per
sée

Revue internationale de droit comparé

Sur les transferts interbancaires par télétransmission aux États Unis. Pour une réglementation des nouveaux moyens de paiement par télétransmission

Hal S. Scott

Citer ce document / Cite this document :

Scott Hal S. Sur les transferts interbancaires par télétransmission aux États Unis. Pour une réglementation des nouveaux moyens de paiement par télétransmission. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 37 N°4, Octobre-décembre 1985. pp. 967-984;

doi : https://doi.org/10.3406/ridc.1985.2986

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1985_num_37_4_2986

Fichier pdf généré le 08/04/2018

BY: $ = creative commons

Abstract

Although it constitutes one of the most important means of interbank transfers in the United States, payment orders by wire tranfers have not been the subject of legislation or regulatory promulgations in said country. Infact, the three large private Systems which handle most of wire transfers have done no more than to promulgate rules which limit their own liability. Within a short time, however, it became clear that such rules, even when supplemented by contractual provisions, could notmake upfor the absence of a legal context which specifies the rights and obligations of the parties to such operations. A Commission, composed of representatives of banks, attorneys and law professors, has undertaken the task of filling this legal void by preparing a draft « Uniform Code of New Means of Payment ». In this article, the author, the reporter of the aforementioned Commission, analyses the principal points of the draft which will certainly hâve an impact on tranfers made by, between or through French financial establishment.

Résumé

Alors qu'elle constitue le plus important moyen de règlement interbancaire aux Etats-Unis, la télétransmission des ordres de virement ne fait l'objet d'aucune réglementation juridique appropriée dans ce pays. En effet, les trois grands systèmes privés qui se répartissent l'essentiel des transferts électroniques de fonds se sont contentés de formuler des règles limitant leur propre responsabilité. Très vite pourtant, il est apparu que de telles règles, même complétées par des accords contractuels, ne pouvaient suppléer l'absence d'un cadre juridique réglementant les droits et obligations de toutes les parties de telles opérations. Une commission composée de représentants des banques de praticiens du droit et de professeurs s'est donnée pour tâche de combler ce vide juridique en élaborant un projet de Code Uniforme des Nouveaux Moyens de Paiement. Dans le présent article, l'auteur, rapporteur de la Commission précitée, analyse les grandes lignes de ce projet qui ne manquera pas d'affecter dans un proche avenir les transferts transitant par des banques ou établissements financiers français.

BY: creative commons

R.I.D.C. 4-1985

SUR LES TRANSFERTS INTERBANCAIRES PAR TÉLÉTRANSMISSION AUX ÉTATS-UNIS

(Pour une réglementation des nouveaux modes de paiement par télétransmission) (*)

par

Hal S. SCOTT

Professeur à l'Université d'Harvard

Persée creative commons

Alors qu'elle constitue le plus important moyen de règlement interbancaire aux États-Unis, la télétransmission des ordres de virement ne fait l'objet d'aucune réglementation juridique appropriée dans ce pays. En effet, les trois grands systèmes privés qui se répartissent l'essentiel des transferts électroniques de fonds se sont contentés de formuler des règles limitant leur propre responsabilité. Très vite pourtant, il est apparu que de telles règles, même complétées par des accords contractuels, ne pouvaient suppléer à l'absence d'un cadre juridique réglementant les droits et obligations de toutes les parties à de telles opérations.

Une commission, composée de représentants des banques, de praticiens du droit et de professeurs, s'est donnée pour tâche de combler ce vide juridique en élaborant un projet de « Code Uniforme des Nouveaux Moyens de Paiement ». Dans le présent article, l'auteur, rapporteur de la Commission précitée, analyse les grandes lignes de ce projet qui ne manquera pas

(*) La traduction et l'adaptation en français de l'article du professeur Scott ont été réalisée par Maîtres Dominique BORDE et Éric MORGAN de RIVERY du Cabinet Siméon Moquet Borde et associés, avec l'aide de M^me^ HEBERT, assistante à l'Université de Paris I. Le texte final a été revu par M. le Professeur Christian GAVALDA de l'Université de Paris I.

d'affecter dans un proche avenir les transferts transitant par des banques ou établissements financiers français.

Although it constitutes one of the most important means of interbank transfers in the United States, payment orders by wire tranfers have not been the subject of legislation or regulatory promulgations in said country. In fact, the three large private systems which handle most of wire transfers have done no more than to promulgate rules which limit their own liability. Within a short time, however, it became clear that such rules, even when supplemented by contractual provisions, could not make up for the absence of a legal context which specifies the rights and obligations of the parties to such operations.

A Commission, composed of representatives of banks, attorneys and law professors, has undertaken the task of filling this legal void by preparing a draft « Uniform Code of New Means of Payment ». In this article, the author, the reporter of the aforementioned Commission, analyses the principal points of the draft which will certainly have an impact on tranfers made by, between or through French financial establishment.

INTRODUCTION

Selon les chiffres publiés en 1980, les règlements effectués aux États-Unis d'Amérique par télétransmission, en d'autres termes, les ordres de virement de compte à compte exécutés grâce à l'utilisation de procédés électroniques représenteraient environ 117 trillions de dollars U.S. par an. Ce montant dépasserait largement celui des transactions effectuées par chèque (19 trillions de dollars US) ou par carte de crédit bancaire (49 billions de dollars US).

En moyenne, le montant de chaque opération effectuée par télétransmission atteint deux millions de dollars alors qu'il est de 570 dollars par chèque et de 38 dollars par carte de crédit. Aussi, bien que le nombre annuel des opérations effectuées par télétransmission soit relativement faible par rapport à celles effectuées par chèques ou par cartes de crédit, les incidents auxquels elles peuvent donner lieu sont de loin les plus conséquents.

Curieusement, ce système de paiement par lequel transitent les sommes d'argent les plus importantes, ne fait pas l'objet d'une réglementation juridique très élaborée alors qu'au contraire les autres systèmes de paiement ne nécessitant pas l'utilisation d'espèces, tels que les paiements par chèques ou cartes de crédit, sont très largement réglementés et font souvent l'objet d'accords contractuels sophistiqués. Aussi bien du fait des lacunes de la réglementation que de l'utilisation limitée des accords contractuels, ce sont en premier lieu les principes de la *Common Law* qui régissent les règlements par télétransmission. Cette anomalie du droit des transactions commerciales constitue aujoud'hui l'une des préoccupations les plus importantes de la communauté bancaire américaine, d'autant qu'à défaut de principes directeurs contenus dans la loi, la jurisprudence risque de rester longtemps incertaine, voire même contradictoire.

Une commission chargée de la mise à jour du Code Uniforme de Commerce des États-Unis *(Uniform Commercial Code)* prépare actuelle-

ment une réforme partielle des dispositions relatives aux moyens de paiement, parmi lesquels figurent les transferts par télétransmission. Cette réforme devrait aboutir à l'adoption d'un code spécifique, le Code Uniforme des Nouveaux Moyens de Paiement *(Uniform New Payments Code)*.

Seront envisagés successivement dans cet article : 1) une description générale des principaux systèmes de transfert par télétransmission utilisés aux États-Unis ; 2) un exposé sur la réglementation actuellement en vigueur aux États-Unis, et 3) quelques-unes des propositions les plus importantes du projet de Code Uniforme des Nouveaux Moyens de Paiement.

Bien que cet article traite plus spécifiquement des transferts par télétransmission aux États-Unis, les problèmes en cause ne peuvent manquer d'intéresser également les institutions bancaires et financières françaises. En effet, les transferts par télétransmission peuvent engendrer trois risques majeurs : le défaut de régularisation entre les banques concernées, l'erreur et la fraude. Or, les banques françaises peuvent être affectées elles aussi par les mêmes types d'erreurs ou de fraudes. Les risques liés au règlement entre banques revêtent probablement une importance moindre dans la mesure où les banques françaises sont, depuis 1982, pour la plupart nationalisées. Cependant, l'État français et la Banque de France peuvent avoir à intervenir par suite d'un défaut de règlement et, de ce fait, ne peuvent donc être totalement indifférents à de tels incidents. En outre, l'ensemble des banques françaises, éventuellement par le biais de leurs filiales ou succursales à l'étranger, peuvent se trouver confrontées à des incidents de paiement dans le cadre de transferts internationaux et, à ce titre, se sentir concernées.

I. LES PRINCIPAUX SYSTÈMES DE TRANSFERTS PAR TÉLÉTRANSMISSION

Les transferts par télétransmission entre deux banques peuvent prendre naissance de différentes façons. Le responsable financier d'une société peut demander par téléphone à sa banque d'effectuer un transfert sur le compte d'une autre société dans une autre banque. L'ordre peut également être donné au moyen d'un terminal relié à l'ordinateur de la banque. Quelquefois même, il arrive que l'ordre soit donné par écrit. Enfin, les transferts peuvent également être effectués sur la base d'instructions ou d'ordres permanents ; ainsi en est-il lorsqu'une entreprise donne des instructions à sa banque pour que, chaque mois, par exemple, elle effectue des règlements déterminés à un tiers ou utilise le solde de son compte, en partie ou en totalité, pour réaliser des placements à court terme, ce solde pouvant également, en vertu de ces instructions permanentes, être viré à une autre banque en vue, par exemple, de la compensation d'un solde débiteur.

Les banques ou autres organismes de dépôt effectuent également des transferts, soit interbancaires soit en faveur de la « *Federal Reserve* », pour reconstituer leurs réserves ou régler leurs soldes de compensation. Les principaux systèmes de transferts de fonds par télétransmission sont les suivants : Fedwire, Bankwire II, Cashwire, Chips, Swift et Télex.

Un survol rapide de ces différents sytèmes appelle quatre remarques : 1) Les systèmes tels que Swift, Bankwire II et le Télex constituent seulement des réseaux de communication et laissent aux parties le soin d'organiser les modalités de règlement des opérations. En revanche, les systèmes tels que Fedwire, Chips et Cashwire, en plus de leur fonction de transmission, établissent des modes de règlement spécifiques ; 2) Les risques afférents aux modalités de règlement des opérations diffèrent selon les systèmes. Dans les systèmes tels que Chips et Cashwire, la date du règlement est reportée au terme d'une période déterminée alors que dans un système tel que Fedwire, le règlement a lieu au moment du transfert. Les réseaux de transmission, Swift, Bankwire et le Télex, laissent cette question au libre choix de leurs correspondants ; 3) Aucun de ces systèmes n'apporte de solution quant à la responsabilité en dernier ressort que peuvent encourir les différents participants ou leurs clients en cas de défaut de règlement, erreur ou fraude ; 4) Les participants ne peuvent édicter aucune règle susceptible de réglementer des systèmes comme le Fedwire ou le Télex puisqu'ils n'en sont que simples utilisateurs et que ces systèmes ne leur appartiennent pas.

Seront étudiés ici les trois principaux systèmes : Fedwire, Chips et Swift.

1.1. *Le système Fewire (le « Fed »)*

Le Fedwire est un système de communication et de règlement possédé et géré par les douze « Federal Reserve Banks ». A la différence du Télex qui ne transmet que l'ordre de paiement, le Fed transmet à la fois l'ordre et les fonds y afférents. Aussi, peut-on dire que le Fed participe directement au mode de règlement interbancaire et fournit à la fois un service de communication et de règlement.

Les règles régissant le Fed prévoient que l'organisme qui gère le système est responsable de tout préjudice, direct et indirect, résultant d'une négligence ou d'un manque de bonne foi. Cependant, lorsqu'il n'a pas traité correctement un ordre de paiement, le Fed n'est responsable qu'à l'égard du donneur d'ordre. Aucune autre disposition du Fed ne détermine la responsabilité des autres parties. Du fait que le Fed est régi par une réglementation fédérale, les parties ne peuvent pas y déroger contractuellement.

Le Fed organise un système de règlement bilatéral. Le Fed débite et crédite des comptes Fed à l'occasion de chaque transmission. Bien que le Fed puisse permettre à certains émetteurs de se trouver à découvert pour une journée, le paiement par télétransmission « Fed » est définitif et ne dépend pas de la couverture subséquente d'un tel découvert par l'émetteur. En effet, le transfert est « définitivement réalisé » dès lors que l'une des opérations suivantes est réalisée par la banque de réserve du bénéficiaire : enregistrement de l'écriture de transfert ; communication au bénéficiaire de l'avis de crédit correspondant.

Parce que le crédit porté sur le compte tenu dans les livres de l'organisme de dépôt du bénéficiaire n'est pas conditionnel et intervient presque concomitamment avec la réception de l'ordre de transfert du Fed et parce

qu'il est pratiquement impossible qu'une Reserve Bank soit défaillante, les crédits Fedwire sont considérés comme des « fonds sûrs ».

1.2. *Le système Chips*

Le *Clearing House Interbank Payment System* (CHIPS) appartient à la Chambre de compensation de New York, organisme composé des douze principales banques de la ville de New York. Le Chips est un système de communication et de règlement pour les paiements effectués entre les banques new yorkaises qui ont adhéré au système. Cent trente huit banques adhèrent actuellement. Ces banques peuvent effectuer des virements aux autres membres au moyen d'un commutateur central Chips qui est relié à leurs propres terminaux et ordinateurs. Parmi ces banques, seules trente deux d'entre elles, dites « Banques compensatrices », garantissent, après compensation, leurs soldes débiteurs ainsi que ceux de leurs clients. La compensation entre les Banques compensatrices intervient chaque jour sous l'égide de la New York Fed. Le Chips met alors à la disposition de chaque Banque compensatrice un relevé de position à 16 heures 45 chaque jour. Les banques débitrices doivent alors immédiatement effectuer un paiement « Fed » à la New York Fed afin de couvrir leur position. Quand tous les débiteurs ont effectué leur règlement, la New York Fed émet des télétransmissions « Fed » au profit des banques créancières. L'ensemble du processus est clos à 18 heures 30.

Une Banque compensatrice peut refuser de couvrir le solde débiteur d'une banque non admise à la compensation. De plus, en cas de défaillance, la New York Fed n'est pas obligée, dans le cadre de ses accords avec Chips, de couvrir la portion des banques défaillantes bien qu'elle puisse, évidemment, en prendre l'initiative afin d'éviter une catastrophe financière.

En cas de défaillance d'une banque, si son solde débiteur n'est pas couvert par l'une des Banques compensatrices (et il vient d'être dit qu'elles n'y sont pas obligées), les transmissions envoyées par la banque défaillante ou adressées à la banque défaillante sont éliminées pour le calcul du solde des opérations. Contrairement au système Cashwire, le solde débiteur de la banque « défaillante » n'est pas réparti entre les différents créanciers. Après annulation de leurs transferts, les créanciers sont contraints de résoudre leurs différends à l'amiable.

Les règles adoptées par la Chambre de compensation de New York régissent les transferts effectués par l'intermédiaire de Chips. Outre qu'elles régissent les modalités de compensation, telles que décrites ci-dessus, ces règles régissent également certains problèmes susceptibles de se poser à la suite d'erreur ou de fraude. Malheureusement, en général, ces règles ne déterminent pas les obligations des adhérents. Elles s'intéressent surtout aux risques de responsabilités à la charge du système Chips lui-même. Toute perte financière due à une erreur du système, c'est-à-dire une erreur de la Chambre de compensation, doit être réglée directement par les adhérents sans que Chips n'encourre aucune responsabilité. Les erreurs qui ne sont pas imputables au système, par exemple, des paiements effectués à une banque autre que celle indiquée, doivent être traitées selon les règles

du « *Council on International Banking* » qui prévoient une compensation pour les intérêts perdus mais ne comportent aucune disposition permettant de recouvrer la perte du montant en principal. Toute perte résultant d'un transfert frauduleux est à la charge de l'entité dont émane la fraude, c'est-à-dire, selon le cas, le participant ou la Chambre de compensation. Au demeurant, la responsabilité maximale de Chips est limitée à un plafond de 25 millions de dollars par incident, correspondant au montant couvert par sa propre police d'assurances. Au-delà de ce montant, tous les participants partagent la perte au prorata, en fonction de leur utilisation moyenne quotidienne de Chips.

1.3. *Le système Swift*

La « *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* » (SWIFT) est un système de communication internationale par transfert par télétransmission auquel participent environ 900 organismes adhérents, dont des institutions qui ne sont pas des organismes de dépôt, répartis sur 39 pays. Le réseau de communication Swift couvre toute l'Amérique du Nord, le Japon, l'Europe de l'Ouest et certains pays d'Amérique Latine et d'Asie du Sud-Est.

Trois centres commutateurs, situés en Belgique, en Hollande et aux États-Unis constituent le support du système, des concentrateurs régionaux étant au surplus implantés dans presque tous les pays membres. Les centres commutateurs sont les éléments essentiels du système car ils sont reliés entre eux et réalisent les commutations entre les banques émettrices et destinataires.

Des lignes internationales de transmission de données relient les centres de commutations aux concentrateurs régionaux. A leur tour, les adhérents sont reliés aux concentrateurs régionaux grâce aux moyens de communications nationaux. Chaque concentrateur régional constitue dans un pays donné le point de passage des transactions en provenance et en direction des centres de commutations.

Le règlement des transactions Swift est régi par des accords particuliers entre les parties. Toutefois, Swift a établi un certain nombre de règles en matière de répartition de certains risques. Les adhérents sont responsables du contenu des messages et du bon fonctionnement des transmissions entre eux-mêmes et le concentrateur régional. La réglementation ne prévoit pas de répartition des pertes entre les adhérents si ces obligations ne sont pas remplies. La responsabilité directe de Swift peut être engagée à hauteur d'un billion de francs belges (environ 20 millions de dollars), soit le montant maximum pour lequel le système est assuré, pour tout préjudice trouvant sa source dans une négligence ou une fraude commise par un employé de Swift. Les pertes supérieures à un billion de francs belges sont réparties entre les adhérents victimes du préjudice. Lorsque, du fait de retards dans le traitement des transmissions, les parties ne reçoivent pas les transferts en temps voulu, les règles Swift prévoient une répartition de la charge des intérêts résultant du retard, entre Swift et les participants à la transaction.

II. LE CADRE JURIDIQUE

2.1. *Les accords contractuels*

Les accords contractuels ne fournissent généralement pas un cadre juridique adéquat pour déterminer les droits et responsabilités des participants à une opération de transmission donnée.

En premier lieu, ces accords ne peuvent pas règler les relations existant entre les donneurs d'ordre ou leurs bénéficiaires et les banques intermédiaires puisqu'il n'existe pas de liens contractuels entre ces différentes parties ; cependant, même dans les cas où de tels liens contractuels existent, par exemple dans les relations entre les banques et leurs clients, il s'avère, comme l'a confirmé une étude récente du Bank Administration Institute, que le plus souvent, les conventions pouvant exister entre ces parties ne contiennent aucune disposition concernant la répartition des risques.

En outre, les règles organisant les relations entre les différentes banques, n'abordent pas les questions importantes posées par l'intervention des tiers. Ainsi, par exemple, que se passe-t-il si une banque émettrice ne règle pas et que la banque réceptrice ne peut obtenir de son client le recouvrement des fonds qu'elle a pu lui avancer ? Dispose-t-elle d'une créance contre le donneur d'ordre, contre la banque émettrice ou contre les deux ? La réponse à cette question dépend-elle de savoir si le compte du donneur d'ordre a été débité par la banque émettrice ? Quels sont les moyens de défense pouvant être invoqués par le donneur d'ordre et sa banque ? Il est frappant de noter que les accords contractuels réglementant les transferts par télétransmission de fonds laissent ces questions sans réponse.

En troisième lieu, la réglementation propre à chaque système ne s'intéresse pas de manière satisfaisante au problème des transferts illicites dus à une fraude ou une erreur. Elle est généralement davantage préoccupée par la mise en jeu de la responsabilité du système que par la question, pourtant tout aussi importante, de la répartition des risques entre les différents participants dès lors que le système lui-même ne peut être considéré comme responsable.

Enfin, une question essentielle demeure sans réponse : les tribunaux donneront-ils effet aux dispositions contractuelles et, plus particulièrement, à celles conclues entre les clients et leurs banques ? A la différence des contrats conclus en matière de chèque, lesquels sont largement reconnus par le Code Uniforme de Commerce américain, ces types d'accords ne s'inscrivent dans aucun cadre réglementaire. De ce fait, ils pourraient se voir refuser toute force obligatoire au motif, par exemple, qu'ils constituent en fait des contrats d'adhésion ou même qu'ils contiennent des clauses considérées comme léonines.

2.2. *Le droit commun (common law)*

Le droit commun traitant des transferts par télétransmission est peu développé. La plupart des décisions jurisprudentielles sont très anciennes et ne concernent que des sociétés de télégraphe. Les autres décisions

n'abordent que quelques-uns des problèmes évoqués dans le présent article.

Comment expliquer cette pauvreté du droit commun dans le domaine des télétransmissions de fonds dans lequel pourtant de très nombreuses banques se trouvent engagées ? Il ne fait pourtant aucun doute que les problèmes soulevés ne sont pas nouveaux. Les banques ont en effet été les principales utilisatrices des services télégraphiques depuis le développement du Fedwire en 1918. Même avant cette date, elles procédaient à des transferts internationaux par voie de câbles. De l'avis des banquiers, jusqu'à une date récente les problèmes résultant des transferts par télétransmission étaient en principe réglés de manière amiable par le petit « club » des banquiers nationaux et étrangers engagés dans ce type de transactions. Aujourd'hui, avec l'augmentation du nombre des banques désireuses d'offrir à leur clientèle ces nouvelles procédures de règlement, avec la croissance géométrique, rendue possible par les progrès technologiques, des sommes circulant par télétransmission, et enfin avec les sorties d'argent rendues toujours plus fréquentes par suite du développement du commerce et des possibilités toujours plus nombreuses d'investissements, le nombre de problèmes réglés à l'amiable se réduit de plus en plus. L'augmentation récente du nombre des décisions jurisprudentielles témoigne de cet échec.

III. ANALYSE DE QUELQUES DISPOSITIONS DU CODE UNIFORME DES NOUVEAUX MOYENS DE PAIEMENT

Dans cette partie, nous étudierons les principales dispositions qui pourraient être intégrées dans un Code Uniforme des Nouveaux Moyens de Paiement et qui viseraient à établir un cadre juridique adéquat pour les télétransmissions interbancaires.

3.1. *Dispositions générales*

a) *Relations existant entre le Code et les accords contractuels.*

Le Code ne devrait pas avoir de force obligatoire, les parties pouvant, en règle générale, y déroger. Une seule limite serait prévue : les parties ne pourraient valablement exonérer contractuellement une banque, en tout ou en partie, de sa responsabilité née d'une négligence ou de l'absence de bonne foi. Les parties pourraient cependant définir contractuellement les critères permettant d'apprécier le degré de bonne foi et de diligence de la banque.

Le principal objectif de ce projet de code est de servir de « garde-fou » en l'absence d'accords contractuels. En effet, la réglementation procurera une plus grande certitude juridique à la communauté bancaire que les règles dégagées au coup par coup par les tribunaux à l'occasion de chaque espèce.

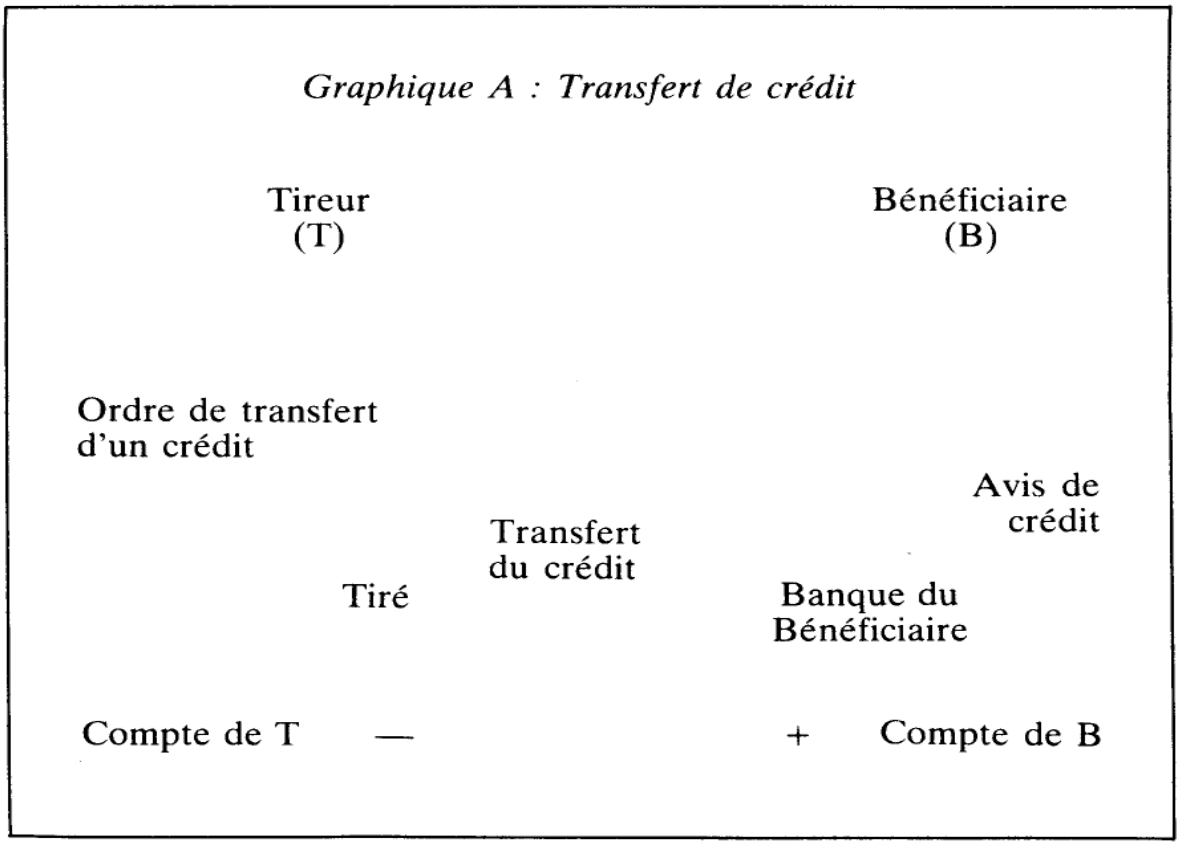
Aux États-Unis, les accords contractuels ou les résolutions émanant des sociétés commerciales concernant les risques en matière de télétransmissions sont loin d'avoir un caractère général et leur champ d'applica-

tion est variable. En outre, les accords contractuels peuvent parfois ne pas être reconnus par les tribunaux. Précisément, le projet de code prévoit que, dans la grande majorité des cas, les tribunaux devront donner effet aux accords contractuels.

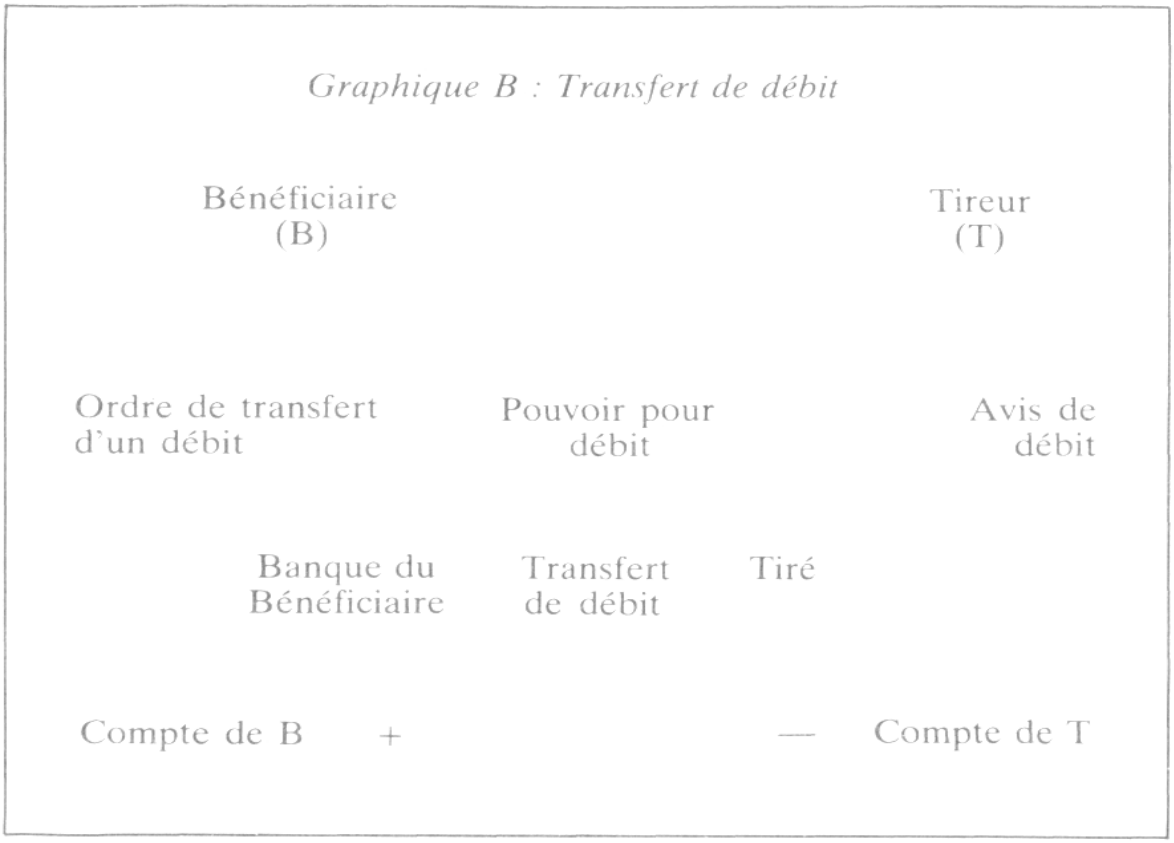
b) *Transferts de crédits et de débits.*

La loi porterait sur deux différents types de transferts par télétransmission : les transferts de crédit et de débit, tels qu'illustrés dans les graphiques A et B ci-dessous.

Graphique A : Transfert de crédit



Graphique B : Transfert de débit



Lors du transfert d'un crédit, le tireur, c'est-à-dire celui dont le compte doit être débité à la suite de l'ordre de virement, donne instruction à l'établissement où son compte est ouvert de payer le bénéficiaire.

Lors du transfert d'un débit, le bénéficiaire (celui qui doit être crédité), émet l'ordre pour le compte du tireur (celui qui doit être débité). Le bénéficiaire donne instruction à l'établissement où son compte est ouvert de transmettre l'ordre au tiré (détenteur du compte du tireur) aux fins de paiement.

Le tireur aura autorisé le tiré à payer dès réception des ordres émis par le bénéficiaire. Les transferts de débits sont souvent utilisés dans le but de regrouper des sommes d'argent entre un tireur et un bénéficiaire lorsque ceux-ci sont en fait une seule et même personne ou bien lorsqu'ils appartiennent au même groupe ; toutefois, les transferts de débits sont également utilisés dans le cadre de recouvrements de fonds entre personnes n'ayant aucun lien entre elles.

Le projet de Code Uniforme des Nouveaux Moyens de Paiement prévoit dans certains cas des dispositions différentes selon qu'il s'agit de transferts créditeurs ou débiteurs. Le présent article ne traite que des dispositions du projet de Code applicables aux transferts de crédits.

3.2. *Transferts régulièrement ordonnés (Authorized Transfers)*

Les transferts sont dits « régulièrement ordonnés » lorsqu'ils portent sur des transactions non entachées de fraude ou d'erreur. Les dispositions du Code applicables à de tels transferts traitent des risques provenant du défaut de paiement ou, plus généralement, de l'inaction d'une banque qui a reçu un ordre de transfert.

a) *L'obligation fondamentale du tireur.*

La loi énoncerait le principe d'une obligation fondamentale incombant au tireur ou donneur d'ordre. Ce dernier serait garant de la réception des fonds par « l'ayant droit aux fonds » (*Funds claimant*) et ce, pour le montant de l'ordre. « L'ayant droit aux fonds » est soit le bénéficiaire, soit toute personne qui lui serait substituée pour lui avoir transféré les fonds selon l'ordre donné. Tel serait le cas, par exemple, d'une banque qui aurait mis à la disposition du bénéficiaire un crédit et qui, par la suite, ne révoquant pas ou ne pouvant pas révoquer le crédit, se trouverait ainsi pénalisée.

Lorsque le tireur émet un transfert par télétransmission, il se reconnaît une obligation envers le bénéficiaire. En conséquence, s'il advenait par la suite que le bénéficiaire, ou tout autre « ayant droit aux fonds », ne soit pas payé, par exemple parce que l'ordre s'est perdu ou que l'un des établissements transmetteurs a été défaillant, le tireur serait obligé de payer le bénéficiaire ou « l'ayant droit aux fonds ». Toutefois, ni la banque du tireur ni celle du bénéficiaire ne sont considérées comme « établissement transmetteur ». Ainsi, ce projet met à la charge du tireur plutôt que de « l'ayant droit aux fonds » le risque provenant du fait des mandataires directs ou indirects du tireur, et notamment de leur manque de solvabilité.

Une fois le bénéficiaire ou, plus généralement, « l'ayant droit aux fonds » dédommagé par le tireur, ce dernier pourra recouvrer le montant de l'ordre soit sur sa banque, soit sur toute autre banque située en aval, qui aurait reçu les fonds, mais ne les aurait pas transférés conformément à l'ordre donné. La banque du tireur qui dédommagera son client pourra, étant subrogée aux droits du tireur, poursuivre toute autre banque située en aval. Il en résultera que le risque final né de l'insolvabilité de la banque défaillante sera supporté par la banque immédiatement en amont de celle-ci. On aboutit ainsi à une solution raisonnable dans la mesure où, dans la

plupart des cas, la banque immédiatement en amont de la banque insolvable aura précisément choisi d'effectuer le transfert par l'intermédiaire de cette dernière.

Le tireur ne devra pas cependant supporter le risque d'une défaillance de la banque du bénéficiaire. C'est en effet le bénéficiaire, non le tireur ou tout mandataire direct ou indirect de celui-ci, qui choisit la banque domiciliataire du paiement.

b) *Les moyens de défense du tireur.*

La garantie du tireur sera mise en jeu nonobstant tout moyen de défense que le tireur pourrait tenir du contrat principal, à la condition toutefois que l'« ayant droit aux fonds » puisse être reconnu comme porteur de bonne foi ou que le tireur n'ait pas expressément exclu du bénéfice de sa garantie, au moment où il a donné son ordre, le porteur de bonne foi.

La notion de « porteur de bonne foi » est similaire à celle retenue par la législation sur les chèques. Les établissements transmetteurs, et notamment la banque du bénéficiaire qui a accordé un crédit à ce dernier, doivent en effet pouvoir se retourner contre le tireur sans pouvoir se faire opposer par ce tireur les exceptions ou moyens de défense que ce dernier pourrait avoir contre le bénéficiaire.

c) *Les moyens du tireur pour obtenir des dommages-intérêts contre sa propre banque.*

Un problème important pour les banques est de déterminer l'étendue du préjudice dont elles peuvent être rendues responsables à raison de la défaillance de l'établissement payeur qui omet de payer le bénéficiaire. L'établissement payeur ne serait tenu à réparer le préjudice indirect (*consequential damages*) que si un client faisait lui-même l'objet de saisies ou de poursuites. Autrement, la banque défaillante ne serait pas responsable du préjudice indirect sauf si sa défaillance était délibérée et intentionnelle, par suite, par exemple, d'une compensation indue ou d'une rétention injustifiée.

Il résulte de cette règle que, la faute que commet un employé travaillant sur un ordre de transfert ne peut suffire à rendre la banque qui l'emploie responsable du manque à gagner subi par son client, du fait que le bénéficiaire n'a pas été réglé à temps. Le client est en effet à même d'évaluer les risques attachés au mode de paiement qu'il envisage de choisir et il lui appartient donc de s'assurer contre le risque d'une erreur de la banque et de prévoir en particulier une marge de temps suffisante pour que, en cas d'erreur, des mesures correctives puissent être prises.

3.3. *Transferts irréguliers (Unauthorized Transfers)*

Certaines dispositions devraient viser le cas des transferts irréguliers. La définition de tels transferts revêt donc une grande importance.

a) *Définition d'un transfert irrégulier.*

Un transfert serait considéré comme irrégulier s'il n'a jamais été autorisé par le tireur (c'est-à-dire, la personne dont le compte doit être débité), ou bien si, après avoir été autorisé par le tireur, il a ensuite subi une modification substantielle. Toute modification sera considérée comme substantielle si elle porte sur l'un des éléments suivants : (i) montant, (ii) nombre, relation entre ou identité des parties, (iii) numéro de compte d'une des parties, (iv) identité d'un établissement bancaire concerné et (v) date de valeur. Sera également considéré comme une modification substantielle le fait de compléter un ordre incomplet sans respecter la procédure convenue entre le client et l'établissement payeur.

Ainsi qu'il résulte clairement de la définition ci-dessus, un ordre peut être irrégulier, soit par suite d'une fraude, soit par suite d'une erreur. Les dispositions du Code ne distingueront pas entre ces deux causes.

b) *Le partage de responsabilité en cas de transferts non autorisés par le tireur.*

Le projet de loi prévoit un partage de responsabilité en cas de transferts non autorisés par le client : tel est le cas d'un compte débité sur instructions frauduleuses d'un contrevenant.

Si une personne parvient à avoir accès au compte d'un client d'une façon qui n'a jamais été convenue entre le client et l'établissement domiciliataire du compte, ou si un transfert irrégulier est effectué après que le client a averti sa banque, dans les formes et délais requis, de ce que l'on va tenter de réaliser un tel transfert, le préjudice est à la charge de la banque. La banque doit donc veiller à ce que les moyens d'accès à un compte soient limités à ceux convenus entre la banque et son client.

Certaines instructions frauduleuses pouvant quand même être données en utilisant les moyens d'accès convenus entre la banque et son client, il y aura lieu, dans ce cas, de répartir les responsabilités entre la banque et son client suivant que celle-là ou celui-ci aura été plus ou moins négligent. Généralement, si le client est négligent et commet une erreur, la banque est en principe exonérée de toute responsabilité sauf si elle a commis une fraude ou si elle a failli aux règles et devoirs de sa profession en ne prenant pas, par exemple, les précautions nécessaires pour un client qu'elle sait généralement négligent.

Si la négligence du client est en elle-même suffisamment importante au point que le client puisse être considéré comme négligent « *per se* », la banque ne pourra en aucun cas être recherchée, sauf fraude de sa part. Dans le cadre du projet de Code, il est donc important de savoir quels comportements du client le feront considérer comme négligent « *per se* ». Ce sera le cas si : a) le client ne notifie pas rapidement à sa banque tout vol ou perte d'information relative aux moyens d'accès au compte ; ou b) le client révèle volontairement à un tiers son code de sécurité comportant son identification personnelle ou les moyens d'accès au compte ; la négligence « *per se* » comprendra également les cas où un transfert irrégulier a été émis par l'employé d'une société-tireur auquel auront été remis librement et délibérément les codes nécessaires à l'accès aux comptes de la société ;

il n'y aura pas, en revanche, négligence « *per se* » dans les cas où un employé a volé ces codes ou y a eu accès sans autorisation.

Si le client ne commet pas de négligence « *per se* », il aura pu cependant, comme nous l'avons dit plus haut, être négligent. Il en résulte qu'un tribunal peut toujours décider, sur la base des faits d'un cas d'espèce considéré, qu'un client aura été négligent. Ainsi, si une personne non autorisée, que celle-ci soit ou non employée du tireur, a accès aux terminaux d'ordinateur dudit tireur et effectue un transfert frauduleux, un tribunal pourra juger que le tireur a été négligent pour n'avoir pas su protéger correctement l'accès de ses terminaux contre tout intru.

Dans ce cas, ainsi qu'il a été dit plus haut, même si le client est jugé alors négligent par un tel tribunal, la banque pourra voir sa responsabilité mise en jeu si elle-même a manqué aux « règles de l'art » en ayant failli aux devoirs que lui imposent ses règles professionnelles.

Outre le cas de négligence du tireur, aux termes du projet de loi, la banque du tireur dispose de deux moyens d'exonération : (a) soit que le délai de prescription d'un an se soit écoulé ; (b) soit que le client ait omis de vérifier son relevé de compte dans les quatorze jours de sa réception.

c) *Répartition des risques par suite d'une modification substantielle d'un ordre.*

L'hypothèse qui vient d'être retenue est celle d'ordres irréguliers qui ont été exécutés sans le consentement du donneur d'ordre. Dans les paragraphes qui vont suivre, l'hypothèse étudiée sera celle d'un ordre régulièrement donné mais qui, par la suite, se trouve modifié de façon substantielle, par exemple, par suite d'un changement de montant ou de bénéficiaire sans instruction de la part du donneur.

La modification substantielle dont il s'agit ici est celle qui peut survenir accidentellement ou à la suite d'une fraude. Elle est celle qui peut être effectuée par quiconque transmet ou reçoit le transfert, un employé de banque ou tout autre opérateur, ou bien même par quelqu'un d'étranger à l'opération qui intercepte l'ordre et modifie les instructions données au cours de la transmission dudit ordre.

Dans cette hypothèse, deux règles de base sont prévues : un organisme transmetteur ou récepteur est responsable de tout préjudice occasionné par toute modification substantielle qu'il fait, et la première banque à effectuer un paiement sur la base d'un ordre modifié substantiellement par un tiers étranger à la transaction est responsable du préjudice qui en résulte. Dans les deux cas, le plafond de responsabilité est limité aux montants payés par erreur ou par fraude et non recouvrés, à l'exclusion notamment de tout préjudice indirect (*consequential damages*).

Un organisme « transmetteur » est défini de façon très large comme tout agent qui transmet ou réalise le transfert d'un ordre. Ainsi, les banques, tout comme les personnes extérieures chargées de réaliser et d'aiguiller les transferts, peuvent être tenues responsables des modifications substantielles qu'elles engendrent.

Les risques provenant de fraudes commises par des tiers étrangers à la transaction, sont à la charge de la première banque ayant reçu l'ordre ainsi modifié. Aussi, une banque est-elle responsable envers son client des

conséquences entraînées par une modification d'origine interne sur un ordre transmis par le donneur d'ordre à ladite banque. De même, si un transfert envoyé par télex est modifié alors qu'il se trouve entre la banque transmettrice et la banque réceptrice, c'est la banque réceptrice qui est responsable.

Par ailleurs, dans le système Chips, si un transfert est modifié entre la banque expéditrice et l'aiguillage Chips, c'est la banque réceptrice qui est responsable puisque l'aiguillage Chips n'est pas lui-même une banque et que, de ce fait, la banque réceptrice se trouve être la première banque à recevoir l'ordre substantiellement modifié.

Le projet de loi n'exige pas de la banque qui reçoit un ordre de transfert qu'elle agisse dès lors qu'elle a des doutes quant à l'authenticité dudit ordre. Elle peut exiger que la preuve lui soit apportée que l'ordre a bien été autorisé. Aux termes du projet de loi, la banque responsable, en application des règles de base ci-dessus mentionnées, peut invoquer certains moyens de défense.

Une banque peut ainsi invoquer la négligence, soit de « l'ayant droit aux fonds », soit du tireur, dans la mesure où ladite banque est elle-même de bonne foi. Elle pourra ainsi arguer de l'observance par elle des règles de prudence généralement applicables à l'intérieur de la profession.

Si, par exemple, un paiement a été effectué par erreur à une personne donnée, parce que le tireur a donné à la banque expéditrice un mauvais numéro de compte ou que l'ayant droit aux fonds a donné au client un nom incorrect, aucune des banques ayant participé à l'opération ne sera responsable si le tribunal saisi détermine que, soit le client, soit l'ayant droit aux fonds a bien été négligent.

Enfin, une banque peut également invoquer deux moyens de défense supplémentaires (i) la prescription de sa responsabilité, limitée à trois ans, ou (ii) l'omission par le tireur de toute vérification de ses relevés de compte alors qu'un contrôle en temps utile eût permis de corriger la situation.

3.4. *Paiement provisoire et paiement définitif*

Le projet de loi définit également quand, s'agissant d'un transfert, un paiement devient définitif ainsi que les conséquences qui en découlent.

a) *Les conséquences du caractère définitif d'un paiement dans les rapports entre banques et « ayants droit aux fonds ».*

Dans le cadre d'un ordre irrévocable de transfert, un transfert est réputé payé de façon définitive lorsqu'une banque a transmis l'instruction de transfert ou bien avisé le bénéficiaire ou sa banque de la transmission d'un transfert.

Une banque réputée avoir effectué un paiement définitif a l'obligation de payer « l'ayant droit aux fonds », c'est-à-dire le tiers qui aurait dû normalement recevoir paiement. Seul, l'ayant droit est habilité à faire jouer cette obligation. Ainsi, si une banque a avisé par erreur B d'un transfert destiné à A, B ne pourra pas faire exécuter l'obligation de paiement puisqu'il n'est pas le tiers qui aurait dû être payé.

Cette règle traduit le fait que les parties estiment habituellement que les paiements sont faits lorsque les ordres de transfert sont transmis ou qu'elles ont été informées de leur transmission. Dans tous les cas où « l'ayant droit aux fonds » n'a pas été payé d'un transfert régulièrement ordonné, il dispose de deux sources possibles de paiement : la personne qui est à l'origine du paiement, ou la banque ayant l'obligation définitive de paiement. L'obligation qui pèse sur la personne qui est à l'origine du paiement peut revêtir une importance décisive pour « l'ayant droit aux fonds » si la banque ayant l'obligation définitive de paiement est insolvable.

b) *Les conséquences du caractère définitif d'un paiement dans les rapports entre la banque réceptrice et son client.*

Le projet de loi indique quels sont les moyens de recours dont dispose la banque contre son client quand ladite banque n'a pas elle-même reçu de paiement. Quand une banque réceptrice d'un ordre de transfert n'est pas payée par la banque donneur d'ordre, la banque réceptrice a le droit de se payer sur le compte de son client ou d'obtenir un remboursement pour tout crédit qu'elle a accordé.

Une banque n'est pas obligée d'exercer son droit à remboursement contre son client. Elle peut, en effet, chercher à se faire payer plutôt par le tireur ou la banque ayant une obligation de paiement définitif. Si la banque se paie sur le compte de son client ou reçoit, de la part de celui-ci un remboursement, le client devient alors « l'ayant droit aux fonds » et peut, à son tour, chercher à se faire payer par le tireur ou la banque ayant l'obligation de paiement définitif.

Certains ont soutenu que tout crédit, mis à la disposition d'un client par une banque réceptrice à la suite d'un transfert, doit être considéré comme définitif dès la mise à disposition ou l'avis de mise à disposition (en fait, dès l'occurrence du premier de l'un de ces deux événements) et ce, même au cas où il s'avère que le paiement n'a pas été effectué par la banque située en amont. Le Federal Reserve Board a proposé cette règle dans le cadre de ses récentes propositions visant à réduire les risques.

Une telle solution serait pourtant contraire à la pratique actuelle de la profession, par exemple celle de Chips, le système le plus développé qui se trouve être utilisé par de nombreuses banques qui, par son intermédiaire, reçoivent des transferts dont elles créditent le jour même leurs clients sous la seule condition d'une compensation effective. Il est difficile de comprendre pourquoi une banque serait forcée de donner à son client des « fonds définitifs » — c'est-à-dire des fonds qui ne peuvent faire l'objet d'une contre-passation — avant même de les avoir reçus. Le risque de compensation ne devrait pas être le domaine réservé des banques. Ce risque devrait au contraire être réparti aussi largement que possible, ce qui suppose qu'il soit supporté en partie par les clients.

Le « Fed » prétend que sa règle sur le caractère définitif d'un paiement rendra les banques réceptrices plus prudentes avant d'accepter un risque de compensation de la part d'autres banques. A notre avis, une règle sur le caractère définitif d'un paiement n'aura qu'un effet marginal sur la conduite des banques réceptrices. En effet, les banques ne peuvent véritablement compter recouvrer sur leurs clients des fonds perdus alors que les

comptes concernés peuvent, par exemple, avoir été vidés. Le crédit de l'établissement bancaire payeur est le souci majeur des banques réceptrices, même dans le cadre d'une règle autorisant un paiement conditionnel. Si les banques réceptrices souhaitent octroyer des crédits inconditionnels à leurs clients, elles sont libres de le faire sous couvert d'arrangements contractuels particuliers.

Le droit de se payer sur le client ou celui d'obtenir un remboursement ne devrait pas revêtir une quelconque importance sur le plan pratique s'agissant de transactions réalisées dans le cadre du système Fedwire, dans la mesure où il est peu probable que le « Fed » devienne insolvable et n'honore pas son obligation de paiement définitif.

c) *La responsabilité des banques en cas de transmissions défectueuses.*

Le projet de loi exige de tous les établissements bancaires qu'ils effectuent les transferts par télétransmission conformément aux règles habituelles de la profession.

Un établissement transmetteur doit agir conformément aux règles commerciales en usage pour ce qui est de la réception, du traitement, de la présentation, de la transmission ou du renvoi d'un transfert. Ainsi, aucun dommage-intérêt ne peut être recouvré contre une banque ou un établissement transmetteur n'ayant pas respecté les règles en usage pour la transmission des ordres. Dans un tel cas, tout recouvrement est limité au montant des intérêts perdus du fait des retards survenus et est limité au montant du transfert. Cette interdiction de tous dommages-intérêts est conforme à la décision *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.* (673 F. 2d 951 (7th Cir.) cert. denied 103 S. Ct. 377 (1982)). En l'espèce, le tribunal a refusé de condamner la Swiss Bank à payer de quelconques dommages-intérêts à un tireur ayant donné à sa banque, Continental Bank, un ordre de transfert transmis par cette dernière à la Swiss Bank, un intermédiaire, laquelle avait commis une faute dans le télex de transmission. Cette interdiction est également conforme à la limitation évoquée ci-dessus des dommages-intérêts applicables aux établissements bancaires payeurs dans le cadre de transferts créditeurs.

3.5. *Le problème de la preuve*

Le projet de loi dispose également sur la valeur probante des enregistrements d'ordre de virement par télétransmission. Dans la mesure où, s'agissant de la répartition des risques, le projet de loi exige de nombreuses preuves spécifiques (visant par exemple à établir si un ordre a été modifié de façon substantielle avant ou après sa réception par une banque donnée), les règles de preuve revêtent une importance toute particulière.

Lorsque la légitimité de la copie d'un ordre de virement par télétransmission est douteuse, c'est à la personne qui se réclame de l'ordre qu'incombe la charge de la preuve du contenu de l'ordre lui-même. La copie d'un ordre qui a été faite et conservée en même temps que l'ordre lui-même a été reçu ou transmis est présumée refléter fidèlement le contenu dudit ordre.

Le jeu de ces règles peut être illustré par un exemple. Supposons qu'une banque paie à X un million de dollars sur la base d'un ordre indiquant Y comme bénéficiaire. Subséquemment, Y reçoit le million de dollars de la banque. Celle-ci poursuit alors le correspondant de la banque émettrice dont elle a reçu l'ordre de transfert au motif que ce correspondant a modifié l'ordre. Le correspondant répond à la banque payeuse qu'il a reçu et envoyé un ordre de transfert par télétransmission selon lequel Y était le bénéficiaire et que, par conséquent, il n'est pas responsable. Pour appuyer ses prétentions, il produit des enregistrements effectués en même temps qu'il a reçu et transmis l'ordre, lesquels prouvent que Y est bien le bénéficiaire. La règle prévoit que cette copie simultanée est présumée conforme et que la preuve contraire incombe maintenant à la banque payeuse.

Cette règle est fondée sur l'idée que les copies simultanées d'ordres de transferts sont en principe conformes et difficiles à modifier après coup.

CONCLUSION

Alors qu'actuellement, des trillions de dollars sont virés chaque année par télétransmission, seules quelques règles juridiques sont en place pour répartir des pertes dont l'appréhension par les cours et les tribunaux est plus qu'incertaine. Ni le Code Uniforme de Commerce, ni aucune autre loi des États-Unis ne s'appliquent aux transferts par télétransmission, et la réglementation fédérale ne couvre qu'un nombre limité des problèmes liés à la répartition des risques dans le cadre du système Fedwire. Les règles concernant les systèmes privés ne portent généralement que sur la responsabilité du système et s'occupent peu de la répartition des risques entre les parties aux transactions. Enfin, la *common law* est trop peu développée pour répondre à ces problèmes modernes. Il en résulte que le système de paiement par le biais duquel sont transférés les montants d'argent les plus élevés est couvert par le corps de règles le moins adéquat.

Étant donné les pertes importantes qui peuvent s'ensuivre, les « *gentlemen's agreements* », méthode traditionnelle pour répartir les pertes, ne sont plus aussi fiables. Si de nouvelles polices d'assurances peuvent protéger les établissements bancaires contre le choc brutal d'une perte, en revanche, en cas de fraude ou d'erreur, un système d'assurance fonctionnera d'autant mieux que les primes en seront calculées en utilisant un système de règles dans lequel les risques sont identifiés et assumés par tel ou tel. En outre, le problème de l'assurance peut ne pas avoir à se poser dans le cas d'ordres régulièrement autorisés pour lesquels se pose un problème de défaut de règlement.

La communauté qui, aux États-Unis, utilise les transferts par télétransmission a reconnu la nécessité de poser un certain nombre de règles. Il s'agit là d'une évolution naturelle du droit commercial américain destinée à pallier le remplacement des paiements avec support papier par des paiements avec support électronique. A notre avis, il s'agit là d'une adaptation nécessaire et inéluctable qui devrait s'imposer également outre-Atlantique.