leur indépendance du fait de cette reconnaissance.

5. La fragmentation du système bancaire revêt une importance particulière pour les transferts de fonds internationaux. En effet, non seulement un grand nombre de banques de tous les pays participent à la réalisation des transferts, mais, qui plus est, les différentes pratiques bancaires et les différentes dispositions appliquées dans ce domaine tendent à isoler les banques les unes des autres. Toutefois, on peut penser que c'est précisément dans le domaine des transferts de fonds internationaux que les banques modifient le plus aisément leurs pratiques pour s'adapter aux impératifs technologiques de certains réseaux de transferts et de l'ensemble du système des transferts de fonds.

6. Le rôle fondamental que le système joue dans les transferts de fonds peut être reconnu sur le plan juridique de multiples façons. Les accords conclus entre banques, y compris les règles régissant la compensation, peuvent être acceptés en tant qu'instrument clef pour l'élaboration de règles applicables à l'ensemble du système. Selon ces règles ou selon le droit même, c'est une seule partie qui peut être tenue pour responsable envers le client des erreurs ou des fraudes qui se produisent en tout point du système tout entier. Les banques peuvent être tenues d'appliquer des procédures normalisées pour pouvoir participer à certains réseaux de transferts de fonds. Si elles subissent des pertes du fait d'une conception défectueuse du système ou de son mauvais fonctionnement, elles sont en droit de demander un dédommagement à l'ensemble du système ou aux autres banques participantes.

Question 4

Le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire et les transactions de transfert visant à exécuter les transferts de fonds devraient-ils être assujettis aux mêmes règles ? Dans le cas où

certaines des règles applicables seraient différentes, ces différences devraient-elles se refléter dans la législation ou dans les accords conclus entre banques ?

Références

Caractère définitif, paragraphes 23 à 30
Question 2, paragraphes 3 et 4
Question 5

Commentaire

1. Les transactions de transfert entre banques qui visent à exécuter un transfert de fonds interbancaire entre un transférant et un bénéficiaire peuvent être examinées dans deux optiques différentes. Le point de vue traditionnel, dans la plupart des pays, veut que les transactions de transfert soient considérées comme des opérations auxiliaires par rapport aux transferts de fonds. Les accords interbancaires qui régissent les transferts de fonds servent principalement à définir les relations techniques entre banques et n'altèrent pas, ou ne devraient pas altérer, les droits que la loi reconnaît au transférant et au bénéficiaire. Le second point de vue, qui semble prévaloir dans le cas des transferts de crédits effectués individuellement par télécommunication, veut que la transaction de transfert entre les banques émettrices et les banques réceptrices constitue l'élément essentiel. Les virements d'une banque à une autre répondent à un certain nombre d'objectifs, dont l'un seulement est la suite à donner à l'ordre du client. Le fait qu'une transaction de transfert s'effectue conformément à l'ordre du client présente un intérêt opérationnel pour la banque transférante, qui débitera le compte client correspondant, mais il ne présente aucun intérêt opérationnel pour les banques intermédiaires sauf dans la mesure où un type de message particulier a été employé et où certaines zones de données dans l'ordre de transfert contiennent des informations à transmettre à la banque suivante.

2. Etant donné que chaque transaction de transfert de fonds est traitée par les banques comme une transaction bancaire séparée et complète, on pourrait s'attendre à ce que certains problèmes juridiques se posent, tels que celui du moment où la transaction devient définitive ou celui du moment où la responsabilité pour erreurs se trouverait mise en jeu, comme c'est le cas pour le transfert de fonds lui-même. Faute d'autres règles, on pourrait penser que les règles généralement applicables aux transferts de fonds s'appliquent également dans ce domaine. Mais il y a lieu de ne pas oublier que les règles qui conviennent à une transaction de transfert de fonds entre deux banques peuvent différer quelque peu des règles qui conviennent à un transfert de fonds entre deux clients autres que des banques, même si la transaction de transfert de fonds a pour objet d'exécuter un transfert pour un client.

3. Si on désirait que les règles applicables aux transactions de transfert de fonds soient légèrement différentes de celles qui régissent les transferts de fonds entre les clients des banques, il y aurait lieu de se demander s'il ne serait pas préférable que ces règles soient incorporées aux dispositions générales régissant les transferts de fonds, fassent l'objet d'une section spéciale de la législation régissant les relations interbanques ou fassent l'objet d'accords entre banques. L'argument selon lequel ces règles devraient être adoptées sous forme de législation part du principe suivant : étant donné que les règles applicables aux transactions de transfert pourraient avoir une incidence sur le transfert opéré par le client, elles devraient être élaborées

de manière à ne pas porter atteinte aux droits que la loi reconnaît au client. Par suite, il serait préférable qu'elles fassent l'objet de l'examen au grand jour qui est normalement prévu dans le cas des projets de loi. L'argument selon lequel ces règles devraient être adoptées dans le cadre d'un accord entre banques part du principe que des règles différentes pourraient se révéler convenir aux différents réseaux de transfert de fonds. En outre, en raison du caractère technique de nombre de ces règles et de la nécessité de les modifier à mesure qu'évoluent les techniques et les pratiques bancaires correspondantes, il serait sans doute préférable de leur donner une forme plus souple. On pourrait penser que les répercussions qu'elles auraient pour la clientèle des banques ne seraient pas plus importantes que celles qu'ont les règles ou pratiques bancaires qui régissent actuellement les aspects techniques des transactions de transfert de fonds.

4. On pourrait particulièrement se demander s'il ne serait pas souhaitable de disposer de règles convenues régissant certains aspects des transactions internationales importantes de transfert de fonds. Etant donné que les règles internes applicables aux transferts interbancaires, qui pourraient sinon s'appliquer également dans une large mesure aux transferts internationaux, diffèrent à d'importants égards les unes des autres, l'unification ou l'harmonisation de ces règles dans toute la mesure possible devraient pouvoir se traduire par des résultats positifs significatifs.

5. Il semble que la situation serait légèrement différente dans le cas de transactions internationales effectuées au moyen de cartes de crédit ou de cartes de débit. Avant que les cartes émises dans un pays ne soient acceptées dans un autre pays, des accords sont toujours conclus entre banques pour régler les problèmes de nature tant technique que juridique. Ces accords sont propres à chaque réseau. Ainsi, différents accords interbancaires régissant l'utilisation internationale des cartes de crédit et des cartes de débit sont déjà en vigueur dans la plupart des pays. Etant donné que les ordres de transfert par carte de crédit ou carte de débit sont actuellement acheminés par des canaux spéciaux pour des raisons d'ordre technique, il y a peu de conflits possibles avec d'autres formes de transferts internationaux de fonds. Mais, si le volume des transferts de fonds internationaux opérés sous cette forme continue de s'accroître, il y aurait peut-être lieu d'examiner les rapports entre ce système et les dispositions régissant d'autres formes de transfert international de fonds.

Question 5

Devrait-on établir des règles universellement acceptées pour régir les transferts électroniques internationaux de fonds ?

Références

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, A/41/17, Annexe I
Questions 4 et 6

Commentaire

1. Dès que le transférant donne à sa banque l'ordre de transférer des fonds en faveur du bénéficiaire auprès d'une banque d'un pays étranger, un transfert international de fonds est déclenché. Une opération de ce genre supposera

donc une étroite association d'intérêts nationaux et internationaux. Le transfert de fonds effectué entre le transférant et le bénéficiaire revêt, en soi, un caractère international. La toute première et la toute dernière des opérations, l'ordre de transfert de fonds donné par le transférant, le prélèvement opéré sur son compte par la banque transférante et le crédit porté au compte du bénéficiaire, constituent en soi des démarches identiques, à l'échelon national, à celles entreprises dans le cadre d'un transfert intérieur de fonds. Une ou plusieurs transactions de transfert de fonds doivent être effectuées entre des banques de différents pays et il est possible également qu'une ou plusieurs de ces transactions interviennent dans le pays du transférant ainsi que dans celui du bénéficiaire.

2. Cette situation présente quelque analogie avec le cas de l'expédition de marchandises de l'intérieur d'un pays à l'intérieur d'un autre pays, puisque la même activité économique du chargeur peut être assurée aussi bien par des transporteurs nationaux des deux pays que par un ou plusieurs transporteurs internationaux. Il existe une certaine tension entre la nécessité ou le désir de prévoir des régimes juridiques distincts pour chaque mode national et international d'une expédition et la nécessité ou le désir de prévoir un seul régime juridique applicable à l'ensemble de l'expédition. Dans le cas d'un envoi de marchandises, le désir de n'appliquer qu'un seul régime juridique à l'ensemble de l'expédition a conduit à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises. Toutefois, l'objet de cette convention est moins de se substituer aux régimes juridiques applicables aux divers modes que de coordonner certains de leurs effets juridiques.

3. Etant donné qu'il n'existe pas actuellement de règles régissant les transferts internationaux de fonds, à l'exception des règles de la SWIFT relatives aux aspects de la transmission d'un ordre de transfert de fonds dans ce réseau et des règles applicables à l'intérieur du réseau des cartes de crédit et de débit utilisées à l'échelle internationale, le fait qu'un transfert de fonds ou que l'une ou plusieurs des transactions permettant sa réalisation, soient à caractère international implique que les règles de conflits de droits renverraient au droit positif de l'un des pays concernés. Ce droit peut éventuellement comprendre des règles spéciales régissant les transferts internationaux de fonds ou, sans leur appliquer expressément des règles spéciales, reconnaître les différences inhérentes à ces transferts. Une de ces différences essentielles, par exemple, est le fait qu'une partie du transfert de fonds est effectuée dans un pays étranger conformément aux règles et pratiques bancaires de ce dernier.

4. Le principe dont s'inspire le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, est de régir les ordres de transfert de fonds émis par le transférant et toutes les transactions de transfert de fonds nécessaires pour donner suite à ces ordres. Toutefois, on peut observer que ce projet de convention précise que certains problèmes juridiques relatifs aux lettres de change ne relèvent pas de son champ d'application. Il convient en particulier de noter que les droits et obligations de la banque intermédiaire qui endosse la lettre de change seraient également régis par la convention, même si la lettre de change lui était transmise par une autre banque dans le pays où elle est établie. Cette optique est conforme au point de vue traditionnel exposé sous la Question No 4, point de vue selon lequel les transactions interbancaires permettant de donner suite à l'ordre de transfert de fonds donné par un client

autre qu'une banque revêtent un caractère auxiliaire par rapport au transfert de fonds. Dans le cas des transferts électroniques de fonds, la transaction de transfert de fonds intervenant entre la banque transférante nationale et la banque intermédiaire nationale serait, selon cette même approche, assujettie à la législation internationale. Un tel état de choses aurait des répercussions sensibles sur les réseaux nationaux de transferts électroniques de fonds qui traitent le maillon national des transferts internationaux de fonds.

5. Ce projet de convention est limité dans ses effets par son article premier (Champ d'application) qui dispose que le projet de convention ne s'applique que si les parties l'ont choisi en tant que législation pertinente en utilisant une lettre de change contenant les termes "lettre de change internationale (Convention de ...)". Cette convention ne s'appliquerait donc pas à toutes les lettres de change utilisées dans les transactions internationales intervenant entre des parties établies dans les Etats contractants. Les règles régissant les transferts électroniques internationaux de fonds pourraient être soumises à une restriction du même genre, auquel cas l'ordre de transfert de fonds envoyé par la banque transférante et chacune des banques intermédiaires devrait contenir cette précision.

6. Une approche moins radicale que celle adoptée dans le projet de convention consisterait à assujettir les relations existant, d'une part, entre le transférant et le bénéficiaire et, d'autre part, toutes les banques intervenant dans le déroulement du transfert de fonds, à des règles universellement acceptées, cependant que les transactions interbancaires de transfert de fonds resteraient assujetties à la législation nationale pertinente, ainsi qu'à tout accord interbancaire applicable en la matière. Si une telle approche était adoptée, une décision devrait être prise quant au texte à invoquer dans les cas où les règles internationales confèrent au transférant ou au bénéficiaire des droits à l'encontre de l'une des banques, alors que la législation applicable en l'accord interbancaire contient des dispositions contraires en ce qui concerne la transaction nécessaire à la réalisation d'un transfert de fonds. Par exemple, les règles internationales pourraient permettre de révoquer un ordre de transfert de fonds jusqu'à ce que le compte du bénéficiaire ait été définitivement crédité, bien que les règles régissant un réseau donné de transferts de fonds par lequel les transferts de fonds sont acheminés pourraient limiter la mesure dans laquelle un ordre de transfert de fonds pourrait être révoqué par une banque émettrice (voir Question 33).

Question 6

Devrait-on établir des règles universellement acceptées sur les conflits de lois pour les transferts électroniques internationaux de fonds ?

Référence

Question 5

Commentaire

1. Etant donné qu'il n'existe pas de régime juridique généralement agréé dans le cas des transferts électroniques internationaux de fonds, on pourrait envisager l'élaboration de règles universellement acceptées sur les conflits de lois.

2. L'adoption de règles de droit universellement acceptées présenterait essentiellement un intérêt pour un aspect de la législation relative au transfert de fonds, à savoir la relation existant entre le transférant et le bénéficiaire entre eux et leur relation avec les banques assurant le transfert de fonds. La situation peut se révéler particulièrement difficile lorsque le transfert de fonds est effectué dans la monnaie d'un pays tiers et que les banques de ce pays participent à cette opération soit en tant que banques intermédiaires, soit en tant que banques chargées du remboursement. L'adoption de règles universellement acceptées sur les conflits de lois permettrait de répondre en partie à l'une des principales questions de fond qui n'a pas encore fait l'objet d'un accord, à savoir si une banque intermédiaire a des devoirs directement envers le transférant (ou éventuellement son mandataire désigné par la banque émettrice) ou si elle n'a d'obligations que vis-à-vis de la banque émettrice avec laquelle elle a des rapports contractuels. Bien que cette question risque de se poser surtout en ce qui concerne la responsabilité des erreurs ou des retards, elle peut également se poser dans différents cas, notamment lorsqu'il s'agit de savoir si le transférant ou la banque transférante est autorisé(e) à prescrire directement une banque intermédiaire avec qui il ou elle n'a pas de rapports contractuels de s'abstenir de donner suite à un ordre de transfert de fonds que cette banque a reçu d'une autre banque intermédiaire.

3. Les conflits de lois intervenant dans le cas des transactions de transfert de fonds sont peut-être les plus faciles à régler, puisque chaque transaction de transfert de fonds constitue un accord bilatéral simple. Il est probable que seuls les ordres de transfert électronique de fonds transmis d'un pays à un autre seraient remis en question, puisque les transactions nationales de transfert de fonds effectuées avant et après la transaction internationale seraient vraisemblablement assujetties aux législations intérieures.

4. L'élaboration de règles sur les conflits de lois est une tâche qui, semble-t-il, ne pourrait pas être réalisée de manière efficace par la communauté bancaire. On peut penser que c'est aux tribunaux qu'il appartient de veiller à l'application d'accords interbancaires contenant les règles de fond applicables aux relations entre banques, ainsi qu'à la clause sur le choix du droit régissant les relations bilatérales entre les deux banques participant à une transaction de transfert de fonds. Toutefois, il est moins probable que ces tribunaux assureront la mise en oeuvre d'une telle clause figurant dans un accord interbancaire établi en vue de son adoption par la communauté bancaire dans son ensemble et ayant pour objet de régler les éventuels conflits qui pourraient surgir dans le cadre des différentes transactions de transfert de fonds. Il est également peu probable que les tribunaux assurent la mise en oeuvre des règles relatives aux conflits de lois élaborées par l'ensemble des banques pour régir les relations entre transférant et bénéficiaire, d'une part, et les banques chargées d'effectuer le transfert, d'autre part.

5. Donc, s'il était jugé souhaitable que les Etats adoptent pour les transferts électroniques internationaux de fonds un ensemble de règles universellement acceptées sur les conflits de lois, le mieux serait qu'elles soient élaborées par un organe international compétent.

Question 7

Dans le cas de transferts de fonds, les règles d'administration de la preuve accordent-elles aux données enregistrées sous une forme déchiffrable par l'ordinateur la même valeur juridique qu'aux données conservées sur papier ?

Références

Valeur juridique des enregistrements informatiques, rapport du Secrétaire général, A/CN.9/265
Questions 21 et 22

Commentaire

1. Afin que les transferts électroniques de fonds, tant nationaux qu'internationaux, soient assortis d'une garantie juridique, les règles d'administration de la preuve, bien que ne relevant pas de la législation relative aux transferts électroniques de fonds, devraient accorder aux données enregistrées sous une forme déchiffrable par l'ordinateur ou établies à partir d'elles la même valeur juridique qu'aux données conservées ou présentées sur papier. C'est la raison pour laquelle une large part des nombreuses études entreprises à l'échelon national sur les aspects juridiques des transferts électroniques de fonds a été consacrée à la question de la preuve.

2. Ainsi qu'il ressort d'une étude réalisée par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, il semble que dans la plupart des pays les enregistrements informatiques puissent être utilisés comme preuve en cas de litige. Dans les pays de common law, ces enregistrements ne sont généralement acceptés comme preuve que si la partie qui les invoque peut établir certains faits en ce qui concerne l'enregistrement à proprement parler et le système informatique. Ce qui importe au premier chef, c'est que le système ait été judicieusement conçu et géré de manière satisfaisante afin de réduire au minimum les possibilités d'erreur dans les données conservées sur l'enregistrement. Dans certains pays de common law, les enregistrements des institutions financières sont admis plus libéralement. Dans les pays dotés d'autres systèmes juridiques, il n'est pas nécessaire d'établir que le système a été judicieusement conçu et bien géré pour qu'un enregistrement informatique soit admis comme preuve. Toutefois, quel que soit le régime juridique, il est toujours possible de contester l'exactitude d'un enregistrement informatique en faisant valoir, entre autres, que l'ensemble du système informatique n'a pas été judicieusement conçu ou géré de manière satisfaisante.

3. Dans plusieurs pays ayant mis au point une liste exhaustive des types de preuve admissibles, les enregistrements informatiques sont admis comme preuve pour les litiges à caractère commercial mais non dans les différends à caractère non commercial. Etant donné que cette dernière catégorie recouvre en principe la plupart des transactions effectuées au moyen des distributeurs automatiques de billets, de guichets automatiques de banque et de terminaux points de vente, les transferts électroniques de fonds peuvent poser de sérieux problèmes dans ces pays. En particulier, lorsqu'un client non commercial nie avoir utilisé un terminal client, il peut se révéler difficile, voire impossible, pour la banque de prouver qu'il l'a effectivement fait, sur la seule base de l'enregistrement informatique de la transaction (voir Question No 21). Dans un petit nombre de pays où la loi prescrit expressément

le type d'informations dont un tribunal doit être saisi pour décider si des enregistrements informatiques peuvent être admis comme preuve, on constate que ces prescriptions légales ont été rédigées en termes de traitement des données par lots et qu'il est parfois difficile d'utiliser ces enregistrements lorsque l'ordre de transfert de fonds a été émis à partir d'un premier ordinateur puis transmis à un second ordinateur par l'envoi d'un support de mémoire informatisé ou par télécommunications.

4. Aucun précédent n'indique encore si les enregistrements informatiques réalisés dans un pays pourraient être utilisés comme preuve devant les tribunaux d'un autre pays au même titre que les enregistrements réalisés dans le dernier pays. Tous les problèmes qui pourraient surgir dans ce domaine risqueraient de compromettre sérieusement les transferts électroniques internationaux de fonds.

5. Le non-échange des ordres de prélèvement ou de virement sur papier et l'envoi des données essentielles par des moyens électroniques peut poser quelques interrogations quant à la valeur probante de l'enregistrement informatique dans la banque pratiquant le non-échange ou dans une banque réceptrice, par rapport à celle de l'ordre transmis sur papier. Bon nombre de pays exigeront peut-être une copie bien nette et durable de l'ordre original transmis sur papier, tout en acceptant qu'elle soit conservée sous forme de microfilm.

Question 8

Le non-échange de chèques, lettres de change et autres ordres de prélèvement donnés à la banque de dépôt exige-t-il une modification de la législation ?

Références

Accords, paragraphes 13 à 18

Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 7 juin 1930)

Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 19 mars 1931)

Commentaire

1. Il semble que dans les pays où les banques pratiquent le non-échange de chèques ou d'autres ordres de prélèvement, aucune modification n'ait été apportée à la législation applicable en la matière. Les banques semblent avoir établi que les économies réalisées grâce au système de non-échange sont plus importantes que le montant estimé des pertes qu'elles subiraient occasionnellement si elles ne pouvaient pas satisfaire aux prescriptions légales adoptées avant que le procédé de non-échange soit praticable. Dans plusieurs autres pays, il semble que la préoccupation que suscitent les pertes éventuelles découlant du non-échange de chèques sans modifications des prescriptions légales ait contribué pour une large part au ralentissement de cette évolution. C'est pourquoi, dans tous les pays où l'on envisage sérieusement d'instituer le non-échange de chèques, il y aurait lieu de prévoir également une modification de la législation applicable aux chèques et lettres de change afin d'éliminer, pour les banques, tout risque de perte que ne justifierait pas l'ordre public.

2. Le risque le plus important que présente le système de non-échange de chèques est l'impossibilité pour la banque tirée de vérifier l'authenticité de la signature du tireur avant que le chèque soit honoré. Cette situation ne serait d'ailleurs pas sensiblement différente de ce qui se passe actuellement dans de nombreux pays où, la plupart du temps, les banques ne comparent pas les signatures apposées sur les chèques. De plus, le tireur d'un grand nombre de chèques peut donner à la banque tirée une liste, sur papier ou sur ruban magnétique, de leurs numéros et de leurs montants, lui permettant ainsi de vérifier pour l'essentiel l'authenticité des chèques non échangés. Il peut donc apparaître raisonnable que la banque tirée continue de courir le risque qu'un chèque non échangé puisse ne pas être authentique. L'autre solution consisterait à modifier la loi de manière, par exemple, que la banque tirée puisse débiter le compte du tireur même si la signature de ce dernier n'est pas authentique dans le cas où le chèque a été établi sur une formule de chèque numéroté fourni au tireur par sa banque et où ce dernier n'a pas notifié à sa banque la disparition du chèque numéroté en question. Cette solution consisterait, en fait, à calquer la règle généralement appliquée pour les cartes de débit et les cartes de crédit.

3. Dans la plupart des pays où la loi semble disposer qu'un chèque ne peut être honoré que s'il est matériellement présenté à la banque tirée, les dispositions peuvent souvent être interprétées en ce sens que ce sont les données figurant sur le chèque qui doivent être présentées et non le chèque à proprement parler en tant que véhicule des données. Dans les pays où une telle interprétation n'est pas possible ou n'est pas acceptable, la loi pourrait être modifiée en conséquence. Cette question peut également se poser lorsqu'il s'agit de savoir si le chèque a été présenté dans les délais prévus et quels sont en cas de refus les délais autorisés pour notification ou protêt.

4. Dans un petit nombre de pays, la banque tirée est tenue de s'assurer que le chèque n'a pas été présenté avant la date qu'il porte et, inversement, que le chèque n'est pas trop vieux et, donc, toujours valable. Ces faits peuvent être facilement vérifiés par la banque qui pratique le non-échange et il semble que le plus judicieux serait que les banques acceptent que, pour toute perte encourue dans ses relations avec le tireur, la banque tirée soit dédommée par la banque pratiquant le non-échange. Parallèlement, cette dernière peut, au même titre que la banque tirée, s'assurer que le chèque n'a pas été matériellement altéré et le marquer sur le chèque afin qu'il ne puisse pas être présenté une seconde fois.

5. Dans le cas où le chèque refusé doit être protesté, il semble que la loi pourrait être judicieusement modifiée de manière que le protêt ou son équivalent puisse être fait selon des modalités appropriées. On pourrait également prévoir une modification de la loi visant à éliminer la règle selon laquelle les chèques annulés doivent être renvoyés au tireur avant que commencent à courir les délais dans lesquels le tireur peut aviser sa banque des prélèvements injustifiés effectués sur son compte.

6. Les Etats parties aux Conventions de Genève sur les lettres de change et sur les chèques violeraient leurs obligations à ce titre s'ils devaient modifier leur législation pour faciliter le non-échange.

Question 9

La généralisation des techniques utilisées pour les transferts électroniques de fonds exige-t-elle une modification des lois relatives au secret bancaire ?

Références

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Strasbourg, 28 janvier 1981).

Directives sur la protection de la vie privée et la transmission transfrontalière des données à caractère personnel (Organisation de coopération et de développement économique, Paris, 23 septembre 1980).

Commentaire

1. Le secret bancaire constitue l'un des aspects les plus importants du débat public permanent sur les atteintes à la vie privée qui sont aujourd'hui facilitées grâce à la mise en mémoire des données, au raccordement des ordinateurs par télécommunications et au fait de pouvoir accéder à ces derniers à distance. Autre préoccupation importante, les données relatives aux transactions bancaires peuvent révéler un système sous-jacent d'activité économique. C'est pourquoi certains Etats souhaitent limiter les flux transfrontaliers des données qui permettent de communiquer ces informations à d'autres Etats à des fins de traitement ou d'utilisation.
2. Dans de nombreux pays les banques sont tenues au secret professionnel en ce qui concerne les affaires de leurs clients, sauf lorsque la divulgation de l'information est autorisée par le client ou requise par l'Etat, conformément aux dispositions pertinentes de la loi. La violation de cette obligation professionnelle peut constituer un délit, ou engager la responsabilité des banques devant leurs clients pour tout préjudice causé. Autrefois, la divulgation non autorisée d'informations était généralement un acte délibéré de la banque ou de l'un de ses employés. Aujourd'hui, étant donné que cet acte peut être dû au fait qu'une personne non autorisée ait eu accès à l'ordinateur de la banque ou que des ordres de transferts de fonds transmis par télécommunications aient été interceptés, il convient peut-être de se demander si l'obligation ne devrait pas être faite aux banques d'établir un système de sécurité pour la transmission des ordres de transferts de fonds et leur stockage afin d'en limiter les possibilités d'accès.
3. La facilité avec laquelle les transferts internationaux de fonds peuvent être effectués grâce aux télécommunications permet de dissimuler plus aisément les transferts de fonds effectués pour diverses raisons telles que le règlement de transactions illégales, l'évasion fiscale, ou pour se soustraire au contrôle des changes en déplaçant rapidement les fonds d'un compte à un autre en des lieux différents. Dans un certain nombre de pays, les autorités publiques ont tenté de contrecarrer ces activités en examinant plus en détail les relevés bancaires des transferts de fonds, y compris, dans certains cas, les relevés de banques ou d'agences établis dans des pays étrangers. Dans certains cas, les banques ou les gouvernements étrangers ont refusé de fournir des informations sur les comptes de banques étrangères ou de leurs agences en invoquant le secret bancaire ou en faisant valoir que la communication de ces renseignements constituerait un acte d'espionnage économique.

4. Les arguments présentés en faveur d'un renforcement du secret bancaire face aux menaces croissantes que représente l'utilisation de l'informatique, tout comme ceux présentés en faveur d'un plus large accès aux relevés bancaires dans le cadre d'enquêtes criminelles et le renforcement de la coopération internationale dans ce domaine, revêtent actuellement une importance toute particulière. La conclusion du débat sur ces questions et d'autres questions connexes pourrait néanmoins être attendue dans un contexte plus large que celui des seuls transferts électroniques de fonds, voire même du secteur bancaire en général.

Question 10

Les banques devraient-elles établir avec leurs clients des contrats écrits stipulant les droits et devoirs respectifs du client et de la banque, dans le cas de transferts électroniques de fonds ?

Référence

Accords, paragraphes 1 à 11

Commentaire

1. Les traditions varient d'un pays à l'autre quant à la nécessité d'établir des contrats écrits dans ce domaine. Dans les pays où les contrats écrits ne sont pas d'usage courant, on recourt en général aux traditions et pratiques bancaires fournies pour la teneur de l'accord stipulé entre les parties.

2. Toutefois, on peut penser que suite à l'introduction de nouvelles techniques de transfert de fonds et, notamment, des transferts électroniques, les traditions et pratiques bancaires ne permettront peut-être plus de fournir les éléments nécessaires pour régler bon nombre de questions qui peuvent se poser. Il semble que les banques exigent toujours l'établissement d'accords écrits avant de délivrer des cartes de crédit ou des cartes de débit. Il n'est apparemment pas toujours nécessaire que les contrats écrits soient établis avant que les clients soient autorisés à participer à des programmes de gestion de portefeuilles et transferts de fonds d'un montant élevé, mais ils peuvent néanmoins se révéler particulièrement utiles dans ce domaine puisque certains aspects de l'arrangement stipulé entre la banque et le client peuvent varier d'un client à l'autre.

3. Hormis certaines clauses des contrats établis pour le transfert de fonds représentant des sommes importantes, les accords conclus entre la banque et le client sont rédigés par les banques et présentés à leurs clients en tant que condition préalable à l'ouverture d'un compte. Les méthodes utilisées pour limiter les abus auxquels peuvent donner lieu ces contrats d'adhésion varient selon les pays.

Question 11

Les autorisations de prélèvement automatique devraient-elles faire l'objet d'une quelconque restriction ?

Référence

Accords, paragraphes 21 à 23

Commentaire

1. Bien qu'une autorisation de prélèvement automatique équivale fondamentalement à l'autorisation donnée à une banque d'honorer certaines lettres de change tirées sur le compte du transférant et domiciliées auprès de celle-ci, il existe entre ces deux types d'autorisation des différences fonctionnelles qui peuvent susciter quelque préoccupation. La principale différence est que l'encaissement de lettres de change ne se pratique que pour s'assurer qu'une partie commerciale s'acquitte de son règlement alors que l'usage le plus répandu des autorisations de prélèvement automatique est destiné au recouvrement de sommes dues à intervalles réguliers par des consommateurs. Autre différence notable, l'autorisation d'honorer une lettre de change ne peut être adressée qu'à la banque transférante alors que, dans certains pays, une autorisation de prélèvement automatique peut également être adressée à la banque bénéficiaire, voire au bénéficiaire lui-même.

2. On peut considérer que l'autorisation de prélèvement automatique devrait être donnée à la banque transférante, qui pourrait ainsi s'assurer de l'existence de l'autorisation avant de donner suite à l'ordre de prélèvement reçu soit de la banque bénéficiaire, soit du bénéficiaire (dans un transfert où n'intervient qu'une banque). Pourtant, même alors, rien n'assure que l'ordre de prélèvement établi par le bénéficiaire s'accorde à l'obligation créée par sa créance. On peut donc penser que dans tous les cas, le transférant devrait avoir le droit absolu de demander, dans un délai déterminé, que le prélèvement soit contre-passé s'il affirme qu'il était injustifié. La contre-passation rétablirait certes l'obligation du transférant de s'acquitter de sa dette. On pourrait envisager d'infliger une pénalité au transférant qui demande contre-passation d'un prélèvement alors qu'existe une autorisation valable et qu'il n'a aucune raison positive de croire que le montant du prélèvement est erroné.

3. Les accords entre banques sur l'autorisation de prélèvement automatique devraient garantir que la banque bénéficiaire remboursera à la banque transférante tout prélèvement qu'elle a contre-passé à la demande du transférant. Le bénéficiaire accorderait la même garantie à la banque bénéficiaire.

4. Lorsque le prélèvement se fait à intervalles réguliers et rapprochés pour une somme fixe, le transférant peut aisément prévoir ses mouvements de trésorerie. Lorsque les transferts sont irréguliers, peu fréquents ou pour des sommes variables, le transférant, en particulier lorsqu'il s'agit d'un transférant non commercial, peut être dans l'incapacité de prévoir de manière exacte ses mouvements de trésorerie. L'inconvénient dépend pour une large part de la mesure dans laquelle les transférants et, notamment, les transférants non commerciaux, sont autorisés à avoir sur leurs comptes des soldes débiteurs à des taux d'intérêt raisonnables. Pour les cas préoccupants, on peut envisager de demander au bénéficiaire, à la banque bénéficiaire ou à la banque transférante de notifier au transférant, suffisamment à l'avance, la date et le montant du prochain prélèvement, afin que ce dernier puisse approvisionner. Une autre solution consisterait à autoriser le transférant à retirer son autorisation avant que le prélèvement ne soit effectué.

Question 12

La forme d'authentification exigée pour un transfert électronique de fonds devrait-elle être soumise à une prescription légale ?

Références

Accords, paragraphes 26 à 39
Question 21

Commentaire

1. Il semble qu'aucun pays n'exige qu'un ordre de transfert de fonds soit transmis sous forme écrite. C'est pour cette raison que les banques ont pu utiliser différentes techniques pour les transferts électroniques de fonds, tels que le télex, les télécommunications effectuées d'ordinateurs à ordinateurs, l'envoi d'un support de mémoire; dans certains pays même, les ordres sont donnés oralement par téléphone, sans devoir fournir une autorisation expresse par écrit. En l'absence d'une législation autorisant les transferts de fonds par des moyens électroniques, il semble n'exister apparemment aucune prescription générale selon laquelle les ordres de transfert de fonds devraient être authentifiés.
2. Il peut être jugé souhaitable d'exiger en droit que tous les ordres de transfert de fonds, y compris les ordres transmis par des moyens électroniques, soient authentifiés. Toutefois, on peut également considérer cette mesure comme superflue puisqu'une banque ne sera pas en mesure de justifier le prélèvement effectué sur un compte si elle n'a pas reçu au préalable un ordre de transfert de fonds transmis sous une forme valable en cas de litige ultérieur. Cette circonstance devrait suffire en soi à inciter les banques à faire preuve de prudence dans l'utilisation de techniques de transfert de fonds lorsque les moyens d'authentification sont faibles, voire inexistantes. De plus, en maints pays, le contrôle bancaire blâmerait tout transfert de fonds opéré sur ordre non dûment authentifié.
3. Si on estime qu'il est souhaitable d'exiger en droit que les ordres de transfert électronique de fonds soient authentifiés, on peut également juger utile d'indiquer les formes d'authentification acceptables au regard de la loi. Cette précision permettrait, non seulement de limiter les formes d'authentification aux catégories que le législateur aura estimé suffisamment sûres, mais également d'assurer qu'une authentification relevant des catégories prescrites puisse être considérée comme justifiant un prélèvement sur le compte du transférant, en cas de doute sur ce point.
4. Toutefois, on peut considérer qu'il est matériellement impossible d'incorporer dans la législation des dispositions précises quant à la manière dont un ordre de transfert électronique de fonds devrait être authentifié. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'un document établi sur papier, où on peut établir, si on le souhaite une liste relativement complète de moyens d'authentification, dont la signature, il existe d'innombrables manières d'authentifier un message transmis par télécommunications. Compte tenu de l'évolution rapide de la technologie, on peut penser que certaines des méthodes d'authentification utilisées actuellement perdent de leur efficacité cependant que de nouvelles méthodes d'authentification, plus fiables, seront mises au point.

5. On peut donc conclure que toute disposition légale relative à l'authentification d'un ordre de transfert électronique de fonds devrait, tout au plus, autoriser l'utilisation de moyens de vérification appropriés au type d'ordre en présence. Les questions relatives à la responsabilité en cas de pertes résultant d'une authentification frauduleuse ou erronée pourraient être traitées séparément, au même titre que d'autres questions, comme celle de savoir à quelle partie il incombe de prouver que l'authentification est valable ou non.

Question 13

Les banques expéditrices devraient-elles être tenues de se conformer aux formules normalisées pour l'envoi d'ordres de transfert de fonds ?

Références

Accords, paragraphes 47 à 54
ISO/DIS 7746, Formules normalisées des messages télex pour les
règlements interbancaires - Partie 1 : Transferts

Commentaire

1. Une banque expéditrice peut manquer de deux manières à ses obligations de respecter une formule normalisée. Elle peut ne pas utiliser le type de message approprié lorsqu'il en existe plusieurs ou elle peut ne pas inclure toutes les informations nécessaires pour le traitement automatique des données et, notamment, utiliser de façon erronée des abréviations ou d'autres désignations types, insérer les informations dans une zone erronée ou dans une zone destinée à un complément d'informations au lieu de les inscrire dans une zone de données bien précise. Inclure des informations inexactes, telles qu'un chiffre erroné pour le montant du transfert, ne constitue pas une violation des règles relatives à la formule du message si ces informations sont inscrites dans la zone de données appropriée.

2. Les règles de la SWIFT et de réseaux analogues indiquent à quelle formule il convient de se conformer selon le type de message utilisé. Une question reste néanmoins en suspens, savoir les conséquences découlant pour la banque expéditrice de l'inobservation de ces règles. En revanche, même lorsque les règles relatives à la formule de l'ordre de transfert de fonds envoyé par télex, qui sont actuellement à un stade d'élaboration avancé et qui s'inspirent fortement des règles adoptées en la matière par la SWIFT, auront été érigées en normes internationales, elles n'acquerront pas pour autant un caractère obligatoire. Sauf si ces règles participent à la nature de normes de bonne pratique bancaire, elles ne prennent un tel caractère que si leur application est imposée par un texte législatif ou réglementaire ou fait l'objet d'un accord entre les parties.

3. Les conséquences juridiques découlant pour la banque expéditrice de l'inobservation des règles prescrites pour la formule des messages pourraient être de deux sortes. Premièrement, la banque pourrait être tenue pour responsable de toutes les erreurs commises par les autres banques du fait de cette inobservation. Des exonérations pourraient être autorisées au motif qu'une banque traitant ultérieurement l'ordre de transfert a fait preuve de négligence en n'interprétant pas correctement le message; toutefois les exonérations pour ce motif devraient demeurer l'exception. La seconde

conséquence découlant de l'inobservation des règles relatives à la formule des messages pourrait être le versement d'une commission par la banque expéditrice à la banque réceptrice qui aurait corrigé son erreur. Si les banques réceptrices exigeaient régulièrement ce versement, cette règle pourrait présenter l'avantage d'inciter les banques expéditrices à se conformer de manière plus consciencieuse aux règles relatives à la formule des messages, dans l'intérêt de toutes les parties concernées.

Question 14

Y aurait-il lieu de prévoir une formule unique pour les transferts électroniques de fonds effectués à l'aide des cartes de débit et des cartes de crédit utilisées dans un pays ?

Référence

Accords, paragraphes 54

Commentaire

1. L'utilisation d'une formule unique favorise l'échange des ordres de transfert de fonds et leur acheminement par un seul canal. Elle permet également l'utilisation commune de terminaux avec les cartes émises par différentes banques et autres distributeurs, bien que l'accord sur une structure commune n'implique pas nécessairement une utilisation commune. Si l'Etat exige ou encourage l'adoption d'une formule unique, c'est généralement pour en assurer une utilisation commune.

2. L'utilisation commune est intéressante pour l'Etat en ce sens qu'elle peut permettre de créer un système national de cartes électroniques de débit ou de crédit. Dans certains pays, la mise en place des réseaux points de vente proposés a été différée en attendant la décision qui devra être prise en ce qui concerne l'utilisation d'une formule unique et de services communs, les représentants du commerce de détail souhaitant, quant à eux, n'avoir qu'un seul terminal à chaque caisse enregistreuse. Tant les commerçants que l'Etat souhaitent éviter qu'un distributeur de cartes parvienne à s'arroger une position dominante à l'intérieur des systèmes points de vente grâce à une formule qui ne permettrait pas l'utilisation des cartes émises par les autres distributeurs.

Question 15

Où faudrait-il considérer que le compte du client est domicilié au regard des règles juridiques qui régissent les transferts de fonds ?

Références

Accords, paragraphes 79 à 81

Caractère définitif, paragraphes 62 à 68

Commentaire

1. Tant que les comptes des clients étaient tenus exclusivement sur papier, la règle générale consistait à considérer le compte du client comme juridiquement domicilié à l'endroit où était tenue la comptabilité du compte.

Lorsqu'une banque avait plusieurs agences, des comptes des clients étaient généralement tenus dans chaque agence et étaient donc juridiquement domiciliés dans chaque agence.

2. Lorsque la banque dispose d'un centre de traitement des données auquel les ordres de transfert de fonds doivent être expédiés pour y être traités, on pourrait penser que la règle précitée perd sa raison d'être et que, du moins à certaines fins, ce centre devrait être considéré comme le domicile du compte du client. Lorsqu'une banque a accès à distance à l'ordinateur central par le terminal de chacune ou de certaines de ses agences situées dans le même ressort juridique, de sorte que les informations pertinentes peuvent être portées sur le compte à partir de ces terminaux, il n'y a peut-être plus lieu de se demander où est tenu le compte du client, puisque chacune des agences peut jouer le même rôle. Néanmoins, si l'ordre de transfert de fonds sur papier doit être envoyé à l'agence où le compte a été ouvert pour vérification de signature avant que le transfert devienne définitif, on pourrait penser que le compte doit rester domicilié à l'agence, même si les écritures pertinentes peuvent être passées sur le compte à partir d'un ou de plusieurs autres points.

3. La question de la domiciliation du compte peut être importante lorsqu'il s'agit de savoir où l'ordre de prélèvement doit être présenté pour acceptation, où le virement doit être adressé, où le transférant qui émet un ordre de prélèvement peut notifier à sa banque le retrait de l'ordre et où les notifications et les avis de saisie du compte peuvent être adressés. Dans le dernier de ces cas, les règles applicables pourront préciser le lieu où la notification ou l'avis de saisie doit être adressé ou bien la personne à qui il doit être adressé, ne sont pas nécessairement liés à l'endroit où le compte est tenu.

Question 16

Dans le cas d'un virement le devoir de la banque transférante devrait-il se limiter à envoyer un ordre de virement en bonne et due forme à la banque réceptrice indiquée ou bien devrait-il être de veiller à ce que l'ordre émis par le transférant soit exécuté ?

Références

Responsabilité, paragraphes 56 à 60
Questions 3, 22, 30

Commentaire

1. Cette question concerne uniquement la partie responsable de l'exécution de l'ordre de transfert de fonds. Elle ne concerne ni la norme de conduite dont toute banque ou l'ensemble du système bancaire doit répondre, ni les dommages-intérêts que le transférant devrait être en droit d'obtenir en cas de mauvaise exécution de l'ordre. L'étendue du devoir de la banque transférante est particulièrement importante dans le cas de virements internationaux et de virements à l'intérieur d'un même pays dans les systèmes bancaires complexes où un ordre de virement peut transiter par plusieurs banques, systèmes de communication ou chambres de compensation entre la banque transférante et la banque bénéficiaire.

2. Etant donné que le transférant n'a affaire qu'à la banque transférante, qu'il dispose, à titre particulier, de peu de moyens de savoir pourquoi un ordre de transfert de fonds n'a pas été exécuté correctement et qu'il ne peut exercer que de faibles pressions sur une banque étrangère ou éloignée pour se faire dédommager, on pourrait penser que la banque transférante devrait être tenue pour responsable devant le transférant de la bonne exécution du transfert de fonds. Le fait que les banques participent à la conception de l'ensemble du système de transfert de fonds et que la banque transférante a normalement le choix des banques intermédiaires va dans le sens de cette conclusion. Si la banque transférante n'était pas en faute, elle devrait normalement être dédommée, ce qui en fin de compte répercute la perte sur la banque fautive ou bien sur l'ensemble du système bancaire. On pourrait penser qu'un des effets d'une telle règle serait de permettre au système bancaire d'exercer davantage de pression sur les banques qui, régulièrement, commettent des erreurs préjudiciables, afin qu'elles améliorent leurs méthodes de travail. Une unification plus poussée des normes et pratiques bancaires pour les transferts internationaux pourrait aussi s'en trouver encouragée, ce qui serait un moyen supplémentaire de réduire les erreurs et les retards préjudiciables.

3. Mais on pourrait aussi penser qu'il ne serait pas raisonnable de tenir la banque transférante pour responsable des erreurs survenues dans d'autres banques. Cela est particulièrement vrai des erreurs commises par la banque bénéficiaire, puisque la banque transférante a rarement le choix de celle-ci. La banque transférante aurait-elle le droit de se faire rembourser qu'elle ne pourrait pas toujours recouvrer auprès de la banque fautive dans un autre pays, en raison de réglementations telles que celles relatives par exemple au contrôle des changes, et l'on pourrait estimer que l'on n'est pas en droit d'exiger de la banque transférante qu'elle assume de tels risques. En outre, la banque transférante pourrait être tenue pour responsable vis-à-vis du transférant selon les normes bancaires et juridiques de son pays alors que la banque du pays dans lequel le problème est survenu peut s'être conformée à des pratiques bancaires différentes. Aussi se pose la question de savoir si l'obligation de la banque transférante devrait être limitée au devoir d'informer le transférant des pratiques bancaires différentes dont elle a ou devrait avoir connaissance.

4. L'autre manière d'envisager la question de la responsabilité consiste à considérer que chaque banque est directement responsable vis-à-vis du transférant de l'exécution de ses obligations relatives à l'ordre de transfert de fonds. Ces deux approches sont souvent déterminées, ou exprimées, par les notions de mandat ou de relation contractuelle en général. On pourrait penser que l'application systématique de l'une ou l'autre de ces notions dans le cadre d'un système juridique national donne au transférant un fondement juridique pour invoquer la responsabilité soit de la banque transférante, soit de la banque fautive. Cependant, il convient de noter que lors de transferts internationaux, il est possible que le transférant ne puisse tenir la banque intermédiaire pour responsable, du fait qu'il n'y a pas entre eux de relation contractuelle. Il pourrait donc être souhaitable de pouvoir disposer d'une règle claire et cohérente, notamment s'agissant de transferts internationaux de fonds.

5. On pourrait envisager pour les transferts de fonds une plus forte commission, en échange de quoi la banque transférante accepterait une plus grande responsabilité pour les pertes dues aux erreurs et retards provenant des autres parties au système de transfert de fonds ainsi que d'elle-même.

Question 17

La banque bénéficiaire est-elle responsable vis-à-vis du transférant, de la banque expéditrice ou du bénéficiaire, de la bonne exécution de ses obligations relatives au virement ?

Références

Responsabilité, paragraphe 93
Caractère définitif, paragraphes 5 à 20

Commentaire

1. Dans le cas d'un virement, la banque bénéficiaire peut être considérée comme étant juridiquement dans une position ambiguë. D'une part, le contrat qu'elle a passé avec son client l'oblige à recevoir les virements à ce compte. A cet égard, il semblerait que la banque bénéficiaire soit contractuellement responsable vis-à-vis du bénéficiaire de la bonne exécution de ses obligations dès qu'elle a reçu l'ordre du virement de la banque expéditrice. Aucun retard de son fait dans le traitement de l'ordre ne devrait enfreindre cette obligation contractuelle. D'autre part, étant donné que le transfert de fonds ne devient définitif et que le transférant n'est quitte de ses obligations vis-à-vis du bénéficiaire que lorsque la banque bénéficiaire exécute l'opération nécessaire pour conférer un caractère définitif au transfert, la banque bénéficiaire pourrait avoir vis-à-vis du transférant (ou de la banque expéditrice) l'obligation d'effectuer cette opération rapidement et efficacement.

2. Afin de déterminer vis-à-vis de quelle partie la banque bénéficiaire devrait être responsable en cas de mauvaise exécution de l'ordre de transfert de fonds, on pourrait fixer un moment précis avant lequel la banque bénéficiaire agirait au nom du transférant (ou de la banque expéditrice) et à partir duquel elle agirait au nom du bénéficiaire. Ce moment précis pourrait être le moment où le transfert de fonds acquiert un caractère définitif. En sens contraire, il pourrait sembler raisonnable que la banque bénéficiaire soit responsable à la fois vis-à-vis du transférant (la banque expéditrice) et du bénéficiaire.

Question 18

Les services publics de télécommunication, les services privés de communication, les réseaux de transfert électronique de fonds et les chambres de compensation électroniques devraient-ils être tenus pour responsables des préjudices dus à des erreurs ou à des fraudes en rapport avec un ordre de transfert de fonds ?

Références

Responsabilité, paragraphes 23, 24, 68 à 73, 78 à 81
Question 16.

Commentaire

1. La question de savoir si les services publics de télécommunication devraient continuer d'être exonérés de toute responsabilité pour les préjudices dus à la perte ou à un retard de transmission d'un message ou bien à la modification de son contenu a été à nouveau soulevée du fait de

changements intervenus dans la nature des services offerts et de la déréglementation ou de la privatisation de ces services dans certains pays. Toutefois, si cette responsabilité n'est pas prévue, on peut se demander si c'est le transférant ou l'une des banques qui doit supporter la perte. Est-ce le transférant, puisque le transfert de fonds a été effectué à son bénéfice et que la perte est survenue sans qu'il y ait faute d'aucune partie qui pourrait en être tenue pour responsable ? Ou sera-ce l'une des banques puisqu'elles sont le mieux placées pour concevoir un système de transfert de fonds utilisant les services publics qui signale les retards et les erreurs à la banque expéditrice ou à la banque bénéficiaire et permette ainsi une prompte correction ? Parmi les banques à qui pourrait être imputée la perte figurent la banque transférante, surtout si elle est responsable de la bonne exécution de l'intégralité du transfert de fonds, et la banque expéditrice de l'ordre qui a été égaré, retardé ou dont le contenu a été modifié.

2. Les services privés de communication, les réseaux de transfert électronique de fonds et les chambres de compensation électroniques peuvent passer des contrats avec les banques affiliées afin de limiter ou d'exclure leur responsabilité en cas de perte, de retard ou de modification du contenu de l'ordre de transfert de fonds. On pourrait penser que la répartition contractuelle des pertes entre ces différents services et les banques affiliées ne devrait pas violer les dispositions d'ordre public. Néanmoins il faudrait se demander si ces dispositions contractuelles ont pour effet d'imputer la perte au transférant. On pourrait penser que le transférant a moins de raisons de supporter la perte dans ce cas qu'au cas où la perte est imputable au service public, puisque les réseaux et les chambres de compensation font partie intégrante du système bancaire et que les banques sont libres d'utiliser ou de ne pas utiliser les services privés de communication pour transmettre des ordres de transfert de fonds.

3. On pourrait estimer que le service public de télécommunication, le service de communication de données, le réseau de transfert électronique de fonds ou la chambre de compensation électronique devraient être tenus pour responsables des pertes dues à la malhonnêteté de ses employés. Mais on pourrait également juger qu'il y a des limites à la responsabilité d'un employeur en ce qui concerne les actes de ses employés, surtout s'il s'agit d'actes illégaux. Une distinction serait possible : l'employeur répondrait des pertes dues à une fraude permise par l'accès aux relevés de comptes ou au matériel qu'ouvre le contrat d'emploi; il ne répondrait pas des pertes dues à une fraude permise par les connaissances acquises par son employé en cours d'emploi.

Question 19

La banque devrait-elle être exonérée de toute responsabilité en cas d'erreur ou de retard dans le transfert de fonds dû à une panne technique du matériel ou du logiciel ?

Référence

Responsabilité, paragraphes 64 à 67

Commentaire

1. Bien que le matériel et le logiciel des ordinateurs bancaires soient maintenant beaucoup plus fiables qu'il y a seulement quelques années, il arrive que des erreurs se produisent et que des pertes, des retards ou des modifications surviennent lors de transferts de fonds à la suite de pannes d'ordinateur. D'une part, on pourrait penser que les problèmes techniques de cet ordre ne sont pas du ressort de la banque et qu'elle devrait être exonérée de toute responsabilité pour les pertes qui en découleraient pour ses clients. Lorsqu'elles peuvent le faire, les banques prévoient souvent une clause à cet effet dans les contrats qu'elles passent avec leurs clients.

2. D'autre part, on pourrait penser que le degré de fiabilité de l'ordinateur est tel qu'il devrait être traité de la même façon que tout autre type de matériel utilisé par les banques. Une panne d'ordinateur peut être due à un équipement ou à un logiciel défectueux ou à un mauvais entretien et la banque peut en pallier les conséquences par exemple en prévoyant du matériel de remplacement, une alimentation d'appoint en électricité ou l'utilisation d'autres méthodes d'exécution des transferts de fonds et, d'une manière générale, de promptes mesures. Aussi peut-on estimer qu'une exonération totale ne se justifie pas, mais qu'une exonération partielle pour raisons techniques pourrait se justifier quand on ne saurait attendre de la banque qu'elle prévienne la panne ou en atténue les conséquences.

Question 20

La banque devrait-elle être responsable vis-à-vis de son client pour avoir débité ou crédité le compte sur la base du numéro de compte indiqué sur l'ordre de transfert de fonds qu'elle a reçu alors que l'intitulé du compte ne correspondait pas à celui figurant sur l'ordre de transfert de fonds ?

Référence

Accords, paragraphes 44 à 46

Commentaire

1. Les comptes à débiter et à créditer peuvent être désignés sur l'ordre de transfert de fonds par leur intitulé, leur numéro ou les deux à la fois. Les banques qui tiennent les comptes de leurs clients au moyen de systèmes de traitement automatique des données ne se fient normalement qu'au numéro de compte. C'est parfois même la seule méthode possible lorsque le traitement se fait par lots. Mais il devrait être possible de vérifier le nom lorsque l'ordre de transfert a été transmis isolément par télécommunication.

2. Il est peu vraisemblable que le fait de créditer ou de débiter un compte uniquement sur la base du numéro de compte doive être consacré par la loi d'un pays quelconque. Cependant, on pourrait penser qu'il serait utile d'indiquer si la banque doit être responsable de toute perte qui pourrait se produire si le nom de la partie à débiter ou à créditer conformément à l'ordre de transfert de fonds ne correspondait pas au nom donné au compte. Les deux ne peuvent pas correspondre, qu'il s'agisse d'une fraude ou d'une erreur, y compris d'une erreur du transférant, ou parce que le transférant ne connaissait pas l'intitulé correct du compte.

3. Une règle qui favoriserait l'emploi accru des systèmes de traitement automatique des données consisterait à ne pas tenir pour responsable la banque qui débite ou crédite un compte sur la base du numéro de compte porté sur l'ordre de transfert de fonds qu'elle a reçu, même si l'écriture a été passée sur un compte dont l'intitulé n'était pas le même que celui porté sur l'ordre de transfert. Toute perte serait supportée par le transférant ou par la banque responsable d'avoir porté la première un numéro de compte inexact sur l'ordre de transfert de fonds. On pourrait ainsi établir comme règle qu'en cas de non-concordance entre le numéro de compte et l'intitulé du compte, c'est le numéro de compte qui fait foi.

4. On pourrait aussi penser que la banque pourrait être tenue de vérifier que le numéro de compte et l'intitulé de compte concordent et de déceler toute erreur à ce niveau. Elle pourrait procéder ainsi en particulier pour les transferts de fonds d'un montant important reçus par télécommunication. Si la banque choisit de débiter et de créditer uniquement sur la base des numéros de compte, c'est pour sa propre commodité et les clients ne devraient pas avoir à en pâtir. Dans ce cas, on peut se demander qui de la banque bénéficiaire ou du transférant doit supporter la perte lorsque la non-concordance est due soit à une erreur du transférant, soit à une fraude de l'un de ses employés. La règle normale dans ce cas-là consisterait probablement à faire supporter le risque de perte au transférant. L'imputer à la banque bénéficiaire reviendrait à reconnaître qu'elle aurait pu éviter la perte si elle avait pris les mesures nécessaires.

Question 21

A qui de la banque ou du client devrait incomber de prouver que le compte du transférant a été débité avec son autorisation ou par sa faute ?

Références

Responsabilité, paragraphes 13 à 21
Question 7

Commentaire

1. La question de la charge de la preuve suppose un procès. Le client le perdra si, tenu de prouver qu'un prélèvement sur son compte n'était pas autorisé, il ne peut ni en apporter la preuve, ni mettre à la charge de la banque la preuve qu'il était autorisé. Il aura plus de chances de le gagner si cette charge incombe à la banque.

2. Dans le commentaire de la question 7, on a fait observer que, dans presque tous les pays, les enregistrements informatiques sont acceptés comme preuve des opérations qui y sont consignées. Tous les systèmes juridiques qui

les acceptent autorisent les parties à contester leur exactitude en démontrant que le système informatique a été mal conçu, qu'il est mal géré ou que les données ont été introduites dans l'ordinateur selon une procédure défectueuse, de sorte que l'exactitude des écritures n'est pas assurée. Mais, dans la plupart des différends sur le point de savoir si l'ordre de transfert de fonds dûment autorisé électroniquement, il serait dans la pratique impossible pour le client de contester ainsi le système informatisé d'une banque. Cela est vrai en particulier pour les transferts de fonds peu importants, mais le serait également des gros transferts.

3. Dans bien des cas, lorsqu'un client prétend qu'un transfert de fonds ordonné à partir d'un terminal client n'était pas autorisé, les circonstances dans lesquelles le transfert a été fait peuvent soit établir le bien-fondé de son allégation, soit faire peser de sérieux doutes sur le bien-fondé de celle-ci. Néanmoins, lorsque ces circonstances ne permettent ni d'établir ce bien-fondé ni d'émettre ces doutes, le compte sera souvent débité ou non selon que la charge de la preuve incombe au client ou à la banque. L'exemple le plus fréquent actuellement est le retrait d'argent liquide à partir d'un distributeur automatique de billets, mais l'on peut s'attendre que le problème se pose fréquemment souvent aussi lors de transactions aux points de vente. Dans un cas comme dans l'autre, la partie qui émet l'ordre de transfert de fonds part avec l'argent ou avec la marchandise sans laisser de trace comptable autre que l'ordre de transfert de fonds lui-même. Un cas moins fréquent, mais dont les conséquences peuvent être plus graves, concerne le transfert frauduleux de montants importants, où il peut être essentiel de connaître l'identité de la partie responsable de la fraude pour imputer la perte à la banque ou à son client.

4. On pourrait penser qu'il est si peu probable qu'une erreur puisse se glisser dans le dossier du compte à débiter à la suite d'une erreur de l'ordinateur non détectée ou parce qu'un tiers a pu avoir frauduleusement accès à l'ordinateur sans l'aide du client ni négligence de sa part, que l'obligation de prouver que l'opération au terminal client a été faite sans son aide et n'est pas imputable à sa négligence devrait normalement incomber au client. C'est sur cet argument que sont fondées les clauses que l'on retrouve dans de nombreux contrats entre banque et client et en vertu desquelles le client est responsable de toutes les transactions effectuées au moyen de sa carte de débit ou autre moyen d'accès à moins qu'il n'ait notifié la perte de la carte ou que la sécurité du moyen d'accès n'ait été compromise d'une autre façon.

5. Néanmoins l'utilisation frauduleuse de terminaux clients est un problème connu et grave et le secteur bancaire devrait être responsable à ce titre envers ses clients. On pourrait même penser qu'il est du devoir du secteur bancaire de mettre au point des moyens d'accès à l'ordinateur à partir de terminaux clients qui soient suffisamment sûrs pour qu'une simple négligence de la part du client ne suffise pas à en compromettre la sécurité. On pourrait également penser que, faute d'un moyen d'accès suffisamment sûr, les banques ne devraient installer de terminaux clients qu'en s'entourant des plus grandes précautions. Cela pourrait aboutir à la conclusion suivante : la banque en question ne devrait pas être autorisée à débiter le compte du client à moins de pouvoir établir que le moyen d'accès à l'ordinateur est si sûr qu'il est impossible, ou tout à fait improbable, que l'écriture ait pu être passée sans que la sécurité du moyen d'accès n'ait été compromise du fait du client. En conséquence, dans l'état actuel des choses, la banque ne pourrait

débiter le compte du client que si les circonstances indiquaient que la fraude peut lui être imputée. Néanmoins, avec des formes d'authentification plus sûres qui sont appliquées aux terminaux clients, on peut s'attendre à ce que les banques soient en mesure d'apporter plus facilement la preuve qui leur incomberait.

Question 22

A qui, du client ou de la banque concernée, devrait incomber d'établir la source de l'erreur ou de la fraude à l'origine de la perte lors de l'exécution d'un transfert de fonds ?

Références

Responsabilité, paragraphes 59
Questions 7, 16, 21

Commentaire

1. Cette question peut se poser de deux façons. Première hypothèse : le client prétend avoir donné un ordre de transfert de fonds et la banque n'en a pas trace. Les cas de perte les plus fréquents surviennent sans doute lors de transferts de fonds que le client prétend avoir expédiés à partir d'un terminal client sur son lieu de travail, mais lorsque les transferts de fonds à partir de guichets automatiques de banque ou de terminaux bancaires à domicile se multiplieront, on verra de plus en plus souvent des cas tels que l'expiration d'un contrat d'assurances pour défaut de paiement de la prime dans les délais. On pourrait s'attendre que dans la plupart des cas où l'ordre a été envoyé à partir d'un terminal client installé dans une entreprise, l'ordinateur du client conserve une trace de la transmission. La question se bornerait alors à savoir quelle partie doit supporter le risque de perte du message : le client ou la banque. Le client qui utilise le guichet automatique d'une banque ou un terminal bancaire à domicile ne dispose pas toujours d'un reçu sur papier ou d'un enregistrement informatique pour prouver la transmission, Si le client non commerçant n'est pas en mesure de présenter un reçu ou un enregistrement et s'il ne procède pas régulièrement à des opérations de routine susceptibles de donner créance à son allégation, on pourrait penser que c'est à lui qu'incombe la preuve.

2. La question peut se poser d'une autre façon si, par exemple, l'ordre de transfert de fonds a été perdu, retardé, ou s'il contenait une erreur à son arrivée à la banque bénéficiaire, mais que la source de l'erreur n'est pas claire. Lorsque la règle choisie rend la banque transférante responsable de la bonne exécution du transfert de fonds, c'est à elle que devrait incomber l'obligation de prouver que la perte, le retard ou l'erreur s'est produit d'une façon qui l'exonère de toute responsabilité (voir question No 16). Lorsque la règle choisie n'impose pas à la banque transférante une telle responsabilité, c'est au transférant que devrait incomber l'obligation d'établir laquelle des deux banques doit être tenue pour responsable de la perte, du retard ou de l'erreur. Normalement, la trace comptable de l'opération devrait être suffisamment claire pour que l'on puisse désigner la banque où le problème est survenu. Mais, les écritures qui constituent la trace comptable sont alors entièrement aux mains des banques et dans un transfert international de fonds certaines seront des banques étrangères, auquel cas il sera plus difficile de réunir les informations. Si les écritures des banques ne concordent pas, le transférant n'aura aucun moyen

d'apporter ses preuves. En outre, il pourra être obligé de prouver que la perte, le retard ou l'erreur est imputable à la négligence ou à une autre faute de la banque en question, auquel cas il pourrait être tenu d'établir l'origine du problème.

Question 23

Les fonds devraient-ils être crédités au bénéficiaire dans un délai déterminé à partir du moment où la banque transférante reçoit l'ordre de virement ? Si oui, comment fixer ce délai ?

Références

Accords, paragraphes 55 à 78

Questions 16, 27 à 29

ISO/DIS 7746/1.2, Banque - Messages télex pour la transmission des ordres de paiement interbancaires - Partie 1 : Transferts

ISO/DIS 7982/1, Télécommunication bancaire - Messages de transferts de fonds. Vocabulaire et éléments de données (tels que révisés le 14 novembre 1984)

Commentaire

1. Il s'agit uniquement ici de savoir si les virements devraient être effectués dans un délai donné et, si oui, qui fixerait ce délai et quelles sont les banques qui devraient être tenues pour responsables en cas d'inobservation. Cette question ne concerne pas la période de battement qui peut intervenir lors d'un virement, puisque l'on peut rallonger ou raccourcir cette période par rapport au délai requis pour l'exécution du virement en fixant une date d'intérêt antérieure ou postérieure à la date d'écriture.
2. Pour que le transférant puisse donner l'ordre de virement à temps pour l'échéance, il faut savoir dans quel laps de temps le bénéficiaire pourra disposer des fonds. Les banques sont de mieux en mieux en mesure d'estimer avec précision le temps nécessaire à l'exécution d'un virement interbancaire car les techniques de transfert électronique de fonds sont plus fiables à cet égard que les virements sur papier. Cela est vrai aussi bien pour les virements à l'intérieur d'un même pays que pour les virements internationaux.
3. On peut penser que si les banques transférantes offrent un service qui prévoit de créditer le bénéficiaire à une date déterminée de disponibilité, les transférants tendront à s'y fier pour planifier leurs transactions. En pareil cas, ils pourraient bien être fondés à réclamer pour les pertes qu'aurait pu causer un retard injustifié.
4. On pourrait penser que la banque transférante devrait être tenue d'exécuter l'ordre du virement reçu dans un délai fixé en fonction du type de transfert de fonds dont il s'agit. Il devrait être possible, si cela se révélait nécessaire, de se mettre d'accord sur des délais fixes pour tous les types d'ordre de virement en vigueur dans un pays. Ces délais devraient certes tenir compte des causes de retard normales qui font que tous les transferts de fonds ne peuvent être effectués dans des délais optimaux. Lorsque le virement consiste en un transfert à l'intérieur d'une même banque, celle-ci pourrait être tenue pour responsable de l'exécution dans un délai approprié. Un délai différent pourrait être applicable lorsque le compte du

bénéficiaire est domicilié dans une autre agence du même pays ou dans un pays autre que celui où est tenu le compte du transférant et lorsque le traitement des données relatives au compte du bénéficiaire s'effectue ailleurs qu'au lieu où est tenu le compte du transférant.

5. Lorsqu'un transfert de fonds implique deux ou plusieurs banques, chacune des banques qui reçoit l'ordre devrait aussi avoir l'obligation d'agir dans un délai déterminé. Lorsque la banque réceptrice reçoit l'ordre de transfert de fonds par un réseau, le délai pourrait être fixé par le règlement qui régit le réseau. Dans les autres cas, il pourrait être fixé selon les usages bancaires, par un accord entre banques ou par la loi. On pourrait considérer que cette obligation de la banque réceptrice est soit envers le transférant, soit envers la banque expéditrice. Dans un cas comme dans l'autre, l'estimation du délai nécessaire au transfert de fonds sera vraisemblablement donnée avec plus de précision.

6. Etant donné que le transférant doit s'en remettre à la banque transférante, pour lui fournir une estimation du temps nécessaire à l'exécution du transfert de fonds et servir de point d'entrée dans l'ensemble du système, il semble fondé de se demander si la banque devrait être responsable en droit de l'exécution du transfert de fonds dans les délais prévus. Par ailleurs, la banque transférante ne peut contrôler les actes des autres banques de la chaîne et même peut rarement donner le nom de la banque bénéficiaire (voir question 16).

7. Lorsque le transférant précise une date de disponibilité, c'est-à-dire la date à laquelle les fonds doivent être à la disposition du bénéficiaire, l'obligation de la banque transférante ou des autres banques de la chaîne devient plus précise. L'acceptation d'un ordre de transfert de fonds sur lequel est indiquée une date de disponibilité peut être considérée comme créant pour la banque transférante une obligation contractuelle de mettre les fonds à disposition du bénéficiaire à cette date. On pourrait penser que la banque transférante devrait être au moins tenue d'indiquer la date de disponibilité sur l'ordre de transfert de fonds à l'intention de la banque à qui elle le transmet. Néanmoins, étant donné que la formule type des messages pour transfert de fonds, tant télex que d'ordinateur à ordinateur, ne prévoit pas de zone pour indiquer la date de disponibilité, il faudrait faire figurer cette information dans la zone réservée aux informations à l'intention du destinataire. On peut également noter que le terme "date de disponibilité", qui figurait dans les précédents projets de vocabulaire relatif aux télécommunications bancaires, a été éliminé dans la dernière version.

8. On pourrait penser que lorsque le transférant a prévu un délai trop court pour que la banque transférante soit certaine de respecter la date de disponibilité, elle devrait également être obligée d'en informer le transférant. En outre, si la banque réceptrice n'est pas tenue de créditer le bénéficiaire avant d'avoir reçu les fonds, la banque transférante, elle, en tant que banque expéditrice, est tenue de mettre les fonds à disposition de la banque réceptrice à temps pour que celle-ci puisse s'acquitter de ses obligations dans le délai prévu.

Question 24

Avec quelle fréquence la banque devrait-elle être tenue d'envoyer à ses clients des relevés de compte ?

Référence

Responsabilité, paragraphes 47 à 50

Commentaire

1. La banque peut convenir avec son client qu'elle lui enverra des relevés de compte plus souvent que ne le prévoit la loi. Cela s'applique en particulier aux comptes commerciaux pour lesquels l'on envoie souvent des relevés quotidiens. Il n'est question ici que du nombre minimum de relevés imposé par la loi.
2. Dans les systèmes bancaires où avis est donné de tout débit ou crédit d'un compte, cet avis sert également de relevé. Dans d'autres systèmes bancaires, où l'avis de débit ou de crédit n'est pas donné automatiquement, il serait normal que des relevés soient envoyés périodiquement. Néanmoins, le nombre minimum de relevés à fixer peut varier suivant le type de compte et son degré d'activité. Dans certains cas, comme lorsque le compte est secret et qu'il n'est désigné que par un numéro, il pourrait s'avérer inopportun d'envoyer par courrier au client un relevé de compte périodique. On pourrait donc penser que la fréquence à laquelle doivent être envoyés des relevés de compte est une question qui devrait être laissée à la discrétion des banques et de leurs clients.
3. Mais l'on pourrait penser aussi que pour certains types de comptes tout au moins, il conviendrait d'établir des normes minimales fixées par la loi. Cela concernerait plus vraisemblablement les comptes non commerciaux dans les pays où il n'est pas nécessaire d'envoyer un avis de débit ou de crédit pour que l'opération devienne définitive. On peut estimer que l'envoi des relevés est devenu plus important du fait que les gens sont de plus en plus nombreux à utiliser leur compte en banque pour effectuer des transferts de fonds, dont ils sont moins portés à garder trace. Quand le transférant a le droit absolu de demander dans un certain délai la contre-passation d'un prélèvement opéré en vertu d'une autorisation automatique, le bénéficiaire aurait intérêt à savoir que le transférant a reçu avis du prélèvement et que le délai pour demander contre-passation a commencé à courir. Par ailleurs, on pourrait penser que l'envoi de relevés de compte relativement fréquents pourrait aider à détecter les fraudes, de plus en plus nombreuses depuis la mise en place de terminaux clients.
4. Si le relevé de compte est exigé par la loi, on peut se demander s'il doit être sur papier et envoyé au client ou bien s'il suffit de le mettre à disposition du client à la banque. Le relevé de compte pourrait notamment être mis à disposition du client sur le terminal dont celui-ci dispose à son domicile ou à son lieu de travail, ou bien à un guichet automatique de banque.

Question 25

De combien de temps devrait pouvoir disposer le client d'une banque pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte ?

Référence

Responsabilité, paragraphes 51 à 54

Commentaire

1. Dans certains pays, le délai dont dispose le client pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte est prévu par la loi qui régit les transferts de fonds. Dans d'autres pays, ce délai est fixé conformément aux règles générales du droit. Dans un cas comme dans l'autre, ce délai doit être compatible avec les pratiques bancaires en vigueur.

2. Le temps dont dispose le client de la banque pour notifier à celle-ci une écriture erronée à son compte, à partir du moment où l'écriture a été passée sur le compte, est déterminé à la fois par l'événement qui marque le début et la durée du délai prévu. Le délai peut courir à compter du moment où l'écriture est passée. Dans certains pays, conformément aux règles générales du droit, ce délai court à partir du moment où la banque dresse le bilan général du compte, c'est-à-dire une ou deux fois par an. On pourrait penser toutefois qu'il serait plus approprié que le délai commence à courir à partir du moment où la banque présente à son client un relevé de compte faisant apparaître le débit, puisque c'est cette opération qui porte l'écriture à la connaissance du client. Si le relevé de compte est présenté au client sur un terminal client, on pourrait penser que le délai devrait commencer à courir à partir du moment où l'écriture peut apparaître sur le terminal à la demande du client. Si aucun relevé de compte n'est envoyé au client ou n'apparaît sur un terminal client, le délai peut courir à partir du moment où l'information concernant l'écriture est à la disposition du client, à la banque, sur sa demande.

3. Lorsque le délai dont dispose le client pour notifier à sa banque une écriture erronée n'est limité que par la loi de prescription ou le délai de prescription, c'est-à-dire le délai dans lequel l'action en justice doit être entamée, il est souvent de plusieurs années et peut même être beaucoup plus long. On pourrait penser cependant qu'un délai plus court, qui pourrait être mesuré en mois plutôt qu'en années, serait approprié. Prévenue rapidement la banque, surtout si l'écriture erronée est due à une fraude ou si l'écriture a été portée sur un compte qu'elle ne concerne pas, pourrait permettre à la banque de poursuivre le fraudeur ou de corriger son erreur en passant l'écriture au compte concerné.

4. On peut se demander s'il faudrait fixer des délais différents pour les différents types de comptes ou les différents types de clients. On pourrait penser par exemple que les titulaires de comptes commerciaux devraient disposer d'un délai plus court que la plupart des autres clients pour notifier à la banque une écriture erronée, puisque l'on peut supposer qu'ils aurent leurs comptes plus souvent et avec plus de précision. En outre, le montant moyen des transferts de fonds commerciaux est supérieur à celui des transferts de fonds non commerciaux, ce qui rend encore plus important le dépistage précoce des erreurs ou des fraudes.

5. On pourrait penser que le délai dont dispose le client pour notifier à la banque une écriture erronée devrait relever d'une loi impérative et ne devrait pas pouvoir être réduit par accord entre la banque et ses clients. Néanmoins, on pourrait également penser, notamment s'agissant de comptes commerciaux ou de réseaux de transfert de fonds importants, qu'il serait souhaitable pour les parties de pouvoir aménager les délais prescrits par la loi selon les caractéristiques du compte et son activité.

Question 26

Faudrait-il mettre en place une procédure très précise de correction des erreurs ?

Référence

Responsabilité, paragraphe 55

Commentaire

1. Les clients d'une banque pouvant contester un certain nombre d'écritures portées sur leur compte par erreur ou à la suite d'une fraude, toute banque devra nécessairement prévoir une procédure destinée à reconnaître et à corriger ces erreurs. Dans certaines banques, cette procédure est informelle et non écrite. Dans d'autres plus nombreuses, et notamment les banques qui gèrent un grand nombre de comptes et d'écritures, on tend à une procédure formelle consignée dans des textes.
2. On pourrait penser que chaque banque devrait prévoir dans ses règlements une procédure de correction des erreurs. Cette procédure devrait contenir certaines normes minimales qui précisent le temps dont dispose la banque pour répondre au client qui lui demande des explications et les informations qu'elle est tenue de lui fournir. On pourrait également penser que les procédures utilisées par la banque pour corriger les erreurs devraient être portées à la connaissance du client sous une forme adéquate.
3. Etant donné qu'une erreur ou une fraude commise dans un transfert de fonds porte souvent sur des opérations effectuées par des banques autres que celle du client concerné, toute procédure adoptée par une seule banque sera nécessairement de portée limitée. Des difficultés particulières peuvent surgir lorsque les autres banques en cause sont situées à l'étranger et qu'elles suivent des normes différentes en ce qui concerne les procédures d'enquête et de correction des erreurs ou la notification d'une fraude apparente.
4. On pourrait donc penser que les banques pourraient passer entre elles des accords relatifs aux procédures de correction des erreurs. Ces accords pourraient figurer dans le règlement des réseaux de transfert de fonds, être adoptés par les associations bancaires, ou par accord bilatéral entre banques correspondantes. On pourrait s'attendre que les dispositions contenues dans de tels accords concernant de petits transferts de fonds puissent être sensiblement différentes de celles contenues dans les accords relatifs aux gros transferts de fonds.
5. Certains pays peuvent juger utile que les procédures requises de correction des erreurs soient prescrites par la loi. On pourrait penser que, notamment en ce qui concerne les comptes non commerciaux, les procédures

obligatoires de correction des erreurs sont une mesure de protection non négligeable pour les clients qui, au demeurant, sont mal placés pour contester une erreur supposée de la part de la banque. Néanmoins, on peut craindre qu'une procédure de correction des erreurs prescrite par la loi ne soit trop générale pour protéger suffisamment le client ou bien trop détaillée, ce qui peut entraîner des dépenses excessives. On peut également estimer que les pays n'ont pour la plupart pas besoin d'une législation dans ce domaine.

Question 27

Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer des intérêts en cas de retard lors d'un transfert de fonds ?

Références

Accords, paragraphes 55 à 78
Responsabilité, paragraphes 92 à 95
Questions 23 et 30

Commentaire

1. Dans la question 23, il s'agissait de savoir si le système bancaire devait être tenu d'effectuer le virement au bénéficiaire dans un délai déterminé après que la banque transférante a reçu l'ordre de transfert de fonds. Cela revient à poser implicitement la question de la nature du dédommagement des préjudices que peut entraîner l'inobservation par le système bancaire des délais convenus. L'élément le plus naturel du dédommagement pour retard dans le paiement d'une somme d'argent est l'intérêt.

2. Il convient de noter ici, comme cela était évoqué au paragraphe 1 du commentaire de la question 23, que dans certains systèmes bancaires, un intérêt implicite est perçu du fait que le calendrier du transfert de fonds prévoit que, pour le débit, la date d'intérêt sera le premier jour et, pour le crédit, le troisième jour. Cet intérêt implicite n'existe pas dans d'autres systèmes bancaires où la date d'intérêt est la même pour le crédit et pour le débit, à savoir trois jours, par exemple. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, si le transfert est retardé et que la date d'intérêt pour le crédit est portée au cinquième jour, deux jours d'intérêts ont été perdus pour le bénéficiaire.

3. Lorsqu'un transfert de fonds important est retardé, la perte d'intérêts pour le bénéficiaire peut être sensible. Pourtant, dans certains systèmes bancaires, il peut se révéler aussi difficile de déterminer lequel de plusieurs taux d'intérêt est le taux d'intérêt applicable pour indemniser le bénéficiaire que de déterminer le taux d'intérêt applicable pour indemniser la banque bénéficiaire en cas de retard (voir la question 30). Une solution consisterait à accorder au bénéficiaire le taux d'intérêt qu'il aurait reçu sur le compte. C'est la solution implicite dans la procédure qui consiste à antidater le crédit, dont il est question au paragraphe 4 ci-après. Une autre solution consisterait à lier le taux d'intérêt utilisé pour calculer les dommages-intérêts dus au bénéficiaire au taux d'intérêt appliqué lors des compensations entre banques, comme cela a été décrit dans le commentaire de la question No 30.

4. Bien que ce soit le bénéficiaire qui ait subi la perte d'intérêts, on ne sait pas très bien auprès de qui le bénéficiaire pourrait recouvrer cette perte. On pourrait penser qu'il pourrait s'adresser au transférant si le retard dans l'écriture du crédit constituait une rupture de contrat. Si cela devait se produire et si le retard n'était pas survenu à la banque transférante, la question se poserait de savoir si le transférant peut exiger le remboursement, et de quelle banque. Si le retard est survenu à la banque bénéficiaire, le bénéficiaire devrait probablement pouvoir recouvrer la somme due en se prévalant du contrat qui les lie du fait de son compte. Néanmoins, si le retard est survenu en tout autre point de la chaîne de transfert de fonds, y compris à la banque transférante, le bénéficiaire risque de ne pas pouvoir présenter de réclamation directement à cette partie. Une pratique qui résoud en partie les problèmes théoriques consiste à antidater le crédit de façon que la date d'intérêt soit celle qui convient, les intérêts et les commissions étant ajustés à ce qu'ils auraient été si le transfert n'avait pas été retardé. Dans la plupart des cas, cette procédure permet d'indemniser le bénéficiaire de manière satisfaisante.

5. Lorsqu'il s'agit de petites sommes dans la grande majorité des cas de retard dans le transfert, on ne doit s'attendre à aucune demande d'indemnisation pour perte d'intérêts. Le montant de la réclamation serait négligeable et les bénéficiaires de transferts de montants peu importants ignorent souvent la date d'intérêt en vigueur pour les transferts de fonds. Si les dépassements des délais fixés pour l'exécution des transferts de montants peu importants posaient un problème grave au système bancaire, on pourrait envisager des solutions administratives qui élimineraient les effets du retard pour le bénéficiaire. L'une d'elles consisterait à prescrire que la date d'intérêt pour le débit et la date d'intérêt pour le crédit soient les mêmes ou que les deux dates soient séparées par un nombre de jours déterminé.

Question 28

Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer les pertes de change en cas de retard dans le transfert de fonds ?

Références

Accords, paragraphes 55 à 78
Responsabilité, paragraphes 96 à 97
Questions 23 et 27

Commentaire

1. Comme pour les demandes de remboursement en cas de perte d'intérêts, les demandes de remboursement en cas de pertes dues au change ne peuvent être présentées que si le calendrier prévu pour le transfert de fonds est précisé de telle façon que la date à laquelle la conversion aurait dû avoir lieu est clairement fixée ou peut être déterminée. Lorsque flottent les taux de change entre les principales monnaies, et qu'il leur arrive de fluctuer quotidiennement de plusieurs points, il serait utile, dans certains cas, de pouvoir déterminer avec précision l'heure ou même la minute à laquelle la conversion aurait dû s'effectuer.

2. En dehors de l'influence exercée par les opérations d'arbitrage des parties, le transférant peut subir une perte de change s'il doit effectuer le paiement en devises alors que la monnaie de son compte baisse par rapport à la

devise entre le moment où la conversion aurait dû s'effectuer et le moment où elle a été effectuée. De même, le bénéficiaire peut subir une perte de change si la monnaie de paiement est une devise qui perd de la valeur par rapport à la monnaie de son compte entre le moment où la conversion aurait dû s'effectuer et le moment où elle a été effectuée. Le fait de la perte et son montant pourraient être établis par l'achat ultérieur de devises qu'effectue pour se couvrir soit le transférant, soit le bénéficiaire selon le cas. Le bénéficiaire ne subit aucune perte de change pendant le transfert lui-même si la monnaie du compte auquel le transfert est crédité est la même que la monnaie de paiement. Néanmoins, il faudrait se demander si une demande de remboursement pour perte de change peut être recevable lorsque le bénéficiaire avait l'intention de vendre rapidement les devises après réception ou y était tenu par la réglementation du contrôle des changes et si le transférant connaissait cette intention ou cette obligation.

3. Lorsque la perte due au change est imputable à des retards survenus dans une banque intervenant avant la banque bénéficiaire, il est tout aussi difficile de déterminer auprès de qui et de quelle façon le bénéficiaire peut recouvrer ses pertes que lorsqu'il s'agit d'une perte d'intérêt (voir question 27).

4. Si le recouvrement des pertes de change n'est pas possible, le transférant et le bénéficiaire sont tenus d'accepter le taux de change en vigueur au moment où la conversion a été effectuée. Si ce recouvrement est possible, on peut se demander si le client, c'est-à-dire le transférant ou le bénéficiaire suivant le cas, doit avoir le choix entre le taux de change en vigueur au moment où la conversion aurait dû s'effectuer et le taux de change en vigueur au moment où elle a en fait été effectuée. Ou bien l'on peut décider que le taux appliqué sera le taux de change en vigueur au moment où la conversion aurait dû s'effectuer. Dans ce dernier cas, les banques auront le droit d'appliquer ce taux de change à la transaction même si le taux a changé en faveur du client avant la conversion. Comme on l'a fait observer au paragraphe 97 du chapitre sur la responsabilité, dans le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, le choix des dates est laissé au porteur "de manière à le protéger contre toute perte qu'il pourrait subir du fait d'une spéculation de l'obligé".

Question 29

Dans quelles circonstances la banque devrait-elle être responsable des dommages indirects ?

Références

Responsabilité, paragraphes 98 à 100
Questions 16 et 23

Commentaire

1. Bien qu'un retard ou une erreur dans le traitement d'un ordre de transfert de fonds puisse généralement être entièrement dédommagé par le paiement d'un intérêt, le remboursement de la perte due au taux de change ou des ajustements financiers similaires, il y a des cas où le défaut d'exécution du transfert de fonds à la date prévue peut faire subir des dommages indirects

au transférant, soit que le contrat soit résilié, soit que l'intéressé risque une pénalité ou qu'il soit déchu de ses droits, le préjudice causé pouvant excéder de beaucoup les indemnités calculées d'après les intérêts.

2. On pourrait penser qu'en règle générale, la banque ne devrait pas être responsable des dommages qu'elle n'a pas prévus et ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Etant donné que ces dommages indirects sont rarement imputables à un retard dans l'exécution du transfert de fonds, même lorsque la somme transférée est importante, la responsabilité de la banque sera donc rarement en cause en ce qui concerne les dommages indirects. Cela expliquerait le barème des frais afférents aux transferts de fonds, qui est généralement trop bas pour satisfaire les demandes de dédommagement, même occasionnelles, pour les dommages indirects qui pourraient en résulter.

3. Il y a cependant des cas où la banque transférante connaît l'objet du transfert et les conséquences que pourrait avoir tout retard ou toute erreur de transmission. On pourrait penser que dans ces cas-là, les règles normales en matière de responsabilité seraient applicables. Si l'on adoptait ce point de vue, la banque transférante serait tenue pour responsable des dommages indirects découlant de ses propres erreurs ou retards dans le traitement du transfert de fonds. D'autre part, les banques sont souvent fort au courant des affaires de leurs clients, sans que leur département des transferts de fonds le soit. On pourrait donc se demander qui, à la banque, devrait en savoir assez là-dessus pour qu'elle réponde des dommages indirects.

4. Si la banque transférante était responsable de l'intégralité du transfert de fonds, y compris des opérations effectuées par les autres banques (voir question 16), elle serait responsable des dommages indirects dus à tous retards ou erreurs survenus dans le transfert de fonds. Mais si la banque transférante n'était responsable que de ses propres actes et si le retard ou l'erreur était survenu dans une banque située en aval dans la chaîne de transmission, la question se poserait de savoir si cette dernière pourrait exciper du caractère imprévisible du dommage ou si elle devrait être liée par le fait que la banque transférante en connaissait le risque.

5. Il convient de noter que selon la pratique bancaire actuelle, on ne s'attend pas que la banque transférante explique à la banque réceptrice les conséquences possibles d'un retard de l'ordre de transfert de fonds. Il n'y a pas au demeurant de raison de la soustraire à cette obligation. La banque transférante devrait au minimum faire figurer la date de disponibilité sur l'ordre de transfert de fonds (voir la question 23). On pourrait estimer que la mention de cette date permettrait aux banques intervenantes de savoir que certaines conséquences commerciales sont à attendre si les fonds ne sont pas mis à disposition du bénéficiaire à la date voulue, même si elles ne savent pas exactement de quelle nature seraient ces conséquences.

6. On pourrait penser qu'il devrait exister une procédure type par laquelle le transférant pourrait notifier à la banque transférante qu'il est particulièrement important que le transfert de fonds soit exécuté dans les délais prévus. Le transférant pourrait être prié de déclarer le montant de la perte éventuelle et une commission supplémentaire serait perçue, qui serait justifiée par l'obligation d'utiliser une procédure prioritaire spéciale pour effectuer le transfert de fonds. Une procédure de ce type serait particulièrement indiquée pour les transferts internationaux de fonds étant donné que les risques de retard ou d'erreur sont bien supérieurs et qu'il est bien plus difficile d'obtenir un dédommagement important d'une banque intermédiaire fautive; une telle procédure pourrait être aussi instituée pour les transferts de fonds à l'intérieur d'un même pays.

Question 30

Des règles spéciales devraient-elles régir la responsabilité interbancaire en cas de remboursement tardif ou d'erreur dans les transferts de fonds ?

Référence

Question 16

Commentaire

1. Une erreur de la part de la banque expéditrice peut être la cause de pertes non seulement pour les clients des banques (le transférant et le bénéficiaire), mais aussi pour la banque réceptrice. Bien que l'on trouve dans les règles générales du droit des critères fondamentaux permettant d'établir l'existence de responsabilités et de calculer les pertes subies, ces règles, peuvent ne pas donner entière satisfaction si elles sont appliquées sans interprétation aux situations bancaires. En outre les règles générales du droit diffèrent d'un pays à l'autre et l'on peut ne pas estimer satisfaisant de recourir au droit des conflits de lois pour déterminer les indemnités à verser dans la pratique courante. On peut donc juger souhaitable d'élaborer des règles interbancaires notamment pour les transferts internationaux de fonds.

2. Si la banque réceptrice est tenue d'indemniser le client qu'elle doit créditer en cas de pertes résultant d'erreurs ou de retards intervenus avant qu'elle ne reçoive l'ordre de transfert de fonds, elle se fera sans doute rembourser par la banque expéditrice. Un accord interbancaire pourrait être préparé pour régir ce remboursement. Une question liminaire serait de savoir si cet accord devrait porter sur des matières qui sans cela relèveraient des règles générales de droit. D'autres questions pourraient être : la banque réceptrice serait-elle remboursée par la banque expéditrice dans le cas où l'erreur aurait été commise par une banque située plus en amont dans la chaîne ? La banque réceptrice pourrait-elle être intégralement remboursée par la banque expéditrice de toutes les indemnités qu'elle aurait versées ou devrait-elle pour en justifier le paiement, produire une injonction judiciaire ou une décision arbitrale ? Au cas où l'indemnité versée au bénéficiaire consisterait exclusivement en intérêts, la banque bénéficiaire devrait-elle être remboursée de ces intérêts en plus de toucher les intérêts interbancaires dont il est question au paragraphe suivant ? Des questions de ce genre se posent et peuvent être réglées par un accord interbancaire si, comme il est suggéré à propos de la question No 16, la banque transférante est, dans le cas d'un virement, responsable à l'égard du transférant de la bonne exécution intégrale dudit virement.

3. Si la banque réceptrice crédite le compte du client qu'elle doit créditer comme il le lui a été demandé, mais ne reçoit pas le remboursement à la date indiquée, le client ne subit aucun préjudice mais la banque réceptrice perd des intérêts. De même, lorsqu'une banque expéditrice qui commet une erreur demande à la banque réceptrice de la rectifier en créditant le compte du client en question à compter d'une date antérieure à celle de la réception de l'ordre, elle fait perdre à la banque réceptrice la possibilité d'investir les fonds qu'elle aurait dû recevoir à cette date antérieure. La situation inverse se produit lorsqu'une banque expédie un ordre de virement à une banque autre que la banque réceptrice prévue et que cette banque, à la demande de la

banque expéditrice, contre-passe ensuite le crédit porté au compte de son client et retourne les fonds à la banque expéditrice; la banque réceptrice a alors eu l'usage de fonds auxquels elle n'avait pas droit. Dans certains systèmes juridiques elle peut être tenue en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause ou d'autres notions similaires de rembourser la banque expéditrice bien que l'erreur ait été commise par cette dernière.

4. Dans de nombreux systèmes bancaires, plusieurs taux d'intérêt pourraient à juste titre être appliqués au calcul de l'indemnité interbancaire. Dans le cas des transferts internationaux de fonds plusieurs taux seraient certainement applicables. On peut donc estimer utile de spécifier dans les règles interbancaires les conditions dans lesquelles une banque devrait verser des intérêts à une autre banque à titre d'indemnisation et indiquer les formules à utiliser pour calculer le montant de ces intérêts. En outre, la rectification des erreurs prenant beaucoup de temps, on pourrait juger bon de spécifier dans ces règlements interbancaires le montant de l'indemnité que la banque expéditrice devrait verser à la banque réceptrice en raison du dérangement que lui aurait occasionné l'erreur et du temps qu'elle aurait passé à la rectifier.

Question 31

Quelles conséquences devrait avoir l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds ou une transaction de transferts de fonds ?

Référence

Caractère définitif, paragraphes 49 à 96

Commentaire

1. L'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds n'a pas les mêmes conséquences dans tous les pays. Les effets juridiques qu'elle produit peuvent naître dans certains pays à des moments antérieurs ou postérieurs à celui où d'autres pays font intervenir cette acquisition ou se trouvent créés dans un même pays, à des moments variables, selon le type de transfert en cause. Il serait donc impossible de dresser une liste universelle des conséquences à attacher à l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds; ne peuvent être répertoriées que les conséquences qui lui sont souvent associées. Le moment précis où est produite chacune de ces conséquences doit être déterminé séparément, dans chaque pays et pour chaque type de transfert de fonds.

2. Les conséquences les plus souvent associées à l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds sont les suivantes :

a) Le solde du compte du transférant est réduit et le transfert de fonds ne peut être arrêté du fait du décès du transférant, de l'ouverture contre lui d'une procédure de déclaration d'insolvabilité, d'une incapacité juridique dont il serait frappé, de la saisie de son compte, d'une compensation opposée par sa banque ou du retrait par lui de l'ordre de transfert de fonds;

b) Le solde créditeur du compte du bénéficiaire est augmenté et entre dans le gage de ses créanciers;

c) Le bénéficiaire a le droit de retirer les fonds et peut percevoir des intérêts sur le nouveau solde créditeur de son compte (ou cesser de payer des intérêts sur l'ancien solde si celui-ci était débiteur);

d) La banque bénéficiaire peut être empêchée de débiter le compte du bénéficiaire afin de rectifier des erreurs alléguées dans le crédit de ce compte sans l'autorisation du bénéficiaire;

e) L'obligation sous-jacente liant le transférant au bénéficiaire peut se trouver éteinte.

3. L'acquisition d'un caractère définitif par une transaction de transfert de fonds entre deux banques semble produire essentiellement les mêmes conséquences pour ce qui est des comptes entre deux banques. Toutefois elle peut créer aussi, pour la banque réceptrice, l'obligation de créditer le compte de son client, de verser des intérêts sur le nouveau solde du compte de ce client, d'envoyer un avis de crédit au bénéficiaire ou un nouvel ordre de transfert de fonds à la banque suivante dans la chaîne de transfert et de mettre les fonds à la disposition de son client.

Question 32

Les transferts de fonds devraient-ils devenir définitifs, à certaines ou à toutes fins utiles, lors de l'accomplissement d'un événement particulier ou à un moment particulier de la journée ?

Référence

Caractère définitif, paragraphes 4 à 48.

Commentaire

1. Un transfert de fonds peut devenir définitif soit lors de l'accomplissement d'un événement particulier, par exemple la passation du débit ou du crédit au compte visé, soit lors de l'accomplissement d'un événement commun à un grand nombre de transferts de fonds, par exemple le placement d'un support de mémoire informatique contenant les ordres de transferts de fonds dans l'ordinateur en vue d'un traitement, soit à une heure précise de la journée, par exemple minuit le jour où l'ordre de transfert de fonds a été reçu et où le débit ou le crédit a été passé en écritures. Si le transfert de fonds acquiert son caractère définitif lors de l'accomplissement d'un événement particulier, la règle est de traiter chaque transfert comme une transaction unique. S'il acquiert son caractère définitif lors de l'accomplissement d'un événement commun à grand nombre de transferts de fonds, ou à un moment particulier de la journée, elle est de traiter chaque transfert dans le cycle normal de traitement des données correspondant au type de transferts en question.

2. Si certains pays peuvent juger souhaitable de décider que l'acquisition du caractère définitif se produit lors de l'accomplissement d'un certain événement ou à une heure donnée pour tous les types de transfert de fonds et à toutes fins utiles, d'autres pays peuvent estimer préférable que certains transferts de fonds deviennent définitifs, à certaines ou à toutes fins utiles lors de l'accomplissement d'événements donnés, et que d'autres transferts le deviennent à un moment particulier de la journée.

3. Le seul événement susceptible de rendre tous les types de transferts de fonds définitifs dans tous les pays et à toutes fins utiles est la remise d'espèces par la banque transférante (prélèvement) ou la banque bénéficiaire (virement) en exécution de l'ordre de transfert. Toutefois, si les espèces sont remises, avec ou sans recours, par une tierce banque, le transfert de fonds n'est pas considéré comme définitif tant que l'ordre de transfert n'a pas été accepté par la banque transférante ou par la banque bénéficiaire selon le cas. Il peut être pertinent de s'interroger, à la lumière des règles qui précèdent, sur la question de savoir si un transfert de fonds est définitif lorsque le bénéficiaire retire des espèces du distributeur automatique d'un système à accès différé, exploité en temps partagé, et que la banque qui gère ce distributeur n'est remboursée et le débit porté au compte du client qu'à un moment ultérieur.

4. Certains types de transferts de fonds semblent exiger que les événements ou les moments qui déterminent l'acquisition du caractère définitif soient fixés différemment en fonction des différentes conséquences du transfert - que par exemple, le transférant perde le droit de retirer un ordre de transfert de fonds une fois celui-ci donné s'il appartient à une catégorie d'ordres dont la banque transférante garantit l'acceptation. Etant donné qu'il est généralement souhaitable que les transferts électroniques de sommes importantes soient certains et acquièrent rapidement un caractère définitif, les règles des réseaux prévoient souvent que les ordres de transfert ne sont pas susceptibles d'annulation par la banque expéditrice (ou par le client donneur d'ordre) une fois qu'ils ont été envoyés. Dans les réseaux de règlements nets ou nets-nets, les transferts de fonds peuvent devenir définitifs au moment du règlement, en ce sens qu'il n'est plus alors possible qu'ils soient retournés à la banque expéditrice au motif d'un défaut de règlement; toutefois, les règles d'autres réseaux peuvent exiger que le compte du client soit immédiatement et irrévocablement crédité.

5. Lorsque les ordres de transfert de fonds sont traités par lots on peut juger souhaitable que les règles relatives à l'acquisition du caractère définitif fixent l'heure précise de la journée à laquelle les transferts deviennent définitifs, car le traitement par lots ne se prête pas aussi bien que le traitement individuel à l'attachement du caractère définitif à un événement unique s'accomplissant pendant la période de traitement. Toutefois, si l'on opte pour un événement unique, il a été suggéré que celui-ci soit un événement facile à identifier et, par exemple, l'insertion dans l'ordinateur du support de mémoire contenant le lot d'ordres de transfert de fonds à traiter.

6. En outre, on peut juger souhaitable, comme c'est le cas dans certains pays; que le traitement des données puisse se dérouler dans n'importe quel ordre commode pour la banque. Si cela est rendu possible, on peut aussi juger souhaitable de permettre à la banque de passer tous les débits et crédits en écriture sans prendre en considération le solde des comptes ou autres motifs de refus des ordres de transfert, et de contre-passer les écritures correspondant aux ordres dont elle aura déterminé ultérieurement qu'elle ne doit pas les accepter. En pareil cas, on peut également juger souhaitable de fixer le délai maximal pendant lequel la banque aura la faculté de contre-passer les écritures, la meilleure solution étant sans doute de le faire expirer à une heure particulière de la journée.

Question 33

Quel effet l'acquisition d'un caractère définitif par une transaction interbancaire de transfert de fonds devrait-elle avoir sur un virement effectué entre les comptes de deux clients ?

Références

TEF en général, paragraphes 26 à 28

Caractère définitif, paragraphes 23 à 30, 58, 61, Annexe

Question 4

Commentaire

1. La question du lien entre le caractère définitif d'une transaction de transfert de fonds entre deux banques et celui d'un virement effectué entre le transférant et le bénéficiaire se révèle être l'un des principaux points juridiques qu'il faut élucider au moment de concevoir les réseaux de transfert de sommes importantes et, éventuellement, d'élaborer des règles destinées à régir les transferts internationaux.

2. Il semble que cette question n'ait pas posé de problème tant que les transferts électroniques de sommes importantes n'étaient effectués que par télégramme ou télex entre un nombre relativement faible de grandes banques ayant des relations bien établies par l'entremise de correspondants. Dans nombre de pays, les transferts interbanques n'étaient considérés que comme des opérations d'exécution des ordres des transférants. Par conséquent, lorsque la banque bénéficiaire donnait suite à un ordre de transfert de fonds, il était logique de penser qu'elle acceptait l'ordre du transférant, même si le télégramme ou le télex correspondant avait été envoyé par la banque transférante ou une banque intermédiaire.

3. Les règles des différents réseaux de transfert électronique de sommes importantes qui ont été constituées pour tirer parti de la technologie des communications d'ordinateur à ordinateur comprennent des dispositions fixant le moment où les transactions de transfert de fonds effectuées par l'intermédiaire du réseau deviennent définitives. Il semble que ces dispositions servent deux buts principaux. Le premier est de protéger les règlements. Bien que cet objectif puisse revêtir une importance particulière dans les réseaux de règlement net ou net-net où la résolution d'un règlement soulèverait d'énormes difficultés, il peut en réalité être plus important encore dans un réseau exploité par une banque faisant fonction de correspondant, qui peut même être une banque centrale. Il peut paraître évident qu'un règlement net doit être irrévocable pour toutes les banques participantes. Toutefois si le droit général des transferts de fonds ne comporte pas de dispositions déterminant le moment où la transaction de transfert de fonds devient irrévocable, la transaction peut être annulée sur ordre du transférant. En conséquence, la banque correspondante peut se voir dans l'obligation de contre-passer le crédit porté au compte de sa banque réceptrice. Cela risque de faire apparaître sur ce compte un solde débiteur inacceptable pour la banque correspondante.

4. La deuxième raison que l'on a d'adopter, dans un réseau, des règles sur le caractère définitif des transferts de fonds est qu'il convient de donner à la banque réceptrice l'assurance que le crédit qu'elle a reçu est

irrévocable. Forte de cette assurance, la banque réceptrice peut alors elle-même accorder un crédit irrévocable à son client qui peut être soit le bénéficiaire, soit une autre banque.

5. La première conséquence de l'application de telles règles est que la banque expéditrice qui intervient dans la transaction de transfert ne peut retirer son ordre une fois celui-ci envoyé par le réseau. Le transférant perd en conséquence lui aussi le droit de faire retirer l'ordre du réseau. Toutefois, si le transfert de fonds n'a pas encore acquis de caractère définitif à l'égard du bénéficiaire, le transférant peut conserver le droit de retirer son ordre en ce qui concerne l'intégralité du transfert. On peut donc se demander si la banque réceptrice dans la transaction de transfert de fonds a l'obligation de transmettre l'avis de retrait de l'ordre de transfert. Si tel n'est pas le cas, il convient de s'interroger sur la question de savoir si le transférant ou la banque transférante devrait avoir le droit de notifier directement la banque bénéficiaire sans passer par les banques intermédiaires. Cette question est particulièrement délicate car elle risque de se poser très souvent dans les transferts internationaux de fonds relevant du droit positif et de la procédure de plusieurs pays.

6. Même si le problème se pose sans doute surtout à propos du retrait d'ordres de transfert de fonds par les transférants, il peut se présenter également à propos de la notification du décès du transférant, de l'introduction contre lui d'une procédure de déclaration d'insolvabilité, de la saisie de son compte ou d'une autre action judiciaire s'opposant à l'exécution du transfert de fonds.

7. S'il est possible d'arrêter le transfert de fonds en sautant la banque réceptrice dans la transaction de transfert et en présentant la notification requise à une banque située plus en aval dans la chaîne de transfert, ou encore directement à la banque bénéficiaire, il semble qu'il soit nécessaire d'établir une procédure de remboursement des différentes banques qui ne passe pas non plus par la banque réceptrice dans la transaction de transfert. Si celle-ci était tenue de rembourser la banque expéditrice, la transaction de transfert de fonds ne serait pas définitive. A cet égard, les règles d'un réseau concernant le caractère définitif des transferts de fonds diffèrent de celles de certaines chambres de compensation qui disposent qu'un chèque refusé peut être retourné par l'intermédiaire de la chambre de compensation pendant un certain délai, à l'expiration duquel il ne peut plus l'être qu'en dehors d'elle.

8. Par ailleurs, chaque réseau de transfert de fonds doit nécessairement se doter d'une procédure permettant le renvoi des ordres de virement soit sur la demande de la banque transférante au motif qu'une erreur a été commise, soit à l'initiative de la banque bénéficiaire au motif que celle-ci ne peut exécuter l'ordre - par exemple parce que le compte à créditer n'existe pas. Ces renvois ne semblent pas porter atteinte au principe du caractère définitif de la transaction initiale de transfert de fonds et peut-être devrait-on considérer qu'il en va de même de ceux découlant de la notification des événements envisagés plus haut.

9. Si l'on en arrive à la conclusion que le caractère définitif d'une transaction de transfert de fonds entre des banques intermédiaires a pour effet d'empêcher la notification de ces différents motifs d'arrêt du transfert avant qu'il ne devienne définitif, il s'ensuit effectivement qu'à ces divers égards le transfert de fonds devient définitif en même temps que la transaction de transfert de fonds.

Question 34

La garantie de l'acceptation de l'ordre de transfert de fonds par la banque transférante devrait-elle influencer sur le moment où le transfert devient définitif ?

Références

Caractère définitif, paragraphes 41 à 43

Commentaire

1. Généralement associée aux ordres de prélèvements donnés sur papier, par exemple par chèque certifié ou carte de crédit, la garantie d'acceptation de la banque transférante se rencontre également dans les prélèvements ou virements électroniques. En particulier, tout système de terminaux-points de vente à prélèvement différé est susceptible de garantir au bénéficiaire (commerçant) qu'il sera crédité dès lors qu'il aura été autorisé à conclure une transaction donnée.

2. L'une des conséquences immédiates de la garantie d'acceptation est qu'elle met fin au droit du transférant de retirer son ordre de transfert de fonds. Si la garantie est considérée comme équivalant à l'acceptation d'une lettre de change (ou à la certification d'un chèque là où celle-ci est autorisée), on peut concevoir que l'acquisition d'un caractère définitif par le transfert de fonds a d'autres conséquences : le décès du transférant, une procédure en déclaration d'insolvabilité introduite contre lui, la saisie de son compte, une compensation opposée par sa banque ou son incapacité juridique ne devraient pas faire obstacle au débit ultérieur de son compte. L'obligation sous-jacente pourrait être considérée comme éteinte dès l'émission de l'ordre garanti. Toutefois, il est évident que le bénéficiaire n'aurait pas le droit de disposer des fonds avant que l'ordre ait été présenté à l'acceptation ou avant la date à laquelle les fonds devraient être mis à sa disposition aux termes de l'accord du réseau de terminaux-points de vente.

Question 35

Devrait-il y avoir une règle expresse sur la question de savoir si une banque bénéficiaire à laquelle des fonds ont été envoyés pour remise au bénéficiaire sur présentation détient ces fonds pour le compte du transférant ou pour celui du bénéficiaire ?

Référence

Accords, paragraphe 4

Commentaire

1. Cette question se distingue de la question générale du caractère définitif d'un transfert de fonds du fait que le transfert ne peut être accompli par le crédit du compte du bénéficiaire. En outre, dans la majorité des cas, aucune relation contractuelle préexistante ne lie le bénéficiaire et la banque bénéficiaire qui charge la banque de tenir les fonds reçus à la disposition du bénéficiaire.

2. Bien qu'elle ne concerne qu'un pourcentage infime de tous les transferts de fonds, la pratique qui consiste à envoyer à une banque l'ordre de payer une certaine somme en espèces à une personne spécifiée, sur présentation, mérite sans doute de faire l'objet d'une règle particulière. Les transferts en question portent le plus souvent sur des sommes modiques envoyées par l'intermédiaire des services postaux de transfert de fonds mais les transferts bancaires de sommes non négligeables ne sont pas rares. Il est courant que le bénéficiaire ne se présente pas avant un certain temps, ce qui accroît la possibilité que le transférant souhaite retirer l'ordre de transfert de fonds, ou qu'un événement comme l'insolvabilité du transférant ou l'ouverture d'une procédure judiciaire visant son compte survient avant que le bénéficiaire se fasse connaître.

3. On peut penser que le transfert de fonds ne devient définitif qu'au moment où le bénéficiaire se présente et réclame les fonds en question. Si tel est le cas, la banque bénéficiaire détient les fonds sur ordre du transférant et sous réserve de toute créance qu'un tiers pourrait faire valoir sur les avoirs du transférant.

4. Mais on peut penser également que, dès que la banque bénéficiaire a avisé le bénéficiaire qu'elle tient les fonds à sa disposition, le transférant a perdu tout pouvoir sur ces fonds qui restent déposés aux risques du bénéficiaire. Les fonds sont alors traités de la même manière que s'ils avaient été déposés au compte du bénéficiaire auprès de la banque en question.

Question 36

Le moment où le transfert de fonds éteint l'obligation sous-jacente devrait-il dépendre des moyens utilisés par la banque pour effectuer ledit transfert ? Devrait-il coïncider avec celui où ce transfert devient définitif ?

Références

Caractère définitif, paragraphes 41 à 43, 92 à 96
Question 35

Commentaire

1. Le moment où le transfert de fonds éteint l'obligation sous-jacente peut être, en particulier dans le cas de transactions portant sur des sommes importantes, fixé par les parties dans leur accord de base. Lorsqu'il n'est pas fixé par les parties, les règles juridiques applicables le fixent généralement en fonction de la nature du transfert de fonds et des procédures appliquées par les banques. C'est pourquoi les règles sur l'extinction de l'obligation en cause se trouvent aussi bien dans la législation régissant les transferts de fonds que dans celle régissant l'obligation sous-jacente.

2. Vu l'évolution des pratiques bancaires relatives aux transferts de fonds, on peut juger nécessaire de se demander si les règles actuelles touchant au moment de l'extinction de l'obligation sous-jacente sont toujours appropriées. La question est peut-être surtout pertinente dans les pays où les transferts de fonds sont généralement effectués par chèque et où les règles relatives à l'extinction d'une obligation exécutée par virement sont

peut être peu claires. En outre, les règles applicables aux chèques peuvent ne pas être entièrement applicables aux prélèvements électroniques effectués par exemple en vertu d'une autorisation automatique de prélèvement.

3. Dans les pays où les transferts de fonds se font généralement par virement on peut penser que les règles traditionnelles sont parfaitement utilisables dans le nouveau contexte. Cela peut paraître particulièrement vrai dans les cas où l'obligation est éteinte lorsque le transfert de fonds devient définitif, du moins si la législation pertinente et les moyens de transfert couramment utilisés ne laissent aucun doute sur le moment où le transfert acquiert ce caractère définitif. En revanche, dans les cas où les règles sur l'extinction de l'obligation font dépendre celle-ci de l'accomplissement d'une opération particulière par la banque - peut-être parce que c'est cette opération qui donne au transfert son caractère définitif - on peut juger pertinent de réexaminer lesdites règles afin de déterminer si les banques continuent d'effectuer cette opération ou s'il ne serait plus approprié qu'elles agissent autrement. Là où, par exemple, l'obligation est éteinte lorsque le crédit a été porté au compte du bénéficiaire, on peut se demander à quel moment le crédit est réputé passé en écritures dans le contexte du traitement par lots.

4. Les types de transferts de fonds dans lesquels la banque transférante garantit l'acceptation de l'ordre ont connu une expansion considérable. Il est permis de penser que l'existence de cette garantie bancaire s'ajoutant à l'obligation du transférant constitue une raison suffisante de tenir l'obligation sous-jacente pour éteinte même si l'ordre proprement dit n'a pas encore été accepté.

Question 37

Les règles régissant les transferts de fonds devraient-elles prendre en considération la possibilité d'un défaut de règlement par une banque ?

Référence

Caractère définitif, paragraphes 97 à 99, annexe

Commentaire

1. Dans les pays où il existe un risque manifeste qu'une banque intérieure ne règle pas des transferts de fonds, les règles juridiques prévoient la nécessité de répartir les pertes résultant de cette défaillance. L'analyse des risques liés aux systèmes indique que la constitution de réseaux de transfert en ligne des sommes importantes a dans certains pays accru ce risque au point d'amener à prendre ou à envisager de nouvelles mesures.

2. Dans les pays où le risque qu'une banque intérieure soit défaillante dans un règlement est considéré comme improbable et n'est pas susceptible d'être accru par les réseaux de transfert en ligne de sommes importantes, actuels ou futurs, il n'est pas nécessaire que ce risque soit pris en considération dans les règles régissant les transferts de fonds. S'il devait se matérialiser contrairement aux prévisions, il faudrait régler le cas en appliquant des règles conçues à d'autres fins, comme il faudrait le faire également si une banque étrangère n'effectuait pas le règlement correspondant à un transfert international de fonds.

3. La répartition entre les banques de la perte résultant du défaut de règlement, par l'une d'entre elles, d'un transfert international de fonds peut dépendre de la législation de l'un ou l'autre des pays en cause. Les règles des réseaux de transfert électronique de fonds contiennent parfois des dispositions spécifiques sur la répartition des pertes découlant du défaut de règlement d'une transaction de transfert effectuée par l'intermédiaire de ces réseaux. Ces pertes peuvent également être réparties conformément aux dispositions relatives au caractère définitif du transfert que l'on peut trouver soit dans la législation visant les transferts de fonds, soit dans les accords interbancaires.

4. Mais même si ces accords interbancaires peuvent influencer sur les droits du transférant ou du bénéficiaire autre qu'une banque en déterminant comment la perte doit être répartie entre les banques, ils ne sauraient constituer la source des règles qui doivent indiquer si une banque peut répercuter sur son client qui n'est pas lui-même une banque la perte résultant d'un défaut de règlement. On doit cependant s'attendre que, si la banque bénéficiaire supporte le risque d'un défaut de règlement par la banque expéditrice et si ce risque est important, elle trouvera le moyen de ne pas créditer irrévocablement le compte du bénéficiaire avant que le règlement soit définitif.

Question 38

Un transfert de fonds peut-il devenir définitif en dehors des heures ouvrables normales ?

Référence

Caractère définitif, paragraphes 13 et 14, 32

Commentaire

1. Beaucoup de services du secteur bancaire s'acheminent vers un fonctionnement 24 heures sur 24; cette évolution risque d'influer sur le moment de la journée où chaque transfert de fonds devient définitif. Dans le cas des ordres de transfert émis sur papier l'usage était autrefois de clore le cycle de traitement des données après les heures d'ouverture mais avant que le personnel cesse le travail le soir. Les ordres reçus après une certaine heure vers la fin de la journée étaient souvent considérés comme reçus le lendemain et traités en conséquence. Quelle que pût être la règle régissant le caractère définitif des transferts de fonds, elle prenait effet pendant les heures ouvrables normales des employés. Dans quelques pays, la pratique qui consistait à effectuer pendant les heures normales de travail l'opération rendant les transferts définitifs avait sans doute pris le caractère d'une règle de droit.

2. A l'heure actuelle, beaucoup de banques n'interrompent plus le traitement des données la nuit. Les opérations qui confèrent aux transactions leur caractère définitif sont souvent effectuées en dehors des heures ouvrables normales. Les terminaux-clients qui en maints endroits sont accessibles 24 heures sur 24 permettent de donner des ordres de transfert la nuit comme le jour et, si le système est pleinement en ligne, d'exécuter beaucoup de ces ordres sur-le-champ. Les transferts internationaux de fonds entrepris de jour par une banque peuvent s'achever de nuit dans un autre fuseau horaire. Le

fait peut se produire aussi lors de transferts intérieurs dans les pays qui s'étendent sur plusieurs fuseaux. Il serait rationnel de penser que le jeu normal de la règle concernant le caractère définitif rend les transferts de fonds définitifs dès cet instant. Cette conclusion, logique d'un certain point de vue, est en conflit avec l'usage courant qui veut que les transferts de fonds soient traités et acquièrent leur caractère définitif pendant les heures ouvrables normales.

3. Il convient également de noter que, dans les pays où la contre-passation des écritures de débit ou de crédit est autorisée pendant un délai limité, ce délai peut expirer à un moment se situant en dehors des heures ouvrables normales - à minuit par exemple - et que c'est à ce moment que le transfert de fonds devient définitif.

4. Des problèmes particuliers peuvent se poser quand un transfert de fonds en ligne d'ordinateur à ordinateur devient définitif un certain jour à la banque expéditrice et, à cause de la différence des fuseaux horaires, le devient la veille ou le lendemain à la banque réceptrice.

Question 39

Quand le débit ou le crédit devrait-il être réputé porté en compte ?

Référence

Caractère définitif, paragraphes 8, 33, 36

Commentaire

1. Les règles relatives à l'acquisition du caractère définitif se fondent souvent sur le moment de la passation du débit ou du crédit au compte visé; en effet il s'agit là d'une opération objective qui semble indiquer que la décision a été prise d'accepter l'ordre et qui apparaît comme le symbole de la transmission, du transférant au bénéficiaire, de la créance sur la banque.

2. Les techniques modernes de traitement des données ont rendu cette opération moins claire en même temps qu'elles en ont réduit la valeur de symbole. Les banques passent souvent les données en compte le plus tôt possible après avoir reçu les ordres de transfert de fonds, sous réserve de pouvoir contre-passer leurs écritures pendant le délai qui leur est laissé pour décider ou non d'accepter ces ordres. Lorsque la loi n'autorise pas la contre-passation des écritures comptables, les écritures peuvent être passées à des comptes provisoires et n'être reportées aux comptes réels qu'ultérieurement. Si les ordres sont donnés à la banque pour exécution le lendemain, le surlendemain ou plusieurs jours plus tard, ils peuvent également être portés immédiatement aux comptes provisoires, accompagnés de la mention de leur date d'exécution effective, date à laquelle ils seront également portés aux comptes réels. Ces opérations étaient techniquement impossibles avant l'utilisation des ordinateurs.

3. On peut estimer que le moment de la passation du débit ou du crédit en compte est soit le moment où il est porté au compte provisoire, soit celui où il est reporté au compte réel. Il est toutefois permis de penser que le fait de considérer l'écriture comme passée au moment où elle est portée au compte provisoire lui confère une valeur juridique que l'on voulait précisément

éviter de lui donner. Au demeurant, il paraît évident que le recours à un compte provisoire est censé donner à la banque concernée les mêmes possibilités de contre-passation que celles qui sont accordées aux banques des pays où les écritures sont expressément révocables pendant un certain délai.

4. On notera toutefois que les deux approches n'aboutissent pas au même résultat quant au moment où le débit et le crédit sont passés en compte ou, pour être plus précis, où ils deviennent définitifs. Dans les systèmes juridiques où les écritures sont révocables pendant un certain délai, le débit ou le crédit devient automatiquement irrévocable à l'expiration dudit délai, de sorte que le moment de l'acquisition du caractère définitif est fixe. Lorsque la passation du débit ou du crédit est effectuée par incorporation du compte provisoire au compte réel, elle est dépendante de l'accomplissement de cette incorporation qui lui donne son caractère définitif. L'incorporation peut être présumée accomplie par l'action humaine qui consiste à lancer la mise à jour du fichier informatique. Même si l'on peut escompter que cette action se produise à la même heure tous les jours, le moment peut néanmoins en être variable pour un certain nombre de raisons. L'incorporation peut, bien entendu, être également théorique ou, si elle exige la mise à jour du fichier, celle-ci peut être lancée automatiquement par un mécanisme d'horlogerie, à moins que l'homme n'intervienne pour retarder l'incorporation. Toutes ces possibilités rendent quelque peu confuse la notion de passation du débit ou du crédit en compte.

5. En outre, il est difficile de savoir quand des transactions enregistrées sur un support de mémoire et traitées par lot se trouvent passées en compte. Dans la mesure où la passation en compte traduit la décision d'accepter l'ordre, elle pourrait être réputée accomplie au moment où le support de mémoire informatique a été placé en machine pour traitement - voire au moment où il a été préparé pour subir un nouveau traitement. Il semble que le moment où l'ordinateur traite un élément particulier du lot n'a, même s'il est enregistré automatiquement, guère d'incidence sur les droits des différentes parties concernées par l'ordre, non plus que sur le compte.

Question 40

Dans quel ordre les différentes transactions portées à un compte devraient-elles être réputées passées en écriture ?

Références

Caractère définitif, paragraphes 32 à 37
Questions 38 et 39

Commentaire

1. Lorsque toutes les opérations effectuées sur un compte étaient passées en écriture à la main par une même personne, l'ordre dans lequel elles avaient été effectuées était évident et il était logique de fonder sur cet ordre différentes règles concernant leur rang de priorité. A l'heure actuelle, les ordres de débit et de crédit arrivent d'un certain nombre de sources différentes et peuvent être passés en compte de différentes manières. Les ordres sur papier remis au guichet d'une banque ou encore reçus par la poste peuvent être envoyés au centre de traitement des données en vue soit de leur passation directe en compte, soit de leur saisie sur un support de mémoire

informatique qui sera utilisé ultérieurement pour les porter aux comptes visés. L'employé qui reçoit ces ordres au guichet de la banque ou qui ouvre le courrier peut également saisir les données correspondantes sur un terminal à clavier, à son poste de travail. Des ordres peuvent aussi arriver de guichets automatiques en ligne ou hors ligne. Même si la banque peut considérer ces ordres comme identiques aux fins des dates d'intérêt, leur passation effective en compte peut s'échelonner sur deux jours ou davantage. Les ordres donnés sur papier ou par les moyens électroniques qui arrivent en lots d'autres banques ou de chambres de compensation demandent parfois à être traités selon un échéancier indépendant des autres ordres traités par la banque. Les ordres individuels portant sur des sommes importantes qui arrivent par l'intermédiaire du réseau de télécommunication peuvent être passés directement en écriture. Ceux qui sont reçus pour traitement à une date ultérieure peuvent être portés à des comptes provisoires incorporés aux comptes réels à n'importe quel moment convenant au centre de traitement des données.

2. Même s'il est toujours possible d'établir les priorités sur la base de l'ordre dans lequel les différents débits et crédits ont été portés au compte en question, cette solution ne donne pas nécessairement des résultats satisfaisants dans le contexte actuel. Cependant il est difficile de savoir quel critère de détermination des priorités serait plus approprié. On entrevoit au moins trois options possibles : l'une consisterait à considérer les ordres portant sur les sommes les moins importantes comme traités en premier, de sorte que le plus grand nombre possible puisse être exécuté; l'autre donnerait la même priorité à tous les ordres qui seraient alors exécutés au prorata de leur montant; ou encore la banque pourrait avoir le choix de l'ordre dans lequel elle les passent.

3. Un réseau peut avoir pour règle que si une banque est défaillante dans un règlement tous les crédits portés à son compte demeurent valables mais qu'en revanche tous les débits la concernant, autrement dit les ordres de virement qu'elle a envoyés ou les ordres de prélèvement qu'elle a reçus, sont exécutés dans l'ordre dans lequel ils ont transité par la chambre de compensation. Cette règle ne soulève pas de difficultés au regard de notre analyse si les ordres en question transitent individuellement par la chambre de compensation. En fait elle présente l'avantage d'encourager les banques à compter sur les ordres de virement reçus tôt dans la journée et à porter les crédits correspondants aux comptes de leurs clients puisque ces ordres auront un degré élevé de priorité en cas de défaut de règlement par les banques expéditrices. Toutefois, si le règlement se fait par passation de débit et de crédit aux comptes tenus par la banque centrale ou par toute autre banque de règlement et si des ordres autres que ceux reçus par l'intermédiaire du réseau sont présentés à la banque centrale en vue du débit du compte de la banque défaillante le même jour, il faudra prendre une décision du type de celles décrites au paragraphe 2 quant aux rangs de priorité respectifs des ordres de débit du compte de la banque défaillante reçus par l'intermédiaire du réseau et des autres ordres de débit du même compte.

Question 41

Une banque devrait-elle avoir le droit de recouvrer un crédit erroné en contre-passant l'écriture passée au compte du client ?

Référence

Caractère définitif, paragraphes 79 et 80

Commentaire

1. Le moyen le plus rationnel qui s'offre à une banque de recouvrer un crédit porté par erreur au compte d'un client consiste à contre-passer l'écriture en question en débitant le compte. Cette méthode est particulièrement efficace s'il s'agit du compte d'un bénéficiaire autre qu'une banque auprès de la banque bénéficiaire ou du compte loro de la banque réceptrice auprès de la banque expéditrice.

2. La contre-passation du crédit est admissible sans doute aucun si le crédit n'est pas encore devenu irrévocable soit parce que dans le pays en question les crédits sont révocables pendant un certain temps après leur passation en compte, soit parce que le crédit a été porté à un compte provisoire qui n'a pas encore été incorporé au compte réel. Toutefois, lorsque le crédit est devenu irrévocable aux termes de la législation applicable, on peut estimer devoir ne permettre qu'avec précaution de contre-passer un crédit erroné en débitant sans son autorisation préalable le compte du client crédité. Certains pays permettent à la banque bénéficiaire de contre-passer un crédit résultant de sa propre erreur, mais non de celle du transférant ou de la banque transférante.

* * * * *

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу : Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.