NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE

Distr. GENERALE

A/CN.9/266/Add.2
1er avril 1985

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Dix-huitième session
Vienne, 3-21 juin 1985

PROJET DE GUIDE JURIDIQUE SUR LES TRANSFERTS ELECTRONIQUES DE FONDS

CHAPITRE SUR LES PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR LES TRANSFERTS ELECTRONIQUES DE FONDS

Rapport du Secrétaire général

(suite)

TABLE DES MATIERES

		Page
INTRODUCTION		6
Question No 1	L'évolution des transferts électroniques de fonds demande-t-elle des changements importants de la législation ?	7
Question No 2	A quels types de transactions financières la législation sur les transferts de fonds devrait-elle s'appliquer ?	8
Question No 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 ?	10
Question No 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 ?	11

V.85-24462 1155B

TABLE DES MATIERES (suite)

		Page
Question No 5	Devrait-on établir des règles universellement acceptées pour régir les transferts électroniques internationaux de fonds ?	13
Question No 6	Devrait-on établir des règles universellement acceptées sur les conflits de lois pour les transferts électroniques internationaux de fonds ?	15
Question No 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 ?	17
Question No 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 ?	18
Question No 9	La généralisation des techniques utilisées pour les transferts électroniques de fonds exige-t-elle une modification des lois relatives au secret bancaire ?	20
Question No 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 ?	21
Question No 11	Les autorisations de prélèvement automatique devraient-elles faire l'objet d'une quelconque restriction ?	21
Question No 12	La forme d'authentification exigée pour un transfert électronique de fonds devrait-elle être soumise à une prescription légale ?	23
Question No 13	Les banques expéditrices devraient-elles être tenues de se conformer aux formules normalisées pour l'envoi d'ordres de transfert de fonds ?	24
Question No 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 ?	25
Question No 15	Où faudrait-il considérer que le compte du client est domicilié au regard des règles juridiques qui régissent les transferts de fonds ?	26
Question No 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 ?	26

TABLE DES MATIERES (suite)

		Page
Question No 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 ?	28
Question No 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 ?	29
Question No 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 ?	30
Question No 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 ?	30
Question No 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 ?	31
Question No 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 ?	33
Question No 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 ?	34
Question No 24	Avec quelle fréquence la banque devrait-elle être tenue d'envoyer à ses clients des relevés de compte ?	36
Question No 25	De combien de temps devrait pouvoir disposer le client d'une banque pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte ?	37
Question No 26	Faudrait-il mettre en place une procédure très précise de correction des erreurs ?	38
Question No 27	Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer des intérêts en cas de retard lors d'un transfert de fonds ?	39

TABLE DES MATIERES (suite)

		Page
Question No 28	Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer les pertes de change en cas de retard dans le transfert de fonds ?	40
Question No 29	Dans quelles circonstances la banque devrait-elle être responsable des dommages indirects ?	41
Question No 30	Des règles spéciales devraient-elles régir la responsabilité interbancaire en cas de remboursement tardif ou d'erreur dans les transferts de fonds ?	43
Question No 31	Quelles conséquences devrait avoir l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds ou une transaction de transferts de fonds ?	44
Question No 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 ?	45
Question No 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 ?	47
Question No 34	La garantie de l'acceptation de l'ordre de transfert de fonds par la banque transférante devrait-elle influer sur le moment où le transfert devient définitif ?	49
Question No 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 ?	49
Question No 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 ?	50
Question No 37	Les règles régissant les transferts de fonds devraient-elles prendre en considération la possibilité d'un défaut de règlement par une banque ?	51
Question No 38	Un transfert de fonds peut-il devenir définitif en dehors des heures ouvrables normales ?	52
Question No 39	Quand le débit ou le crédit devrait-il être réputé porté en compte ?	53

TABLE DES MATIERES (suite)

		Page
Question No 40	Dans quel ordre les différentes transactions portées à un compte devraient-elles être réputées passées en écriture ?	54
Question No 41	Une banque devrait-elle avoir le droit de recouvrer un crédit erroné en contre-passant l'écriture passée au compte du client ?	55

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 influer 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 (A/CN.9/250/Add.1)	Terminologie
Généralités sur le système de transferts électroniques de fonds (A/CN.9/250/Add.2)	TEF général
Accords de transfert de fonds et ordres de transfert de fonds (A/CN.9/250/Add.3)	Accords
Fraude, erreurs, traitement inapproprié des ordres de transfert et responsabilité (A/CN.9/250/Add.4)	Responsabilité
Caractère définitif des transferts de fonds (A/CN.9/266/Add.1)	Caractère définitif

Question No 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 No 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 No 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 réglement 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 No 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 Nos 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 No 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 No 2, paragraphes 3 et 4
Question No 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 No 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/CN.9/211
Questions Nos 4, 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 No 33).

Question No 6

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

Référence

Question No 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 No 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 Nos 21, 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 probatoire de l'enregistrement informatique dans la banque pratiquant le non-échange ou dans une banque réceptrice, par rapport à 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 No 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'authencité des chéques 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 dédommagée 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 No 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 No 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 No 11

Les auto isations 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 No 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 No 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 inexistants. 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 No 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 7746/1.2, 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 No 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 No 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 cenre 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 No 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 Nos 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 dédommagée, 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 responsabilite 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 No 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 No 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 No 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 No 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 prévoie la panne ou en atténue les conséquences.

Question No 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 No 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 No 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 No 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 No 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 Nos 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 No 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 Nos 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 No 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 No 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 No 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 apurent 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 No 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 No 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 Nos 23, 30

Commentaire

1. Dans la question No 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 No 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'intêrêt 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 question No 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 soiens séparées par un nombre de jours déterminé.

Question No 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 Nos 23, 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 quotidiennent 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 no 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 No 29

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

Références

Responsabilité, paragraphes 98 à 100
Questions No 16, 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 No 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 question no 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 justifée 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 No 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 No 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 No 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 No 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 No 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 No 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 caractére 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 caractére définitif d'une transaction de transfert de fonds entre des banques intermédiaires a pour effet d'empêcher la notification de ces différens 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 No 34

La garantie de l'acceptation de l'ordre de transfert de fonds par la banque transférante devrait-elle influer 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'acceptaion 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 No 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 bénéficaire 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 No 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 No 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 contexe 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 No 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 influer 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 No 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 No 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 No 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 Nos 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 No 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.