

République Algérienne Démocratique et Populaire
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique
Université d'Oran
Faculté de droit



Mémoire de Magister
Droit bancaire et financier

« Le régime juridique des virements internationaux »

Présenté et soutenu par
Monsieur Hamida Feth Eddine Mohamed

Encadré par
Madame Fatiha TALEB Docteur d'Etat en droit bancaire international
Professeur à la faculté de droit.

Membres du Jury

Président :

Suffragants : Madame Fatiha Taleb Professeur à la faculté de droit de l'Université d'Oran

:
:
:
:
:

Année Universitaire 2010-2011.

A

La mémoire de mon cher père

A

Toute ma famille

*Notamment ma mère qui m'a soutenu
et encouragé à terminer mes études.*

Remerciements.

Nos profonds remerciements et toute notre gratitude vont au Professeur Fatiha Taleb qui a bien voulu nous encadrer, lire, relire les multiples pages de notre mémoire et prodiguer maints conseils.

Que soient, également, remerciés ses collègues qui ont contribué aux cours si difficiles de notre magister et ceux qui sont membres de notre jury de soutenance.

Résumé du mémoire.

1- Le virement est l'opération par laquelle un transfert de fonds (ou de valeurs) est effectué sans déplacement matériel, c'est-à-dire par un simple jeu d'écriture, entre deux comptes : celui de l'importateur et celui de l'exportateur.

Le virement bancaire est d'un usage courant au niveau international. C'est un instrument simple, qui peut être rapide selon le mode de transmission choisi et peu coûteux.

2- Il résulte d'un ordre donné par l'importateur à son banquier de débiter son compte pour créditer celui de l'exportateur. Les modalités de fonctionnement ne présentent aucune difficulté.

L'importateur doit seulement connaître la domiciliation du paiement pour donner les instructions adéquates à son banquier : il doit également aviser l'exportateur en lui adressant le double des instructions données au banquier.

Les délais d'exécution de l'ordre donné par l'importateur sont fonction du mode de transmission choisi. Il appartient à l'exportateur de veiller à confier l'opération à une banque disposant d'un bon réseau international et proposant des conditions fermes et satisfaisantes en termes de rapidité et de coût.

3- Les différents moyens de communications existant sont :

- **Le courrier** : c'est un moyen lent surtout lorsqu'il y a de multiples intermédiaires et/ou plusieurs niveaux d'exécution. Outre sa lenteur, sa fiabilité n'est pas totale (grèves, pertes, vols, mauvais classement, dossiers égarés, libellés d'adresses erronés...). En fait il est rare que ce système soit choisi ;
 - **Le télex** : ce moyen est très rapide (quelques heures, le plus souvent en fonction de la disponibilité du télex du correspondant). Il faut, cependant, que la domiciliation du paiement soit correcte, ce qui suppose que le créancier donne au débiteur les coordonnées exactes de son compte. Dans le cas contraire il peut y avoir des retards ;
-

- **Swift (Society for worldwide interbank financial Telecommunication: en français Société pour la télécommunication financière interbancaire internationale) :** Ce système de télétransmission met les pays et les banques qui y sont raccordés à quelques minutes de distance. Il élimine de nombreuses erreurs car dans leur présentation, les messages répondent à des normes acceptées par tous les adhérents. Le prix de la transmission est, en outre, indépendant de la distance et il est très inférieur à celui d'un télex. Le SWIFT est en pleine expansion mais tous les pays et toutes les banques n'utilisent pas encore ce système.

4 – Il s'agit d'un instrument de paiement simple, peu coûteux et qui peut être rapide. La rapidité (télex, SWIFT) réduit ou annihile le risque de change lié aux délais d'acheminement.

Cependant, il est à l'initiative du débiteur et dépend de son bon vouloir et de sa célérité à transférer les instructions nécessaires au banquier.

Il ne comporte aucune garantie de paiement : son emploi est, de ce fait, réservé à des paiements entre partenaires ayant une très grande confiance réciproque.

5 – En cas de non paiement il faut utiliser des voies de recours contractuelles ordinaires.

6 – Toutefois, l'usage du virement est susceptible de susciter certaines difficultés :

- La première est suscitée par l'absence de dispositions substantielles applicables à ce moyen de paiement. Il faut, en cas de difficultés, déterminer le "droit applicable".
 - La seconde concerne la commodité d'usage du virement par le client. On sait que, selon cet instrument, il est possible de régler des factures auprès de commerçants. Ces deux fonctions sont parfois difficiles à mettre en œuvre en cas d'utilisation transfrontalière du virement.
-

“La question du droit international privé des virements” ne doit cependant pas faire oublier que “le principal problème” est celui de l’unification du droit matériel des virements d’autant plus qu’il n’existe aucune obligation internationale pour les Etats membres d’intégrer dans leur ordre juridique une “loi-type des Nations-Unies”.

Sommaire.

| | Pages |
|---|-------|
| Introduction Générale | 1 |
| Chapitre préliminaire | |
| Historique des virements en banque | 7 |
| Section I – Notions générales sur l'évolution des virements en banque | 7 |
| Section II – Précurseurs de l'antiquité | 9 |
| Section III – Le moyen âge | 23 |
| Section IV – Temps modernes | 32 |
| Première Partie. | |
| Les aspects informatiques et télématiques et le régime de droit international privé des virements internationaux | |
| | 47 |
| Chapitre Préliminaire – L'influence des techniques de gestion sur le droit des obligations bancaires | 47 |
| Section I – Influence des techniques de gestion sur les obligations du banquier | 49 |
| Section II – Influence des techniques de gestion sur le formalisme des actes | 50 |
| Chapitre I – Les aspects informatiques et télématique des virements Internationaux | 57 |
| 1 – La télétransmission des ordres | 57 |
| 2 – Institutions d'échange, de compensation et de règlement | 58 |
| Section I – SWIFT | 61 |
| Section II – Quelques systèmes interbancaires d'échange, de compensation et de règlement | 69 |
| Chapitre II – Le régime de droit international privé des virements internationaux.... | 82 |
| Section Préliminaire – Droit comparé (France, Algérie) | 82 |
| Section I – Conflits de lois | 95 |
| Section II – Solution | 96 |

| | |
|--|------------|
| Deuxième Partie | |
| La loi-type et le régime juridique des virements internationaux proposés par les Nations-Unies | |
| | 107 |
| Chapitre I – Le champ d’application de la loi-type de la CNUDCI | 109 |
| Section I – Les opérations concernées par la loi-type sont uniquement les virements | 109 |
| Section II – L’exigence d’internationalité | 120 |
| Chapitre II – Les intervenants à l’opération de virement | 131 |
| Section I – Le donneur d’ordre ou expéditeur | 131 |
| Section II – Les banques | 170 |
| Section III – Le bénéficiaire | 224 |
| Chapitre III – Conflits de lois et solution | 242 |
| Section I – Des dispositions relatives à la solution des conflits de lois dans la loi-type : oui ou non ? | 242 |
| Section II – Quelles dispositions pour résoudre les conflits de lois en matière de virements internationaux ? | 245 |
| Conclusion Générale | 255 |
| Annexe – La loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux | 257 |

Abréviations utilisées.

- AFI – Association Financière Internationale
 - BRI – Banque des Règlements Internationaux.
 - CBA – Code Bancaire Algérien.
 - C. Com. A. – Code de Commerce Algérien.
 - CCI – Chambre de Commerce Internationale.
 - CIV 1, 2, 3 – Arrêt d’une des trois Chambres Civiles de la Cour de Cassation.
 - Com. Arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.
 - CNUDCI – Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial.
 - CE – Conseil d’Etat.
 - C.M.C – Conseil de la Monnaie et du Crédit.
 - D.B.I – Droit Bancaire International.
 - D.C.I – Droit du Commerce International.
 - D.I.P – Droit International Privé.
 - Fasc. – Fascicule.
 - ILA – International Law Association.
 - Ir. – Informations rapides.
 - RCADI – Recueil des Cours de l’Académie de Droit International.
 - RCDIP – Revue Critique de Droit International Privé.
 - RDAI – Revue de Droit des Affaires Internationales.
 - RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé.
 - RTDE – Revue Trimestrielle de Droit Européen.
 - S. – Sirey.
 - TCFDIP – Travaux du Comité Français de Droit International Privé.
 - TGI – Tribunal de Grande Instance.
 - TI – Tribunal d’Instance.
 - UE – Union Européenne.
 - UniDroit – Institut International pour l’Unification du Droit Privé.
-

Introduction Générale.

« L’erreur classique quand on s’occupe de l’avenir c’est de l’imaginer comme un présent prolongé »

« L’avenir sort du passé, mais il est toujours quelque chose de radicalement nouveau » (1).

1 – Nationaux ou internationaux, les transferts de fonds sont réalisés le plus couramment par le recours aux virements.

Le virement est un transfert de fonds à l’occasion duquel un donneur d’ordre joue le rôle actif, eu égard à l’ordre que, suivant la pratique la plus habituelle, il donne à sa banque de débiter son compte et de faire créditer à due concurrence celui du bénéficiaire qui, le plus ordinairement, reste passif (2).

L’histoire du virement n’est pas loin de se confondre avec celle de la banque qui étant une officine chargée de prêter des capitaux qui lui sont propres ou qu’elle a reçus d’investisseurs a pour mission de faire fructifier l’argent qui lui a été confié.

Les banques détiennent, généralement, des imprimés (3) comportant les missions suivantes :

- N° du compte qui sera à débiter
 - Le compte de l’importateur
- La somme
 - Le montant de la facture
- La monnaie
 - Code ISO de la devise : EUR, USD, JPY

(1)– Jean D’Ormesson, de l’Académie Française, Cf. Travaux du 17^{ème} Congrès national des huissiers de justice, Dijon ; 25-26-27 Septembre 1986, « Les nouveaux moyens de paiement », Ed. Economica, 1986, p V.

(2)– Michel Vasseur, « Les transferts internationaux de fonds », Recueil des cours de l’Académie de Droit International, 1994, p. 130.

(3)– D. P. Monod, « Moyens et techniques de paiement internationaux », 3^{ème} Ed. Eska, 2002, p. 15.

- La méthode du transfert
 - Courrier, télex, ou le message SWIFT – MT 100 (plus rapide)
- Le nom du bénéficiaire
 - L'exportateur
- Son adresse
 - Ville
 - Pays
- La destination du virement
 - La banque de l'exportateur
- Le numéro du compte à créditer
- Le motif du règlement
 - N° de la facture

Au demeurant, des réseaux de correspondants se forment dans une multitude de pays.

2 – Procédé ancien, le virement est toujours actuel et même de plus en plus actuel. Il repose sur un procédé de technique juridique qui, normalement, est celui de l'inscription en compte.

3 – Le virement et son dérivé le "prélèvement" au sens étroit (sans y inclure les effets de commerce) sont transmis de deux façons, par la voie de supports papier ou par la voie électronique, grâce à la télématique, c'est-à-dire en conséquence du "mariage heureux" de l'informatique et des télécommunications. Le papier, qui est synonyme de lenteur, décline ; l'électronique se développe.

Les transferts de fonds-papier cèdent la place aux transferts électroniques, réalisés à grande vitesse et quasi instantanément, sauf à préciser que, par transfert électronique, largement compris, on peut entendre les transferts à l'occasion desquels une ou plusieurs étapes précédemment effectuées sur papier sont présentement réalisées par le truchement de l'électronique. Une "dématérialisation" s'est épanouie à l'aube du troisième millénaire.

4 – Virement, prélèvement au sens étroit, peuvent être réalisés électroniquement et peuvent l'être de bout en bout. Ainsi, des virements déclenchés par les terminaux situés dans les entreprises-donneurs d'ordre peuvent être acheminés jusqu'aux comptes des entreprises bénéficiaires, sans intervention humaine intermédiaire, les ordinateurs des banques étant simplement programmés pour vérifier que les normes techniques régissant le transfert sont respectées, que l'authentification en bonne et due forme a été effectuée et que le compte du transférant est suffisamment approvisionné pour couvrir le débit, que cette couverture résulte d'un solde créditeur ou d'un crédit consenti par la banque. Il se peut aussi que l'ordre de virement soit un ordre-papier, mis ensuite sur ordinateur par la banque qui l'a reçu.

5 – Ce progrès de l'électronique s'explique aisément. La banque travaille sur des chiffres ; elle traite de l'information relativement à ces chiffres. L'électronique travaille pareillement sur des chiffres ; les télécommunications permettent le transport quasi instantané de l'information chiffrée. Naguère, l'argent était matérialisé par des pièces d'or ou d'argent, ces fameuses espèces sonnantes et trébuchantes. Il l'a été depuis deux siècles et l'est par ces bouts de papier de qualité particulière que sont les billets de banque. Il l'est aussi par des inscriptions en compte, c'est-à-dire par un chiffre : 100 euros, 100 dollars. Mais les inscriptions en compte ne sont même plus aujourd'hui des inscriptions manuelles : elles sont le résultat d'impulsions électroniques engouffrées dans un ordinateur.

Etre titulaire de 100 euros, 100 dollars, en compte relève alors du mystère de l'informatique et de l'électronique. A y bien réfléchir alors, un transfert de fonds électronisé, un paiement électronique ne sont pas autre chose qu'une transmission d'informations. L'informatisation des transferts de fonds était donc dans la nature des choses, parce que l'informatisation de la banque est elle-même dans la nature des choses. Mais le rôle propulseur joué par les télécommunications est à mettre tout particulièrement en vedette.

On pourrait alors penser que l'informatisation des transferts de fonds, avec le reflux corrélatif du papier, caractérise de manière égale les "relations nationales" et les "relations internationales".

C'est vrai pour les virements. Ce pourrait être vrai également pour les prélèvements au sens étroit (en n'y incluant pas les effets de commerce), mais le procédé, dont l'utilisation d'ailleurs n'atteint pas à beaucoup près, au plan national, l'usage qui est celui du virement, est pratiquement inconnu jusqu'à présent au plan international, mais dans le cadre de la Communauté Européenne, la Commission de Bruxelles projette d'en promouvoir le développement.

6 – Ce serait, toutefois, à l'évidence, réduire de manière trompeuse l'étude des transferts internationaux électroniques. Les transferts-papier subsistent et subsisteront encore pendant des années, plus ou moins selon les pays en relation. Aussi bien, même si les transferts électroniques ont une spécificité indéniable, ils ont en commun avec les transferts-papier d'être des transferts de fonds et les phases d'un tel transfert sont identiques, quel que soit le support utilisé pour acheminer l'ordre de transfert ou la monnaie en laquelle les comptes sont tenus. Ce qui les sépare, c'est la vitesse pour les transferts électroniques, la lenteur pour les transferts-papier, et cette donnée peut n'être pas sans répercussion juridique.

Non pas pour autant qu'il soit opportun, dans le cadre de la présente étude, d'examiner le "régime juridique" de tous les transferts internationaux de fonds, qu'ils soient des transferts-papier ou des transferts électroniques. Ainsi, on négligera les prélèvements au sens étroit, puisqu'ils sont ignorés présentement au plan international.

L'utilisation internationale des virements progresse. En conséquence, "ce mémoire portera uniquement sur les virements" en tant qu'ils sont "instruments de transferts internationaux de fonds".

7 – Ensuite, une étude du "régime juridique des virements internationaux" présente une grande actualité. Non pas, semble-t-il, que ces virements donnent lieu à des litiges nombreux portés devant les tribunaux. Pour autant, des litiges sont inévitables, mais ils sont ordinairement réglés à l'amiable, dans la discrétion, sans recours aux tribunaux.

L'actualité de l'étude à effectuer résulte bien, plutôt de "l'activité normative" intense déployée à propos des virements internationaux.

En 1990, la Chambre de Commerce Internationale, toujours à l'écoute des besoins du commerce international, a adopté des « Principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds et pour indemnisation ». Ces principes directeurs correspondent à un code de bonne conduite, à des recommandations applicables aux rapports de banque à banque. L'esprit qui a inspiré ces « principes directeurs » est qu'aucune banque ne puisse être injustement enrichie ou pénalisée par suite d'une erreur d'une autre banque. L'exécution incorrecte d'un message de transfert de fonds est en conséquence à l'origine d'indemnisation.

A l'évidence – et sans sous-estimer l'importance et l'intérêt de ces « principes directeurs » – il convient de mettre en exergue les travaux accomplis par les Nations Unies dans le cadre de la « Commission des Nations Unies pour le droit commercial international » (CNUDCI). Ces travaux ont abouti à l'adoption, par ladite commission, le 15 Mai 1992, d'une loi-type sur les virements internationaux.

Cette loi-type est un modèle de loi, proposée aux Etats qui – en dehors de toute obligation internationale – seront désireux d'en introduire tout ou partie de ses dispositions dans leur législation nationale.

Aussi, l'examen de cette loi-type – en raison de son existence et de son importance – sera-t-il au cœur même des développements qui constitueront la matière de la présente étude.

Mais, avant d'aborder l'examen de la loi type et du régime juridique des virements internationaux proposés par les Nations Unies, en deuxième partie de notre mémoire, il est bien d'aborder l'étude des aspects informatiques et télématiques et du régime de droit international privé des virements internationaux en première partie, mais auparavant d'examiner l'historique des virements en banque dans un chapitre préliminaire.

Chapitre Préliminaire
Historique des virements
en banque.

Chapitre Préliminaire

Historique des virements en banque.

Section I

Notions générales sur l'évolution des virements en banque.

8 – Certains auteurs ont cru devoir consacrer une place prépondérante à l'histoire des virements au détriment de leur étude technique et juridique (4).

Nous avons pensé, pour notre part que, dans un pareil sujet, nous ne devons demander à l'histoire que l'explication et la description des faits ayant concouru à la création et à l'évolution des virements, et c'est pourquoi nous avons glissé sur tout ce qui n'est qu'érudition pure, pour insister, au contraire, sur tous les points qui peuvent faire comprendre et les formes prises par les virements dans les temps modernes, et leur extension de plus en plus grande.

Et comme le virement est au nombre des procédés les plus récents de règlement, pour préciser le chemin parcouru, nous avons jugé bon de donner quelques notions, d'ailleurs courantes, sur les différents stades des procédés de paiement.

D'après Aristote (5), l'homme, qui était sous la dépendance de son mode d'alimentation, chercha à échanger les produits qu'il possédait en trop grande quantité contre ceux qui lui manquaient : d'où le premier procédé de règlement, qu'on désigne sous le nom de troc. Mais, comme le même Aristote l'explique dans son « Etude sur les monnaies », ce moyen de règlement était défectueux, car, par exemple, si étant cordonnier, on désirait acheter un bœuf, l'échange était difficile à réaliser, car le vendeur du bœuf n'avait besoin que d'une paire de chaussures, et non pas d'une grande quantité de ces dernières. Pour remédier en partie à cet inconvénient, l'homme inventa les marchandises monnaie : marchandises différentes suivant les pays, mais qui étaient facilement échangées comme d'autres produits, car celui qui les acceptait savait qu'il pourrait en faire, à son tour, l'objet d'une transaction ultérieure.

(4) – Charles Martin, « Les virements en banque », Thèse pour le doctorat en droit, Lyon, 1932, p. 5 et s.

(5) – Traité de la politique, Livre I.

Cependant ce procédé présentait, lui aussi, plusieurs inconvénients graves, car dans les pays, où comme à Rome, on utilisait les troupeaux (pecus) (6) comme marchandise monnaie, celui qui recevait des moutons en échange, devait les nourrir.

D'autre part, si une personne désirait acheter un objet, qui ne valait qu'une partie du mouton, il fallait débiter ce dernier ; et, par suite, pour éviter de perdre la viande, on devait attendre le moment où on avait assez d'échanges à réaliser pour l'utiliser en entier comme moyen de règlement et d'alimentation.

La monnaie, qui succéda à ce dernier système, réalisait un gros progrès, car le métal choisi : or ou argent, était inaltérable ; on pouvait le diviser en fragments suffisamment faibles pour pouvoir satisfaire à des échanges mêmes minimes, enfin, les lingots, puis ensuite les pièces frappées, ne tenaient que peu de place.

Mais l'argent pouvait être facilement volé ; et, pour le mettre à l'abri, les particuliers le confièrent aux temples, où il était placé sous la garde du Dieu moyennant une légère rétribution correspondant au droit de garde actuel.

Cependant, les gardiens des temples babyloniens, égyptiens ou grecs devaient au début rendre aux déposants les espèces mêmes, qui leur avaient été confiées, ce qui les empêchait de faire des placements rémunérateurs avec le montant des dépôts.

Ultérieurement, ils convinrent avec les déposants de ne plus leur rendre l'objet même des dépôts, mais son équivalent « non idem sed tantumdem » ; et, pour cela, au lieu de percevoir un droit, ils offrirent aux déposants un léger intérêt.

Mais comme les temples, en dehors des dépôts et des placements, ne s'occupèrent jamais d'opérations de banque proprement dites, nous ne nous en occuperons plus.

(6) – D'où pour désigner la monnaie ultérieure le terme de pecunia. Dans les Indes on se servait de pièces d'étoffes appelées guinées, qui ont donné leur nom à la monnaie, qui les a remplacées.

Section II

Précurseurs de l'antiquité.

I

Babylone.

9– Dans ce pays sur lequel d'ailleurs la documentation est assez rare, puisqu'on en est réduit, ou à peu près, au seul ouvrage de Cuq (7), à la suite des temples des banques se fondèrent, et acceptèrent des dépôts des particuliers.

La plus ancienne d'entre elles fut la banque des Igibes, dont l'existence est certaine à partir du IV^e siècle av. J.C.

Or ces banques reçurent tout d'abord des dépôts réguliers, c'est-à-dire pour lesquels, moyennant la perception d'un droit de garde, elles s'engageaient à remettre à vue aux déposants les objets mêmes du dépôt ; ensuite avec les dépôts irréguliers elles rendirent seulement l'équivalent des sommes déposées.

A partir de ce moment ces banques pouvant disposer librement des capitaux qui leur étaient confiés, sauf à rembourser à vue les dépôts, en vinrent probablement à jouer un rôle analogue à celui qu'elles jouent de nos jours.

S'occupant, pour le compte de leurs clients respectifs, d'opérer les recouvrements et d'effectuer les paiements, elles s'obligèrent vis-à-vis de ces derniers, moyennant la présentation d'un reçu, à restituer la valeur déposée à un tiers désigné par le déposant, et cela soit dans la ville où les parties avaient contracté, soit dans une autre place. Grâce à ce procédé on pouvait régler toutes les opérations par un simple jeu d'écritures, partout où le dépositaire possédait des comptoirs, et même à l'étranger.

(7)– Cuq : Etude sur les contrats de la première dynastie babylonienne, dans la Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1911, T. XXXIV, p. 4230.

L'illustration, n° 4611, du 18 Juillet 1931, p. 424, représente la photographie du « plus ancien chèque connu », datant de la période babylonienne.

Le récépissé de dépôt, qui permettait d'effectuer ces règlements, a d'ailleurs été considéré par certains comme étant l'ancêtre du chèque. C'est peut-être aller un peu loin, mais néanmoins, ce qui est très vraisemblable, c'est que le récépissé de dépôt a dû jouer, à Babylone, un rôle assez semblable au chèque actuel, en permettant d'opérer des virements et de retirer des fonds. (Il devait en être de même au Moyen Âge pour les récépissés de dépôts des banques italiennes) ; sa circulation était d'ailleurs assez aisée, car il pouvait être revêtu de la clause à ordre.

II

La Grèce

10 – Si pour Babylone nous en étions réduits en définitive à l'hypothèse très vraisemblable de Cuq, ce qui nous a empêché de rechercher les raisons profondes du développement des virements dans ce pays, nous sommes, par contre (grâce à nos recherches), mieux documentés sur la Grèce. Nous possédons, en effet, pour ce pays, en plus de sources historiques nombreuses, plusieurs plaidoyers : l'un d'Isocrate : le Trapézitique, les autres pro Posion et pro Phormion, attribués à Démosthène, qui nous permettent de suivre pendant près d'un demi siècle l'évolution d'une banque d'Athènes sous trois directeurs successifs : Archestratos, Posion et Phormion.

Et s'il est certain que les banquiers athéniens jouèrent un rôle de premier plan dans la Cité, il semble, cependant, qu'initialement ils devaient être assez mal considérés, si l'on s'en rapporte à Aristote, et à ses critiques relatives au "prêt à intérêt" (8). D'autre part, la constitution de Solon interdisant aux citoyens de s'occuper d'autre chose que des affaires publiques, il est plus que probable que les premiers banquiers furent ou des esclaves affranchis, ou des étrangers, ce qui n'était pas fait pour favoriser le développement des établissements de crédit, vu le dédain qu'on devait éprouver pour d'anciens esclaves, et l'animosité, ou tout au moins la défiance plus ou moins grande, qui se manifeste chez presque tous les peuples primitifs à l'égard des étrangers.

(8) – Aristote, « Traité de la Politique », Livre I, et principalement Chapitre III.

Cependant, malgré des débuts probablement difficiles les banques avaient pris assez rapidement une extension considérable, et à la méfiance initiale du public avait succédé une confiance tellement grande qu'il n'était pas d'usage d'appeler des témoins aux dépôts de fonds effectués chez les Trapézistes (9).

Or cette évolution complète de l'opinion publique à l'égard des banquiers ne peut s'expliquer selon nous que par le rôle particulièrement important qu'étaient appelés à jouer les trapézistes dans un pays dépourvu d'unité politique, et par la perfection technique des procédés employés, qui en réduisant au minimum les erreurs et les risques, parvint à développer la confiance.

Ce qu'on est convenu de nommer la Grèce en tenant compte des affinités de langue, de race et de coutumes n'a, en effet, jamais existé comme Etat libre dans l'Antiquité. Bien loin d'être unies les cités grecques étaient, au contraire, indépendantes, et souvent rivales les unes des autres ; et toutes avaient le droit, qu'elles utilisaient, de battre monnaie.

Or, suivant l'importance politique et commerciale des cités, les monnaies qu'elles émettaient, avaient cours dans un rayon plus ou moins étendu ce qui, en les faisant rechercher plus ou moins, contribuait à créer une différence entre les valeurs nominales et réelles des unes par rapport aux autres, c'est-à-dire un change (10).

Les banquiers commencèrent donc par être principalement des changeurs de monnaie. Pour faire ces opérations ils étaient, en effet, indispensables car à une époque où l'imprimerie n'existait pas, il était difficile, sans être professionnel, de se tenir au courant des variations de cotations, et, d'autre part, comme les trapézistes possédaient des comptoirs nombreux dans la plupart des cités ils pouvaient accepter en paiement toutes les monnaies étant sûrs de pouvoir les écouler.

(9)– Beauchet, « Histoire du droit privé de la République Athénienne », Tome IV ; « Le droit des obligations », Paris, 1897, p. 326 – Le mot Trapéziste, sous lequel on désignait les banquiers, vient des tables $\rho\upsilon\mu\tau\tau\zeta\iota$ sur lesquelles on comptait primitivement les monnaies.

(10) – Pour en citer quelques exemples tandis que les tétradrachmes de Tlosos avaient presque seules cours en Thrace, et les tétradrachmes corinthiennes en Illyrie et en Epire, les chouettes du Laurium se répandirent rapidement dans toute l'étendue du littoral méditerranéen. Les chouettes du Laurium désignaient en langage populaire les tétradrachmes athéniennes, et ce nom leur avait été probablement donné en raison de la chouette, emblème de Minerve et de Pallas Athénée, qu'elles portaient sur une de leurs faces.

Cependant, l'existence du change entre cités de faible superficie, et aux rapports commerciaux, par suite de ce fait, extrêmement nombreux, devait conduire aux "virements en banque" en enlevant au paiement comptant son caractère de sécurité.

On sait, en effet, à l'heure actuelle, que, dans une opération effectuée, même au comptant, avec des commerçants de pays étrangers, le bénéfice escompté peut être supprimé, et même se transformer en perte, si le taux des changes sur lequel on s'était fié pour traiter varie entre l'exécution du marché et le moment où on opère la conversion des monnaies.

Or, cet inconvénient était beaucoup plus sensible dans la Grèce antique vu le nombre des cités indépendantes et pendant un temps assez long, vu l'absence de la lettre de change (11), et d'autres moyens de compensation, qu'en obligeant les gens à régler leurs transactions en numéraire, on augmentait les différences dues au change de frais de transport très élevés.

D'autre part comme le rapporte Aristote dans le chapitre consacré à l'évolution des monnaies le nombre de pièces fausses en circulation était très élevé, et cette raison contribuait à rendre moins sûr le paiement comptant.

Aussi pour se soustraire aux aléas dus aux changes et aux fausses monnaies les commerçants prirent l'habitude de consulter les trapézistes, dont l'expérience les rassurait et, d'autre part, afin d'éviter d'être lésés dans les paiements ils chargèrent ces derniers d'effectuer leurs recouvrements.

Comme, d'un autre côté, à cause des risques de perte ou de vol, les particuliers, après s'être servis au début des temples, déposaient volontiers leur argent disponible dans les banques, ce qui leur rapportait d'ailleurs un intérêt élevé (12) les banquiers disposèrent

(11) – L'existence de la lettre de change chez les Grecs a été soutenue par Caillemer : « Note sur la question de savoir si les Athéniens ont connu la lettre de change » dans les Etudes sur les Antiquités juridiques d'Athènes, Paris et Grenoble, 1865, p. 90, cité par Beauchet, op. cit., p. 509-512.

(12) – Lorsque le banquier Posion donna à ferme sa banque à son affranchi Phormion, il était créancier de près de 50 talents prêtés à des particuliers ; or le talent attique valait environ 5.600 francs or à une époque où l'argent avait une valeur bien supérieure à celle qu'il a de nos jours (Maurice Chapoulot : Les dépôts en banque, 1928, page 11, note 1).

rapidement de capitaux considérables (13), qui leur permettaient de faire face à de nombreux engagements.

Chargés par leurs clients d'effectuer leurs recouvrements et leurs paiements ils s'aperçurent rapidement que pour effectuer une opération entre deux clients d'une même banque il était plus facile et plus économique d'opérer le règlement par virement plutôt que par déplacement du numéraire.

Si, en effet, Statoclès doit mille drachmes à Posion, supposés tous deux clients d'une même banque, au lieu d'aller toucher cette somme chez Statoclès pour la porter à Posion, ou en créditer son compte, il est plus simple, si les parties sont d'accord, de débiter le compte de Statoclès de mille drachmes pour en créditer le compte de Posion. En opérant ainsi on évitera des déplacements, c'est-à-dire des frais et des causes de perte ou de vol, et on supprimera également les opérations de caisse, qui peuvent donner lieu à des erreurs souvent irréparables.

Mais pour être autorisés par les clients à régler les opérations par virements il fallait que les banquiers leur inspirent confiance par l'exactitude et par l'honnêteté avec laquelle ils effectuaient les opérations, et par la façon sérieuse, dont étaient tenues les écritures.

Or les trapézistes pour prouver la solidité de leurs établissements exécutaient d'une façon tellement scrupuleuse leurs engagements que suivant une épigramme rapportée par Chapoutot (opcit. p. 12) on disait que « Caicos (le banquier) restitue, même la nuit, à tout réclamant, l'agent qu'on lui a prêté ».

D'autre part, ils montrèrent la puissance de leur crédit en prêtant à un taux modéré des sommes considérables au gouvernement d'Athènes pendant les guerres du Péloponèse, et lors du siège de Syracuse [Démosthène : exception pour Phormion cité par Haristory, (Les virements en banque), p. 40].

(13) – La constitution de Solon ayant interdit de limiter le taux de l'intérêt, celui-ci était de 30 à 35 % pour les prêts maritimes ou à la grosse aventure, et de 10 à 18 % pour les prêts ordinaires (Haristory, opcit, page 41).

Quant à la tenue des livres nous nous sommes documentés à un plaidoyer attribué à Démosthène (C. Callipe, § 4, Beauchet, opcit. 507). Les trapézistes possédaient deux sortes de livres : des journaux : ἐχθυέπτη sur lesquels ils portaient chaque jour les dépôts reçus et les opérations effectuées, et des livres sur lesquels chaque client possédait un compte ouvert à son nom avec une page pour l'actif et une autre pour le passif.

Ces livres étaient rédigés en partie double, et la même somme était mentionnée à son entrée et à sa sortie de la caisse. D'après Démosthène « on inscrit d'abord le nom du déposant, puis la somme déposée, et on mentionne en marge "payé à un tel" ». Si la personne qui doit retirer les fonds est connue du trapéziste cette mention suffit ; dans le cas contraire on ajoute en marge le nom d'une personne connue du banquier, qui doit la présenter, et certifier son identité avant qu'elle puisse toucher ».

Maintenant si créancier et débiteur possèdent le même banquier l'opération s'effectuera par un simple jeu d'écritures, sinon il y aura lieu d'effectuer un virement de banque à banque.

Cependant, à l'origine les virements étaient encore assez difficiles à effectuer, car ils ne pouvaient avoir lieu qu'en présence des parties. Mais cet état de chose ne dura pas, et ultérieurement, les Grecs n'étant pas formalistes comme les Romains, on se contenta d'un ordre écrit, et même verbal.

Cependant devons-nous en conclure que les Grecs ont connu le chèque ? Caillemer l'a soutenu en se basant sur le texte suivant provenant d'un plaidoyer d'Isocrate (14) « Statoclès devait s'embarquer pour le Pont, et moi, je voulais faire venir de ce pays le plus d'argent possible. Je priai donc Statoclès de me laisser tout l'or dont il était porteur ; à son arrivée dans le Pont, il se ferait payer par mon père sur les sommes que celui-ci avait pour moi. Je regardais, en effet, comme un grand avantage de ne point exposer mes écus aux périls du voyage, alors surtout qu'à cette époque les Lacédémoniens étaient maîtres de la mer », et plus loin il ajoute que Statoclès reçut une lettre de l'étranger, et qu'à la demande qu'il fit de savoir « qui le rembourserait de ses avances si mon père ne se conformait pas aux

(14) – Traduction donnée par Bouteron : « Le chèque théorique et pratique », Paris, 1924, p. 2, du texte d'Isocrate ; Trapézitique, §§ 35 et 36, Edit. Tauchnitz, c. 19.

instructions données dans la lettre, et s'il ne me retrouvait pas au retour de son voyage, je lui présentai alors Pasion, qui s'engagea à lui rendre le capital et les intérêts échus ».

Cependant il semble que voir dans ce texte une lettre de change, ou même un chèque est peut-être excessif, car il ne semble pas que les Grecs aient connu comme les Babyloniens la clause a ordre. Mais On peut y voir une ébauche des instruments de crédit moderne, et on pourrait interpréter le texte comme constituant une sorte de lettre de crédit.

Mais ce qui est certain, et les mots nous importent peu pour notre étude, c'est qu'il était possible dès cette époque de partir sans argent, et de disposer d'un crédit sur une place lointaine grâce à des « lettres », et moyennant un dépôt cautionné effectué chez un ami ou dans une banque.

Or, d'après notre définition mise en tête de notre mémoire s'il y a virement chaque fois qu'une personne peut disposer d'un crédit sur une autre personne sans déplacement de numéraire, les Grecs ont certainement connu ce procédé bien que l'imprécision du texte empêche d'entrer dans le détail des moyens employés.

D'autre part, ce texte indique très nettement que les opérations de crédit sont nées de l'insécurité des moyens de transport.

II

Rome.

11 – Au début les argentarii romains eurent tout comme les trapézistes grecs une assez mauvaise réputation : Plante les assimilait aux lenones (15) tandis que Caton et Cicéron considéraient qu'ils exerçaient un commerce déshonnête ; mais ces opinions peut-être isolées ne les empêchèrent pas de jouer un rôle considérable dans la Cité.

Après avoir reçu des espèces pour en orner leur étalage grâce à des prêts à usage les argentarii reçurent des dépôts de leurs clients.

(15) – Entremetteurs (Cure., 5050).

Ces derniers furent d'ailleurs au début des dépôts réguliers pour lesquels les banquiers ne pouvaient utiliser l'objet du dépôt puisqu'ils devaient rendre les espèces « in individuo » sous peine de s'exposer à l'actio furti et à l'actio depositi (16).

Ultérieurement à une date qu'on ne peut préciser exactement mais qui remonte au moins au V^e siècle av. J.C., ils purent disposer des capitaux déposés puisqu'ils s'obligeaient à restituer non plus « idem, sed tantumdem », le cas échéant avec des intérêts. Ces dépôts étaient constatés par des reçus : recepta argentarii, qui devaient être fusionnés par Justinien avec le constitut.

Le banquier s'engageait par ces reçus à rembourser capitaux et intérêts à vue aux clients (17).

On a d'ailleurs discuté pendant longtemps pour savoir s'il s'agissait d'un prêt de consommation (mutuum) ou d'un dépôt. Cette question étant, d'ailleurs étrangère à notre sujet nous nous contenterons d'indiquer qu'à partir de Papinien ce contrat constitua ce que les glossateurs devaient désigner sous le nom de dépôts irréguliers.

Grace aux fonds qu'ils se procuraient par ce procédé les banquiers romains devinrent les caissiers de leurs clients. Il n'était pas d'usage à Rome d'effectuer des paiements à domicile (domo ex arca sua), mais presque toujours les argentarii se chargeaient de payer pour leurs déposants (de mensa scriptura) (18).

A l'origine, tout comme en Grèce, le déposant amenait son créancier en personne devant l'argentarius, qui se déchargeait en payant devant témoins (Pararii – Sénèque : de beneficiis T. 23), mais par la suite le déposant remit un ordre de paiement à son créancier, et sur le vu de cet ordre le banquier comptait l'argent immédiatement, ou s'engageait à effectuer le paiement un jour déterminé.

(16) – 3, § 6, Dig. Commodati vel contra, XIII, 6.

(17) – 24 Dig., XVI, 3 : Quae quando voles, et ubi voles confestim tibi numerabo.

(18) – Donat ad Terent, Adelphes, 2, 4, 13 (Tecum enim in foro et de mensae scriptura, magisque ex arca domoque velcista pecunia numerabatur (Phormio, 5, 7, 29).

Cet engagement que nous avons déjà indiqué sous le nom de *receptum argentarii* pouvait, par conséquent, jouer un rôle analogue dans certains cas à celui du chèque actuel auquel on a voulu l'assimiler (19).

Il y a, cependant, deux différences capitales entre le *receptum argentarii* et le chèque, car tout d'abord pour le premier le banquier pouvait différer le paiement, ce qui permet d'assimiler plutôt le *receptum argentarii* à un effet de commerce ordinaire qu'on présenterait au banquier dans le but de le faire accepter par le client qu'à un chèque pour lequel cette formalité est rarement employée, et en tout cas extra-légale.

D'autre part la clause à ordre, qui permet la circulation de l'effet jusqu'à l'échéance, ne fut pas connue des Romains.

En définitive, les Romains n'ont pas connu le chèque, mais seulement un certificat de dépôt susceptible de servir comme mandat de paiement, mais qui néanmoins était loin de pouvoir rendre les mêmes services que le chèque moderne, comme nous le montrerons ultérieurement.

Par contre, les *argentarii* ont imaginé un système de comptabilité qui se rapproche beaucoup du compte courant (20), puisque, d'une part, toutes les opérations effectuées par leurs clients étaient inscrites sur des livres divisés en deux parties avec une colonne pour les débits et une autre pour les crédits, et puisque, d'un autre côté, ces mêmes opérations étaient balancées périodiquement pour établir la situation respective des parties.

Mais si la comptabilité des banquiers romains a marqué un progrès sensible sur celle des autres peuples de l'Antiquité, l'initiative de ces méthodes revient aux particuliers et non aux *argentarii*.

(19) – Deloume : « Les manieurs d'argent à Rome », Paris, 1892, p. 160-161.

(20) – Voir en sens contraire Chapoutot, *opcit.* p. 21, qui ne trouve qu'une lointaine ressemblance entre le compte courant moderne, et le *codex accepti et expensi*.

Les banquiers se contentèrent, en effet, pour la tenue de leurs livres de prendre modèle sur le *codex accepti et expensi*, que possédaient tous les *pater-familias* ; car la fortune étant, au temps du cens, la base du classement social, les mœurs avaient imposé aux premiers Romains l'obligation de tenir à jour le livre où était mentionnée leur situation pécuniaire.

Dans ce but le *codex* était divisé en deux colonnes : l'*acceptum*, dans lequel on portait les sommes reçues, et l'*expensum* où l'on inscrivait les paiements effectués.

Si, par exemple, Moevius prête par *mutuum* cent sesterces à Titius, le carnet de Moevius portera à l'*expensum* : *expensum Titio centum ex mutuo*, et celui de Titius à l'*acceptum* : *acceptum a Moevio centum pro mutuo*. Quand l'argent sera payé les écritures seront passées en sens inverse, et par suite s'annuleront comme dans la comptabilité actuelle.

Mais il faut bien noter, et à ce point de vue Chapoutot a raison, que le *codex accepti et expensi* ne pouvait servir que de livre de compte, et même plutôt de livre de caisse. Ce n'était ni un moyen de preuve, ni une source d'obligations ; et, d'autre part, il ne pouvait servir comme mode d'extinction d'obligations.

Par exemple, en ce qui concerne le *mutuum* ce dernier ne pouvait être éteint que par une solennité semblable à celle employée pour sa création.

Les Romains avaient, en effet, dès le VI^e siècle, établi la règle de la concordance des formes, et quand le droit romain devint moins formaliste il y avait déjà longtemps que les citoyens avaient perdu l'habitude de tenir le *codex accepti et expensi* pour charger de ce soin les banquiers.

Aux mains de ces derniers le *codex accepti et expensi* resta un simple livre de caisse, sur lequel, par conséquent, ne figuraient que les rentrées et les sorties effectuées en numéraire. Mais il servit de modèle pour le grand livre ou *liber rationum*. Dans ce dernier chaque client avait un compte ouvert sur deux pages : l'une pour le doit, et l'autre pour l'avoir (*expensum ferre, acceptum ferre*) ; et les écritures y étaient portées de la même

façon que sur le codex ancien, même quand elles constituaient des virements, et c'est là la grosse différence, qui existait avec ce dernier. Enfin les banquiers possédaient un journal : ephemeris, qu'ils avaient emprunté aux Grecs, sur lequel les opérations effectuées étaient notées avant d'être reportées au grand livre.

Le liber rationum permit au moment du déclin du formalisme d'opérer des virements produisant des effets novatoires, et l'étude de la novation en droit romain est très importante pour préciser un des rôles, et une des conséquences les plus importantes des virements à l'heure actuelle.

Il y eût, d'ailleurs, deux sortes de novation produites par la transcriptio a persona in personam, et par la transcriptio a re in personam.

1

La transcriptio a persona in personam.

12 – Si nous supposons que Titius et Moevius sont tous deux titulaires de comptes à la même banque, et que Moevius ait une dette de cent sesterces à régler à Titius il lui suffira, si le solde de son compte est suffisamment créditeur, de donner l'ordre (jussum) à son banquier de débiter son compte pour le crédit de celui de Titius pour régler l'opération.

Le banquier, sur le vu de cet ordre pour lequel aucune condition de forme n'était exigée, passera sur ses livres les écritures suivantes :

à la page de Moevius il inscrira à l'expensum : expensum Titio centum, ce qui indiquera que Moevius ne doit plus rien à Titius ; et à la page de Titius il portera à l'acceptum : acceptum a Moevio centum, ce qui éteindra la créance de Titius sur Moevius.

Ces inscriptions portées sur les livres, on nomina transcripticia (21), soulevaient des questions juridiques, que le jurisconsulte Celsus a analysées de la façon suivante : entre délégant et délégataire le virement constitue un paiement (solutio), mais il y a bien plus,

(21) – Les nomina transcripticia, qui étaient la source d'obligations litteris, ont été précédées au temps des obligations re par les nomina arcaria (de area, caisse). A cette époque, la source de l'obligation ne se trouvait pas dans les écritures, mais dans le décaissement, et les inscriptions ne constituaient qu'un simple moyen de preuve faisant foi jusqu'à preuve du contraire

et bien que faite au délégataire la prestation fournie par le délégué (le banquier) s'adresse au délégant : c'est lui seul qu'il connaît, c'est donc encore une solutio.

Mais comme à Rome toutes les obligations devaient avoir une cause pour expliquer l'obligation du délégué à l'égard du délégataire on eût recours à une fiction et on tint en définitive, pour accomplies trois numérations d'argent, qui en réalité n'avaient pas eu lieu : l'une réputée faite par le délégué au délégant, une autre par le délégant au délégataire, et la troisième par le délégataire au délégué. Les deux premières réalisaient des paiements, auxquels on avait substitué des virements, et la dernière ne servait qu'à expliquer la dette du délégué envers le délégataire.

Maintenant pour nous permettre de faire une comparaison utile entre le procédé du jussum suivi des nomina transcripticia, et du chèque actuel employé comme instrument de compensation, nous allons supposer un cas plus compliqué.

Si Titius, créancier de Seius de cent sesterces, doit la même somme à Moevius – supposés tous les trois clients de la même banque – Titius pourra offrir à Moevius de se libérer en lui déléguant à ses lieu et place, non pas le banquier, comme dans le cas précédent, mais Seius. Si Moevius accepte (22) Titius donnera l'ordre au banquier de payer Moevius par le débit du compte de Seius, et le banquier pour exécuter cet ordre passera les différentes écritures suivantes : à la page de Moevius il portera : acceptum a Titio centum, et par suite Titius sera libéré par une solutio ; à l'expensum il inscrira : expensum Seio centum pour expliquer l'obligation de Séius ; à la page de Titius il inscrira à l'expensum : expensum Moevio centum, et à l'acceptum : acceptum a Seio centum, écritures qui le libéreront à l'égard de Moevius, et en même temps libéreront Seius à son égard ; enfin pour Seius à l'expensum il y aura : expensum Titio centum, et à l'acceptum : acceptum a Moevio centum, cette dernière écriture servant à expliquer la créance de Moevius sur Seius.

Une fois ces écritures effectuées, il y aura eu changement de débiteur, car Seius sera débiteur de Moevius, et il faudra recourir au procédé précédent avec l'intervention du banquier comme délégué pour éteindre cette nouvelle créance.

(22) – Nous n'avons pas parlé de l'autorisation dans le cas précédent, car le délégué étant un banquier elle était très souvent accordée une fois pour toutes.

Actuellement, au contraire, avec le chèque il aurait suffi pour arriver au même résultat d'endos successifs du chèque.

Par conséquent, le procédé romain était beaucoup plus compliqué que celui ayant cours actuellement, et, d'autre part, il nécessitait l'accord préalable du délégataire.

Par contre ses effets étaient beaucoup plus énergiques, car si les endossements successifs d'un chèque permettent d'éteindre un grand nombre de dettes sans déplacement de numéraire, néanmoins le chèque ne produit par endossement qu'une novation imparfaite, car par suite de leur solidarité les endossataires successifs et le tireur ne sont tous libérés qu'au moment où le tiré paie le chèque ; tandis qu'à Rome une fois la délégation acceptée par le créancier le débiteur délégué était – sauf convention expresse – substitué entièrement au débiteur initial, qui ne devait par conséquent plus rien même si le débiteur délégué ne remplissait pas ses obligations (23).

A la fin de l'Empire, il y eut un autre procédé qui permettait d'effectuer facilement des virements : c'est le constitut, qui pouvait constituer un ordre écrit, ou même peut-être verbal.

Cependant, si les virements à Rome étaient plus difficiles à réaliser qu'à l'heure actuelle même entre clients d'une même banque, l'infériorité des procédés romains était surtout apparente quand il y avait lieu d'effectuer des virements entre clients de banques différentes.

L'absence du chèque endossable, et des chambres de compensation, empêchait, en effet, les règlements par virements entre banques différentes et toutes les fois où le volume de leurs opérations entre elles n'était pas suffisant pour opérer des règlements par compensation, il fallait que les banques recourent entre elles au procédé primitif des règlements en espèces effectués par des collectarii.

(23) – Cette libération complète du délégant est indiquée ainsi dans la loi : 180 D. 50 17 « Solvit qui reum delegat, solutionis vicem continet haec delegatio » et d'autre part, la même loi indique : « Quod jussu alterius solvitur pro ea est quasi ipsi solutum esset ». En cas de paiement effectué par erreur, c'était, d'ailleurs, au délégant et non au délégué qu'il appartenait d'exercer la *condictio indebiti*. On disait enfin : « In delegatione semper inest novatio ».

2

La transcriptio a re in personam.

13 – Cette seconde forme dérive comme la précédente de la transformation des nomina arcaria en nomina transcripticia. A ce moment ces inscriptions devinrent un mode de s'obliger : une obligation née litteris : l'expensiliatio (24) et l'étude de cette seconde forme de transcription nous servira à préciser l'importance que peuvent avoir les virements en ce qui concerne les modifications dans la nature des créances, qui peuvent en résulter.

On sait qu'un des effets du compte courant actuel consiste dans la novation de la créance, qui perd sa nature propre, et ses garanties particulières pour devenir un simple élément du crédit ou du débit.

Or ce sont les Romains qui ont été les premiers à comprendre cet effet possible des virements (Gaius 3, 129).

Supposons que Seius soit créancier de Titius de cent sesterces à la suite d'un contrat de société (contrat de bonne foi). S'il veut transformer cette obligation en une autre née litteris, et par suite de droit strict, il lui suffira de faire inscrire sur son compte en banque, d'accord avec son débiteur, un paiement fictif qui éteindra la dette ancienne, et un versement fictif, qui sera la cause de l'obligation nouvelle. Les écritures, par conséquent, seront passées au compte de Seius de la façon suivante :

| Aceptum | Expensum |
|-------------------------------------|-----------------------------------|
| A Titio centuum ex societate | Expensum Titio centum |
| et à la page de Titius, il y aura : | |
| Aceptum | Expensum |
| A Seio centum | Expensum Seio centum ex societate |

(24) – Avec l'expensiliatio les inscriptions portées sur les livres constituant non plus seulement un moyen de preuve, mais la source même de l'obligation, en vertu d'un édit de la République (4 pr. Dig. II, 13), les banquiers, à la demande de leurs clients devaient produire leurs livres en justice. D'autre part, à partir du 1^{er} siècle ap. J.C., ils furent soumis au contrôle du praefectus urbis (1, § 9, 2 Dig., I, 18), auquel Hadrien attribua compétences pour connaître des actions intentées pour ou contre les banquiers.

Par ce procédé la dette ancienne de Titius à l'égard de Seius sera annulée, et si ensuite on porte sur les livres que Titius a reçu de Seius cent sesterces il se formera par ce procédé un nouveau type de créance née litteris.

Mais en dehors de la transcriptio a persona in personam et de la transcriptio a re in personam, qui sont les deux seuls cas indiqués par Gaius, on ne trouve pas de preuve de généralisation de l'obligation litteris, comme le soutiennent certains auteurs, et spécialement Cuq, qui considère que l'expensilatio pouvait consister en une inscription unilatérale susceptible de produire des effets juridiques tout comme la déclaration unilatérale de volonté dans le droit allemand actuel.

Mais si les Romains ont vu que par les virements on pouvait changer les caractères et les garanties d'une créance, il est plus difficile de savoir s'ils ont eu l'idée que la simple inscription d'une écriture au compte entraînait fatalement la novation d'une créance. Cependant, ce qui serait de nature à faire supposer que cette notion ne leur a pas été étrangère, c'est le fait qu'ils balançaient périodiquement les écritures pour reporter le solde à nouveau. On concevrait mal, en effet, le rôle de ces balances si chaque écriture conservait sa nature propre au lieu de servir simplement à la formation du solde.

Du reste, même si les Romains n'avaient pas tiré toutes les conséquences possibles des virements et des comptes courants, il faut se rappeler que les différents résultats, qu'on fait produire à ces derniers, sont la conséquence de pratiques anciennes, et que les Romains ont été les premiers à tenter une ébauche des comptes courants (25).

Section III

Le Moyen Âge.

14 – Sous la double influence des invasions barbares, et des idées religieuses concernant le prêt à intérêt les établissements de crédit fondés au temps des Romains disparurent en Europe occidentale (26).

(25) – En ce qui concerne l'Égypte les documents connus ayant surtout rapport à l'occupation de ce pays par les Grecs et les Romains, il nous a semblé que faute de documents certains sur l'Égypte ancienne, une étude sur ce pays ne pouvait présenter que peu d'intérêt.

(26) – Il n'en fut pas de même dans l'Empire romain d'Orient, qui subsista jusqu'à la prise de Constantinople par les Turcs, c'est-à-dire jusqu'à la fin du Moyen Âge.

Cependant, les particuliers, sentant leurs biens mobiliers menacés dans leurs demeures, cherchèrent à les mettre à l'abri, et pour répondre à ce désir on vit se créer de nouvelles banques de dépôts ; et comme, d'autre part, les juifs n'étaient pas visés par les doctrines religieuses du prêt à intérêt, on vit ces derniers pratiquer celui-ci, et même on assista à ce paradoxe, que ce furent les juifs considérés tout autant que les arabes comme ennemis de la chrétienté, qui subventionnèrent les croisades.

Mais comme le commerce de l'argent rapportait beaucoup à une époque où il n'existait presque pas de concurrence la fortune des juifs excitait l'envie ; et c'est pourquoi sous des prétextes religieux servant à dissimuler leur cupidité les rois et les seigneurs expulsaient les juifs pour confisquer leurs biens. Aussi ces derniers pour parer à ce danger prirent-ils l'habitude de remettre leurs fonds à des amis qui, dans le cas où ils étaient expulsés du territoire, leur procuraient des crédits au moyen de billets, dans lesquels le professeur Wahl voit les ancêtres du chèque et de la lettre de change. En voici un modèle de 1207 « Simon Rubens banchierus fatetur habuisse lib. 34 danarium Januae et denarios 32 pro quibus Wmus banchierus ejus frater debet dare in Palermo marcas 8 boni argenti cui ei dabit hame cartam » (27).

On pourrait, sans doute, dans la forme où ce billet est reproduit, faire l'objection que ce billet n'est pas daté, et ne contient pas, d'autre part, l'indication du lieu où il a été tiré ; mais si ces mentions sont nécessaires actuellement en France, et dans presque tous les pays, à peine de nullité, il convient de remarquer que les Anglo-Saxons, encore maintenant, ne les considèrent pas comme indispensables (28).

On peut donc concevoir un chèque, qui ne les porte pas, et, d'ailleurs, il se peut fort bien que le chèque ait été daté puisque le professeur Wahl le mentionne comme étant de 1207, et que ces mentions n'aient pas été reproduites, pas plus que la signature qui existait certainement.

(27) – Texte cité par M. Albert Wahl, « Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers ».

(28) – Bills of Exchange Act : « un chèque n'est pas nul pour la seule raison qu'il n'est pas daté ou ne porte pas mention du lieu de l'émission ».

A part ces réserves toutes les autres mentions : désignation du tiré, somme et lieu de paiement sont indiquées. Quant au bénéficiaire, le billet était au porteur puisque cet ancêtre du chèque porte la mention que le paiement devra être fait entre les mains de « celui auquel il donnera cette carte ». Par contre ce billet porte une mention, qui n'est pas indispensable pour un chèque, et qui n'y figure jamais : l'indication de la cause de l'obligation, qui rapproche cet écrit des traites pour lesquelles la phrase « valeur reçue en espèces ou en marchandises » fut longtemps exigée à peine de nullité.

A l'exemple des juifs, des italiens venus des régions d'Asti, de Florence et de Venise, après avoir appris des Grecs tout ce que ces derniers connaissaient sur les opérations de crédit, vinrent s'installer en France, et principalement à Lyon, où se tenait une foire célèbre, qui les attira ; et où on prit l'habitude de les désigner sous le nom de Lombards. Ils firent rapidement école principalement à Cahors et c'est pourquoi quand on s'occupe d'opérations de banque au Moyen Age on parle toujours des juifs, des Lombards et des cahorsiens.

En dehors des dépôts, et de ces sortes de chèques, les banquiers prêtèrent sur nantissements, et dès le XIII^e siècle on vit des banquiers s'installer à Paris.

Tous ces financiers se livraient, d'ailleurs, à des opérations variées : change de monnaies, dépôts, prêts sur nantissements et assurances. D'autre part, ils jouaient le rôle de collecteurs d'impôts, dont ils centralisaient le montant, faisant ainsi les fonctions de banques de dépôts pour la monarchie. Quant aux virements qu'ils pratiquaient également nous aurons l'occasion de revenir sur les procédés qu'ils utilisaient à propos des foires de Champagne, de Lyon, de Lombardie et d'Espagne.

Enfin les religieux, après avoir utilisé successivement l'engagement immobilier et la constitution de rente pour éluder les interdictions du prêt à intérêt, profitèrent de ce que Saint Thomas d'Acquin reconnaissait qu'une certaine rémunération du capital prêté pouvait se justifier par la privation de jouissance, pour constituer de véritables banques de dépôts.

Parmi tous les ordres, le plus célèbre à ce point de vue fut celui des Templiers. Ces derniers centralisèrent dans de véritables forteresses, des dépôts considérables, et ils furent les premiers à pratiquer les locations de coffres. Ce furent eux, également, qui imaginèrent, afin de faciliter les règlements de place à place, des lettres missives, qui constituent les premiers modèles de lettres de change.

Mais en ce qui concerne les virements ils se perfectionnèrent surtout au Moyen Âge sous l'influence des foires de change, et sous celle des banques d'Italie, de Hollande et d'Allemagne.

!

Les foires au Moyen Âge.

15 – Dans cette période il y eut un grand nombre de foires, dont les plus importantes furent en France : la foire de Lendit (29), qui se tenait à Saint-Denis ; les foires de Champagne, celle de Lyon et celle de Beaucaire ; et à l'étranger les foires flamandes, celles de Lombardie et celles d'Espagne.

Toutes ces assemblées avaient pour caractéristiques de se tenir à des lieux donnés et à des périodes déterminées par des ordonnances émanant suivant les cas des rois ou des seigneurs.

D'autre part, elles comportaient en général deux grandes divisions : des foires commerciales, où s'échangeaient des marchandises, et des foires de change, où se réglaient les opérations traitées soit à l'endroit où elles se tenaient, soit dans d'autres.

Nous n'entrerons d'ailleurs pas dans l'historique (30) détaillé de ces grandes manifestations, ce qui sortirait de notre sujet, mais il est certain que ces réunions périodiques jouèrent un rôle très important au point de vue de l'évolution du droit commercial et de celui des virements.

(29) – Ce mot vient du latin : *indictum*, qui veut dire assemblée.

(30) – Pour l'historique consulter Huvelin, « Essai historique sur le droit des marchés et des foires », et Bourquelot, « Etudes sur les foires de Champagne (1865-6), 2 volumes.

A l'imitation des traites royales qui, dès 1297 – d'après Jules Valery, professeur à la Faculté de Montpellier – contenaient toutes les mentions de la lettre de change moderne. Les professionnels du change avaient créé des effets de commerce réglables presque exclusivement par compensation.

Pour parvenir à ce résultat les changeurs notaient toutes leurs opérations sur des carnets assez semblables à ceux qu'utilisent les agents de change actuels pour les ordres de bourse, et à la fin de la journée chacun des banquierii commençait par compenser les sommes que se devaient réciproquement ses clients jusqu'à concurrence de la plus faible, ensuite réunis entre eux ils comptaient les sommes qu'ils se devaient réciproquement.

Il ne restait plus en définitive qu'un solde assez modique à régler en numéraire, et encore pour éviter de recourir à des espèces il arrivait souvent que ce solde soit reporté pour règlement à un autre jour de la foire, ou même à une foire ultérieure.

Ce procédé, en évitant les règlements pécuniaires, permettait d'économiser le numéraire pour lequel les frais de transport étaient très élevés, et en plus diminuait les risques de perte ou de vol tout en mettant obstacle à la circulation des fausses pièces de monnaie très nombreuses vu la multiplicité des types de pièces mises en circulation et le manque de netteté de la frappe.

Mais si ce système présentait de très grands avantages et s'il a été un précurseur des chambres de compensation, il aurait pu avoir l'inconvénient de permettre à des commerçants peu honnêtes d'acheter des marchandises sans les régler à l'échéance.

Afin de limiter ce risque au minimum le contrôle des foires était très sévère : d'une part, les obligations étaient rédigées par des notaires spéciaux et scellées par des gardiens de foire, et, d'autre part, pour les commerçants isolés le règlement était assuré par une hypothèque prise sur leurs biens jusqu'à complète libération, tandis que pour les négociants agissant en association, ou sous forme de groupements corporatifs, intervenait comme garantie du règlement le cautionnement réciproque de leurs membres.

Enfin les négociants qui n'avaient pu faire face à leurs obligations étaient exclus des foires ultérieures jusqu'à l'extinction totale de leurs dettes anciennes.

Tous ces procédés qui tendaient à supprimer le rôle de la monnaie dans les paiements furent favorables au développement du système des virements, qui devait aller en progressant et en se perfectionnant pendant l'évolution des banques d'Italie, d'Allemagne et de Hollande.

II

Les banques Italiennes.

16 – Comme nous l'avons vu précédemment, les lombards furent avec les juifs les premiers à reprendre les opérations de crédit et à fonder de véritables banques.

Dès le XI^e siècle, on trouve, en effet, en Italie trois sortes de spécialistes des opérations bancaires : les bancherii, qui pratiquaient les opérations de banque proprement dites en utilisant pour leurs prêts soit leurs propres capitaux, soit celui des déposants ; les usurarii qui s'occupaient de prêts sur gages, et les banchoriti, ou campsores, spécialisés dans la pratique des changes.

Ces trois catégories de banquiers étaient organisées en guildes ayant à leur tête des maîtres, analogues aux maîtres des métiers, qui vérifiaient toutes les opérations effectuées. Mais bien que surveillées également par les pouvoirs publics, ces banques, par suite de fautes au point de vue technique, firent presque toutes faillite rapidement. C'est ainsi qu'en 1584, d'après Germain Martin, professeur à la faculté de Droit de Paris, on constatait qu'à Venise, dans un espace de vingt ans, sur 103 banques créées 96 avaient effectué de mauvaises affaires.

Mais si ces banques eurent pour la plupart une durée assez courte, il n'en est pas moins vrai qu'elles servirent de support aux opérations commerciales, et que, d'autre part, elles furent les premières à pratiquer, au Moyen Age, les virements de banque à banque. Ces virements de guildes à guildes furent repris par les foires de Lyon et les chambres de compensation.

En dehors de ces groupements se constituèrent des banques, qui eurent une durée beaucoup plus considérable, et dont la plus ancienne fut la banque de Venise, qui devait servir de modèle aux autres.

Elle fut fondée définitivement en 1587, mais ses origines étaient beaucoup plus anciennes, car avant sa création il existait déjà à Venise trois « monts » (31), qui, autonomes pour certaines opérations, mettaient au contraire leurs ressources en commun dans certains cas de plus en plus nombreux.

La banque de Venise fut le résultat de la fusion de ces trois monts. Cette banque, pour atténuer les inconvénients résultant d'un trop grand nombre de types de monnaie – ce qui, comme nous l'avons déjà indiqué, favorisait la circulation des pièces fausses – et pour garantir ses clients contre les variations du change, fut la première à utiliser pour ses opérations une monnaie de compte (32) en laquelle étaient converties toutes les pièces remises à la banque.

Et cet exemple devait être suivi par la banque de Saint-Georges, à Gênes, fondée en 1407, et pour laquelle la monnaie de compte dépassait d'environ 15 % la valeur des pièces en circulation.

Ces deux banques auxquelles il faut ajouter la banque de Naples, ayant employé pour leurs virements des procédés presque identiques, nous ne les séparerons pas dans l'étude de leurs méthodes.

Dès qu'un nouveau client se présentait à l'une de ces banques, on lui ouvrait un compte au crédit duquel on portait son premier versement, et tous les versements ou virements ultérieurs après conversion des espèces remises en monnaie de la banque. Au débit de ce compte on portait tous les retraits effectués ou tous les ordres de virements qu'il donnait.

(31) – Ce terme de « monts » se retrouve avec un sens analogue dans l'expression « monts de piété ».

(32) – On appelait ainsi une unité en poids d'or ou d'argent, qui n'existait pas sous une forme frappée ou coulée, mais par rapport à laquelle on réglait tous les comptes de la banque.

Ces retraits étaient effectués au moyen de polizze notati (note 1, p. 26). On désignait sous ce nom à Naples (33) des billets en forme de chèques ou d'ordres de virements sur le vu desquels le banquier transférait tout ou partie du crédit du compte à une autre personne. A Venise, ces billets étaient désignés sous le nom de partida in banco et servaient en plus du rôle précédent à garantir une créance tout comme les warrants modernes.

En dehors de ces polices la banque, pour un dépôt d'au moins dix ducats, remettait au déposant un récépissé appelé fedo di credito, qui pouvait être remis à une autre personne et circuler de mains en mains jusqu'au retrait des fonds.

Enfin pour les sommes inférieures à dix ducats le déposant recevait un titre spécial appelé pollizino.

Les polizze notati et les pollizini contenaient en plus du montant de la dette les causes et conditions pour lesquelles ces billets étaient donnés en paiement, et on désignait ces indications sous le nom de girata.

Or, comme ces pièces étaient rédigées par des notaires spéciaux attachés aux banques et qui étaient responsables des mentions inscrites dans ces polices, qui étaient d'ailleurs signées par eux et par le bénéficiaire, ces notaires se montraient très prudents. Aussi il n'y eut presque jamais de procès au sujet de l'interprétation des billets, ce qui contribua à leur assurer une très grande popularité.

Quant aux résultats obtenus par ces procédés, ils furent considérables, et en éliminant progressivement la monnaie, qui devenait inutile puisque la grande majorité des opérations étaient réglées par virements, les banques de Gênes et de Venise parvinrent, du XVI^e au XVIII^e siècle, à éteindre la circulation monétaire dans ces deux républiques.

Aussi ces procédés devaient être repris par les banques d'Amsterdam, de Hambourg et de Nuremberg.

(33) – EL Banco di Napoli, partie I : Raccolta di documenti storici et statistici, Napoli, 1883, chap. II ; Il servizio appodissario degli articlii, Bianchi, 116 et s.

III

La banque d'Amsterdam.

17 – A Amsterdam, un des ports les plus importants de l'Europe, il y avait un grand nombre de pièces de monnaie tellement usées et rognées, que les commerçants trouvaient difficilement de la bonne monnaie pour régler leurs opérations.

C'est pour parer à cet inconvénient et aussi dans le but d'enrichir la ville, que fut fondée en 1609 la banque d'Amsterdam qui, dès son origine, fut une véritable banque d'Etat.

Reprenant à son compte l'idée des banques italiennes, elle créa une monnaie de compte : le florin banco, qui circulait par virements sur les livres de la banque.

Pour faciliter ces virements quand un nouveau client se présentait, ses pièces de monnaie étaient reprises pour ce qu'elles valaient intrinsèquement, et après avoir converti la valeur de ce versement en monnaie de banque, ce qui correspondait à une retenue de 5 % environ sur la valeur réelle, on lui ouvrait un compte et on lui délivrait en même temps un récépissé du dépôt effectué.

Quand ce déposant voulait régler une opération quelconque à un autre client de la banque, il pouvait ou bien faire opérer le transfert du récépissé de dépôt sur les livres de l'établissement du crédit, ou encore délivrer des assignations à son créancier.

Que ce soit par l'un ou par l'autre de ces deux procédés, le compte du déposant ci-dessus indiqué était débité et celui de son créancier crédité. Par conséquent, presque toutes les opérations étaient en définitive réglées par virements, ces derniers étant d'ailleurs favorisés par la difficulté de trouver de la bonne monnaie pour opérer des règlements au comptant et aussi par les frais perçus par l'agio des banques quand on voulait convertir des florins banco en monnaie réelle.

Et au point de vue technique le procédé employé était bon, car la banque exécuta pendant longtemps ses obligations de la façon la plus rigoureuse. C'est ainsi qu'au moment de l'invasion de la Hollande par les armées de Louis XIV, on retrouva intacts des certificats de dépôts datant des origines de la banque, ainsi que le montant de leur couverture.

Cependant au moment de la Révolution Française la banque commit l'imprudence de prêter clandestinement des fonds considérables aux Etats de Hollande, et elle ne put jamais se relever du discrédit causé par cette faute.

On peut citer également la banque de Hambourg, dont la monnaie de compte : le marc banco, circula en Europe comme une véritable monnaie jusqu'en 1870 ; ainsi que la banque de Nuremberg, mais il n'y a rien de particulier à dire sur ces deux établissements qui se contentèrent d'imiter la banque d'Amsterdam (34).

Section IV

Temps modernes.

!

L'Angleterre.

18 – Dans ce que nous avons vu précédemment, les virements étaient faciles à effectuer entre clients de la même banque, mais, à part ce qui se passait dans les foires, entre clients de banques différentes, malgré quelques compensations, les opérations étaient presque toujours réglées au comptant, c'est-à-dire en numéraire.

Les Anglais, après avoir inventé, ou tout au moins perfectionné le chèque (35), qui était initialement un simple instrument de paiement destiné à tourner pour les banques privées le monopole de billets de banque de la Banque d'Angleterre, imaginèrent le Clearing house, qui nous intéresse directement, car ces chambres de compensation ont joué un rôle considérable en permettant d'effectuer de la façon la plus large des règlements par

(34) – Pour la Hollande, voir Haristory, opcit. p. 86 s.

(35) – Certains auteurs discutent encore la question de savoir si le chèque est d'origine anglaise, belge ou hollandaise, Bouteron, opcit. p. 4, § 3 et note II p. 5. Nous renvoyons d'ailleurs à cet auteur pour l'historique du chèque qui nous entraînerait hors de notre sujet.

compensation entre toutes les banques qui ont font partie, ou qui agissent par l'intermédiaire des membres des chambres de compensation.

Les Anglais attribuent la découverte de ce procédé de règlement aux garçons de recette de Londres, mais en réalité l'origine des compensations est beaucoup plus ancienne, car le système employé à Londres n'est autre, dans ses grandes lignes, que celui qui avait été utilisé lors des foires de Champagne et de Lyon au Moyen Age.

Cependant, comme ces foires avaient perdu de leur importance, la technique de leurs règlements avaient été oubliée et les employés des banques londoniennes eurent tout au moins le mérite de remettre en honneur d'une façon empirique les règlements par compensation.

Pour comprendre les avantages de ce système il faut tout d'abord examiner les méthodes en usage dans les banques avant le XVIII^e siècle pour régler leurs créances respectives, méthodes encore en usage à l'heure actuelle dans les pays qui ne possèdent pas de chambres de compensation ainsi que dans les petites communes de pays qui en possèdent.

Supposons que la banque A possède des créances sur les banques B, C, D, etc... L'encaisseur de A devra se présenter successivement aux guichets de B, C, D, pour toucher le montant des créances de sa banque sur les autres, et pendant ce temps les garçons de recette de B, C, D, iront de même faire le tour des autres banques pour se faire régler les créances dont ils sont porteurs.

Il y aura donc lieu, pour les garçons de recette, à des déplacements nombreux et qui font pour partie double emploi, et, d'autre part, les banques obligées de payer en espèces toutes les traites qui leur sont présentées, même quand elles sont créancières pour tout ou partie sur les autres banques, et ceci le plus souvent avant d'avoir reçu le montant de leurs créances, doivent conserver une encaisse métallique bien supérieure à celle qui serait nécessaire si les compensations pouvaient fonctionner.

Or, les déplacements des garçons de recettes sont en réalité bien plus nombreux que ceux que nous avons indiqués, car certains effets peuvent donner lieu à des contestations et à des vérifications entraînant de nouvelles courses.

Toutes ces pertes de temps frappèrent les employés anglais, et pour y remédier ils décidèrent au lieu de faire le tour de toutes les autres banques de se réunir à la même heure dans un endroit déterminé. Au lieu convenu ils se remettaient mutuellement les effets dont ils étaient porteurs, et après avoir fait vérifier dans les différentes banques les titres de créance, dans une seconde réunion ils compensaient tout ce qui était possible, et le surplus seul donnait lieu à un règlement en espèces.

Ce procédé fut d'abord mal vu par les directeurs des banques, mais ils se rendirent bientôt compte que ce système leur éviterait de payer des employés pour des courses inutiles, et tout en supprimant des risques de perte ou de vol ; et que, d'autre part, en étant forcé de conserver une encaisse métallique beaucoup plus faible qu'auparavant ils pourraient placer les excédents monétaires disponibles, ce qui leur produirait des intérêts.

Aussi en 1775 les directeurs des plus grosses banques d'Angleterre, après avoir repris à leur compte l'idée de leurs employés, fondèrent le Clearing House de Londres, c'est-à-dire une association entre un certain nombre de banquiers pour compenser les uns par les autres leurs comptes respectifs (36).

Les banques, qui font partie de la chambre de compensation y délèguent chacune deux représentants : un délégué sédentaire, et un messenger.

A l'ouverture de la séance chacun des délégués sédentaires possède devant lui le montant détaillé des créances de sa banque sur les autres, et ces créances sont portées par les messagers aux délégués sédentaires des autres banques. Par conséquent, à la fin de la première séance les délégués sédentaires ne possèdent plus que le récapitulatif de leurs créances, mais par contre, ils ont entre les mains sous forme d'effets le montant des créances des autres banques sur la leur.

(36) – Nous empruntons cette définition à Piron : Cours d'Economie politique à la Faculté de droit de Paris, en 1926-27.

A ce moment la première séance est terminée, et les délégués mobiles : les messagers vont porter les effets aux banques, dont ils sont les représentants pour faire vérifier la régularité des titres présentés.

Ceci fait, la seconde séance commence. Les délégués sédentaires, sur les indications des délégués mobiles, rectifient leurs chiffres en laissant de côté les chèques sans provision et les créances douteuses.

Après avoir balancé ensuite le total des débits et celui des crédits chacun d'eux appelle le solde créditeur ou débiteur de sa banque sur l'ensemble des autres. Car, en Angleterre, il n'y a pas lieu de rechercher exactement les débiteurs et les créanciers vu la personnalité morale dont est investie la caisse de compensation. C'est elle, en effet, qui devient créancière ou débitrice, ce qui ne l'engage à rien, car si les calculs sont faits d'une façon exacte les opérations doivent se balancer exactement.

Maintenant, pour les sommes qui n'ont pas pu être compensées afin d'éviter un règlement en espèces on oblige tous les membres de la chambre de compensation à posséder un compte à la Banque d'Angleterre, et, par suite, ce dernier règlement s'effectue entre les banques par virements de la Banque d'Angleterre tout comme pour les virements entre particuliers.

Les points importants à retenir en ce qui concerne le Clearing House de Londres, c'est que le nombre de ses membres est très faible, et que par suite chacun d'eux est chargé de représenter un grand nombre d'autres banques, et que, d'autre part, le Clearing House est doté de la personnalité morale, qui en fait l'intermédiaire entre les banquiers.

L'importance des opérations traitées par les chambres de compensation est considérable. Pour en donner une idée avant guerre le Clearing House de Londres compensait pour plus d'un milliard d'effets par jour, et la chambre de compensation de New-York, qui fonctionnait d'après les mêmes principes, effectuait plus de deux milliards par jour.

II

Les chambres de compensation en France.

19 – Aussi devant l'importance de ces résultats l'idée devait venir aux banquiers français de créer également des chambres de compensation en France, ce qui fut réalisé en 1873 pour Paris.

D'après l'Article 2 des statuts de la Chambre de compensation des banquiers de Paris celle-ci a pour objet de « faciliter à ses adhérents, par compensation journalière entre eux, le règlement des versements, chèques, mandats, effets à échéance, avals, etc... qu'ils ont chaque jour les uns sur les autres » et ces statuts précisent d'une façon très claire les avantages, que nous avons d'ailleurs déjà indiqués résultant de ce procédé en indiquant que par ce procédé « chaque membre peut éviter d'envoyer chez ses confrères, et même chez les centaines d'agences de ces confrères, de nombreux encaisseurs qui perdraient en course un temps précieux et dont il faudrait vérifier la recette en fin de journée ; il réalise des milliards d'encaissements avec deux employés seulement, et, quelle que soit l'augmentation de ses encaissements, il n'aura jamais plus de deux employés ».

Et d'après ce que nous avons vu précédemment tout se résume en définitive à substituer au règlement en numéraire de toutes les dettes des banques les unes sur les autres la compensation de toutes ces sommes avec recours pour le solde non compensable à un virement effectué par la Banque de France, à laquelle tous les membres de la chambre de compensation sont affiliés (37).

Cependant pendant longtemps, il y eut de grandes différences entre les chambres de compensation de Paris et de Londres, car tandis qu'à Londres le Clearing House possédait la personnalité juridique, l'institution française ne la possédait pas ce qui forçait chacun des membres à appeler le montant de ses créances et de ses dettes sur tous les autres.

(37) – Consulter Ch. Georges Picot, « La chambre de' compensation ».

Il en résultait que la chambre de compensation de Paris ne pouvait comprendre un grand nombre de banques, car chaque nouveau membre aurait été la cause d'une augmentation de plus en plus considérable du travail de la chambre. C'est ainsi que Georges Picot indique que si le nombre des membres, qui était de 12 jusqu'en 1917, avait augmenté de 25 % ou de 50 %, le travail qui en serait résulté se serait accru respectivement de 59 % et de 131 %, ce qui eut été prohibitif.

On pourrait objecter qu'en Angleterre il n'y avait que onze membres du Clearing House, ce qui n'empêchait pas ce dernier de donner satisfaction à toutes les banques du pays. Mais ceci résulte d'une organisation différente grâce à laquelle chaque membre du Clearing House représente un grand nombre de confrères, qui sont crédités le soir même, et sans frais tout comme les membres de la chambre, ce qui empêche l'augmentation du nombre des membres en enlevant tout intérêt à en faire partie.

En France, au contraire, il est presque impossible d'opérer des compensations sans faire partie du groupement, et il en résultait que les demandes d'administration étaient très nombreuses. Aussi il sembla nécessaire d'examiner le mécanisme de travail employé à New York, où les membres sont au nombre de 56 pour étudier les simplifications à apporter au système français ; dans ce but fut créée une commission d'étude.

Cette commission se rendit aux Etats-Unis en 1917 et c'est à la suite de ses travaux que fut adopté définitivement le système de compensation en vigueur actuellement.

Dans la méthode actuelle pas plus que dans l'ancienne la chambre de compensation ne jouit pas de la personnalité juridique.

Quant au travail la grosse simplification apportée consiste dans l'adoption par tous les membres de fiches, et de feuilles d'écritures rigoureusement identiques.

D'autre part, le travail est préparé à l'avance, ce qui est normal, par chaque banque intéressée, dans un service spécial nommé « service chambre de compensation ».

Dans ce poste les effets sont divisés en deux catégories : ceux relatifs aux recettes, et ceux qui ont trait aux dépenses, c'est-à-dire aux versements à effectuer.

Ces derniers sont inscrits sur un imprimé modèle n° 3 d'après le règlement et dont nous donnons ci-dessous la reproduction.

| | |
|---|---|
| CHAMBRE DE COMPENSATION DES BANQUIERS DE PARIS | Modèle N° 3 |
| Paris, le 193 | |
| N° 45 SOCIETE NANCEIENNE DE CREDIT INDUSTRIEL ET DE DEPOTS | |
| VERSEMENT DE FRs | <input type="text"/> |
| (avant bien sûr, l'adoption de l'euro) | |
| en faveur de | |
| de Frs | <input type="text"/> |
| d'ordre de | |
| pour compte de | |
| et au crédit de | |
| Reçu double S.V.P. | SOCIETE NANCEIENNE DE CREDIT INDUSTRIEL ET DE DEPOTS R.C. Seine 84.112 |

Dans cet imprimé, par conséquent, seule change entre les banques la raison sociale, et pour simplifier encore le travail chaque membre possède un numéro distinct.

En ce qui concerne les effets ceux-ci après avoir été classés en deux paquets concernant l'un les recettes, et l'autre les dépenses, sont à leur tour subdivisés en quatre catégories :

- 1° Chèques et effets sur les sièges des établissements adhérents ;
 - 2° Chèques et effets sur les agences des établissements adhérents ;
 - 3° Chèques sur la province première zone ;
 - 4° Chèques sur la province deuxième zone.
-

Modèle N°1

**CHAMBRE DE COMPENSATION
DES BANQUIERS DE PARIS**

Séance du

**Effets présentés par
N° 45 Société Nancéienne
de Crédit Industriel et de Dépôts**

à

(Fiche à conserver)

| | |
|--|--|
| | |
|--|--|

Après ce tirage, il est établi pour chaque chèque ou effet une fiche : imprimé modèle I, dont la couleur varie avec les catégories sus-indiquées, par l'établissement créancier. Cette fiche contient le détail des effets et le total. Et ce total est à son tour repris sur une fiche (modèle n° 10) permettant de savoir le montant exact des effets dont l'établissement remetteur devra être crédité (Voir modèle ci-dessous).

Modèle N°10

**CHAMBRE DE COMPENSATION DES BANQUIERS
DE PARIS**

N° 45 SOCIETE NANCEIENNE DE CREDIT INDUSTRIEL ET DE DEPOTS

prie M de la

C R E D I T E R de Frs :

(avant bien sûr, l'adoption de l'euro)

D E B I T E R de Frs :

Pour opérations de la

Séance du 193....

Ces fiches comme nous le montrerons ultérieurement serviront de moyen de contrôle une fois que la banque aura remis les effets aux autres banques.

Quant aux versements qui ont déjà été inscrits sur les fiches modèle n° 3 ils sont repris à leur tour sur des bordereaux récapitulatifs modèle n° 2, auxquels correspondent les mêmes fiches n° 10, qui peuvent servir tant pour le débit que pour le crédit.

Une fois ce travail préparatoire accompli le distributeur, c'est-à-dire l'employé qui sera chargé de présenter aux autres représentants des membres de la chambre les effets de son établissement, prend en charge les effets et les inscrit sur une feuille spéciale (imprimé modèle n° 8) dont nous ne reproduisons d'ailleurs pas le modèle, car cette feuille se rapproche beaucoup des feuilles des livres de comptabilité.

Modèle N°2

CHAMBRE DE COMPENSATION DES BANQUIERS DE PARIS

Séance du

**Versements à effectuer par
N° 45 Société Nancéienne de Crédit Industriel et de Dépôts**

à

le

| POUR LE COMPTE DE | SOMMES |
|-------------------|--------|
| | |

Cette feuille, dite feuille du distributeur, est divisée en sept colonnes : la première rappelant le numéro d'ordre des banquiers membres de la chambre de compensation, la seconde indiquant leur nom, les troisième et quatrième consacrées l'une au total du débit de la banque sur chacune des autres, l'autre à celui des crédits, la cinquième rappelant le numéro d'ordre, la sixième consacrée aux visas et la septième et dernière aux agences, qui ont lieu d'être impliquées le cas échéant.

D'autre part, la feuille comprend autant de lignes qu'il y a de membres de la chambre de compensation, plus une ligne pour la Banque de France.

Tout ceci étant fait les deux représentants de chacune des banques se rendent à la chambre de compensation située boulevard des Italiens, et au début de la séance le receveur de chaque banque est assis à sa place avec devant lui son distributeur.

Au signal donné par l'inspecteur chargé d'assurer la bonne marche des opérations, les distributeurs se déplacent d'un rang pour remettre au receveur de la maison voisine les effets dont ils sont porteurs sur cette banque, et par déplacements successifs ils reviennent à la fin de la séance en face du receveur de leur maison après s'être déchargés de tous les effets qui étaient en leur possession. Le receveur de chacune des banques a, au contraire, en sa possession, tous les effets qui lui ont été présentés par les distributeurs des autres banques.

Ce receveur, d'après la feuille de son distributeur, inscrit sur une feuille dite « feuille du receveur » : au débit de la chambre de compensation le total des chèques et effets que possède sa banque sur les autres ; et au crédit de cette dernière le montant des versements à effectuer par sa banque.

Cette feuille comprend en conséquence la nomenclature de tous les membres de la chambre avec pour chacun d'eux autant de divisions en débit et crédit qu'il y a de séances de compensation par jour, c'est-à-dire trois les jours ordinaires, et quatre à chaque échéance.

Ceci fait il reçoit les liasses qui lui sont remises par les distributeurs, les émerge, et contrôle la concordance des chiffres inscrits sur la feuille présentée avec les fiches n° 10, qu'il détient. Ces fiches qu'il reçoit des autres banques lui permettent, en effet, de compléter sa feuille de recevoir en portant au crédit de chaque adhérent le montant des effets remis, et au débit le montant des versements effectués par ces derniers.

CHAMBRE DE COMPENSATION DES BANQUIERS DE PARIS

Séance du

| DEBIT DES MEMBRES | CREDIT DES MEMBRES |
|-------------------|--------------------|
| | |

Toutes ces écritures faites le receveur fait le total des débits et des crédits et remet à l'inspecteur une fiche reproduisant les deux totaux (fiche modèle n° 11). L'inspecteur après avoir fait additionner à la machine tous les totaux des fiches 11, vérifie si les totaux obtenus au débit et au crédit sont égaux. Dans ce cas il déclare la première séance levée, sinon il y a lieu à des vérifications pour retrouver les erreurs.

Entre la première et la deuxième séance le distributeur porte à sa banque les effets qu'il a reçus des autres banques afin de les faire contrôler, et de permettre au receveur d'écarter les chèques sans provision et effets douteux.

Puis commence la deuxième séance, qui a lieu d'après le même système, sauf que le receveur ajoute à ses opérations le rapport de la première séance après rectifications.

Enfin la troisième séance est consacrée à la compensation des chèques et effets impayés et au règlement définitif de la journée. A la fin de cette séance l'inspecteur reçoit des différents receveurs une fiche semblable à la fiche 11 sauf qu'elle porte en plus l'indication du solde créditeur ou débiteur de la banque, et c'est d'après ces fiches que l'inspecteur établit la feuille définitive de compensation.

Pour effectuer cette dernière les membres débiteurs créditent la chambre de compensation par virement de la Banque de France tandis que l'inspecteur crédite les banques créancières, par ordres de virements qu'il signe. Voir ci-dessous les deux modèles utilisés.

COMPTE }
à }
DEBITER }

CHAMBRE DE COMPENSATION

VIREMENT pour Frs

Paris, le 19....

LA BANQUE DE FRANCE portera au Crédit de la

CHAMBRE DE COMPENSATION la somme de

..... Frs

dont elle débitera notre compte sus-indiqué

Modèle de Virement établi par les membres débiteurs

CHAMBRE DE COMPENSATION

VIREMENT pour Frs

Paris, le 19....

LA BANQUE DE FRANCE portera au Crédit de

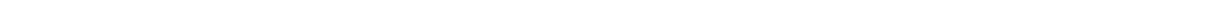
.....

la somme de

dont elle débitera le compte de la CHAMBRE DE COMPENSATION

L'inspecteur de la CHAMBRE DE COMPENSATION

Modèle de Virement établi en faveur des membres créditeurs



Mais le mécanisme que nous avons indiqué ne concerne que les chèques et effets payables par les sièges. Pour les effets des trois autres catégories ils nécessiteraient des correspondances, ou des déplacements trop nombreux, aussi ils ne sont remis qu'en vue de séances ultérieures ; et ces effets qui après visa du receveur sont conservés par le distributeur sont compensés seulement le lendemain pour les agences, et le quatrième ou sixième jour seulement pour les effets provinces première et deuxième zones.

Ce système, d'ailleurs, est inférieur aux procédés anglais, grâce auxquels les correspondants de province sont crédités ou débités le jour même sauf des réserves donnant lieu à des rectifications ultérieures pour les effets revenant impayés.

En dehors de Paris se sont constitués en province des organismes semblables, qui se rapprochent beaucoup plus du modèle anglais. Fondés, en effet, à l'instigation de la Banque de France, ils se réunissent dans les locaux mêmes des succursales de province de cette banque, et c'est la Banque de France elle-même qui joue le rôle de chambre de compensation.

Néanmoins en 1913 le montant des compensations effectuées à Paris n'atteignait que quatorze milliards et demi dans l'année, ce qui était peu par rapport aux 365 milliards de Londres et aux 730 milliards de New York, mais ce qui est explicable si l'on tient compte du fait qu'en France, à part les grands centres, les effets sont réglés en espèces tandis qu'en Angleterre et en Amérique tous les effets sont réglés par compensation grâce aux membres de ces chambres agissant comme intermédiaires des autres banquiers.

En 1926 la Chambre de Paris a atteint un chiffre record avec 547 milliards, mais il ne faut pas oublier qu'à cette époque, il ne s'agissait plus que de francs-papier, ce qui diminue l'importance de cette somme. En 1927, la Chambre de Paris retombait au chiffre de 308 milliards, tandis que dans la même année Londres compensait pour 42 milliards de livres sterling soit 5.200 milliards de francs, et New York pour 502 milliards de dollars, soit 12.000 milliards de francs.

Il est vrai que pour la France, il y a lieu de tenir compte des compensations effectuées en province, qui, en 1927, dernière année normale, avant les premiers symptômes de la crise mondiale, s'élevaient à 1.400 milliards, et des virements postaux, qui atteignaient 328 milliards (38) et (39).

En dehors des procédés indiqués il y aurait lieu de parler des procédés actuels, mais nous avons trouvé que cette étude serait plus à sa place dans la partie consacrée à l'étude technique des virements en banque.

Conclusion du Chapitre Préliminaire.

De tout ce que nous avons vu, il nous semble que nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

Les virements, sauf à Rome, ont été d'origine bancaire et leur développement a suivi celui des dépôts en banque, qui eux-mêmes ont été motivés à l'origine par les risques de perte ou de vol auxquels s'exposaient les particuliers en conservant leur argent à domicile.

Et ce sont les mêmes risques qui ont motivé l'emploi des virements, car il fallait trouver un moyen pratique d'utilisation des dépôts.

D'un autre côté les virements ont eu tendance à se généraliser par suite des économies de frais de transport de monnaie qu'ils permettaient de réaliser.

Enfin les chambres de compensation ont achevé et consacré le progrès des virements en permettant aux banques de réaliser des économies d'encaisse et de personnel.

Une cause du développement des virements consiste dans la preuve économique qu'ils procurent pour les opérations effectuées ; et d'ailleurs sans les virements tout l'or du monde même en circulant le plus vite possible n'aurait pas été suffisant pour régler toutes les transactions, même au Moyen Age, où si le montant des affaires était faible les stocks d'or étaient presque épuisés.

(38) – Nous reproduisons ces chiffres, d'après le Cours de Germain Martin en 1926-7.

(39) – Avant la loi du 26 Janvier 1917, les compensations étaient faites en partie par le fisc, qui prétendait à la perception d'un droit spécial pour les domiciliations des effets en banque.

Première Partie

Les aspects informatiques et
télématiques et le régime de droit
international privé des virements
internationaux.

Première Partie

Les aspects informatiques et télématiques

et le régime de droit international privé des virements internationaux.

20 – Les transferts de gros montants et plus spécialement les transferts interbancaires sont en forte croissance, en liaison avec la mondialisation de l'économie, le développement des marchés monétaires et aussi en conséquence de la déréglementation conjuguée au développement de la spéculation due à l'augmentation de la volatilité des cours des actifs financiers. On ne peut omettre dès maintenant de relever comment l'informatique et les télétransmissions ont été les vecteurs de cette mondialisation ainsi que de cette interpénétration des marchés et comment aussi ces dernières ont provoqué le développement spectaculaire de l'informatique et des télétransmissions à fin financière.

Chapitre Préliminaire

L'influence des techniques de gestion sur le droit des obligations bancaires.

21 – Les techniques modernes de gestion des banques, notamment, l'utilisation massive de procédés informatiques et télématiques, ont considérablement transformé l'environnement de fait des actes juridiques qui constituent la trame des rapports avec la clientèle. La machine tend à se substituer à l'homme. Cela pose le problème de principe de savoir si le droit des obligations doit s'adapter à ces nouvelles techniques ou si, à l'inverse, c'est aux techniques nouvelles de se plier au droit des obligations, tel qu'il est (40).

La réponse doit procéder normalement de l'idée générale, exprimée dans la loi de Janvier 1978, Art. 1^{er}, sur l'informatique, les fichiers et les libertés, que la machine « est au service de chaque citoyen ». De là découle que le droit positif est prêt à accueillir les exigences de la machine, mais seulement dans la mesure où elles ne forcent pas la volonté de l'homme ni sa protection juridique traditionnelle. C'est dire que les fondements mêmes du droit des obligations, bien loin d'être menacés, trouvent une nouvelle raison de s'affirmer.

(40) – F. Grua, « Contrats de base de la pratique bancaire », Ed. Litec, 2000, p. 8 et s.

Si le droit est appelé à s'ouvrir aux faits nouveaux qu'engendre l'évolution des techniques, c'est seulement pour les intégrer dans sa propre logique. Telle a été en gros, jusqu'à présent, la ligne de conduite du législateur et de la jurisprudence, face aux données nouvelles auxquelles ont été confrontées les règles classiques de formation des actes juridiques, de la détermination des obligations et de la preuve.

22 – Alors que de très nombreuses écritures sont dictées par les ordinateurs, “le problème s'est posé de savoir s'il était possible de voir en elles des manifestations de volonté aptes à produire des effets de droit”. Sans doute résultent-elles indirectement de la volonté de ceux qui ont programmé la machine, mais elles n'en sont pas nécessairement la traduction fidèle dans chaque cas précis. Il faut compter avec les défaillances techniques. De plus, la programmation est parfois délibérément imparfaite pour des raisons d'économie. Ainsi les machines sont programmées pour contre-passer tous les effets qui reviennent impayés, sans tenir compte des hypothèses où la banque a intérêt à conserver la propriété de ces effets, afin d'exercer les recours qui y sont attachés. Etant rappelé que la contre-passation est irrévocable, il s'agit donc de savoir si l'écriture de l'ordinateur vaut manifestation de la volonté de la banque de contre-passer, de sorte que cette écriture serait irréversible. Un problème identique se pose quand une banque tirée paye un chèque alors que le compte du tireur est débiteur. L'écriture au débit du compte peut exprimer la volonté du banquier de payer le chèque en consentant un crédit au tireur, auquel cas elle est irréversible. Mais elle peut aussi être le fait d'un ordinateur imparfaitement programmé. Alors le “banquier est-il en droit de revenir sur elle” ?

Dans de telles hypothèses, la position de la jurisprudence est de ne voir dans les écritures automatiques qu'une opération matérielle dépourvue d'effet juridique, tant qu'elles n'ont pas été effectuées en connaissance de cause (41). Le banquier demeure donc libre de les rectifier s'il ne les a pas réellement voulues.

Encore faut-il apprécier la portée de cette solution. Sans doute l'écriture n'exprime pas nécessairement la volonté du banquier, mais elle demeure un élément de preuve de cette volonté.

(41) – Aix en Provence, 3 Janvier 1975 ; RTD. Com. 1976, 166 obs. Cabrillac.

Élément à lui seul insuffisant, mais qui emporte la conviction lorsqu'il est corroboré soit par la preuve que la machine est programmée pour traduire la volonté exacte du banquier face à une situation déterminée, soit, dans le cas contraire, par celle que le banquier a approuvé l'écriture sortie de la machine. Les juges admettent donc que ce commencement de preuve qu'est l'écriture informatique soit anéanti par une rectification à bref délai (42).

Il semble a contrario que la volonté de ratifier résulte de l'absence de rectification à bref délai. Mais le risque est ici de voir une volonté dans ce qui n'est peut-être qu'une simple négligence et de poser en termes de consentement ce qui n'est alors qu'un problème de responsabilité.

Section I

Influence des techniques de gestion sur les obligations du banquier.

23 – “Un banquier peut-il se prévaloir des contraintes inhérentes aux techniques de gestion qu'il adopte pour échapper aux obligations que le droit attache normalement à une opération déterminée ?”

La réponse de la jurisprudence est en principe négative. Ainsi, dans une affaire de chèques volés, encaissés grâce à un service de « dépannage » proposé par la banque du tireur, la responsabilité de cette banque fut retenue pour ne pas avoir mis au point un système d'information immédiate des oppositions (43).

De même, à propos des paiements par carte, la jurisprudence considère que le banquier conserve en principe le devoir de contrôler les signatures sur les factures, sans pouvoir faire valoir que le traitement informatique de ces factures ne le permet pas (44).

(42) – v. (Réf. précitées) – Versailles 1^{er} Juillet 1994 ; D. 1994, IR. 212. La banque qui contre-passe est présumée avoir volontairement procédé à cette opération et il lui appartient, le cas échéant, de faire la preuve que ses écritures sont le résultat d'une erreur. « Elle ne saurait invoquer la gestion informatique de ses comptes, considérée comme une sorte de fatalité dont il faudrait s'accommoder, pour soutenir qu'elle n'a pas perdu la propriété de l'effet... ».

(43) – Cass. Com. 20 Juin 1977 ; D. 1978, 398, note Gavalda.

(44) – Paris, 21 Décembre 1984 ; D. 1985, inf. rap. P.344, obs. Vasseur.

C'est à la technique de s'adapter au droit, non l'inverse (45).

Il faut, cependant, apporter quelques tempéraments à ces solutions. Tout d'abord, l'obstacle technique qui ne dépend pas du pouvoir de la banque joue comme cause d'exonération (46). On peut ensuite admettre que les innovations techniques entraînent une modification des usages (47). De plus, le consensualisme autorise les banques à écarter certaines obligations inhérentes à une opération déterminée quand elles sont incompatibles avec la technique utilisée, ou à stipuler des clauses de non-responsabilité (48). Toutefois, comme toutes les conditions générales des contrats bancaires, de telles dispositions doivent être connues et acceptées par le client. Les contraintes matérielles de la technique ne suffisent pas à entraîner par elles-mêmes une réduction des obligations ou de la responsabilité.

Section II

Influence des techniques de gestion sur le formalisme des actes.

24 – Les pratiques bancaires modernes s'accommodent mal de l'écrit comme condition de validité des actes juridiques. On pense notamment aux engagements cambiaires.

(45) – T. Com. Nanterre 27 Septembre 1983 ; D. 1984, inf. rap. p. 305, obs. Vasseur, « Le recours à l'informatique, qui se justifie par une amélioration de la rentabilité de l'exploitation bancaire, doit tendre aussi à un meilleur service de la clientèle, et non à le dégrader », - Versailles, 23 Septembre 1982 : Gaz. Pal. 1983, 1, 174, « Il appartient à la banque de programmer son ordinateur de façon convenable », - Paris, 11 Avril 1991, D. 1992, SC 27, obs. Vasseur, « Dès qu'elle est avisée du décès de son client, une banque engage sa responsabilité en exécutant un ordre de virement de celui-ci, quand bien même l'employé gestionnaire du compte n'a connu ce décès que par la suite, - Cass. Com. 19 Novembre 1991, Bull. Civ. IV, n° 354 ; D. 1993, SC 59, obs. Vasseur, « Responsabilité d'une banque dont le matériel informatique ne permettait pas à toutes les agences de connaître la révocation d'une procuration ».

(46) – Cass. Com. 19 Juin 1990 : Bull. Civ. IV, n° 178. « ... une impossibilité technique démontrée est de nature à exonérer la banque de sa responsabilité », Impossibilité pour une banque de fournir une attestation nominative d'achat d'or, l'opération ayant été faite sous forme anonyme.

(47) – Ainsi TI Paris 18 Septembre 1986 ; Gaz. Pal. 1987, S 205 ; RDB 1987, 126 obs. Crédot et Gérard, « Une remise d'espèces devrait être portée immédiatement en compte, sans que la banque puisse se prévaloir de l'usage de l'affecter d'une date de valeur postérieure, car les moyens informatiques permettent aujourd'hui d'enregistrer l'opération sans délai ».

(48) – Ainsi, pour un allongement des délais de la procédure d'encaissement des billets à ordre-relevés, Douai 11 Décembre 1981 ; D. 1982, inf. rap. p. 501, obs. Vasseur.

Les exigences formalistes classiques s'opposent à l'utilisation courante des procédés modernes de transmission. Encombrantes, peut-être désuètes, elles demeurent, cependant, en droit positif, et les juges veillent à leur respect (49).

Les techniques de gestion bancaire rendent souvent difficile également la preuve de l'existence des obligations, de leur contenu ou de l'identité de l'auteur d'un ordre, car la qualité et la rapidité des services ne sont souvent obtenues qu'en négligeant les précautions qu'inspire la perspective de contestations ultérieures. Ainsi, traditionnellement le vieux contrat de coffre-fort pose le problème de la preuve du contenu du dépôt. Le service plus récent du « trésor de nuit » a engendré les mêmes difficultés. Les ordres en bourse par téléphone ne laissent guère de traces non plus. Aujourd'hui l'utilisation de l'informatique et de la télématique accuse ces difficultés, car les enregistrements des machines présentent, pour l'établissement de la vérité, la double faiblesse d'être tributaires de contingences techniques et d'avoir une origine unilatérale, quand ils émanent du seul banquier.

En l'absence de textes particuliers, la recherche des solutions doit partir du principe que le droit commun de la preuve est applicable. Pour ce qui est de la charge de la preuve, c'est donc au demandeur d'établir l'existence de l'obligation qu'il allègue contre l'adversaire et c'est au contraire au défendeur d'établir qu'il a exécuté son obligation. Pour ce qui est de l'admissibilité et de la valeur des moyens de preuve ou des conventions relatives à la preuve, de plus amples développements sont nécessaires.

25 – Les conditions dans lesquelles sont passés aujourd'hui la plupart des actes juridiques de la pratique bancaire ne permettent pas toujours de satisfaire à l'exigence traditionnelle de l'écrit dans le droit de la preuve.

(49) – V. not. Cass. Com. 26 Novembre 1996; Bull. Civ. IV, n° 285, « Nullité d'un aval par acte séparé donné par télex, la signature ne pouvant résulter d'une clé informatique. – Apparemment en sens contraire, mais ambigu », Cass. Com. 2 Décembre 1997; Jcp. 1998, II, 10097, note Grynbaum, - La loi du 13 Mars 2000 est sans doute venue donner droit de cité à l'écrit et la signature électronique mais elle ne concerne que la preuve, point la validité des actes juridiques. Au demeurant, on conçoit mal qu'une simple loi vienne modifier les exigences formalistes du droit cambiaire qui procède d'une convention internationale.

Certes, l'écrit sous forme électronique est aujourd'hui admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, mais à la double condition que la personne dont il émane puisse être dûment identifiée et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité (50).

Ce n'est pas le cas de nombreuses écritures électroniques bancaires. Ainsi, la composition d'un code secret n'est pas assimilable à une signature, car cette composition ne traduit aucune caractéristique physique inhérente à son auteur. Elle peut seulement valoir comme indice contribuant à établir au besoin le consentement à une opération (51).

Cependant, lorsque l'assimilation à l'écrit n'est pas admise, les techniques informatiques s'insinuent assez bien dans les exceptions prévues par le Code civil à l'exigence de la preuve littérale. Ainsi, on sait que la preuve est libre contre un commerçant. De même, la loi admet aujourd'hui la présentation, à la place de l'écrit, d'une reproduction fidèle ou durable (52). Bien plus, même quand il s'agit de prouver contre un non-commerçant, on peut considérer que l'utilisation de l'informatique ou de réseaux télématiques est un de ces cas d'impossibilité matérielle de se procurer un écrit, qui permettent, la preuve par tout moyen (53).

26 – Les photocopies ou télécopies ont une force probante inférieure à l'écrit, puisqu'elles ne comportent pas de signature manuscrite. Mais elles sont plus que des commencements de preuve par écrit. Selon la jurisprudence, elles constituent des indices qui, à eux seuls, peuvent suffire à constituer la preuve de l'engagement.

(50) – Cass. Civ. Art. 1316-1; L. n° 2000-230, 13 Mars 2000, « Le contrôle de ces conditions risque de relever pour une large part de l'appréciation souveraine des juges de fond, de sorte que la force probante de l'écriture électronique ne serait pas très différente, qu'on l'assimile à un écrit ou qu'on la considère comme un simple indice.

(51) – Cf. Vasseur, « Le paiement électronique, aspects juridiques », Jcp. 1985, I, 3206, n° 30, V. aussi, « refusant d'assimiler un télex à un écrit », Cass. Com. 19 Novembre 1973, Bull. Civ. IV, n°333.

(52) – C. Civ. Art. 1348.

(53) – Mais les enregistrements informatiques ne sauraient être considérés comme des commencements de preuve par écrit rendant admissible la preuve par tout moyen, car un commencement de preuve par écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose, alors que les enregistrements émanent d'une machine commandée par le seul banquier.

Jugé en ce sens, à propos de l'acceptation d'un bordereau Dailly donnée par télex, que lorsque l'intégrité du document et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées, les juges du fond peuvent en déduire que la preuve de l'acceptation est établie (54).

“Reste à savoir quelle est la force probante de ces indices”.

Le problème s'est posé en pratique à propos du fonctionnement des distributeurs automatiques de billets au moyen d'une carte. Une opération ayant été enregistrée, il arrive que le titulaire du compte conteste qu'elle soit son fait ou en discute le montant.

Il s'agit alors de savoir si le seul enregistrement constitue une preuve suffisante de l'opération. Les juges du fond ont eu tendance à l'admettre, en dépit de l'origine unilatérale de cet indice (55).

Contre cette solution, il y a probablement bien des critiques à formuler. D'une part, elle est fondée sur une confiance en la machine qui n'est certainement pas de la philosophie de la loi du 6 Janvier 1978 précitée.

D'autre part, techniquement, elle conduit à ce paradoxe que l'enregistrement de la machine acquiert ainsi une force probante supérieure à celle de l'écrit. En effet, un acte sous seing privé ne fait pas foi de son auteur : il suffit à la personne à qui on l'oppose de contester qu'il émane d'elle pour que celle qui s'en prévaut doive en apporter la preuve selon la procédure dite de vérification d'écriture. Or, selon la jurisprudence évoquée, ce serait au client de démontrer que l'enregistrement qu'on lui oppose n'est pas son fait. Il reste, en droit, que dissenter sur cette question est inutile, car les juges du fond apprécient souverainement la force probante des indices qui leur sont présentés.

(54) – Cass. Com. 2 Décembre 1997 ; Bull. Civ. IV, n° 215 ; Jcp. 1998, II, 10097, note Grynbaum, L'intégrité dont parle la Cour ne paraît pas renvoyer à la notion de « reproduction fidèle et durable » de l'Article 1348, Alinéa 2. Une télécopie ne présente pas de garantie de fidélité, Voir cependant, qualifiant une photocopie de reproduction fidèle et durable. Cass. Civ. 25 Juin 1996 ; Bull. Civ. 1, n° 270 ; Contrats, conc. consomm. 1996, comm. 183, obs. Leveneur.

(55) – V. not. Pau 17 Octobre 1984 ; D. 1985, inf. rap. p. 343, obs. Vasseur.

La Cour de cassation se refuse à toute censure (56). En règle générale, les difficultés que les banquiers ou leurs clients rencontrent pour fournir des preuves, en raison des conditions dans lesquelles les actes ont été passés, portent les juges à se montrer peu exigeants sur les éléments de nature à asseoir leur conviction. Ainsi, dans le contrat de coffre-fort, quand le client, pour être indemnisé, doit faire la preuve de ce qu'il avait déposé et qui a été volé, les tribunaux sont enclins à accorder foi à ses déclarations crédibles (57).

Un élément de preuve appelé à jouer un rôle important est le défaut de protestation du client après réception du relevé relatant l'opération litigieuse (58).

27 – Pour remédier aux difficultés de preuve, les banquiers introduisent parfois dans les contrats des clauses qui coupent court aux contestations. Ainsi, en matière de carte de crédit, il est, généralement, prévu que les enregistrements des appareils automatiques ou leur reproduction sur un support informatique constituent la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte et la justification de leur imputation en compte.

Sur le fondement de la liberté des conventions, la jurisprudence a reconnu la validité de ces clauses. Pour les droits dont les parties ont la libre disposition, les conventions relatives à la preuve sont licites (59). Sont ainsi validées aussi bien celles qui déplacent la charge de la preuve que celles qui dérogent aux règles légales concernant l'admissibilité des procédés de preuve ou celles qui fixent la force probante de ces derniers.

(56) – Ainsi, à propos d'un télex, Cass. Com. 11 Avril 1995 ; D. 1995, 588, note Picod, « Rejet d'un pourvoi contre un arrêt ayant considéré que la banque n'établissait pas, par la production de simples listings informatiques, pourtant visés par le commissaire aux comptes et dont l'envoi était constaté par huissier, qu'elle avait satisfait à l'obligation d'information des cautions imposée par l'Article 48 de la loi du 1^{er} Mars 1984.

(57) – Cf. Paris, 12 Juillet 1982 ; D. 1983, inf. rap. p. 471. – Toulouse, 19 Juin 1986 ; Rev. Jur. Com. 1987, 193, note Gallet. – V. Cependant, pour la preuve de remise de valeurs dans un « trésor de nuit », l'insuffisance du témoignage du déposant : Paris, 8 Octobre 1981 ; D. 1982, inf. rap. p. 242, obs. Vasseur ; RTD Com. 1982, 85, obs. Cabrillac et Teyssié. Confirmé par Cass. Civ. 2 Février 1983 ; D. 1983, inf. rap. p. 470, obs. Vasseur.

(58) – Ainsi pour des ordres en bourse donnés par téléphone, Colmar 30 Juin 1982 : Banque 1982, 1262, obs. Martin. – La non-contestation rapide d'un relevé ou d'un reçu devrait produire les mêmes effets probatoires en matière de retraits d'argent d'un distributeur automatique. En revanche, le reçu ou l'extrait de compte ne saurait valoir comme preuve écrite, puisque l'écrit exigé par le droit de la preuve n'a de force qu'à condition d'émaner de celui à qui on l'oppose.

(59) – Cass. Com. 8 Novembre 1989, 2 Arrêts : Bull. Civ. 1, n° 342 et 343.

Ce large champ ouvert à la liberté contractuelle suscite les critiques de la doctrine. Sur le terrain du droit judiciaire, on s'étonne que le juge, dans son appréciation de la vérité, soit contraint d'accorder foi à un procédé de preuve qui émane de celui qui s'en prévaut et qui éventuellement irait contre l'évidence.

Sur le terrain de la protection des consommateurs, on redoute le caractère abusif de ces clauses (60). L'Article ,L. 132-1 du Code de la consommation indique, comme clause susceptible d'être qualifiée d'abusives, celle qui a pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice « en limitant indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait normalement revenir à une autre partie ». Mais ce texte demeure inconsistant, car tout le problème est de savoir quand la limitation de la preuve est indue.

La Commission des clauses abusives a recommandé d'éliminer des contrats de mise à disposition des cartes de paiement les clauses qui confèrent à l'usage de ces cartes avec leur code confidentiel ou aux enregistrements magnétiques une force probante irréfragable (61).

28 – Les difficultés de preuve se déportent facilement sur le terrain de la responsabilité quand on se demande s'il convient que le banquier mette à la disposition de ses clients des systèmes qui laissent des traces suffisantes des opérations effectuées. Le cas s'est posé en jurisprudence d'un appareil automatique qui recevait des dépôts et délivrait un reçu résultant seulement d'un ticket indiquant la somme tapée sur un clavier par le déposant lui-même (62). Un tel document est de peu d'utilité en cas de contestation, lorsque le déposant, demandant restitution, doit établir la réalité et la consistance du dépôt. Le déposant ne peut-il alors rechercher la responsabilité du banquier pour avoir mis en service un système qui met les utilisateurs dans l'impossibilité d'agir en justice ?

(60) – La recommandation de la commission des Communautés européennes du 17 Novembre, 1988 (JOCE 24 Novembre 1988, L. 317) refusait que les émetteurs puissent imposer leurs écritures informatiques, par une clause adéquate, comme preuve parfaite.

(61) – Recomm. N° 94-02 : BOCC 27 Septembre 1994 ; Jcp. 1994, II, 67053.

(62) – Toulouse 19 Juin 1986 ; RJC 1987, 193, « Sur les difficultés de preuve d'un dépôt de nuit », V. aussi Paris 13 Juin 1997, RTD Com. 1997, 664, obs. Cabrillac.

Pour exclure cette responsabilité, il ne suffit pas de mettre en avant les possibilités de fraude qui seraient ouvertes aux clients, qui n'auraient qu'à réclamer pour obtenir, car il n'est pas convenable non plus que le banquier se contente de nier pour être dispensé de rendre. Il ne suffit pas non plus d'affirmer que le client, en utilisant ce service, a tacitement accepté les risques qu'il comporte, car le banquier a une obligation d'information et de conseil. S'agissant notamment d'un service nouveau, il doit certainement attirer l'attention de sa clientèle sur les problèmes de preuve qu'il soulève, ce qui revient quasiment, dans l'hypothèse évoquée, à conseiller au client de ne pas utiliser ce service.

L'obstacle qui s'oppose néanmoins à la responsabilité du banquier tient à la détermination du préjudice subi par le client, qui suppose la preuve, inexistante par hypothèse, de la consistance de l'opération. Le droit de la responsabilité ne paraît donc pas venir en aide au client privé de moyens de preuve. Toutefois, il faut rappeler que les juges du fond apprécient souverainement la portée des témoignages et des indices et qu'ils sont d'autant moins exigeants que les circonstances privent le demandeur de moyen de preuve.

Chapitre I

Les aspects informatiques et télématiques des virements internationaux.

1

La télétransmission des ordres.

29 – Lorsqu'un acheteur français de marchandises aux Etats-Unis d'Amérique demande à sa banque, en France, de virer x dollars au profit de son vendeur américain, le temps n'est plus où la banque française transmettait, par un document-papier, à la banque, qui est son correspondant aux Etats-Unis, l'ordre émanant de son client, en lui demandant de faire le nécessaire pour que le compte du vendeur soit crédité de ces x dollars (63).

La même banque française aura, ce même jour, d'autres ordres de virement à faire exécuter aux Etats-Unis et ailleurs et toutes les autres banques françaises seront dans la même situation. Corrélativement, les banques des Etats-Unis et de tous les autres pays du monde seront, elles aussi, dans une situation identique. L'envoi d'ordres de virement-papier par la poste est passé de mode. L'utilisation du télex, qui a constitué un progrès, l'est aussi, ou tout au moins tend à le devenir. Présentement et depuis une quinzaine d'années, il est fait appel à la télétransmission et à la télématique. Les messages correspondant aux ordres de virement transitent par SWIFT. Swift, que l'on présentera plus loin, est un réseau mondial de télétransmission de messages relatifs à des transactions financières, dont l'utilisation est, à titre principal, internationale.

Suivons alors le cheminement de l'ordre de virement adressé à la demande de cet acheteur en France par la banque française à son correspondant américain par message swift. Ce sera l'occasion de constater que le virement se prête particulièrement bien à l'utilisation des moyens électroniques de communication.

(63) – M. Vasseur, opcit, p. 139 et s.

2

Institutions d'échange, de compensation et de règlement.

30 – Le correspondant américain, qui est chargé d'exécuter cet ordre et qui en a reçu beaucoup d'autres émanant de banques dans le monde, lesquels seront à diriger sur des dizaines de banques situées aux Etats-Unis, ne va pas prendre langue avec chacune de ces banques pour qu'elles créditent leurs clients, d'autant qu'il convient aussi de prendre acte que le correspondant américain lui-même aura à recevoir, de ces mêmes banques américaines, des ordres de virement à exécuter au profit de ses propres clients, dont il devra créditer les comptes chez lui.

Le moyen, pour ces banques, qui ont des virements tout à la fois à exécuter et à recevoir, de régler leurs rapports, est de procéder à une compensation conduisant entre elles au règlement d'un solde par la banque globalement débitrice envers la banque globalement créditrice. Mais, depuis des siècles, les banques ont exclu de procéder par des compensations individuelles, grâce auxquelles chaque banque éteindrait sa dette envers chacune des autres par les créances qu'elle peut avoir sur elles. Elles ont mis en place des chambres de compensation, afin de réaliser l'extinction de toutes les dettes dont chacune est tenue envers l'ensemble des autres banques au moyen d'une compensation globale et multilatérale.

Remplaçant une somme de compensations individuelles faisant apparaître, pour chaque banque, autant de soldes qu'existent de banques, la compensation globale conduit à l'établissement, pour chaque banque, d'un seul solde journalier, créditeur, si le total de ses créances est supérieur au total de ses dettes, débiteur dans le cas contraire. C'est là le principe même de fonctionnement des chambres de compensation.

Reste alors à effectuer le règlement des soldes débiteurs par les banques débitrices au profit des banques créditrices.

Ce règlement interviendra grâce au fait que la chambre de compensation se fait ouvrir un compte dans une banque, généralement la Banque Centrale du pays où s'effectuent les opérations de compensation.

Ce compte est alimenté par les versements qu'effectuent les banques à solde débiteur ; il est liquidé chaque jour par les prélèvements qu'effectuent les banques à solde créditeur. De leur côté, les banques, membres de la chambre de compensation, possèdent également un compte à la Banque centrale qui tient le compte de la chambre. Aussi, les versements au compte de la chambre et les prélèvements sur ce compte sont-ils opérés au moyen de virements effectués en bout de chaîne entre les comptes des membres de la chambre de compensation à la Banque centrale et le compte de la chambre à la même banque. Suivant une pratique habituelle, au moins jusqu'à présent, la liquidation est effectuée en fin de journée comptable, mais on exposera plus tard comment, pour des raisons prudentielles et afin d'éliminer les risques, la tendance mondiale aujourd'hui est de ne pas attendre la fin de la journée comptable.

Cette façon de faire est ancienne. L'élément nouveau est que la chambre de compensation aujourd'hui est un ordinateur superpuissant interconnecté aux ordinateurs des banques, elles-mêmes pouvant être interconnectées avec les ordinateurs de leurs clients, les entreprises.

Reprenons alors à nouveau le cheminement de l'ordre de virement donné par l'acheteur français à sa banque, qui l'a transmis à son correspondant américain. Celui-ci fera le nécessaire, via les organismes de compensation américains, CHIPS ou FEDWIRE, que l'on présentera plus loin, pour que la banque américaine, bénéficiaire de l'ordre de virement, soit créditée, « Fera le nécessaire », c'est-à-dire effectuera le traitement de l'ordre de virement par l'intermédiaire de son ordinateur connecté à celui de Chips (s'il s'agit de lui). Via Chips, l'ordinateur central de la chambre de compensation tout à la fois imprimera le ticket de débit sur le terminal du correspondant américain et le ticket de crédit sur le terminal de la banque américaine dont le client doit être crédité, débitera le compte du correspondant américain du banquier français à la chambre de compensation et créditera celui de la banque américaine dont le client devra être crédité.

De semblables systèmes informatiques de compensation existent dans de nombreux pays. Les plus connus et les plus importants sont aux Etats-Unis : FEDWIRE et CHIPS, déjà cités, en Grande Bretagne : CHAPS ; en France : SAGITTAIRE.

Il faudrait non moins citer SIC (Swiss Interbank Clearing) pour la Suisse, CHATS à Hong Kong, SHIFT à Singapour et tous les autres.

Il importe ici de relever que les systèmes qui viennent d'être cités sont des systèmes dédiés aux virements électroniques de gros montants (64).

En effet, virements et plus largement échanges de gros montants, virements et plus largement échanges de petits montants ne correspondent pas à la même donnée, même si les uns et les autres peuvent être à l'origine d'un traitement électronique. L'ordre de virement émanant d'un particulier qui désire payer un abonnement de 100 dollars des Etats-Unis à une revue américaine ne peut pas être traité de la même façon qu'un virement interbancaire portant sur des dizaines de millions de dollars des Etats-Unis. On aura, à plusieurs reprises, à effectuer cette constatation.

Cela étant, à côté des systèmes dédiés aux gros montants, existent des systèmes traitant des gros et des petits montants : en France, la Chambre de compensation des banquiers de Paris ; en Grande-Bretagne, Athens Clearing House et aussi des systèmes dédiés aux petits montants en masse (en France, les chambres de compensation de province), les ordinateurs de compensation gérés par la Banque de France, qui sont en train de céder la place au Système Interbancaire de Compensation (SIT) ; le centre de traitement du groupement des cartes bancaires pour les cartes, au Royaume-Uni, BACS Ltd pour les moyens de paiements scripturaux électroniques de petits montants ; aux Etats-Unis, les chambres de compensation automatisées, Automated Clearing House (ACH).

Il convient à ce stade de présenter tout à la fois Swift d'une part, Fedwire, Chips, Chaps et Sagittaire d'autre part. Après quoi, il conviendra de donner quelques exemples illustrant la pratique des virements électroniques.

(64) – Sur ces systèmes, Cf. Large Value Funds Transfer Systems in the Group of Ten Countries, Banque des règlements internationaux, Mai 1990.

Section I

SWIFT (65)

31 – Pour comprendre Swift, il convient d’abord de prendre acte de la mondialisation et de l’internationalisation de l’économie et de la finance. L’argent est appelé à circuler vingt-quatre heures sur vingt-quatre au sein d’un réseau planétaire de marchés intégrés.

Aussi, l’ancien système de monnaie-papier et de monnaie scripturale traditionnel cède progressivement et rapidement la place à la monnaie dite électronique, qui n’est autre que la monnaie scripturale, mais gérée électroniquement, à l’occasion de laquelle l’étalon, suivant une observation déjà présentée, n’est plus l’or ou l’argent, mais l’information. D’énormes masses d’informations relatives à des flux de capitaux colossaux se déplacent instantanément grâce aux progrès fulgurants de la télématique.

Et, de fait, les principales places financières et commerciales du monde se sont dotées, depuis quelques années, de moyens techniques permettant, en temps réel, c’est-à-dire instantanément, quelque soit le lieu dans le monde, de conclure une opération et d’en tirer les conséquences financières. La technologie mise au service du monde financier a eu pour conséquence l’intensification des échanges internationaux : paiements bancaires, systèmes de compensation financière, gestion de trésorerie, mais aussi des opérations boursières, opérations commerciales.

C’est dans ce contexte qu’ a été créée, en 1973, Swift (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, que l’on peut traduire par Société pour la télécommunication financière interbancaire mondiale). Elle est une société coopérative de droit belge. Elle a été créée par les banques, qui, actuellement au nombre de 1963, en détiennent le capital, et l’a été essentiellement pour les banques. L’accès au réseau était réservé, en principe, à ses actionnaires. Elle est opérationnelle depuis 1977.

(65) – Cf. Les systèmes de paiement des Etats membres de la Communauté Economique Européenne, Septembre 1992, p. 308 et s. Ce livre est un rapport du Comité des gouverneurs des Banques centrales des Etats membres de la Communauté économique européenne, connu sous le nom de Rapport Padoa-Schioppa, qui est le nom du président du groupe de travail qui a préparé ce rapport ; celui-ci est connu également sous le nom de « Blue Book », en raison de la couleur de sa couverture. On pourra se reporter, également, à « Swift, réseau de télétransmissions interbancaires international », Note d’information, Banque de France, n° 61, Mars 1984.

Présentée en trois mots, on dira que Swift est, à titre principal, « la poste-éclair électronique », Swift est, en effet, d'abord un transporteur privé de messages. Elle achemine des ordres de paiement et des messages que les banques avaient jusque-là l'habitude de se transmettre par télex, câble, courrier.

Les messages Swift contenant de tels ordres de paiement n'ont en aucune façon la même finalité que les messages électroniques qui transitent par l'intermédiaire des systèmes de transfert de paiement de gros montants (Chips déjà cité et les autres). Swift n'est qu'un transporteur. Il appartient en conséquence aux institutions financières qui échangent des messages Swift d'organiser, en complément indispensable, la compensation et le règlement des ordres de paiement transmis par Swift, soit en dirigeant les ordres reçus vers le système de transfert interbancaire existant dans leur pays, soit en se servant des relations de correspondant bancaire établies entre elles.

Il est utile d'ajouter qu'un nombre croissant de grandes banques mondiales ont introduit la procédure dite de « traitement direct » qui les relie à Swift via leurs systèmes informatiques, eux-mêmes connectés aux systèmes de transfert interbancaire de leur pays. Ces transferts automatiques s'accompagnent de mécanismes internes permettant de contrôler les risques pris par les banques qui reçoivent un ordre de paiement, par rapport à leurs correspondants et à leurs clients.

Swift présente de nombreux avantages :

- **La disponibilité** : le réseau est accessible vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept. Les décalages horaires ne comptent pas pour lui : il stocke, si besoin est, les messages le temps qu'il faut et transmet effectivement ceux-ci aux destinataires dès qu'ils sont en mesure de les recevoir ;
 - **La rapidité** : quelques secondes suffisent pour la transmission d'un message d'un point du monde à l'autre bout de celui-ci, si le destinataire est prêt à recevoir le message et en l'absence d'encombrement provoquant une file d'attente, mais Swift connaît un système d'exécution en priorité moyennant un coût un peu plus élevé ;
-

- **La normalisation** : les messages Swift sont fortement structurés. Leur normalisation rend les messages compréhensibles par toutes les banques du monde qui adhèrent au réseau et parlent de la sorte le même langage, en même temps qu'elle facilite la connexion entre les systèmes informatiques et engendre une réduction des coûts opérationnels ;
 - **La fiabilité et la sécurité** : chaque message contient un code qui permet d'identifier l'émetteur et le récepteur et garantit que le texte du message n'a pas été modifié pendant la transmission. Une procédure d'authentification est mise en œuvre ; elle repose sur un algorithme commun fourni par Swift et sur des « clés » bilatérales connues uniquement des couples émetteur-receveur ;
 - **Les moyens de traitement de l'information** qui interviennent aux différents niveaux du réseau sont équipés de programmes sophistiqués de détection et de correction des erreurs (en vue d'éviter les doubles transmissions notamment) ;
 - **Le réseau génère en outre toute une gamme de** rapports relatifs aux messages transmis par chaque utilisateur, concernant, par exemple, les messages non reçus, mais les utilisateurs peuvent également demander l'émission de rapports spéciaux, concernant par exemple les messages délivrés, l'état d'une file d'attente. Swift archive les messages et a la capacité de retrouver ceux qui ont été délivrés, voire émis et non délivrés. Les messages Swift font, en effet, l'objet d'une numérotation séquentielle, qui rend possible le déclenchement d'une procédure de recherche au cas où une communication n'aurait pas été reçue par son destinataire ;
 - **La confidentialité** : les utilisateurs ont la possibilité de chiffrer préalablement les messages transmis par leur propre terminal au point d'accès à Swift. De toute façon, Swift chiffre chaque message lors de son entrée dans le réseau, qui est ainsi protégé contre les écoutes pirates ;
 - **Le bon marché** : le message Swift a un coût réduit inférieur à celui d'un télex ;
 - **La responsabilité** : Swift assume la responsabilité civile liée à la transmission et à la délivrance des messages. Le User Handbook Swift établit et répartit les responsabilités qui incombent aux banques émettrices et destinataires et à la société Swift elle-même. Dans certains cas de défaillance, Swift assume la
-

responsabilité des pertes d'intérêt. Elle assume également celle de dommages directs, à l'exclusion des dommages indirects, dus à une négligence, une erreur, une omission. Cette responsabilité est, toutefois, limitée par une franchise à la charge de l'utilisateur. Est limitée, également, la responsabilité de Swift pour perte due à une fraude de son personnel, à l'exclusion de toute autre fraude intervenue. On relèvera que la réglementation Swift ne couvre en aucune façon les pertes qui peuvent résulter de fluctuations de change. Swift, pour couvrir sa responsabilité, a souscrit une assurance, qui, en quinze ans, n'a été mise en jeu que quatre ou cinq fois.

Indépendamment, de ce service de base, qui est l'échange des messages financiers et qui est son service principal, Swift, par l'intermédiaire d'une filiale, Swift Service Partners, est prestataire de services à valeur ajoutée au profit des groupes de banques pour des applications spécifiques.

L'un de ces services concerne le système de compensation et de règlement en écus de l'Association bancaire pour l'écu (ABE). Les messages de paiement en écus entre les membres de l'ABE sont envoyés, par l'intermédiaire de Swift, qui en transmet une copie à l'ordinateur central de compensation en écus. C'est alors Swift Service Partners qui sert de centre de compensation au système et fournit les informations nécessaires à la détermination des positions. La Banque des règlements internationaux est banque de règlement. On relèvera comment, en la circonstance, Swift est alors complètement intégrée à l'Ecu Netting System.

Jusqu'à un passé récent, Swift n'intervenait que pour la transmission de messages financiers de montants importants, traités individuellement. Présentement, Swift a mis à la disposition de ses membres et participants une nouvelle application : le transfert interbancaire de fichiers. Grâce à quoi peuvent être transmis des volumes importants d'informations, notamment des lots d'ordres de paiements de faibles montants. Pour ceux-ci, Swift a mis au point un format d'ordre de paiement de masse, manifestant bien par là que les ordres de gros montants et autres ordres ne sont pas la même réalité.

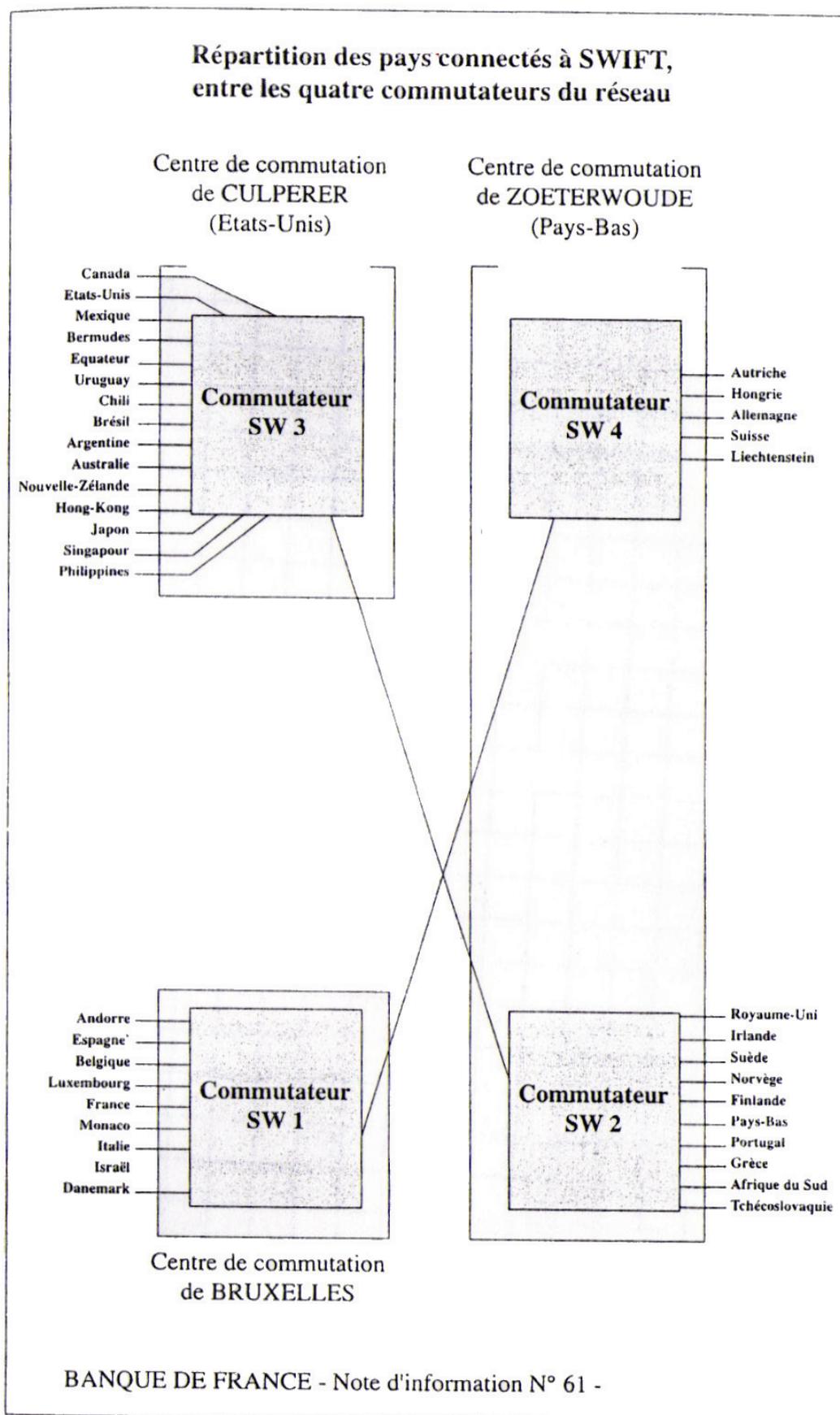
A plus long terme, l'application de transferts interbancaires de fichiers servira à l'échange de message EDI, selon les normes EDIFACT, à la définition desquelles Swift participe activement. Il est grandement souhaitable et indispensable que les messages bancaires se placent dans le flux des messages qui circulent entre acheteur, vendeur, transporteur, assureur, autorités douanières et que les normes techniques mises au point par les uns et les autres s'avèrent compatibles entre elles.

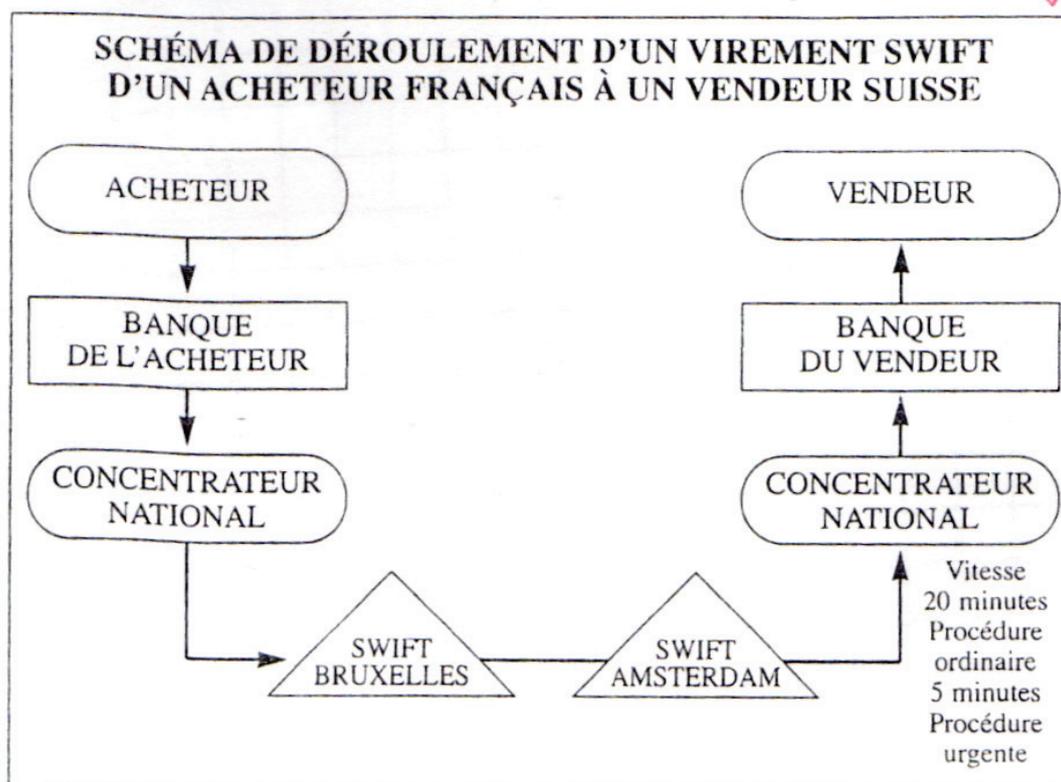
Aussi bien, il a pu être écrit récemment que Swift est l'EDI pour le secteur bancaire (« SWIFT is EDI for the banking sector »), même si l'affirmation appelle quelques nuances.

Les travaux entrepris en 1990 par la CNUDCI en vue d'élaborer des règles juridiques destinées à régir l'EDI la concerneront au premier chef.

Swift transmet présentement les messages financiers entre 3348 institutions financières connectées au réseau qui lui appartient et qui couvre 73 pays. En 1991, le réseau a vu transiter par son intermédiaire 365 millions de messages, soit 1,5 million de messages par jour (voir note d'information n° 61 de la Banque de France à la page suivante).

| | | | |
|---|---|-----------|-----------|
| Donneur d'ordre | | | |
| | à <input type="checkbox"/> | | |
| <u>ORDRE DE VIREMENT VERS L'ÉTRANGER</u> | | | |
| <i>Messieurs</i> | | | |
| <i>Par le débit de mon/notre compte n°</i> <input type="checkbox"/> | | | |
| <i>Veillez transférer par</i> | <input type="checkbox"/> Courrier <input type="checkbox"/> SWIFT <input type="checkbox"/> TELEX | | |
| <i>La somme de</i> | <table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; padding: 2px;">Monnaie :</td> <td style="width: 50%; padding: 2px;">Montant :</td> </tr> </table> | Monnaie : | Montant : |
| Monnaie : | Montant : | | |
| <i>(en lettres)</i> | | | |
| | | | |
| | | | |
| <i>En faveur du bénéficiaire suivant :</i> | | | |
| Nom : | | | |
| Adresse : | | | |
| Ville : | | | |
| Pays : | | | |
| Son compte n° : | | | |
| Chez Banque : | | | |
| <i>Motif du règlement :</i> <input type="checkbox"/> | | | |
| <i>Justifications jointes à détailler :</i> | | | |
| | | | |
| <i>S'il s'agit d'un règlement en devises, celles-ci sont à :</i> | | | |
| <input type="checkbox"/> <i>Acheter au comptant</i> | | | |
| <input type="checkbox"/> <i>Appliquer sur notre achat à terme n°</i> <input type="checkbox"/> <i>Echéance</i> | | | |
| <i>N° dossier domiciliation</i> | <i>Veillez agréer, Messieurs, mes/nos salutations</i> <input type="checkbox"/> | | |
| | <i>distinguées.</i> | | |





Les noms de l'émetteur et du destinataire sont placés en tête du message, suivis du type d'opération demandé.

Les différentes informations nécessaires au bon déroulement sont indiquées dans un ordre prédéterminé. Chaque début de chapitre est identifié par un nombre à deux chiffres.

80 % des messages Swift concernent l'Allemagne, le Benelux, le Japon, l'Italie, les Etats-Unis, le Royaume-Uni, la Suisse, la Scandinavie.

Les principaux types de message Swift :

- MT 100 concerne les virements de fonds à l'étranger ;
 - MT 200 concerne les paiements entre banques ;
 - MT 400 concerne le paiement d'effets de commerce ;
 - MT 700 concerne le crédit documentaire.
-

Section II

Quelques systèmes interbancaires d'échange, de compensation et de règlement.

32 – Dans l'impossibilité de présenter tous les systèmes, seront ici sommairement décrits les deux principaux systèmes américains, Fedwire et Chips, ainsi que le système du Royaume-Uni, Chaps, et le système français actuellement en fonctionnement, Sagittaire.

Paragraphe I

Fedwire et Chips aux Etats-Unis d'Amérique (66).

Fedwire et Chips sont les mastodontes des systèmes de paiement de gros montants en dollars aux Etats-Unis d'Amérique. Le volume moyen des opérations traitées par leur intermédiaire a été de 1670 milliards de dollars en 1990 (ce chiffre incluant, toutes masses confondues, règlements nationaux et internationaux), mais il convient de prendre acte de ce que les paiements en dollars représentent la plus grande part des paiements internationaux. On précisera aussi tout de suite que Fedwire est essentiellement tourné vers le national et Chips vers l'international.

33 – Fedwire (Federal Reserve Wire Network) est composé de puissants ordinateurs implantés chez chacune des douze banques fédérales des Etats-Unis et interconnectés. On se bornera, à son propos, à de brèves indications, car, ainsi qu'il a été prévenu, il est par excellence utilisé à propos des transferts de fonds nationaux, même s'il peut l'être et l'est aussi pour des virements internationaux. Au surplus, Fedwire ne se borne pas seulement à relier les Federal Reserve Banks et leurs succursales ; il relie aussi les organismes gouvernementaux, tels que le Trésor et près de huit mille établissements dépositaires, tous directement connectés au réseau Fedwire. Au demeurant, Fedwire n'est pas seulement un système d'échange, de compensation et de règlement ; il joue aussi un rôle important dans la politique monétaire ainsi que sur le marché des titres émis par le gouvernement.

(66) – Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds, 1987, p. 113 et s ; Large Value Funds Transfer Systems in the Groupe of Ten Countries, Banque des règlements internationaux, Mai 1990, p. 123 ; Effros, opcit., The Banking Law Journal, 1988, p. 510 ; Patrikis, « L'évolution du droit relatif aux paiements électroniques importants libellés en dollars aux Etats-Unis », Revue de droit des affaires internationales, 1987, p. 639 et s. ; Lee R. Sneedon, « The Future of Funds Transfers, the Impact of Chips / Chaps / Fedwire / Ach », dans Funds Transfer in International Banking sous la direction de Ch. del Busto, Chambre de commerce internationale, 1992, p. 9 et s.

La Réserve Fédérale américaine, le Trésor et les établissements de dépôt l'utilisent pour transférer, sous forme d'écritures en compte, des titres émis par le gouvernement ou les organismes gouvernementaux américains.

On se limitera ici à la description de son rôle en tant que système interbancaire d'échange, de compensation et de règlement.

Lorsque la banque donneur d'ordre du transfert et la banque bénéficiaire de ce transfert ont des comptes chez la même Reserve Bank, le transfert est effectué par débit et crédit respectifs chez cette Reserve Bank. Si, du fait de leur situation géographique, leurs comptes sont tenus chez des Reserve Banks différentes, la Reserve Bank de la banque donneur d'ordre du transfert débite le compte de réserve de la banque expéditrice et crédite le compte chez elle de la Reserve Bank de la banque bénéficiaire du transfert, tandis que cette dernière Reserve Bank, dûment avisée, débite le compte chez elle de la Reserve Bank expéditrice et crédite le compte de la banque bénéficiaire du transfert, laquelle avise le bénéficiaire. En fait, Fedwire remplit donc le rôle de « correspondent banking » pour tout le système bancaire américain.

La réglementation qui régit les transferts de fonds par l'intermédiaire de Fedwire résulte de la sous-partie B de la réglementation J du Federal Reserve System, qui a valeur de loi fédérale. Cette sous-partie B a été l'objet d'une révision d'ensemble (67) entrée en vigueur le 1^{er} Janvier 1991, afin de tenir compte des dispositions du nouvel Article 4A de l'Uniform Commercial Code (Américain), relatif aux « funds transfers », sur lesquels on s'expliquera plus loin et dont on précisera la portée. La particularité de Fedwire réside en ce qu'un virement entre la banque expéditrice et la banque réceptrice acquiert un caractère définitif et irrévocable lorsque cette dernière banque est avisée par la Federal Reserve Bank du virement, étant précisé que la banque réceptrice ainsi avisée doit créditer «promptement », après réception de l'avis, le bénéficiaire (ou la personne ou organisme destinataire du transfert). A partir de ce moment, les fonds sont disponibles pour le bénéficiaire. C'est dire que chaque transfert Fedwire est individualisé.

(67) – Federal Register, Vol. 55, n° 194 (Friday-October 5, 1990), « Rules and Regulations », p. 40.791 et s.

Pour autant, lorsqu'une banque envoie des ordres de virement via Fedwire et effectue d'autres opérations, il se peut que son compte chez la Federal Reserve Bank devienne débiteur en cours ou en fin de journée. C'est en effet en fin de journée qu'un tel solde débiteur devra être couvert. S'il ne l'était pas, le risque incomberait à la Federal Reserve Bank, qui, en tant que banque centrale, utilise sa capacité de battre monnaie pour garantir Fedwire. Garantie se trouve ainsi donnée à la banque réceptrice, qui, en aucun cas, n'aura à rembourser les fonds reçus et aussi, par voie de conséquence, au bénéficiaire dont le crédit porté à son compte ne pourra être contre-passé en conséquence de la défaillance de la banque expéditrice.

Les réseaux de transfert de fonds pour des montants importants présentant des risques potentiels, le Board des gouverneurs de la Réserve fédérale a instauré, en 1986, une politique de réduction des risques, applicable à tous les systèmes de paiement et visant à contrôler et à limiter les découverts bancaires en cours de journée. Ces découverts, en effet, sont susceptibles d'apparaître lorsqu'un établissement a envoyé par Fedwire des fonds plus importants que ceux dont il disposait à son compte de réserve ou de compensation, ou encore lorsqu'il a envoyé par Chips, dont il sera fait état ci-après, plus de fonds qu'il n'en a reçu. En effet, les transferts Chips, quant à eux, sont réglés sur le montant net à l'arrêté de compte en fin de journée par le biais de transfert de fonds Fedwire portés à partir et sur un compte de règlement spécial sur les livres de la Réserve fédérale de New York. Toute banque, pour participer au réseau Fedwire, doit se soumettre à un plafond de débit net.

34 – Chips (Clearing House Interbank Payment System) est géré par la New York Clearing House Association, c'est-à-dire par l'Association de la Chambre de compensation de New York, qui a pris l'initiative de sa mise en place en 1970. Il est new-yorkais.

A la différence de Fedwire, Chips est de fait affecté à titre principal au traitement des transferts de fonds internationaux interbancaires de gros montants libellés en dollars ; 90% de tous les transferts internationaux en dollars passent par son intermédiaire (en 1990 plus de 160000 par jour pour plus de 1000 milliards de dollars).

Plus de cent quarante banques et institutions dépositaires new-yorkaises, américaines et étrangères, y sont participantes et, par le fait même, reliées entre-elle.

Chips est un système de paiement privé, le plus important au monde; il est régi par l'Article 4 A de l'Uniform Commercial Code (sur lequel on s'expliquera plus loin), Chips ayant choisi la loi de l'Etat de New York, donc l'Article 4 A adopté par l'Etat de New York, pour régir l'ensemble d'un virement transitant par son intermédiaire.

A la différence de Fedwire, les règles Chips d'origine font de celui-ci un système de règlement basé sur le net, en fin de journée comptable, après compensation. Autrement dit, le principe est que les opérations Chips ne deviennent définitives qu'en fin de journée lorsque, après compensation, chacun a payé le solde débiteur à sa charge et que chacun a reçu paiement du solde créditeur à son profit, et cela grâce à des transferts de fonds effectués via Fedwire et mouvementant les comptes des banques participantes chez la Federal Reserve Bank de New York, le tout se trouvant achevé à 18 heures.

Le fonctionnement de Chips implique donc, en bout de course, le recours à Fedwire, par l'intermédiaire de qui intervient le règlement final. Strictement, une banque bénéficiaire d'un transfert en cours de journée n'est nullement tenue d'en mettre immédiatement le montant à la disposition de son client bénéficiaire final, car le risque existe qu'en fin de journée la banque expéditrice soit défailante, une telle défaillance entraînant la possibilité (jamais mise en œuvre, en fait) pour la Chambre de compensation d'annuler tous les virements réalisés en direction et à partir de cette banque pendant la journée. La Federal Reserve Bank exclut, en la circonstance, toute prise en charge de cette défaillance.

En fait, les banques réceptrices, soucieuses d'être agréables à leurs clients et de leur rendre service, ont coutume de porter, à titre provisoire, le montant reçu au crédit du compte de leurs clients et autorisent ceux-ci à en disposer immédiatement, sous réserve toutefois de contre-passation, au cas où une telle défaillance interviendrait.

L'existence du risque ainsi couru par les banques participantes a été à l'origine de très vives préoccupations.

De là, la politique de réduction des risques instaurée en 1986 par le Board des gouverneurs de la Réserve fédérale précédemment signalée et visant à empêcher qu'un établissement ait, en cours de journée, une position débitrice nette (day light overdraft) vis-à-vis de la banque de réserve, dépassant un plafond donné.

De son côté, le comité directeur de la Chambre de compensation a établi, pour les participants au système Chips, des règles conduisant, d'une part, chaque banque participante à déterminer bilatéralement le montant maximum du crédit quotidien net qu'elle est disposée à accorder, tout au long de la journée, à chacune des autres banques participantes, et conduisant, d'autre part, à la détermination d'une position débitrice nette maximale d'un participant à l'égard de tous les participants au système. En général, ce plafond est fixé à 50% du montant des limites créditrices bilatérales établies avec les autres participants. Au demeurant, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, toute banque, pour participer au réseau Fedwire, doit se soumettre à un plafond de débit net, suivant la réglementation applicable à tous les systèmes de paiement. Grâce à son système informatisé, Chips est en mesure de contrôler et mettre en œuvre les limites bilatérales et les plafonds en temps réel.

De plus, pour pallier la défaillance d'un participant, en fin de journée, les cent quarante banques américaines et étrangères qui participent à Chips ont conclu avec Chips un accord de partage des risques, dans le cadre duquel elles ont affecté, en garantie, des titres d'Etat à concurrence de 4 milliards de dollars des Etats-Unis (soit au minimum pour chaque participant 5% de la limite bilatérale accordée par lui). Cette obligation est connue sous le terme ASO (Additional Settlement Obligation, obligation de règlement supplémentaire).

Ainsi, Chips et ses participants gèrent le risque de règlement par un mélange de limites bilatérales, de plafonnements globaux débiteurs nets, d'un accord de partage des risques et d'un nantissement.

On relèvera comment les risques courus par le système bancaire, à l'occasion des systèmes de compensation et de règlement, constituent la préoccupation de l'heure.

Paragraphe II

Chaps au Royaume-Uni.

35 – Chaps (Clearing House Automated Payment System) est un système de compensation électronique de virements, opérationnel depuis 1984. C'est par son intermédiaire que transite la majorité des paiements de gros montants en sterling correspondant au règlement d'opérations internationales. Les transferts de gros montants effectués en d'autres devises sont échangés par l'intermédiaire des systèmes existant dans les pays concernés grâce au réseau des correspondants.

Chaps ne compte que quatorze participants directs, qui sont quatorze banques dites de règlement, parmi lesquelles la Banque d'Angleterre. Il est conçu pour crypter, émettre, authentifier tout message de règlement Chaps entre deux banques de règlement. Mais, bien évidemment, d'autres établissements peuvent indirectement participer à Chaps, en concluant des accords de sous-participant avec une banque de règlement, participant direct. La réglementation Chaps est caractérisée par trois règles.

La première est que la banque de règlement expéditrice a l'obligation de rembourser à la banque de règlement réceptrice le montant des fonds transférés, même si elle n'est pas remboursée par la partie ayant ordonné le transfert. Cette première règle a pour corollaire qu'un ordre de paiement émis, qui a fait l'objet d'un accusé de réception par la banque réceptrice, est irrévocable et garanti.

La deuxième règle est que les banques, recevant des ordres de virement par l'intermédiaire de Chaps, doivent mettre le même jour, de manière non moins irrévocable, les fonds à la disposition du bénéficiaire (sous-participant ou client), et cela afin d'accroître l'efficacité de Chaps pour les milieux commerciaux et financiers. Les fonds reçus sont donc immédiatement disponibles pour le bénéficiaire.

Le règlement de toutes les compensations s'effectue à la fin de la journée comptable, sur la base du solde net multilatéral, par mouvement opéré sur les comptes ouverts auprès de la Banque d'Angleterre par les banques participantes.

Il convient alors d'apercevoir que la protection dont profitent les clients bénéficiaires des paiements Chaps, en vertu de l'irrévocabilité des opérations, n'existe que parce que les banques participantes acceptent d'encourir un risque interbancaire pendant la journée. En effet — et c'est là la troisième règle dont il convient de faire état -chaque banque participante garantit la mise à disposition des fonds aux clients bénéficiaires, même dans l'hypothèse où la banque émettrice se révélerait en fin de journée dans l'incapacité de couvrir son ordre. Le système Chaps ne permet pas, à l'heure actuelle tout au moins, de mettre en œuvre des plafonds intrajournaliers d'engagement. Présentement et en fait, le risque de liquidité existant du chef d'une banque participante défailante serait supporté par la Banque d'Angleterre. Mais des mesures de prévention du risque qui vient d'être signalé sont l'objet d'études activement menées.

Paragraphe III

Sagittaire en France (68).

36 – Sagittaire (Système automatique de gestion intégrée par télétransmission de transactions avec imputation de règlements étrangers) est un système interbancaire national, permettant aux banques établies en France et adhérentes d'effectuer entre elles, de manière automatisée, les règlements d'opérations liées à des transferts internationaux empruntant le réseau Swift. Les transferts effectués par l'intermédiaire de Sagittaire sont et ne peuvent être que des transferts en Francs (avant d'adoption de l'euro), réalisés par débit et crédit de banques installées en France, à charge, le cas échéant, par la banque française créditée, de transmettre, par l'intermédiaire de Swift, un message ayant pour fin de créditer par répercussion telle banque à l'étranger, qui, elle-même, aura à créditer son client.

Sagittaire a été créé dans le prolongement de Swift afin d'en tirer le meilleur parti.

Soit une banque A, chargée de l'exécution d'un transfert par l'un de ses correspondants étrangers ; elle se trouve dans l'une des deux situations suivantes :

(68) – Sur Sagittaire, cf. Note d'information (un peu ancienne) de la Banque de France, n° 63, novembre 1984.

- ou bien le bénéficiaire final (client ou banque) est titulaire d'un compte chez elle; la banque A peut alors «dénouer» l'opération dans le cadre de ses propres traitements comptables;
- ou bien (ce qui sera fréquent) le bénéficiaire final est domicilié chez une banque B, avec laquelle la banque A n'est pas directement en relation de compte.

En ce dernier cas, avant l'entrée en service de Sagittaire, la situation, en matière de transferts internationaux, était particulièrement décevante. En effet, grâce à Swift, les transferts internationaux s'effectuaient d'un bout du monde à l'autre instantanément. Il n'en allait pas de même pour leurs prolongements sur le territoire national, en ce qui concernait spécialement les transferts en provenance de l'étranger, via Swift. Une «rupture » se produisait.

Les règlements interbancaires s'opéraient par mouvements réalisés par l'intermédiaire des comptes que les banques entretiennent à la Banque de France, et cela, le plus souvent, après compensation. Un, voire plusieurs jours s'écoulaient. De nouvelles saisies étaient nécessaires, voire le passage par un support-papier intermédiaire, avec impossibilité de transmettre toutes les informations ayant transité dans les messages Swift.

C'est pourquoi le groupement des utilisateurs de Swift en France a mis à l'étude un système interbancaire de règlement en Francs (avant d'adoption de l'euro), reposant entièrement sur l'utilisation des télétransmissions et ouvert à toutes les banques, membres ou utilisatrices du réseau Swift, installées en France.

Sagittaire a été ouvert le 16 octobre 1984. Il est géré par la Banque de France. Les relations entre la Banque de France-gestionnaire du système et les adhérents, au nombre de soixante-trois, sont régies par une convention conclue entre eux, à laquelle sont annexés un règlement interne et des principes de facturation.

Les règlements effectués par Sagittaire revêtent la forme de messages aux normes Swift. Ils respectent en outre des normes spécifiques visant à permettre une automatisation complète des traitements.

La Banque de France-gestionnaire du système assure l'exécution des ordres, qui sont comptabilisés dès réception par des pseudo-comptes, procède à l'information des participants sur les opérations, dont ils sont destinataires et cela par des notifications également en format Swift, réalise, en fin de journée, la compensation quotidienne des opérations et mouvemente les comptes ouverts chez elle au nom des établissements concernés. Sagittaire apparaît ainsi, à titre essentiel, tout à la fois comme un réseau de transport de messages utilisant Swift et comme un système de compensation à fin de règlement.

Les ordres sont irrévocables pour l'émetteur, qui ne peut annuler ou modifier un virement émis. Au cas d'erreur, la seule façon de corriger celle-ci consiste pour l'émetteur à émettre un règlement en sens inverse.

La journée d'échange de Sagittaire, c'est-à-dire la période pendant laquelle les ordres sont comptabilisés, débute à 8 heures et s'achève à 17 h 30. Les ordres émis après 17 h 30 sont stockés par Swift et traités dès l'ouverture de la journée d'échange suivante. La journée comptable Sagittaire commence en J-1 à 13 heures et s'achève en J à 13 heures, c'est-à-dire que les virements émis en J après 13 heures, qu'ils soient traités au cours de la même journée d'échange ou au cours de la journée d'échange suivante, ne sont pris en compte, du point de vue comptable, qu'en J+1. Les positions nettes des adhérents sont établies après la clôture de la journée comptable, puis imputées sur les livres de la Banque de France.

Les échanges effectués par l'intermédiaire de Sagittaire sont révocables par la Banque de France. Si une banque n'a pas, en fin de journée, suffisamment de crédits pour compenser ses débits, la Banque de France pourrait procéder à l'annulation de certains virements concernant cette banque.

Cette annulation s'opérerait automatiquement en sens chronologique inverse et les adhérents émetteurs et bénéficiaires seraient immédiatement avertis. Cependant, depuis que Sagittaire existe, il n'y a jamais eu de révocation de virements.

Les opérations transitant par Sagittaire peuvent être des opérations de clientèle ou des opérations interbancaires, sachant toutefois que Sagittaire est dédié aux transferts de gros montants.

Les opérations peuvent correspondre, d'une part, à des règlements prolongeant un ordre reçu de l'étranger, l'adhérent Sagittaire intervenant alors en qualité de correspondant en France d'une banque étrangère, qui lui a donné l'ordre d'exécuter un transfert de clientèle ou un virement pour son compte chez une autre banque (nivellement de la trésorerie «francs» de la banque étrangère) ou un virement chez une banque tierce (couverture en francs d'une opération de change; livraison du montant d'un prêt ou remboursement d'un emprunt libellé en francs; couverture d'un transfert de clientèle, qui a lui-même été adressé directement par la banque étrangère à la banque française qui tient le compte du bénéficiaire).

Ces opérations peuvent correspondre, d'autre part, à des règlements à l'initiative de l'adhérent, qui accompagnent un transfert étranger, qu'il s'agisse de règlement en francs au profit d'un non-résident ou de la livraison des francs résultant d'une opération de change que l'adhérent a conclue avec une banque étrangère ou avec une banque française.

Deux exemples:

Premier exemple – Une société britannique, cliente de la Barclays Bank, a acheté pour 100000 Francs (avant d'adoption de l'euro) une machine à une société française, cliente du Crédit Lyonnais.

D'ordre de son client, la Barclays Bank, par l'intermédiaire de Swift, va adresser à son correspondant en France, la Société Générale, un ordre de paiement de 100000 francs au profit du vendeur français. La Société Générale va adresser, via Swift, un ordre de débit de son compte à Sagittaire, qui va adresser, via Swift, un avis de crédit au Crédit Lyonnais qui, lui-même, créditera son client.

Deuxième exemple – Le Crédit Lyonnais a acheté 1 million de dollars à la Société Générale, contre francs. Les deux banques ont un correspondant à New York, Irving Trust pour le Crédit Lyonnais et Manufacturers Hanover Trust pour la Société Générale.

Le Crédit Lyonnais va adresser, via Swift, un ordre de débit de la contre-valeur en francs de l'opération à Sagittaire, qui, corrélativement, adressera à la Société Générale un avis de crédit, tandis que la Société Générale adressera, via Swift, un avis de débit à son correspondant à New York, Irving Trust, qui, par l'intermédiaire du système de transfert de fonds américain, Chips, adressera un avis de crédit à Manufacturers Hanover Trust, afin qu'il crédite le compte en dollars du Crédit Lyonnais.

On remarquera comment la réalisation d'une opération entre deux banques installées en France est réalisable par l'intermédiaire de Sagittaire, en tant du moins qu'il s'agit de la couverture d'une opération de change, analysée comme donnant lieu à un transfert international.

Le coût d'un message Sagittaire est de l'ordre de 4 francs pour un message sans priorité et de 6 francs pour un message en priorité urgente (alors que le coût d'un message Swift est de l'ordre de 2,50 francs). Le coût du message Sagittaire est considéré comme élevé; il diminuera en conséquence de l'accroissement du trafic.

Il serait insuffisant, en ce qui concerne les virements internationaux, à propos desquels interviennent les banques françaises, de ne faire état présentement que de Sagittaire.

En effet, Sagittaire ne concerne que les transferts en francs intervenant entre banques installées en France, présentant un caractère international, à la condition que les banques en cause (rien ne les y contraint) recourent au système Sagittaire. A cela s'ajoute que certains participants — peu nombreux — n'utilisent pas Sagittaire pour émettre, mais seulement pour recevoir.

Les opérations de clientèle ont représenté en 1990 à peu près le quart du nombre des règlements (environ 2900 opérations/jour sur un total de l'ordre de 11 500/jour), mais n'en représentent que 3,3% en valeur (environ 6 milliards de francs) sur un total de l'ordre de 180 milliards de francs/jour.

Le montant unitaire moyen d'un règlement de clientèle, via Sagittaire, est donc d'environ 2 millions de francs, contre 20 millions pour le montant unitaire moyen d'une opération interbancaire.

Il faut savoir que les jours de Sagittaire sont comptés. En effet, le système est à l'origine de risques. Le fait que, au cas où une banque n'aurait pas suffisamment de crédits pour compenser ses débits et ne serait pas en mesure, en fin de journée, de solder le débit à sa charge, la Banque de France puisse — en théorie, le fait ne s'étant jamais produit — procéder à l'annulation rétroactive des virements concernant cette banque, avec répercussion sur les émetteurs et les bénéficiaires de ces virements, n'est pas satisfaisant en lui-même. Il a été mis fin, en France, à cette situation grâce à la mise en place du système TBF (Transferts Banque de France).

Ce système TBF a absorbé Sagittaire. Il concerne les transferts de gros montants en règlement brut avec irrévocabilité immédiate. Un système d'échange d'opérations de masse de petits montants, en règlement net, par l'intermédiaire du système interbancaire de télécompensation (SIT), a été mis en place. Tout cela, virements de gros ou de petits montants, sans considération de la nature nationale ou internationale des opérations.

Lorsqu'il s'agit de transferts en devises et non en francs, Swift est l'instrument auquel les banques vont recourir principalement; encore convient-il de rappeler que Swift n'est qu'un réseau privé de télécommunications interbancaires, autrement dit un pur réseau de transport reliant entre elles des banques raccordées au réseau.

Soit un acheteur, qui doit 100000 dollars à un vendeur français, client de la Société Générale. Il s'adresse à son banquier américain, Chase Manhattan Bank; celui-ci, après avoir débité le compte de son client des 1000000 dollars, fera passer ceux-ci par le système américain de transfert de fonds (en fait Chips) et les adressera à la City Bank, qui est, supposons-le, le correspondant à New York de la Société Générale.

La City Bank informera, par un message Swift, la Société Générale-Paris du crédit de 100000 dollars porté à son compte et la Société Générale créditera le compte de son client, l'exportateur, de cette somme.

S'agissant de la France, on rappellera l'existence du système privé de compensation et de règlement en écus, à l'occasion duquel Swift Service Partners, filiale de Swift, sert de centre de compensation et fournit les informations nécessaires à la détermination des positions, la Banque des règlements internationaux étant la banque de règlement du système.

L'Association bancaire pour l'écu (ABE) est une association de droit français, qui a son siège à Paris. Elle est ouverte aux banques commerciales ayant leur siège ou une succursale dans un des Etats membres de la Communauté.

Certes, les virements transfrontaliers sont promis à un grand développement qui suscite une vive concurrence mais aussi des conflits de lois.

C'est, sous le bénéfice de cette présentation des aspects informatiques et télématiques des virements internationaux qu'il sera procédé plus loin à l'analyse de la loi type de la CNUDCI (69).

(69) – Sur la loi-type, Cf. E. Bergsten (Secrétaire de la CNUDCI jusqu'en juillet 1991), « A Payments Law of the World : Uncitral Model Law on International Credit Transfers », article paru, en 1993, dans le livre *Payment Systems Around the World*, Oceana Publications, Dobbs Ferry, NY ; J. Bischoff, « Das Uncitral – Modelgesetz über den internationalen Ueberweisungsverker », *Revue suisse de droit international et de droit européen* ; Uwe H. Schneider (membre de la délégation allemande), « Die einheitliche Regeiung des internationalen Ueberweisungsverkers durch das Uncitral Modelgesetz », Article paru dans l'ouvrage *Rechtsprobleme der Auslandüberweisung*, Berlin, 1992, p. 491.

Chapitre II

Le régime de droit international privé des virements internationaux.

Le fonctionnement du virement n'est plus entièrement régi par les usages et les principes généraux de droit (70) aussi bien en France, qu'en Algérie. C'est pourquoi nous consacrons une **Section Préliminaire** au droit comparé actuel.

Section Préliminaire

Droit comparé (France, Algérie).

Nous allons ici examiner la législation et la réglementation bancaires françaises au **paragraphe I**, et le régime de droit Algérien du virement au **Paragraphe II**.

Paragraphe I

La législation et la réglementation bancaires Françaises.

37 – Virements internationaux et domestiques : Art. 93-3. L. 24 Janvier 1984 inséré par Art. 78 L. n° 99-532 du 25 Juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière ; Règl. CRBF n° 99-09 pris pour l'application de l'Article n° 93-3 précité (71).

La transposition en droit français de la directive 97/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 Janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers (JOCE, 14 Février 1997, n° L. 43/25) a été réalisée, d'une part, par l'Article 78 de la Loi du 25 Juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière (72) qui a inséré dans la loi bancaire du 24 Janvier 1984 un nouvel Article 93-3 ; d'autre part, par le règlement 99-09 du Comité de la réglementation bancaire et financière homologué par arrêté du 21 Juillet 1999 (JO du 27) (73).

La nouvelle réglementation applicable non seulement aux virements internationaux mais aussi aux virements domestiques, répondant aux caractéristiques définies par elle, est entrée en vigueur le 14 Août 1999.

(70) – Vasseur, « Droit et économie bancaires », cours de droit, 1982-1983, Fascicule III, les opérations de caisse, p. 1415 et s.

(71) – Cf. Francis J. Crédot et Yves Gérard, Revue de droit bancaire et de la bourse n° 75, Septembre / Octobre 1999, p. 183 et s.

(72) – V. Revue, opcit, p. 118.

(73) – Une coquille s'est glissée dans la transcription au JO du règlement : les deux derniers alinéas de l'Article 4 sont en réalité les deux derniers Aliénas de l'Article 10.

Concernant son champ d'application, la réglementation s'applique aux virements effectués entre établissements de crédit (et entreprises assimilées) au sein de l'Espace économique européen (les quinze Etats membres plus l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein) libellés dans la monnaie d'un des Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, d'un montant équivalent au plus à la contrevaletur de 50.000 euros (327.978,50 F).

Relativement à l'information préalable, à la charge des établissements de crédit, l'Article 3 du règlement en donne le contenu : ainsi, s'agissant des virements ordonnés par la clientèle, doit être indiqué le délai maximum entre la date d'acceptation du virement (qui s'entend de la date à laquelle toutes les conditions exigées par l'établissement de crédit pour l'exécution de l'ordre de virement sont réunies, essentiellement, la vérification de l'existence de la provision au compte) et la date à laquelle le compte de l'établissement de crédit du bénéficiaire est crédité. Et, s'agissant des virements reçus par la clientèle, le délai maximum entre la date de réception des fonds par l'établissement et la date à laquelle le compte du client bénéficiaire est crédité. De même, doivent être indiqués l'ensemble des modalités de détermination des commissions et frais prélevés sur le donneur d'ordre, les procédures de réclamation et les voies de recours en vigueur ainsi que, le cas échéant, les conditions dans lesquelles sont fixés le ou les cours de change retenus pour l'exécution de l'ordre de virement. Cette information préalable doit être donnée par écrit, le cas échéant dans le cadre de la communication à la clientèle des conditions générales de banque (V. Art. 7, D. 24 Juillet 1984).

En ce qui concerne les informations postérieures, le règlement précise que l'établissement de crédit doit porter à la connaissance du client : le montant de l'opération tel qu'il ressort de l'ordre de virement passé par lui, le montant de tous les frais et commissions qui ont été prélevés par l'établissement, la date à laquelle le compte du donneur d'ordre a été débité, ou celle à laquelle le compte du client bénéficiaire a été crédité, le cas échéant, le ou les taux de change utilisés. L'Article 4 du règlement fixe les modalités de communication écrite de ces informations.

Concernant l'imputation des frais, l'Article 8 du règlement dispose que l'établissement doit exécuter l'ordre de virement pour son montant intégral, sauf si le donneur d'ordre a spécifié que les frais relatifs au virement doivent être imputés en totalité ou en partie au bénéficiaire.

Relativement à l'indemnisation des retards dans l'exécution des virements l'Article 93-3 nouveau de la loi susvisée de 1984 énonce qu'en cas de retard dans l'exécution d'un virement (entrant dans le champ d'application de la réglementation) et même en l'absence de faute, il est dû au client une indemnité au plus tard quatorze jours après l'exécution du virement. Cette indemnité due selon le cas au donneur d'ordre, par sa banque, ou au bénéficiaire, par la sienne, est calculée par application du taux d'intérêt légal (3,47 % en 1999) au montant du virement pour la période de retard (Règl. Art. 9).

L'Article 93-3 précise que l'indemnisation ainsi définie n'exclut pas que le client exerce des recours de droit commun, sur le fondement de la responsabilité civile, ce qui suppose, la preuve de l'existence d'un préjudice distinct imputable à la faute de la banque.

Concernant la restitution des fonds en cas d'inexécution, l'Article 93-3 institue au profit du donneur d'ordre d'un virement qui n'a pas été mené à sa fin, le principe d'une restitution de plein droit des fonds par sa banque, même en l'absence de faute de celle-ci, dans un délai de quatorze jours ouvrables à compter de sa demande.

La restitution est égale au montant du virement non exécuté majoré, d'une part, du montant des frais relatifs à l'opération, d'autre part, de l'application du taux légal au montant du virement pour la période exprimée en jours, écoulée entre la date d'acceptation de l'ordre et celle du virement de la restitution (Règl. Art. 10). Mais alors que le principe de cette restitution est applicable à tout virement concerné par la réglementation nouvelle (donc notamment d'un montant au plus égal à 50.000 euros), le montant de la restitution de plein droit est plafonné à 12.500 euros (81.994,63 F), la différence (entre le montant du virement et le plafond de 12.500 euros) étant, s'il y a lieu à restituer par la banque, selon le droit commun, en fonction des circonstances de fait.

La restitution de plein droit n'est, cependant, pas due si le virement a été exécuté après la réception de la demande de restitution et, avant la fin du délai de quatorze jours précité (l'indemnisation du retard restant en revanche possible) (Règl. Art. 10).

La restitution n'est pas due non plus (Art. 93-3), si la non-exécution du virement résulte d'une erreur ou omission du donneur d'ordre dans les instructions données à sa banque, ou encore si elle résulte du fait d'un établissement intermédiaire choisi par le donneur d'ordre lui-même (cette dernière hypothèse étant sans doute exceptionnelle).

Enfin, l'Article 93-3 précise que la restitution est faite sans préjudice des recours de droit commun en matière de responsabilité (hypothèse dans laquelle, par exemple, le donneur d'ordre pourrait invoquer un préjudice commercial).

38 – Droit Fiscal International : Virements bancaires reçus de l'étranger : taxation d'office non justifiée (74).

Un résident français dirigeant deux entreprises en situation financière difficile, se voit transférer des sommes importantes à partir de comptes suisses par la femme avec laquelle il vit et dont il a deux enfants, sans qu'ils ne soient mariés. Les sommes transférées en France ont été déclarées seulement pour les 2/3 à la Direction du Trésor. L'Administration taxe d'office le contribuable sur le montant total des sommes qui lui ont été transférées, mais la CAA de Nancy réduit la base d'imposition aux seuls montants n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration au Trésor.

La CE (16/09/1998, 156349, Marchand, DF 1999, 9.186, concl. Loloum) décharge complètement le contribuable en vertu de sa jurisprudence sur les prêts familiaux. Comme l'indique le commissaire du Gouvernement, avec de multiples références, « un contribuable est réputé apporter la preuve qui lui incombe du caractère non imposable de sommes qu'il a perçues de tiers dès lors qu'il établit que ces sommes proviennent d'un membre de sa famille. Cette présomption ne joue pas lorsque les parties sont en relations d'affaires, et l'Administration peut apporter la preuve contraire en démontrant que les sommes en cause ne sont pas des aides familiales ».

(74) – Cyrille David, « Fiscalité des instruments financiers », Revue de droit bancaire et de la bourse, opcit, p. 192 et s.

La présomption du caractère non imposable du transfert est également retenue pour les personnes en relations de concubinage (CE 04/11/1992, 76228, Papon, RJF 1/93, n° 7) et il n'est pas nécessaire que le transfert ait date certaine pour écarter l'imposition à partir du moment où le caractère familial de l'opération est bien établi (CE 23/10/1991, 68937, Mme Langres, DF 92.43.1996, RJF 12/91, n° 1529). On notera la largeur d'esprit du CE sur tous ces points, quelle que soit l'importance des sommes en cause. Ces solutions paraissent raisonnables, l'Administration pouvant toujours établir la preuve du caractère imposable des transferts.

39 – Ainsi depuis Août 2005, la place financière française dispose d'un nouvel instrument juridique précieux : les travaux de codification de la partie réglementaire du code monétaire et financier (75) sont achevés, 800 Articles complètent désormais la partie législative codifiée par l'Ordonnance n° 2000-1223 du 14 Décembre publiée au Journal Officiel du 16 Décembre 2000.

A l'évidence le "droit monétaire et financier" est avant tout un droit européen harmonisé dans la mesure où le parlement a transposé plusieurs directives communautaires : transparence des sociétés cotées, prospectus, abus de marché.

40 – En effet, l'intervention des autorités communautaires dans le secteur bancaire se fonde sur les Articles 57-2 et 61-2 du Traité de Rome du 25 Mars 1957. Elle concerne en particulier le statut des établissements de crédit et se traduit principalement par l'édiction de directives dont les plus importantes ont été celles des 12 Décembre 1977 (76) et 15 Décembre 1989 (77).

(75) – Voir Code Monétaire et Financier, Edition Litec, 2006.

(76) – Première directive n° 77/780/CEE du Conseil du 12 Décembre 1977 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE n° L. 322 du 17 Décembre 1977.

(77) – Deuxième directive n° 89/646/CEE du Conseil du 15 Décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive n° 77/780/CEE, JOCE n° L. 389 du 30 Décembre 1989.

Les dispositions de ces directives sont actuellement regroupées, avec d'autres, dans un texte unique (78) : la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 Mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (79). Cette directive est essentielle car elle édicte tant les conditions d'accès et d'exercice de l'activité des établissements de crédit que les règles relatives aux libertés d'établissement et de prestation de service, les principes et les instruments techniques de la politique prudentielle.

Elle ne concerne toutefois que partiellement les établissements de monnaie électronique dont le statut est prévu par la directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 Septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements (80).

Les directives du Conseil ne sont pas en principe directement applicables en droit interne et énoncent seulement les objectifs que les Etats membres (81) de la Communauté européenne, encore appelée Union européenne, doivent poursuivre en édictant les dispositions législatives, réglementaires ou administratives nécessaires à leur réalisation. Un texte national est donc nécessaire pour introduire la directive en droit interne. Au contraire, les règlements du Conseil ont un effet direct, en ce sens qu'ils sont directement applicables dans les Etats membres sans qu'un texte national soit nécessaire. En revanche, les recommandations de la Commission n'ont aucune valeur normative.

Les textes communautaires sont élaborés par la Commission avec le concours du Comité consultatif bancaire et du Groupe de contact (82).

(78) – V. B. Sousi, « La codification des directives relatives aux établissements de crédit », Mélanges Michel Vasseur, Banque Editeur, 2000, p. 121 et s.

(79) – JOCE n° L. 126/1 du 26 Mai 2000.

(80) – Joce n° L. 275/39 du 27 Octobre 2000. Sur le projet, V. J. Stoufflet, « Etablissements de monnaie électronique », Rev. Dr. Bancaire et financier n° 4, Juillet-Août 2000, 247.

(81) – France, Allemagne, Italie, Grande-Bretagne, Belgique, Pays-Bas, Danemark, Espagne, Portugal, Grèce, Luxembourg, Irlande, Autriche, Finlande et Suède. Et depuis 2004, Chypre, Malte, Estonie, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Slovaquie, Pologne et Tchéquie.

(82) – V. P. Clarotti, « Le rôle des organes supranationaux en matière de réglementation bancaire », Rev. Dr. Bancaire et bourse, n° 9, Septembre/Octobre 1988, p. 153.

Le premier, institué en 1977 (83), s'est vu reconnaître une fonction de réglementation qui a été renforcée en 1989 : il émet un avis sur l'ensemble des projets que lui soumet la Commission en vue d'apporter les adaptations techniques nécessaires à la législation communautaire bancaire (84). Quant au second, à savoir le Groupe de contact, son rôle est double : d'une part, il doit organiser les échanges d'informations entre les autorités compétentes concernant la réglementation, l'exercice du contrôle ainsi que les difficultés pouvant affecter les établissements de crédit ou le système bancaire ; d'autre part, il doit réaliser des études sur des problèmes de surveillance bancaire en vue d'améliorer l'efficacité des méthodes de contrôle (85).

Intervient, également, dans l'élaboration des textes communautaires la Banque centrale européenne puisque celle-ci adopte un certain nombre de règlements et est consultée notamment « sur tout acte proposé dans les domaines relevant de sa compétence » (86). Sa compétence mérite d'être soulignée car elle ne se limite pas à la réglementation communautaire : elle s'étend à la réglementation nationale puisque cette institution doit être consultée « par les autorités nationales sur tout projet de réglementation dans les domaines relevant de sa compétence » (87).

Il reste une question à élucider : dans la mesure où ce droit est élaboré dans le cadre d'une communauté comprenant des Etats dont la culture juridique est différente, quelles sont les sources d'inspiration de ce droit, et donc finalement du droit interne ?

(83) – Art. 57 de la directive du 20 Mars 2000 qui reprend les dispositions de l'Article 11 de la directive du 12 Décembre 1977, V. Commission bancaire, Rapport pour 1997, p. 240 et s.

(84) – Le Comité consultatif bancaire a approuvé la création d'un groupe technique d'interprétation des directives : ce groupe est chargé d'examiner périodiquement les questions d'interprétation des directives posées par les Etats membres et de proposer des réponses au Comité consultatif bancaire (v. Commission bancaire, Rapport pour 1993, p. 96 ; sur ce groupe, actuellement, dénommé Groupe de travail sur l'interprétation et l'application des directives (GTIAD), v. Commission bancaire, Rapport pour 1997, p. 246).

(85) – Rapport du Comité de la réglementation bancaire pour 1990, p. 14-15. Sur les groupes d'experts, appelés « experts nationaux », qui assistent la Commission dans la préparation de la plupart des grands actes bancaires communautaires, v. Commission bancaire, Rapport pour 1997, p. 246.

(86) – Art. 105 du Traité de Rome, dans sa rédaction du Traité de Maastricht.

(87) – Ibid.

Certains considèrent que le modèle anglo-saxon est devenu le modèle dominant (88) et d'autres (89) que le processus européen est issu de la coexistence de deux systèmes de droit des affaires : Droit de Common Law et Droit Romain ; les autorités régulatrices et les professionnels des marchés des Etats de l'Union européenne se sont dans ce contexte dotés d'un outil unique efficace qui leur procure un avantage compétitif face aux Etats-Unis et à l'Asie. Un immense travail de modernisation financière est à l'œuvre en Europe.

41 – En revanche, la Convention de Rome du 19 Juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a repris les solutions jurisprudentielles, au moins en apparence. En raison de son objet et faute d'exclusion en ce sens, celle-ci concerne les contrats bancaires. L'application de cette convention conduit à admettre, sauf exception, "la compétence de la loi de la banque".

La loi de la banque est définie par la doctrine la plus récente : comme celle du pays où est installé l'établissement qui a effectué la prestation caractéristique de l'opération bancaire.

Une telle définition conduit à écarter cette qualification par les lois désignées autrement qu'à partir de la prestation caractéristique de l'opération bancaire.

Cette définition doit être appliquée dans les deux hypothèses les plus fréquentes en France : si l'établissement de crédit étranger est installé en France, c'est la loi Française qui est la "loi de la banque".

Par contre, si cet établissement effectue librement des prestations de services en France sans y être installé, c'est la loi étrangère qui est la "loi de la banque".

Selon une doctrine plus ancienne (90) qui retient "le critère de nationalité", la "loi de la banque" est "la loi de sa nationalité". Exemple, la loi de la BNA est la loi Algérienne, en l'occurrence "la loi de son siège social".

(88) – V. XXX, « Comment Bruxelles fait les lois en France », in L'Europe déraisonnable, O.E.I.L et Valmonde, 1992, p. 163 et s., spéc. p. 174.

(89) – Notamment, Camdessus, ancien Directeur Général du F.M.I, in préface au Code Monétaire et Financier, précité.

(90) – Notamment, Berlioz, « Le contrat d'adhésion », Thèse, Paris, 1978, p. 294.

Paragraphe II

Le régime de droit Algérien du virement.

42 – La loi Algérienne n° 5-02 du 6 Février 2005 (relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme) se fixant (eu égard, aux exigences de l'économie de marché) comme objectif principal : la mise en conformité de certaines dispositions du code de commerce avec la législation spéciale en vigueur et la pratique judiciaire, a consacré certains instruments et procédés de paiement : virement, prélèvement, carte de paiement (91).

En effet, l'Article 543 bis 19 nouveau de ce code dispose que : « l'ordre de virement contient :

1. Le mandat donné au teneur de compte par le titulaire du compte de transférer les fonds, valeurs ou effets dont le montant est déterminé ;
2. L'indication du compte à débiter ;
3. L'indication du compte à créditer et de son titulaire ;
4. La date d'exécution ;
5. La signature du donneur d'ordre ».

Et l'Article 543 bis 20 du même Code ajoute que : « L'ordre de virement est irrévocable à compter du débit du compte du donneur d'ordre.

Le virement est définitif à compter de la date où il est crédité au compte du bénéficiaire ».

Le virement est aussi visé par le Code bancaire de 2007 (2^{ème} Ed. Houma, Alger 2007), dont l'Article 69 énonce que : « sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui permettent à toute personne de transférer des fonds et ce quelque soit le support ou le procédé technique utilisé ».

(91) – Cf. Document Ministère de la Justice sur la réforme de la justice, Bilan et perspectives, Octobre 2004, p. 17.

A l'évidence, « constituent des moyens de paiement », entre autres : « les virements bancaires et postaux » (Art. 18 du règlement CMC n° 95-07 du 23/12/1995) modifiant et remplaçant le règlement n° 92-04 du 22 Mars 1992 relatif au contrôle des changes (JORADP n° 11 du 11/02/1996).

43 – Comme le moyen de paiement sert par hypothèse, à consommer le paiement, donc à éteindre effectivement l'obligation du débiteur, il doit être défini comme toute chose dont la remise par le débiteur au créancier libère, instantanément, et à due concurrence, le premier.

La carte comme le chèque, n'a que la fonction instrumentale d'un vecteur, d'un mécanisme bref d'un instrument de paiement... Ce qui vaut à l'instrument de paiement de laisser reconnaître dans cette définition : un outil dont la seule manipulation enclenche un processus de délivrance au créancier, par débit d'un compte de dépôt monétaire du porteur, de la somme désignée par celui-ci (92). Dans cette analyse le moyen de paiement circule à travers et grâce à un réseau d'instruments de paiement et les deux ne sont pas équivalents.

44 – Au demeurant, bien avant la première loi de 1986 relative au régime des banques et au crédit, le législateur Algérien avait prescrit la généralisation des règlements par virement. En effet, l'Article 19 de la loi des finances de 1972 prévoit que : « les sociétés nationales, offices et EP à caractère économique et les établissements nationalisés sont tenus d'effectuer la totalité de leurs règlements par mouvements de leurs comptes ».

En outre, l'Alinéa 2 de l'Article 2 du règlement CMC n° 94-12 du 2 Juin 1994 relatif aux principes de gestion et d'établissement de normes dans le secteur financier (JORADP n° 72 du 06/11/1994) énonce que : « feront l'objet d'une normalisation, notamment, les instruments de paiement et de crédit, ainsi que les procédures d'échanges interbancaires ».

(92) – La vie judiciaire, 6 Mars 1992. Dans le même sens, E. Alfandari (Droit et monnaie, Litec, 1988, p. 139), l'instrument de paiement stricto sensu, instrument de mobilisation de la monnaie scripturale, « n'opère pas lui-même le paiement. Le vendeur, pour prendre cet exemple, ne reçoit pas le prix du seul fait de la remise d'un chèque par l'acheteur. Ce n'est pas cette remise qui éteint la dette (le chèque pourrait se révéler sans provision), c'est son encaissement, ou l'inscription de la somme au compte du vendeur, Cf. Revue de jurisprudence commerciale, Ancien Journal des agrées, n° spécial, le Droit des affaires au XXI^e siècle, 45^{ème} année, n° Janvier 2001, p. 66.

Enfin, le virement et la compensation sont les mécanismes de base qui permettent les mouvements de fonds entre banques.

La chambre de compensation (Art. 3 du règlement CMC n° 97-03 du 17 Novembre 1997 n'a pas de personnalité juridique, c'est une simple réunion de banquiers. Par ailleurs, hormis, dans une certaine mesure, le cas du crédit documentaire irrévocable (si tant est que l'on mette en évidence sa fonction de moyen de paiement), il n'existe pas, à proprement parler, d'instrument de paiement spécifique aux opérations internationales.

On retrouve à ce niveau les différents instruments de paiement utilisés dans les relations internes et, au premier rang, le "virement bancaire".

C'est dès lors non pas de leur définition mais bien des modalités particulières de leur fonctionnement compte tenu notamment des spécificités des opérations en devises que les instruments d'un paiement international tirent leur originalité, justifiant de ce fait une approche particulière des problèmes que peut soulever leur utilisation (93).

"Le transfert international de fonds" n'existe pas, ou plus exactement, il ne se conçoit que sous une forme immatérielle : Il se traduit par un jeu d'écriture au débit et au crédit de comptes tenus à la banque du débiteur et à celle du créancier, d'une part, et d'autre part, par un autre jeu d'écriture dans les livres des correspondants bancaires respectifs des banques en question dans le pays d'origine de la devise considérée, lieu où s'opérera matériellement le transfert de fonds (94).

45 – Les écritures en compte « devises » tenu dans des pays autres que celui d'origine de la devise en cause correspondent à la notion d' « eurodevise » : un eurodollar n'est ainsi rien d'autre que l'inscription d'un dollar au crédit d'un compte bancaire tenu en dehors des Etats-Unis.

(93) – Martine Delierneux, « Les instruments de payement international », RDAI / IBLJ, n° 8, 1993, p. 987.

(94) – V. notamment D. Carreau, « Droit International Economique », LGDJ, 1990, p. 480 et s.

Pour paraphraser un aphorisme bien connu : jamais un eurodollar n'est entré aux Etats-Unis (lorsqu'un eurodollar est payé par inscription au crédit d'un compte ouvert auprès d'un établissement bancaire américain, il n'est plus question, suivant la définition retenue ci-dessus, d'eurodollar mais bien de dollar) mais, inversement, dans le cadre des opérations en eurodevises, jamais un dollar ne sortira des Etats-Unis : les opérations concrètes de transfert interbancaire de dollar s'effectuent sur le territoire américain, selon les règles et les techniques locales de compensation et d'une manière générale, sous le contrôle des lois et des juridictions américaines (95).

De ces développements se dégagent deux évidences : tout d'abord l'importance de la notion de compte indissociablement liée à celle des opérations en devises.

Ces opérations sont caractérisées par l'exclusion en principe de tout règlement en numéraire, ce qui conduit le professeur Kleiner dans son ouvrage sur le droit privé des obligations monétaires internationales à douter que l'on puisse parler à propos des dettes en devises de dettes d'argent au sens classique du terme (96).

Il résulte de cette constatation que les principes traditionnels régissant le lieu et les modalités du paiement, principes élaborés essentiellement dans le cadre des paiements en espèce, ne peuvent en la matière être appliqués qu'avec la plus extrême prudence (97).

Ensuite, le maintien de la devise dans son pays d'origine a pour corollaire intangible l'application des "lois de police" du pays d'émission : la monnaie reste l'institution nationale par excellence et vouloir échapper à la compétence du pays émetteur n'est que pure illusion (98). Si la détermination du "droit applicable" aux différentes phases d'une opération de paiement international est un exercice particulièrement délicat, une chose demeure en effet certaine : l'importance du "risque politique" potentiel lié aux mesures qui peuvent être prises dans le pays d'émission de la monnaie concernée et ce, nonobstant le fait qu'une

(95) – D. Carreau, *opcit*, p. 483 ; Mario Giovanoli, « Actualité du droit des eurodevises », R.D.A.I., 1986, spécialement p. 275.

(96) – Kleiner, « Internationales Devisen », *Schuldrecht Zurich* 1985, p. 45 à 48, cité et commenté par M. Giovanoli, *opcit*, p. 296 et s.

(97) – Kleiner, *opcit*, p. 62 et s.

(98) – D. Carreau, *opcit*, p. 484, n° 783.

opération de paiement déterminée soit, en vertu du contrat dans lequel elle s'insère, soumise à un droit différent.

Ce risque est évidemment limité par les règles du droit international monétaire : à tous le moins, s'il s'agit de « paiements pour transactions courantes », les paiements en devises tombent sous la protection des règles établies par le fond monétaire international et le pays d'émission ne pourra édicter des mesures de blocage ou des restrictions de convertibilité sans l'accord préalable du fond (99).

Toutefois, outre le fait que tous les pays ne sont pas nécessairement membres du FMI, on rappellera, sans entrer dans les détails du fonctionnement du Fond, que le contrôle de celui-ci ne s'exerce qu'en matière de restriction de change et n'offre pas une protection efficace à l'encontre de toutes les mesures pouvant affecter les avoirs en devises ainsi localisés dans le pays d'émission (on songe aux mesures de confiscation ou de nationalisation de banques étrangères par exemple).

La pratique internationale ne manque pas d'illustration de l'impact que peuvent avoir les mesures de « blocage » au sens large prises dans les pays d'origine d'une devise : blocage des avoirs officiels iraniens par les Etats-Unis en rétorsion de la prise des otages du personnel diplomatique américain à Téhéran en 1979, blocages analogues en 1981 entre l'Argentine et la Grande Bretagne dans le cadre de la guerre des Malouines, mesures d'embargo diverses prises à l'encontre des avoirs irakiens suite à l'invasion du Koweït par l'Irak en Août 1990, voire enfin bien que le cadre soit quelque peu différent, les mesures de confiscation des avoirs en dollar des différentes entités du groupe BCCI en faveur des créanciers américains (Notons que la Fédération bancaire européenne travaille en ce moment à la mise au point d'une clause visant à mettre la banque qui ouvre un compte en devise à l'abri de tout risque d'indisponibilité de la devise en cause en raison d'évènements politiques intervenus dans le pays d'émission de cette devise ; l'unanimité des membres de la Fédération bancaire s'est prononcée en faveur de la généralisation d'une telle clause excepté le délégué français qui a préféré s'en tenir aux principes découlant de la qualification du dépôt en banque en dépôt irrégulier ou en prêt et ce, quelle que soit la

(99) – D. Carreau, *opcit*, p. 484, n° 784 et s.

devise en cause) (100).

Section I

Conflits de lois.

46 – Certes, le virement permet d’effectuer un transfert de fonds par un simple jeu d’écritures, sans manipulation de signes monétaires, mais les conflits de lois sont fréquents en la matière et se présentent sous plusieurs aspects. C’est, par exemple, le donneur d’ordre domicilié dans un pays qui, ayant un compte tenu par une banque étrangère, envoie un ordre de virement à cette banque au profit d’une personne dont le compte est tenu dans le pays de la banque. Ou bien, c’est une personne qui charge son banquier, travaillant dans le pays où elle est domiciliée, de faire un virement au compte d’une autre personne tenu par une banque étrangère. Ou bien, combinant les deux situations, on peut supposer qu’un donneur d’ordre, domicilié dans un pays donné, charge son banquier travaillant à l’étranger de créditer le compte d’un bénéficiaire dont le compte est tenu dans un troisième pays. Il s’agit dans tous ces cas de savoir quelle loi sera applicable au virement.

47 – En outre, dans le domaine des virements internationaux deux conceptions s’affrontent : soit l’on considère que le virement en chaîne est une “série d’opérations (...) effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition d’un bénéficiaire”, soit l’on adopte une conception unitaire du virement, selon laquelle le virement correspond à un mouvement complet des fonds allant du donneur d’ordre au bénéficiaire. Cette différence de qualification a des conséquences directes sur la loi applicable en cas de conflits de lois : faut-il appliquer une loi différente pour chaque maillon ou une loi unique pour l’ensemble du processus.

(100) – Fédération Bancaire Européenne : « Compte rendu de la deuxième réunion du groupe de travail sur les risques politiques », Bruxelles, 16 Octobre 1991.

Section II

Solution.

48 – Selon Hamel (101), le virement est à la fois une convention et un mode d'exécution des obligations, convention parce qu'il suppose l'accord des trois parties intéressées, mode d'exécution des obligations parce que le plus souvent il réalisera la libération du donneur d'ordre envers le bénéficiaire et, en même temps, la libération du banquier envers le donneur d'ordre.

Comme convention et comme mode d'exécution, le virement est donc régi en principe par "la règle de l'autonomie des volontés" (102) consacrée par l'Article 18 du Code Civil Algérien (Ed. 2009-2010, revue et corrigée, Berti, Alger 2009) (103).

Si donc les parties se sont mises d'accord pour déterminer la loi applicable, c'est cette loi que le juge devra considérer comme étant la loi du virement. D'ailleurs, même sans manifestation expresse de volonté, il est des cas dans lesquels une volonté commune des parties peut-être aisément présumée : ainsi, quand le donneur d'ordre français s'est fait ouvrir un compte en France dans une succursale d'une banque anglaise, et qu'il charge cette succursale d'effectuer un virement au profit d'un compte tenu en Angleterre par une banque anglaise, il convient de présumer que l'opération sera régie par la loi anglaise : cette loi est celle du bénéficiaire, elle est aussi, celle du banquier, et le donneur d'ordre doit être considéré comme l'ayant acceptée d'avance en se faisant ouvrir un compte dans une banque anglaise.

Mais si aucune manifestation de volonté n'est intervenue et si aucun indice ne peut éclairer le juge sur les intentions des parties, il convient de faire jouer la loi du lieu où le virement s'est réalisé.

(101) – Banques II, Rousseau 1943, p. 21.

(102) – Batiffol, « Conflits de lois en matière de contrats », Thèse Paris 1938, n° 551.

(103) – Cet Article dispose que « les obligations contractuelles sont régies par la loi d'autonomie dès lors qu'elle a une relation réelle avec les contractants ou le contrat.

A défaut, c'est la loi du domicile commun ou de la nationalité commune qui sera applicable.

A défaut, c'est la loi du lieu de conclusion du contrat qui sera applicable.

Toutefois, les contrats relatifs aux immeubles sont soumis à la loi de la situation de l'immeuble ».

Puisque le virement est une convention, la loi compétente est, en l'absence de volonté manifestée, celle du lieu où les consentements sont échangés (104), et puisque le virement est aussi un mode d'exécution produisant les effets d'un paiement, la loi compétente est en principe celle du lieu où le paiement est effectué (105).

Or ces deux lois coïncident : le paiement fictif suivi d'un dépôt se réalise au lieu où tous les consentements nécessaires se trouvent acquis. Si le virement est effectué par un seul banquier et sur une seule place, c'est la loi de cette place qui sera applicable ; si le virement est effectué par un seul banquier, mais sur deux places ressortissant de deux lois différentes, la loi compétente est celle du lieu où le banquier a reçu l'ordre de virement et a débité le compte du donneur d'ordre ; si le virement est effectué par l'entremise de deux banquiers tenant les deux comptes sur des places régies par des lois différentes sans intermédiaire d'un troisième banquier, il faut appliquer la loi du lieu où le second banquier a reçu l'avis de crédit et acquiescé au virement ; si le virement est effectué par l'entremise de deux banquiers tenant les deux comptes sur des places différentes et par l'intermédiaire d'un virement réalisé par un troisième banquier, la loi applicable est encore celle du lieu où le banquier du bénéficiaire a reçu l'avis de virement et donné son acquiescement au virement.

Ces divers lieux sont, en effet, d'après les principes ci-dessus posés, ceux où le virement est réalisé, à la fois "loci contractus" et "loci solutionis".

Certes, au cas où deux banquiers interviennent dans le virement, il peut paraître singulier que les effets du virement par rapport au donneur d'ordre ou par rapport au premier banquier soient régis par la loi du second banquier. Mais il ne faut pas oublier que le donneur d'ordre, faisant un paiement à l'étranger, doit être considéré comme acceptant pour ce paiement la compétence de la loi étrangère. Quant au premier banquier, il consent à l'opération en connaissance de cause ; certes son consentement est le plus souvent obligatoire du fait de ses engagements antérieurs ; mais il a dû apprécier, lors de ces engagements, les risques qu'il pouvait courir au cas où son client lui donnerait l'ordre

(104) – Batiffol, *opcit*, n° 111 et s. ; cet auteur paraît répudier la théorie de l'autonomie de la volonté ; mais il parvient à des résultats pratiques identiques en permettant aux parties de localiser leurs contrats, la loi du lieu du contrat étant, toujours, la loi applicable.

(105) – Cours élémentaire Dr. Int. Pr., 7^{ème} Ed., n° 265.

d'effectuer des virements à l'étranger. Ainsi les solutions proposées ne heurtent-elles aucun principe de droit ou d'équité.

49 – Selon une thèse ancienne (106), s'agissant de virements en banque proprement dits, ceux provenant de l'étranger ou destinés à l'étranger sont soumis pour la forme de rédaction dans tous les pays civilisés à la règle « locus regit actum », et il en est de même pour les conditions de validité (107).

Pour la perception des droits, on ne peut s'occuper des droits perçus dans chaque pays, mais tous les virements rédigés, par exemple, en France à destination de l'étranger, et tous ceux en provenance de l'étranger, qui doivent être exécutés en France, sont soumis (selon le droit international fiscal) à une taxation d'office (voir supra n° 38, p. 85).

Pour les virements provenant de l'étranger, les timbres peuvent être d'ailleurs apposés et oblitérés par les banquiers français.

Si le virement est effectué en monnaie étrangère, le bénéficiaire peut se faire ouvrir un compte en monnaie étrangère, ou faire convertir le montant du virement en euros. Quant à la question de savoir si le cours de conversion doit être calculé au jour de l'émission de l'ordre, ou au contraire au jour de réception de ce dernier, tout dépendra à ce point de vue de l'interprétation à donner à la volonté des parties.

Si, par exemple, le virement effectué en faveur d'un Français servait à couvrir le montant d'une créance, qu'il possédait sur l'étranger, si cette créance a été libellée elle-même en monnaie étrangère, le débiteur sera libéré par virement de la somme convenue, et si la monnaie étrangère a baissé de valeur, le risque sera subi par le bénéficiaire français.

(106) – Notamment, celle de Ch. Martin, *opcit*, p. 165 et s.

(107) – Cette règle se retrouve aussi dans l'Article 19 du Code Civil Algérien qui dispose que : « Les actes juridiques sont soumis, quant à leur forme, à la loi du lieu où ils ont été accomplis. Ils peuvent être également soumis à la loi du domicile commun, à la loi nationale commune des contractants ou à la loi régissant les règles de fond ».

Ce deuxième Alinéa est une inspiration de la jurisprudence Française, notamment (Civ. Cass. 20 Mai 1963, D. 1963, 677 ; Cass. Civ. I, 10/12/1974, Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1975.474; Par contre la Jurisprudence Française ne retient pas la loi du domicile commun); Cf. Fatiha Taleb, « Loi d'autonomie et contrats bancaires, en particulier, les crédits internationaux », Thèse, Paris, 1990, p. 163 et s.

Si, au contraire, le montant de la créance était rédigé en euros avec faculté pour l'étranger de se libérer par versement de l'équivalent en monnaie étrangère, si l'étranger réglait par virement en monnaie étrangère, il ne serait libéré que si la somme virée correspondait au moins à la somme en euros, au jour de réception de l'ordre de virement.

C'est, en effet, à cette époque, qu'il faut, sauf conventions contraires, calculer la contre-valeur.

Mais en ce qui concerne les virements internationaux, “la question la plus délicate est relative aux règlements à effectuer non entre individus étrangers, mais entre nations”.

Autrefois, le procédé employé consistait en l'envoi d'or ou de marchandises et il n'a, d'ailleurs, pas complètement disparu puisque l'Allemagne, à la suite de la dernière guerre, a été appelée à régler en nature une partie des réparations.

Mais ce procédé comporte des difficultés d'application car si un pays règle ses dettes en nature, ce procédé peut nuire au pays créancier en constituant une prime pour l'industrie étrangère, et en entraînant, au contraire, un risque de chômage pour les industries du pays créancier.

Un pays peut également se libérer par achat de lettres de change, et remise de ces lettres au pays créancier. Ce moyen a été employé par la France pour régler une partie de l'indemnité due à l'Allemagne à la suite de la guerre de 1870, les lettres de change achetées étant presque toutes tirées sur la Banque de Hambourg, la présentation massive des effets aux guichets de cette dernière contribua à sa chute.

Un procédé plus pratique consisterait dans l'établissement d'une chambre de compensation internationale. On pourrait, d'ailleurs, revenir pour cette dernière au vieux système de la monnaie de banque avec fixation du taux de reprise des différentes monnaies.

Ce procédé permettrait par simple jeu d'écritures d'éteindre les dettes internationales, la banque instituée pour opérer ces règlements n'ayant, vis-à-vis des Etats demandant des ouvertures de crédit, qu'à prendre des sûretés pouvant consister par exemple en l'affectation spéciale de telle ou telle source de revenus.

D'après M. Nogaro (108), ce système aurait pu fonctionner avec la Banque internationale des réparations, mais de nombreuses puissances ont craint par ce moyen de constituer un super Etat ; et, d'autre part, comme pour tout ce qui a lieu à Genève, toutes les puissances, à part la France et la Belgique, voulant utiliser les organismes internationaux à des fins nationales, l'accord est difficile à réaliser.

Aussi cette banque a joué un rôle beaucoup plus effacé : elle a pu émettre l'emprunt Yung, qui, malheureusement pour elle, ne donne pas toutes satisfactions à ses souscripteurs, mais elle n'a pas réussi à réaliser de transports de créances, et en particulier à mobiliser les titres des chemins de fer allemands.

50 – A notre sens, dans le cas le plus simple où le virement est réalisé entre deux comptes tenus par le même établissement bancaire, il n'est pas douteux que la loi de cet établissement est applicable, quels que soient la nationalité et le domicile des parties. Cette loi régit, d'ailleurs, le fonctionnement des deux comptes auxquels se rattache le virement.

Le problème est plus embarrassant quand interviennent deux banques (ou succursales) établies dans des pays différents. On peut hésiter entre la loi de la banque du donneur d'ordre et celle de l'établissement qui tient le compte du bénéficiaire du virement. Un arrêt de la Cour de Cassation en date du 7 Février 1944 (Jcp. 44, II, 2604, note Tournon), bien que ne concernant pas les conflits de lois, semble contenir l'amorce d'une solution. Il décide que le virement est réalisé et le paiement censé effectué au lieu où le banquier du bénéficiaire donne son consentement, c'est-à-dire là où il est établi.

C'est, en effet, l'élément caractéristique de l'opération puisqu'il réalise le transfert de fonds que le virement a pour but d'assurer. Pour cette raison la loi de la banque du bénéficiaire est préférable à toute autre.

Pourtant, elle n'a qu'un domaine d'application limité. Ce qui n'intéresse que les rapports du donneur d'ordre et de sa banque, par exemple, l'appréciation de la diligence et de la prudence de cette dernière, est soumise à la loi en vigueur au lieu où elle est établie.

(108) – Cité par Charles Martin, in Thèse, opcit, p. 167.

51 – Michel Cabrillac (109), nous dit que : « à l’instar des opérations de banque, en général, le virement doit obéir à la loi de la banque prise en tant que “loi du contrat”.

On s’accorde à reconnaître que la loi de la banque est celle de la succursale où l’opération est effectuée. Ce principe est, néanmoins, moins fort insuffisant, car il ne permet pas de trancher entre la loi de la banque du donneur d’ordre et celle de la banque du bénéficiaire, voire du banquier intermédiaire.

Pour surmonter la difficulté, il faut distinguer entre l’ordre de virement et le virement lui-même.

L’ordre de virement ne peut être soumis, tant dans sa forme que dans ses effets, qu’à la loi de la banque du donneur d’ordre (110), puisqu’il s’insère dans la relation contractuelle entre le banquier et son client, relation que le premier a entendu soumettre à la loi qui le régit, sauf convention contraire.

S’il est fait appel à un banquier intermédiaire, le banquier du donneur d’ordre doit en répondre dans la mesure où sa loi nationale l’y astreint et aux conditions qu’elle y met. En revanche, le donneur d’ordre ne peut avoir d’action directe contre ce banquier que si la loi de ce dernier l’admet, puisque c’est la loi d’exécution du sous-mandat qu’il a reçu.

L’opération de virement, puisqu’elle est analysée en une remise de monnaie scripturale, doit être régie par la loi du lieu où cette remise est effective, donc celle du banquier du bénéficiaire (111). C’est cette loi qui doit déterminer les rapports entre le bénéficiaire et son banquier d’une part et le donneur d’ordre d’autre part.

52 – Pour Jean Stoufflet (112), il paraît impossible de soumettre le virement à une loi unique lorsqu’il met en jeu des comptes tenus dans plusieurs pays. On doit distinguer les différents éléments de l’opération.

(109) – M. Cabrillac, « Le chèque et le virement », 5^e, Ed. Litec, 1980, p. 180.

(110) – En ce sens : Gavalda : Rep. Dr. Int., opcit, n° 52 ; Stoufflet : J-Cl. Banque et Bourse, Fasc. 6, n° 46 ; Loussouarn et Bredin, opcit. n° 663, n° 5 – Paris 10 Novembre 1962 : Jcp. 63, II, 13016. – Paris 29 Avril 1964 : Jcp. 64, II, 13877, note Gavalda.

(111) – En ce sens les auteurs précités ; rapp. une solution comparable à propos de la compétence judiciaire territoriale interne : Cass. 7 Février 1944 : Jcp. 44, II, 2604, note Tournon.

(112) – Jean Stoufflet, « Conflits de loi en matière d’opérations de banque », Rapport Colloque Clermont-Ferrand, 1986, p. 206 et s.

1

L'ordre de virement. Rapports entre le donneur d'ordre et son banquier.

C'est la loi locale qui s'applique, c'est-à-dire celle régissant le compte. Elle règle, en particulier, les points suivants :

- obligations du banquier envers le donneur d'ordre (obligation d'effectuer le virement, délai d'exécution...);
- responsabilité en cas d'inexécution ou de retard ;
- responsabilité en cas de virement sur un ordre faux (113).

2

Le virement proprement dit.

Le virement est envisagé ici, selon la distinction de Joseph Hamel, en tant qu'instrument de paiement ou plutôt de transfert de fonds (114). De ce point de vue, l'opération semble être soumise à la loi du banquier du bénéficiaire car c'est l'inscription au compte du bénéficiaire qui en constitue l'élément essentiel et caractéristique, le but économique. On se réfèrera notamment à cette loi pour déterminer à compter de quel moment la somme est acquise au bénéficiaire et jusqu'à quelle date l'ordre de virement peut être révoqué.

53 – Quant à la jurisprudence française, elle n'a jamais eu à se prononcer, avant 1944, sur les conflits de lois auxquels le virement peut donner lieu. Ce n'est qu'en 1964 que la Cour de Cassation (Paris, 29 Avril 1964, Jcp. 1964. II. 13877, note Gavalda) s'est montrée favorable au système doctrinal moderne (115) proposant, pratiquement, "l'application de la loi de la banque du bénéficiaire", après analyse du virement en un transfert réel de fonds et assimilation à un paiement réalisé au moment et au lieu où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire (116).

(113) – De même, si la banque du donneur d'ordre fait appel à un banquier intermédiaire, c'est la loi de ce dernier qui régit leurs rapports.

(114) – Hamel, « Banques et opérations de banque », opcit, n° 861.

(115) – Gavalda, « Banques et établissements financiers », dans Rep. Dr. Int. I, n° 52 et s.

(116) – Y. Loussouarn et Bredin, opcit, p. 739.

Enfin, les tentatives d'harmonisation en matière de droit international privé des virements que nous allons aborder en deuxième partie n'ont donné que peu de résultats.

On regrettera que les juridictions saisies préfèrent trop souvent appliquer, sans trop s'en justifier, leur propre droit national (117).

(117) – Martine Delierneux, *opcit*, p. 998.

Conclusion de la première partie.

54 – Tout d’abord, pour le débiteur qui règle sa dette par virement, ce dernier est à l’origine d’un régime juridique moins strict que le chèque.

Au cas d’absence de provision au compte du débiteur donneur d’ordre, point de protêt, ni la publicité qui y est attachée, point de sanction. L’avantage est pour le débiteur ; le créancier qui laisse à son débiteur le soin de prendre l’initiative de payer sa dette serait, mieux, assuré de recevoir un chèque.

Suppression, aussi, du risque de perte et de vol, si l’ordre de virement est remis par le donneur d’ordre au banquier.

En outre, les banques, elles, voient le virement avec “faveur”, au moins, en ce qui concerne les virements ordonnés par les entreprises et cela, en liaison avec le développement des virements sur supports magnétiques.

De nombreux virements sont effectués avec support papier et transitent par l’intermédiaire des chambres de compensation, tandis, qu’également, d’innombrables virements sur support magnétique ayant accès à l’ordinateur de compensation sont passés par la voie de l’ordinateur (118).

Les opérations d’imputation aux comptes s’en trouvent, considérablement, accélérées. En revanche, les banques n’encouragent pas les virements papier en provenance des particuliers, précisément, parce qu’ils ne sont pas automatisables. Un des inconvénients du virement papier vient de ce que souvent le donneur d’ordre ne fournit pas à son banquier les coordonnées bancaires complètes et exactes du bénéficiaire.

Aussi, dans les pratiques bancaires, certaines banques préviennent leurs clients que tout ordre de virement non accompagné du relevé d’identité bancaire du client supportera une commission.

(118) – Sur cette distinction, voir Vasseur, opcit, p. 1475.

Notons, aussi, que les virements – papier sont en baisse. Ils sont, d'ailleurs, le cas échéant susceptibles d'être transcrits sur supports automatisés, et de ce fait, de transiter par l'ordinateur de compensation.

Comme pour les avis de prélèvement (ou prélèvements automatiques), on s'achemine vers la disparition des présentations de virements papier dans les chambres de compensation.

Présentement, le virement est, à l'évidence, l'instrument de paiement le moins cher s'il est automatisé et le plus cher s'il est sous la forme papier ; le virement interbancaire déclenché par les "cartes de paiement" fait fortune.

Malheureusement, le fonctionnement du procédé suscite des conflits de lois dont les solutions divergent d'où les tentatives d'harmonisation par les Nations-Unies que nous allons examiner dans la deuxième partie qui suit.

Deuxième Partie
La loi-type et le régime juridique
des virements internationaux
proposés par les Nations-Unies.

Deuxième Partie

La loi-type et le régime juridique des virements internationaux

proposés par les Nations-Unies.

Après avoir traité des aspects informatiques et télématiques et du régime de droit international privé des virements internationaux en première partie, nous allons examiner ici la loi-type du 15 Mai 1992 sur les virements internationaux depuis ses origines et les solutions des conflits de lois en matière de virements prévues par les dispositions optionnelles de cette loi. On rappellera que la commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a été créée par la résolution 2205 de l'Assemblée Générale des Nations-Unies du 17 Décembre 1966 pour disposer de « lois bien conçues et modernes propres à assurer l'égalité dans les échanges commerciaux internationaux » (119).

L'œuvre unificatrice de la CNUDCI embrasse des questions très diverses (120) et prend plusieurs formes.

Si elle a vocation à élaborer des conventions internationales, dont le plus grand succès revient certainement à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, l'unification conventionnelle réalisée dans ce/ cadre est souvent décevante (121) dans la mesure où peu de ces conventions ont été ratifiées.

Toutefois, les efforts d'unifications réalisés en matière bancaire sous l'égide de la CNUDCI prennent, également, d'autres formes plus souples et qui apparaissent plus efficaces. Certains des textes s'adressent tant aux législateurs nationaux qu'aux contractants eux-mêmes et pourraient devenir de véritables modèles.

(119) – Rapport du Secrétaire Général, Annuaire CNUDCI, Vol. 1.19, B. Goldman, « Les travaux de la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International », J.D.I. 1979.749.

(120) – Voir. P. Fouchard, « La contribution des organisations internationales à l'unification du droit du commerce international », Journées de la Société de Législation comparée 1985, R.I.D.C. 1985.353.

(121) – B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », T.C.F.D.I.P, Journées du cinquantenaire, Edition du C.N.R.S., 1989.121.

Ainsi, un groupe de travail mis en place au sein de la CNUDCI en matière de paiements internationaux a élaboré le guide juridique sur les transferts électroniques de fonds, publié en 1986 (122) puis la loi-type du 15 Mai 1992 sur les virements internationaux.

Toutefois, le caractère interétatique de la CNUDCI ne semble pas en faire l'organisme le plus à même de répondre à la souplesse, la simplicité et la rapidité recherchée par les banques (123), auxquelles les institutions de codifications purement privées semblent en mesure de répondre avec plus d'efficacité.

En revanche, les efforts de conciliation des systèmes juridiques qu'elle a entrepris peuvent avoir vocation à inspirer les pratiques des professionnels et concourir à la formation de "la lex mercatoria" (124).

55 – Les travaux de la C.C.I et de la CNUDCI ont été, particulièrement, nombreux en matière bancaire. Dans la mesure où il s'agit de proposer des standards ayant pour ambition de devenir des usages pour les parties, leur portée dépendra largement de l'utilisation que vont en faire les opérateurs, leur caractère de véritable règle ne pouvant découler que de l'adhésion des professionnels.

Les règles matérielles constituent "la méthode de réglementation" la plus apte à répondre aux besoins des banques lorsque leur activité accompagne les contrats du commerce international, pour les financer, les garantir ou assurer les paiements transfrontaliers.

Qu'en est-il de la loi-type sur les virements internationaux ?

(122) – Rapport de la CNUDCI 1986 (A/41/17 n° 229 et 230).

(123) – Sur le processus d'élaboration de la loi-type relative aux virements internationaux et les inconvénients liés à la longueur et la complexité de ce texte, voir M. Vasseur, *opcit.*, p. 166 et s.

(124) – En ce sens, B. Oppetit, communication préc.

Chapitre I

Le champ d'application de la loi-type de la CNUDCI.

56 – La détermination du champ d'application de la loi-type adoptée par la CNUDCI (125) résulte de ses quatre premiers articles. Les dispositions qui régissent cette loi-type visent, d'une part, les opérations concernées, d'autre part, l'exigence d'internationalité.

Conformément à son titre, la loi type est destinée à régir les virements, mais seulement les virements internationaux.

Section I

Les opérations concernées par la loi type sont uniquement les virements.

Les opérations concernées par la loi-type sont uniquement les virements et non leurs dérivés.

Paragraphe I

Les virements seulement et non les prélèvements.

57 – Uniquement les virements, vient-il d'être écrit. La loi type écarte de son champ d'application les prélèvements. Il sera simplement rappelé, ainsi qu'il a été précisé dans l'introduction, que le virement est caractérisé par le fait que le donneur d'ordre y joue le rôle actif, alors que le bénéficiaire est cantonné dans un comportement passif ; au cas de prélèvement, au contraire, le rôle actif est joué par le bénéficiaire. L'exclusion du prélèvement par la loi type résulte de l'article 2, lettre b), qui, en des termes très voisins de ceux de l'Article 4A-103 de l'Uniform Commercial Code relatif aux fonds transfers (Américain), définit l'ordre de paiement comme désignant:

« l'instruction ... de mettre à la disposition d'un bénéficiaire une somme d'argent ... ii) si l'instruction n'indique pas que le paiement doit être effectué sur la demande du bénéficiaire ».

(125) – Résolution adoptée par l'assemblée générale des Nations-Unies : A/RES/47/34, 09/02/1993.

La même lettre b), de manière quelque peu énigmatique à première lecture, ajoute, en un paragraphe distinct, que

«rien, dans le paragraphe b), ne s'oppose à ce qu'une instruction, du simple fait qu'elle enjoint à la banque du bénéficiaire de détenir jusqu'à ce qu'il en demande le paiement, des fonds pour un bénéficiaire qui n'a pas de compte auprès d'elle, constitue un ordre de paiement»

et, par conséquent, qu'il y ait virement.

Par cette disposition, les rédacteurs de la loi type ont voulu — afin de ne rien laisser dans l'ombre — viser le cas où le bénéficiaire n'a pas de compte chez la banque destinée à effectuer le versement de la somme d'argent et où — dûment alerté — il incombe au bénéficiaire de se manifester et de réclamer paiement.

En ce cas, même si «le paiement doit être effectué sur la demande du bénéficiaire », il est exclu que l'on puisse qualifier l'opération de prélèvement.

C'est non moins afin d'exclure les prélèvements du champ d'application de la loi type que ce même Article 2, lettre b, i), définissant l'ordre de paiement qui est à l'origine d'un virement, précise qu'il donne lieu à remboursement de la banque réceptrice par l'expéditeur (126).

L'exclusion de principe des instructions de paiement émanant du bénéficiaire conduit — semble-t-il — à placer aussi, sauf discussion, hors application de la loi type le cas de virement-papier international, remis par le donneur d'ordre au bénéficiaire, à charge pour lui de le présenter ou de le faire présenter au paiement à effectuer par la banque du donneur d'ordre.

Il importe alors de définir de manière positive ce qu'est un virement, selon la loi type.

(126) – A/CN.9/341 (13 Août 1990), n° 70.

Paragraphe II

Définition du virement

58 – Le même Article 2, lettre a), procède à cette définition. Ce terme, est-il écrit, en une définition presque identique à celle du «transfert de fonds» résultant de l'article 4A-104, lettre a),

«désigne la série d'opérations, commençant par l'ordre de paiement du donneur d'ordre, effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire».

La mention du but ainsi poursuivi est d'importance. Elle témoigne qu'envisagé à lui seul le virement est une opération neutre, abstraite, à distinguer de la relation sous-jacente à l'occasion de laquelle le virement intervient et qui peut avoir pour objet un paiement, une donation, un dépôt, un gage-espèces.

En Europe et notamment en France, le virement — en tant qu'il a pour «but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire » — est un mode de transfert et de remise de monnaie, de monnaie scripturale. Ce sont là les termes mêmes utilisés par un Arrêt la Cour de Cassation française, en date du 22 juillet 1986 (127).

Ce qui veut dire que transférer 1000 euros par virement, avec inscription au crédit du compte du bénéficiaire, revient au même que remettre à celui-ci 1000 euros en billets de banque entre ses mains.

Les virements ainsi régis par la loi type sont les “virements de fonds” (128).

(127) – Dalloz-Sirey, 1987, sommaires commentés, p. 299, obs. Vasseur, Cf. également Rives-Langes, « La monnaie scripturale », Mélanges Cabrillac, 1968, p. 405.

(128) – Chez certains pays, tels que la France, les valeurs mobilières, d'autres titres, tels que les titres de créance négociables, sont dématérialisés au plan national et inscrits en compte ; ils se transmettent par virement de compte à compte (Décret n° 83-359 du 2 Mai 1983, Art. 2 ; loi du 26 Juillet 1991, Art. 19.II).

On peut imaginer qu'un jour existe une circulation internationale de titres dématérialisés, semblable à la circulation internationale des fonds par virement. Ce jour là, la loi-type serait, en l'état, hors application.

Afin de lever toute hésitation, la lettre h) de l'Article 2 définit ce qu'il faut entendre par « fonds » ou « somme d'argent » ; elle énonce que ces termes englobent :

« le crédit inscrit sur un compte tenu par une banque et le crédit libellé dans une unité de compte établie par une institution intergouvernementale ou par convention entre deux Etats ou plus ».

Se trouvent donc concernés les virements en écus, d'ores et déjà pratiqués, puisque existe en France un système privé de compensation et de règlement en écus.

La définition donnée du virement par la lettre a) (et que la lettre b), premier paragraphe, reprend) pourrait paraître justifier qu'on ne s'y arrête pas. En réalité, elle est en trompe l'œil et consacre une conception du virement qui n'est pas la conception généralement admise en Europe.

A sa simple lecture, elle donne l'impression que le virement commence avec l'ordre émanant du donneur d'ordre et s'achève par la mise des fonds à la disposition du bénéficiaire. Or, tel n'est pas le cas. Pour des raisons sur lesquelles on reviendra ultérieurement, l'Article 19 de la loi type pose en règle que «le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement en faveur de celui-ci », avant même par conséquent que les fonds ne soient mis effectivement à la disposition du bénéficiaire, sauf à ce que, bien évidemment, la banque du bénéficiaire devienne, du fait de son acceptation, redevable envers celui-ci du montant de l'ordre de paiement. Mais il s'agit là d'un second temps, postérieur à l'achèvement du virement, que la loi type prend le parti de ne pas couvrir, en principe.

Une précédente définition, adoptée par le groupe de travail, lors de sa session de New York, en juillet 1988, avait entendu reproduire la définition plus conforme à la réalité et au bon sens, donnée du transfert de fonds par la norme ISO-7982 (129).

(129) – A/CN.9/317 (25 Août 1988), n° 38.

Elle dénonçait de manière parfaite que: « le terme « virement » désigne le mouvement complet des fonds allant du donneur d'ordre au bénéficiaire (130). C'est là également, au demeurant, la définition que la Commission des Communautés européennes a adoptée par sa recommandation en date du 14 février 1990, concernant «la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières». On y lit que:

« par virement, on désigne le mouvement complet des fonds libellés en écus ou dans une devise ayant cours légal dans un des Etats membres, allant d'un donneur d'ordre à un bénéficiaire, titulaire ou non d'un compte tenu par un établissement situé dans un autre Etat membre ».

Effectivement, la prise en considération du mouvement complet des fonds est seule en mesure de s'allier avec l'analyse du virement en un mode de transfert de monnaie scripturale.

La définition, initialement adoptée par le groupe de travail, fut délaissée lors de la session de Vienne, en Novembre-Décembre 1989 (131), afin de mettre en exergue que le virement résulte d'une « série d'opérations », celles-là mêmes qui ont pour but de mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire.

« Une série d'opérations... » Par là, la loi type a fait sienne la conception américaine du virement, selon laquelle un virement est fait d'autant de segments, en clair de sous-virements, d'opérations bilatérales successives, qu'il existe de banques intervenantes. Et pour que personne n'hésite sur le sens à donner à l'expression utilisée, la même lettre a) de l'Article 2, reproduisant ici encore l'Article 4A, précise que le terme « virement »:

« englobe tout ordre de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou par toute banque intermédiaire ayant pour objet de donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre ».

(130) – A/CN.9/WG.IV/WP.39 (3 Octobre 1988), commentaire de l'Article 2.

(131) – A/CN.9/329 (22 Décembre 1989), n^{os} 27 et s.

Les Américains avaient même souhaité que cette segmentation soit encore plus nettement affirmée et qu'il soit écrit que le virement est constitué par «la série d'ordres de paiement», etc.

Eclairant encore cette analyse, l'article 2 définit distinctement, d'une part, par la lettre c) le terme «donneur d'ordre», qui désigne l'émetteur du premier ordre de paiement et, d'autre part, par la lettre e) le terme «expéditeur», qui désigne la personne qui émet un ordre de paiement, en entendant par là non seulement le donneur d'ordre, ainsi qu'il vient d'être défini, mais aussi toute banque expéditrice.

59 – Cette conception atomisée du virement a été très vivement critiquée par Joseph Hamel. Elle n'est pas la conception de la plupart des pays d'Europe et, en particulier, de la France (132), pour qui le virement est une opération unitaire, globale, reposant sur un mandat que le donneur d'ordre transmet à sa banque, celle-ci se substituant une ou plusieurs autres banques, qui sont des mandataires substitués, à fin d'exécution et ainsi de suite jusqu'à la banque du bénéficiaire et au bénéficiaire lui-même. Cette conception unitaire se trouvait traduite par la définition primitivement adoptée, selon laquelle le virement correspondait au «mouvement complet des fonds allant du donneur d'ordre au bénéficiaire».

Conception atomisée du virement ou conception unitaire et globale, l'adoption de l'une ou de l'autre ne se situe pas seulement au plan théorique. Elle a une conséquence directe sur la détermination de la loi applicable au cas de conflit de lois : loi de chaque banque réceptrice, selon la conception américaine; loi unique à déterminer, selon la conception unitaire et globale du virement.

(132) – Banques et opérations de banque, T. 2, 1943, n° 836; Cabrillac, « Le chèque et le virement », 5° Ed., 1980, n°s 370, 395, 401 ; Rives-Lange et Contamine-Raynaud, « Droit bancaire », 5° Ed., 1990, n°s 271, 274, p. 375 ; Cour d'Appel de Paris, 22 septembre 1988, Dalloz-Sirey, 1991, sommaires commentés, p. 30. Pour la Suisse, Guggenheim, « Les contrats de la pratique bancaire suisse », 2^{ème} Ed., 1985, p. 256, 261 et 262. Pour la Belgique, Bruyneel, « Le virement », extrait de La banque dans la vie quotidienne, Bruxelles, 1986, p. 347, et spécialement, p. 384 et 385. Pour l'Italie, Gian Franco Campobasso, verbo « Bancogiro », Enciclopedia giuridica Treccani, Rome, 1988 ; G. F. Campobasso, dans Le operazioni bancarie, sous la direction de B. Portale, Milan, Giuffrè, T. II, 1978, p. 633 et s., et spécialement p. 692.

Le régime de la responsabilité qui pèse sur la banque du donneur d'ordre est également fonction de l'analyse adoptée. Il est appelé, selon la conception française, à être régi par l'Article 1994 du Code civil, autrement dit par les règles du mandat, si la banque du donneur d'ordre est établie en France.

Il y a plus grave ; sauf à le répéter, le représentant de la Conférence de La Haye de droit international privé a attiré l'attention sur le fait que l'analyse du virement en une série d'opérations segmentées avait ses limites, du point de vue de l'application de la loi type, en tant que telle et telle de ses dispositions, notamment celle sur la révocation (Art. 12), celle sur l'obligation de rembourser mise à la charge de la banque du donneur d'ordre (Art. 14), supposaient, pour être effectivement appliquées, que chacun des Etats où se trouvait une banque réceptrice ait adopté la loi type dans les mêmes termes. A défaut, l'application de la loi type se trouve bloquée.

Enfin, indépendamment de la critique grave qu'attire cette conception atomisée du virement, s'avère non moins critiquable et surprenante une conception du virement selon laquelle le virement s'achève avec l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire. Cette solution fera l'objet d'un examen critique particulier.

Paragraphe III

Virements bancaires et assimilés.

60 – La définition ci-dessus donnée du virement, par la lettre a) de la loi type, et celle de l'ordre de paiement, qui résulte de la lettre b), font état de la banque du donneur d'ordre, de la banque du bénéficiaire, de toute banque intermédiaire. C'est dire que les virements régis par la loi type sont par excellence des virements bancaires. Et de fait, c'est le métier du banquier de faire circuler l'argent, notamment par virement.

Pour autant, les rédacteurs de la loi type ont reculé devant la difficulté consistant à définir le terme de banque. Celui-ci a un sens bien précis, qui n'est pas nécessairement le même dans chaque législation nationale. De toute façon, s'agissant d'une loi modèle, il appartient à chaque législateur national, introduisant la loi type dans sa législation, de préciser ce qu'il entend par « banque ».

Néanmoins, les rédacteurs de la loi type n'ont pas voulu que celle-ci ne s'applique qu'aux virements bancaires au sens étroit. Ils ont désiré qu'elle concerne aussi les institutions postales et aussi les agents de change, sociétés de bourse, appelés par leurs fonctions à tenir des comptes et à être à l'origine de virements de fonds. Aussi, ont-ils énoncé, par l'Article 1, Paragraphe 2, que:

« la présente loi s'applique, de la même manière qu'aux banques, aux autres entités qui, dans le cadre normal de leurs activités, exécutent des ordres de paiement».

Se trouvent ainsi certainement visées les Banques centrales qui, en de nombreux pays, exécutent des ordres de paiement dans le cadre normal de leurs activités.

Néanmoins, ainsi élargi, le champ d'application de la loi type ne couvre certainement pas les activités des transporteurs de messages, tels que Swift, c'est-à-dire les institutions qui, fussent-elles à valeur ajoutée, traitent des messages de paiement dans le cadre d'un virement, mais sans effectivement exécuter un ordre de virement.

A cet égard, une question, qui n'a pas été éclaircie — encore qu'elle ait été discutée — a été celle de savoir si les chambres de compensation automatiques se trouvent couvertes par la loi type (133).

Sont concernées Chips aux Etats-Unis, Chaps au Royaume-Uni, Sic (Swiss Interbank Clearing) en Suisse. Ces entités n'ont pas le statut de banque. La question ne se pose pas pour Sagittaire en France, géré par la Banque de France. Il a été spécialement raisonné à propos du Sic suisse. Celui-ci, chaque matin, ouvre un compte à chaque banque participante par transfert à partir de son compte de réserve auprès de la Banque nationale suisse.

Les ordres de paiement expédiés par une banque participante, par l'intermédiaire du Sic, sont débités sur ce compte et les ordres de paiement reçus par le Sic, au profit de la même banque, y sont crédités. Les règles qui régissent les activités du Sic n'autorisent jamais un solde débiteur. Le Sic apparaît, du point de vue juridique, comme l'équivalent d'une banque correspondante des banques émettrices et réceptrices.

(133) – A/CN.9/WG.IV/WP.49 (8 Octobre 1990), commentaire de l'Article 4, n^{os} 34 à 45, et Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 58 et 59.

On est dès lors incité à considérer qu'il est une «entité qui, dans le cadre normal de ses activités, exécute des ordres de virement», encore que certains ont fait observer qu'une chambre de compensation automatique ne fait que gérer des données, mais il a été aussi fait valoir qu'à l'avenir on pouvait s'attendre à ce que les chambres de compensation automatiques effectuent un nombre de plus en plus important d'activités de caractère bancaire liées à la compensation des ordres de paiement, notamment de ceux émis pour l'exécution d'accords financiers tels que les accords d'échange financier (Swap) mettant en jeu des taux différents ou des monnaies différentes. Sur tous ces points, un parti ferme et clair n'a pas été pris.

Le champ d'application de la loi type, du point de vue des opérations concernées, telles que celles-ci viennent d'être définies, à savoir les virements bancaires et assimilés, ne connaît pas de restriction, hormis tout de même que, dans le sillage de l'Article 4A, rédigé par excellence pour régir les virements à grande vitesse, destinés à être exécutés aussitôt que reçus et assortis d'un minimum de contrôle, la loi type ne s'applique qu'aux virements résultant d'instruction inconditionnelle.

Les ordres de virement conditionnel sont placés hors application de la loi type (Art. 2, lettre b), et Art. 3). On s'arrêtera à leur propos ultérieurement, lors de l'examen du statut du donneur d'ordre et du régime juridique de l'ordre de paiement.

Comment ne pas relever enfin que la loi type ne souffle mot des cartes de paiement. Leur utilisation est-elle à l'origine d'un virement ou d'un prélèvement ? On conviendra qu'a priori la loi type n'est pas faite pour elles, pas plus que l'Article 4A. Une exclusion expresse aurait été bienvenue.

En tout cas, la loi type s'applique à tous les virements quel que soit le support ou la technique mis en œuvre.

Paragraphe IV

Virements électroniques et virements-papier ou à vitesse lente

61 – On sait qu'initialement le premier projet de texte émanant du Secrétariat et préparé pour la session de New York de juillet 1988, et cela dans le prolongement du Guide

juridique sur les transferts électroniques de fonds, n'était destiné à régir que les transferts électroniques de fonds. Mais, dès cette session de juillet 1988, puis lors de la session suivante, de décembre 1988 à Vienne, il fut décidé que la future loi type couvrirait toutes les formes de virements, les virements électroniques bien sûr, qui sont exécutés à grande vitesse et portent ordinairement sur des montants importants, mais aussi les virements-papier, les virements transmis par télex, les virements transmis par bande magnétique (134).

Lors même que l'Article 4A de l'Uniform Commercial Code est, au moins en principe, d'application aussi générale, mais est essentiellement rédigé afin de régir les virements électroniques, la délégation américaine aurait très vivement souhaité que la future loi type revienne à ses origines, sauf à ce qu'elle soit scindée en deux parties, l'une applicable aux virements électroniques, modernes, très rapides, l'autre qui se serait inscrite dans le droit fil de la tradition et qui aurait été applicable aux systèmes plus lents reposant sur le papier, le télex, les bandes magnétiques.

Pour les Américains, en effet, ces deux sortes de virements évoluent dans des mondes différents. La délégation américaine n'avait sans doute pas tort. Les deux sortes de virements ne correspondent pas à la même réalité. Des règles unitaires se voulant applicables aux uns et aux autres étaient de nature à ne convenir à aucune des deux sortes de virements ou à ne convenir qu'à l'une et pas à l'autre.

Ainsi, on conçoit mieux une règle d'irrévocabilité de l'ordre de virement, telle que celle qu'édicte l'article 12, pour les virements électroniques, susceptibles d'être exécutés aussitôt que transmis à la banque du donneur d'ordre et reçus par elle, que pour les virements-papier.

La proposition américaine, effectuée deux fois, lors de la session du groupe de travail de Novembre-Décembre 1989 (135), puis lors de la réunion de la Commission plénière, à Vienne en juin 1991 (136) ne fut pas prise en considération.

(134) – A/CN.9/317 (25 Août 1988), n^{os} 49 ss.

(135) – A/CN.9/329 (22 Décembre 1989), n^{os} 195 ss.

(136) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^o 20, et compte rendu analytique, A/CN.9/SR.439 (20 Juin 1991), n^{os} 29 ss.

Il faut d'ailleurs reconnaître qu'il aurait peut-être été difficile, en fait, d'établir une distinction claire entre les virements électroniques et tous les autres, compte tenu du fait qu'un même virement donné peut comporter des segments reposant sur l'un et l'autre type de moyen de communication. Il a pu être ajouté que l'élaboration de la loi type visait à tirer profit des pratiques de tous les pays participants, en vue de définir des normes minimales, susceptibles de contribuer à l'essor des virements internationaux.

Force aussi a été de tenir compte de la situation de nombre de pays qui n'ont point atteint l'état de développement électronique auquel sont parvenus les pays les plus avancés, tels que les Etats-Unis, le Japon, le Royaume-Uni, la France, et qui continuent à pratiquer le virement-papier. Ce dernier demeure présentement prédominant dans le tiers monde et aussi en certains pays d'Europe.

Au surplus, les dispositions de l'Article 4, permettant les dérogations conventionnelles aux règles de principe édictées par la loi type, rendent possibles, en particulier dans les relations interbancaires, les ajustements qui pourraient paraître souhaitables.

Paragraphe V

Virements concernant toutes personnes, y compris les consommateurs.

62 – Applicable du point de vue des opérations concernées à tous les virements quel qu'en soit le support, la loi type est non moins applicable quelles que soient les parties intervenantes, c'est-à-dire, en fait, quel que soit le donneur d'ordre, puisque, en principe au moins, le virement est achevé en application de l'Article 19 du fait de l'acceptation de la banque du bénéficiaire, mais quel que soit aussi le bénéficiaire, dans la mesure où, par exception, la loi type régit la situation de celui-ci.

«Quel que soit le donneur d'ordre ou le bénéficiaire», cela veut dire qu'il soit un «consommateur», c'est-à-dire une personne n'agissant pas dans le cadre d'une activité professionnelle, ou une personne agissant dans le cadre d'une telle activité.

Suivant un procédé inattendu, mais concevable, s'agissant d'une simple loi modèle, proposée à l'adoption par les Etats, une note en bas de page, explicitant l'article premier, n'a d'autre fin que d'alerter l'attention des législateurs nationaux.

Elle dispose que: « la présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection des consommateurs ». En clair, la loi régit tous les virements, Y compris les virements concernant les consommateurs et par conséquent les rapports entre le consommateur-donneur d'ordre et sa banque et ceux — le cas échéant — entre le consommateur-bénéficiaire et sa banque.

Elle ne contient pas de disposition destinée à assurer leur protection, encore que le Paragraphe 7 de l'Article 17, prévoyant qu'une banque ne peut limiter sa responsabilité envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire autre qu'une banque, soit indiscutablement d'esprit consumériste. Il revient dès lors aux législateurs nationaux de mettre en place les dispositions protectrices des consommateurs qui leur paraîtront appropriées.

De manière différente, l'Article 4A-108 exclut du champ d'application de l'article 4 A tout transfert régi par l'Electronic Fund Transfer Act de 1978. Cet Act, qui vise essentiellement les transferts électroniques résultant de l'utilisation des cartes de paiement, couvre la quasi-totalité des transferts électroniques effectués par les consommateurs. Il ne vise pas tous autres transferts électroniques «consommateur» qui, par conséquent, relèvent de l'article 4A, mais qui, effectués par l'intermédiaire de Chips, de Fedwire ou de Swift, sont rares.

Finalement, du point de vue des opérations concernées, on retiendra que la loi type, en tant qu'elle vise toutes les formes de virement, virement électronique et virement-papier ou à vitesse lente, possède en fait un champ d'application plus large que celui de l'article 4A.

D'un autre point de vue, du fait de l'exigence d'internationalité, la loi type a un champ d'application moins large que celui de l'Article 4 A.

Section II

L'exigence d'internationalité

Paragraphe I

L'exclusion des virements purement nationaux.

63 – L'article 4A de l'Uniform Commercial Code s'applique à tous virements nationaux et internationaux.

Aussi comprend-on aisément que les Américains aient souhaité que la loi type, de son côté, ne distingue pas (137). Il faut convenir que, dans la mesure où une législation spécifique sera applicable aux virements internationaux et où, par conséquent, d'autres règles concernant, par exemple, la révocation, la responsabilité de la banque du donneur d'ordre, l'achèvement du virement s'appliqueront aux virements domestiques, à moins d'un alignement problématique du régime national sur celui des virements internationaux, il en résultera, notamment pour les banques, des complications dues à la nécessité d'avoir l'œil sur chaque virement exécuté et de faire un tri, au moins intellectuel et juridique, entre les virements reçus, afin de déterminer le régime juridique applicable à chaque virement. Il convient aussi d'avoir conscience que des virements de caractère international peuvent être faits de virements purement nationaux. Exemple : banque de Marseille qui, sur instruction d'un client, transmet à une banque parisienne un ordre de virement à exécuter au profit d'un bénéficiaire japonais.

Ce souhait américain n'a pas été exaucé, non pas tant parce que la mission de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international est «d'harmoniser et d'unifier progressivement les lois du commerce international». Cette mission d'unification se trouverait en définitive plus amplement remplie encore si une loi type régissait aussi bien les opérations purement nationales que les opérations internationales. Au demeurant, le Secrétariat de la CNUDCI ne cache pas que son espoir est que cette osmose se réalise.

Mais force est tout de même de reconnaître qu'en fait la distinction entre le national et l'international est une donnée correspondant à une réalité. Un virement de Paris à Marseille ne se présente pas de la même façon qu'un virement de Paris à Tokyo. Les risques, les incidents de parcours, pour le client et pour la banque, ne sont pas les mêmes.

A cela s'ajoute que chaque pays s'est forgé son droit national des virements, un droit ordinairement jurisprudentiel, et qu'il n'est pas nécessairement à sa convenance d'en changer pour l'aligner sur une législation de caractère international, dont telle ou telle disposition est en désaccord grave avec sa conception du virement.

(137) – A/CN.9/329 (22 Décembre 1989), n° 12; Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n° 16.

Il parut dès lors plus sage, dès le début des travaux, de limiter le champ d'application de la loi type aux seuls virements internationaux, rien n'empêchant, à l'évidence, tout Etat, dont le désir d'unification serait particulièrement intense, d'étendre spontanément cette application aux virements purement domestiques (138)

Il restait alors à définir le critère d'internationalité.

Paragraphe II

Le critère d'internationalité

64 – D'emblée, il fut exclu, dès la première session du groupe de travail, à Vienne en Novembre 1987 (139) (et tous les développements qui précèdent témoignent de cette exclusion), que les virements internationaux, régis par la loi type, soient les seuls virements interbancaires. Les relations interbancaires peuvent être régies de manière satisfaisante par des conventions appropriées conclues entre banques. La justification de l'élaboration de règles types était que celles-ci régissent aussi la situation des clients des banques et, spécialement, celle du donneur d'ordre.

Aussi bien, à la même époque, la Chambre de commerce internationale avait entrepris la préparation de « principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds et pour l'indemnisation », publiés en février 1990 (brochure 457).

65 – Quel critère alors adopter de l'internationalité?

Avant de répondre à cette question, il convient de mettre en lumière ce qu'est l'internationalité d'un virement. On pressent que l'internationalité implique un franchissement de frontière. Mais qu'est-ce qui franchit la frontière, au cas de virement international ? En fait, le franchissement de frontière n'est pas le même à propos d'un virement international et à propos, par exemple, d'une vente internationale.

(138) – A/CN.9/297 (20 Novembre 1987), n° 15, et A/CN.9/317 (25 Août 1988), n° 81.

(139) – A/CN.9/297 (20 Novembre 1987), n° 14.

Supposons qu'une entreprise française ait acheté des marchandises en Allemagne pour un prix de 100000 deutschemarks (avant l'adoption de l'euro). Ces marchandises vont physiquement franchir la frontière entre l'Allemagne et la France.

Supposons alors que cette entreprise demande à sa banque, en France, de virer 100000 DM au profit du vendeur allemand. Il ne faudrait pas croire que la banque française détenant ces 100000 DM les expédierait en Allemagne. En effet — c'est là la donnée essentielle — billets mis à part, il n'y a de deutschemarks qu'en Allemagne, de livres sterling qu'au Royaume-Uni, de florins qu'aux Pays-Bas, etc.

Billets mis à part, une monnaie ne sort pas du pays qui l'émet; elle ne circule pas physiquement ; elle ne franchit pas physiquement la frontière comme le font des marchandises.

En l'espèce, la banque française de l'acheteur a un compte chez une banque allemande qui est sa correspondante. En exécution de l'ordre de virement qu'elle a reçu de son client, l'acheteur français, elle va répercuter sur la banque allemande cet ordre de virement et lui donner à son tour instruction de faire le nécessaire pour que le compte du vendeur allemand soit crédité. Ce qui a franchi la frontière, c'est cette instruction donnée par la banque en France à la banque en Allemagne. “Un virement international est donc constitué par un flux d'informations franchissant la frontière”.

A cet égard, la loi type est dans le vrai lorsqu'elle définit la banque expéditrice (ou l'expéditeur) comme étant celle qui émet un ordre de paiement et la banque réceptrice comme étant celle qui reçoit un ordre de paiement (Art. 2, lettres e) et f)).

Une seule atténuation à l'analyse ci-dessus présentée: elle provient — lorsqu'il s'agit de dollars des Etats-Unis d'Amérique — de l'existence de mécanismes de compensation en dollars (clearings) à Londres, à Tokyo, dont nous ferons état plus loin.

Il convient alors de répondre à la question posée : quel critère adopter de l'internationalité du virement ?

66 – La première idée qui vient à l'esprit est de considérer comme international le virement à l'occasion duquel le donneur d'ordre et le bénéficiaire se trouvent dans des pays différents. Telle était la définition du virement international proposée en France par Joseph Hamel (140).

Mais il a été objecté que le lieu d'émission de l'ordre n'est pas déterminant. Ainsi, qu'un résident français, en séjour temporaire à La Haye, adresse de La Haye un ordre de virement au profit d'un bénéficiaire résidant en France; le virement exécuté n'a rien de véritablement international, puisque aussi bien la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire sont en France (141).

Convenait-il alors de prendre en considération le fait que la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire seraient établies dans des Etats différents ? (142). La solution aurait eu le mérite d'être claire et de conduire à une détermination facile du caractère international du virement, chaque banque, par l'intermédiaire de laquelle transiterait le virement, pouvant procéder à la constatation du lieu d'établissement des deux banques. Cette définition de l'internationalité est au demeurant celle qui paraît avoir été adoptée par la Commission des Communautés européennes dans sa recommandation du 14 février 1990, relative aux transactions financières transfrontalières.

Cette solution fut pendant un temps retenue par le groupe de travail de la CNUDCI. Mais des esprits perspicaces ont pu faire observer que la définition ainsi proposée pouvait convenir pour les virements de clientèle, mais qu'elle n'était pas appropriée pour les virements interbancaires, les plus importants en nombre et en montant, pour lesquels une banque est son propre donneur d'ordre et où une banque est, le cas échéant, bénéficiaire pour elle-même. L'objection, à vrai dire, n'était pas véritablement dirimante. Il eût peut-être été possible de jouer avec la définition donnée du donneur d'ordre et du bénéficiaire par l'Article 2, lettres c) et d).

(140) – Banques et opérations de banque, T. 2, 1943, n° 861.

(141) – A/CN.9/318 (12 Janvier 1989), n° 28.

(142) – Ibid. n° 29.

Mais des esprits encore plus perspicaces ont fait observer qu'à supposer que le Crédit Lyonnais-Paris et la Barclays Bank-Londres aient, l'un et l'autre, pour correspondant la Chase Manhattan Bank à New York et que le Crédit Lyonnais-Paris donne ordre de débiter son compte chez la Chase Manhattan Bank et de créditer à due concurrence celui de la Barclays Bank, il n'y aurait pas alors virement international, car la Chase Manhattan Bank aurait été à la fois la banque du donneur d'ordre, le Crédit Lyonnais, et la banque du bénéficiaire, la Barclays; la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire n'auraient pas été établies dans des Etats différents (143).

Finalement, après avoir procédé à diverses approches, le critère de l'internationalité qui est apparu comme soulevant le moins d'objection est celui qui se trouve énoncé par l'article premier, à savoir qu'un virement est international « lorsqu'une banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents » (144). La loi type s'appliquera donc lorsque, à l'intérieur de la chaîne des banques intervenantes, une banque expéditrice et une des banques réceptrices auront leur siège dans des pays différents, sans qu'il y ait à se soucier du fait qu'elles relèvent de droits différents.

La définition ainsi donnée de l'internationalité du virement est à dire vrai susceptible de donner lieu à quelques surprises et à susciter des interrogations, ainsi que les deux cas ci-après permettent de le constater.

67 – Premier cas – Soit un virement de 100000 deutschemarks (avant l'adoption de l'euro) ordonné par le client d'une banque de Marseille au profit d'un bénéficiaire client d'une banque de Paris. Un tel virement Marseille-Paris devra être qualifié d'international et sera régi par la loi type, en tant du moins que, conformément aux explications précédemment données, l'exécution de l'ordre obligera la banque de Marseille à passer par l'Allemagne, car, s'il s'agit, apparemment, d'un virement national, interviennent dans son exécution des banques «situées dans des Etats différents». Le virement sera international pour le tout selon la loi type.

(143) – A/CN.9/WG.IV/WP.44 (18 Septembre 1989), commentaire de l'Article 1, n° 5.

(144) – A/CN.9/329 (12 Décembre 1989), n° 23, et A/CN.9/341 (13 Août 1990), n° 64.

On se trouverait alors tenté de considérer qu'il y a virement international toutes les fois que la monnaie, sur laquelle porte le virement, entre un donneur d'ordre et un bénéficiaire situés dans le même Etat, n'est pas la monnaie de cet Etat. En l'espèce, l'opération transite normalement par l'Allemagne, entraîne le débit et le crédit des comptes en deutschemarks des banques en France, du donneur d'ordre et du bénéficiaire chez leur banque correspondante en Allemagne (145).

Pour autant, il a pu être signalé qu'il n'aurait pas été exact en toutes hypothèses d'écrire qu'un virement est international lorsque la monnaie sur laquelle porte le virement n'est pas la monnaie de l'Etat où sont situés tout à la fois le donneur d'ordre et le bénéficiaire, la banque du donneur d'ordre et la banque du bénéficiaire.

En effet, ainsi que nous en avons prévenu précédemment, au moins lorsqu'il s'agit de virement en dollars des Etats-Unis d'Amérique, il convient de faire état de l'existence de mécanismes de compensation en dollars (clearing) à Londres, à Tokyo, de telle sorte qu'un virement en dollars à effectuer entre deux banques du Royaume-Uni n'a point nécessairement à transiter par les Etats-Unis et, dès lors, n'est pas nécessairement international, en l'absence d'un franchissement de frontières (146).

Il peut assurément transiter par les Etats-Unis, mais il peut non moins être exécuté localement grâce aux mécanismes du clearing. Ainsi se trouve justifié qu'il soit écrit, non pas qu'un virement est international lorsque la monnaie sur laquelle il porte n'est pas la monnaie de l'Etat où sont situés tout à la fois le donneur d'ordre et le bénéficiaire, mais qu'est international le virement lorsque la banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents, car, au cas de virement à effectuer en dollars, ordonné par un donneur d'ordre au profit d'un bénéficiaire dont les banques à l'un et à l'autre sont situées dans le même pays, le virement ne sera international que si la banque du donneur d'ordre (banque expéditrice) fait franchir la frontière à l'ordre qu'elle transmet à sa banque correspondante aux Etats-Unis (banque réceptrice) et que, par conséquent, la banque

(145) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article premier, n° 8.

(146) – La création de semblables clearings en devises est projetée en France.

réceptrice de cet ordre est située dans un autre Etat que celui où se trouve la banque expéditrice.

La rédaction adoptée est, dès lors, parfaitement cohérente; la solution qui en résulte n'est peut-être pas toujours parfaitement satisfaisante. En effet, compte tenu de ce qu'un ordre de virement (en dollars notamment), émanant d'un donneur d'ordre situé en Grande-Bretagne et donné à sa banque, également située en Grande-Bretagne, au profit d'un bénéficiaire situé aussi en Grande-Bretagne, dont la banque y est également établie, peut suivre deux cheminements différents, ce donneur d'ordre pourra être dans l'incertitude du point de savoir si son virement est international, auquel cas la loi type s'appliquerait, ou national, auquel cas elle ne s'appliquerait pas. Et la même incertitude peut exister au niveau de la banque du donneur d'ordre chargeant une autre banque du même pays de l'expédition de l'ordre.

68 – Compte tenu du critère de l'internationalité adopté par l'article premier, il est une autre situation qu'il importe d'éclaircir, eu égard surtout aux deuxième et troisième phrases de la lettre a) de l'Article 2, relatif à la définition du virement (147).

On supposera ici un ordre de virement en dollars, émanant d'un client, à effectuer entre deux banques d'un même pays (autre que les Etats-Unis d'Amérique), en l'absence, en ce pays, d'un mécanisme de compensation. Il arrive que la banque A du donneur d'ordre crédite immédiatement, directement, la banque B, banque du bénéficiaire (qui, sauf à le répéter, est située dans le même pays qu'elle-même); rien n'interdit en effet aux banques d'ouvrir des comptes en devises et d'effectuer entre elles des virements en devises. Il importe alors que la banque A couvre la banque B. Elle y procédera en donnant un ordre de paiement spécifique à sa banque correspondante aux Etats-Unis de créditer la banque correspondante aux Etats-Unis de la banque B.

L'opération, prise dans son ensemble, impliquera donc deux virements. Le second, tout en étant la suite du premier, est considéré par la loi type comme en étant distinct. Celle-ci n'a pas voulu que soit fait un paquet des deux virements.

(147) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 29 à 31.

La troisième phrase de la lettre a) de l'article 2, qui définit le virement, se veut très nette à cet égard, même si, à première lecture, elle s'avère quelque peu énigmatique. Elle énonce que: «un ordre de paiement émis afin de régler un tel ordre [c'est-à-dire un ordre de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou par toute banque intermédiaire pour donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre] est considéré comme faisant partie d'un virement distinct ».

Virement distinct, la conséquence est que le premier virement par lequel la banque A a créditée immédiatement la banque B en dollars (les deux banques étant situées dans le même Etat) est un virement national. En revanche, le virement — distinct — de «règlement», destiné à couvrir la banque B, qui transite par les Etats-Unis, est un virement international.

On ne peut dissimuler la grande complexité qui résulte de ces dispositions et la difficulté, pour le client donneur d'ordre, de savoir au départ si le virement qu'il ordonne sera international ou national et relèvera ou non de la loi type.

69 – Second cas – Supposons qu'à l'occasion d'une vente un acheteur de Marseille doit verser 100000 deutschemarks à un vendeur de Munich et qu'il s'adresse à sa banque à Marseille.

Celle-ci, supposons-le aussi, fait transiter l'opération par une grande banque parisienne, qui, elle-même, s'adresse à son correspondant à Francfort. Celui-ci n'est pas la banque du vendeur et répercute l'ordre sur cette dernière à Munich.

La partie du virement Marseille-Paris et celle Francfort-Munich sont-elles nationales ou internationales ? La réponse à donner résulte de la conjugaison de l'Article 2, qui définit le virement, et de l'article premier, paragraphe 1, qui énonce le critère de l'internationalité.

L'Article 2 définit le virement comme étant

« la série d'opérations commençant par l'ordre de paiement du donneur d'ordre, effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire...»

Cet article, rapproché de l'article premier, conduit à répondre que, dès lors que, dans la chaîne du virement, il y a une banque expéditrice et une banque réceptrice situées dans des Etats différents (ici, banque parisienne et banque de Francfort), toute la chaîne — même les segments nationaux — est internationale, du point de vue de la loi type. La partie Marseille-Paris et celle Francfort-Munich seront donc «internationales » et relèveront de la loi type (148).

La loi type opte ici, à juste titre, pour une compréhension élargie de l'internationalité, faisant un paquet de la «série d'opérations» intervenues. Elle intègre les segments nationaux d'un virement international.

Plusieurs Articles de la loi type (8, par. 6; 11, par. 7; 12, par. 13) confirment cette analyse, en tant qu'ils énoncent que, pour l'application de chacun de ces articles, les agences et établissements distincts d'une même banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes et que, pour autant, la loi type est applicable à leurs interventions.

Mais la banque de Marseille, qui adresse tous les jours des ordres de paiement à destination de la même banque parisienne, distinguera-t-elle le virement à destination de Munich, qui relèvera de la loi type, et le virement qui reste en France, qui n'en relèvera pas?

La définition de l'internationalité est donc bien de nature à être à l'origine de quelques surprises.

Une dernière précision en ce qui concerne la détermination du champ d'application de la loi type, du point de vue de l'application du critère d'internationalité: le paragraphe 3 de l'article premier dispose que les agences et établissements distincts d'une banque, situés dans des Etats différents, sont considérés comme des banques distinctes (ce paragraphe est à ne pas confondre avec les articles dont il vient d'être fait état).

(148) – A/CN.9/317 (25 Août 1988), n° 18, et A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article premier, n° 5.

Par conséquent, un virement entre deux agences situées dans des Etats différents de la même banque relève de la loi type. L'article optionnel relatif au conflit de lois contient une disposition semblable.

Chapitre II

Les intervenants à l'opération de virement.

70 – Les intervenants à l'opération de virement sont le donneur d'ordre ou l'expéditeur, les banques interposées entre lui et le bénéficiaire et enfin le bénéficiaire lui-même, même si, ainsi qu'on le verra, la loi type feint de ne pas vouloir s'en occuper. Le statut juridique de chacun de ces intervenants constitue le cœur même de la loi type.

Section I

Le donneur d'ordre ou expéditeur.

71 – Le terme « donneur d'ordre » est défini par la lettre c) de l'Article 2 comme désignant « l'émetteur du premier ordre de paiement dans un virement ».

Le premier ordre, car on sait que, selon la conception de la loi type, le virement est fait de la « série d'opérations commençant par l'ordre de paiement du donneur d'ordre... » (art. 2, lettre a)). Le donneur d'ordre est le premier dans la série des émetteurs. De là, par la lettre e), la définition du terme expéditeur.

Celui-ci désigne la personne qui, plus généralement, émet un ordre de paiement, le donneur d'ordre bien sûr, mais aussi toute banque réceptrice qui, à son tour, émet un ordre de paiement en vue de transmettre et exécuter l'ordre reçu, jusqu'à la banque du bénéficiaire (art 2, lettre e)).

L'examen du statut juridique du donneur d'ordre ou expéditeur conduit à étudier le régime de l'ordre de paiement qu'il donne, puis les obligations que cet ordre entraîne pour celui qui l'a donné.

Paragraphe I

L'ordre de paiement.

72 – Le régime juridique de l'ordre de paiement est fait de deux caractéristiques essentielles. L'ordre de paiement auquel s'applique la loi type est une instruction de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire, avec obligation de rembourser la banque réceptrice, étant entendu que cette instruction peut être donnée sous n'importe quelle

forme, mais doit l'être de manière inconditionnelle. De plus, l'ordre donné est irrévocable, sauf à déterminer le moment où cette irrévocabilité se trouve acquise; il est également modifiable.

A

L'ordre de paiement, ordre dépourvu de forme obligatoire.

73 – L'ordre de paiement peut être donné sous n'importe quelle forme (Art. 2, lettre b)). Il n'a pas été jugé bon d'énoncer, ainsi qu'y procède l'Article 4A-103 (lettre a), 1)), que l'ordre peut être transmis oralement, par écrit, électroniquement, compte tenu des techniques de transmission.

Les donneurs d'ordre non équipés électroniquement peuvent, par conséquent, transmettre leurs ordres par tous autres moyens à leur convenance, même oralement, sauf, au cas d'ordre transmis par téléphone, à ce que se pose un problème d'authentification et de preuve. Mais il est bien certain que la liaison informatique entre entreprise et banque est la voie de l'avenir et même déjà du présent.

En France, cette liaison informatique est susceptible d'être assurée, d'ores et déjà, en conséquence plus spécialement de l'adhésion préalable de l'entreprise au contrat d'échange de données informatisées (EDI) et de l'utilisation du "système Etebac 5", qui est l'ensemble des moyens mis en œuvre pour assurer les relations télématiques entre les entreprises et les banques, selon les principes du "Standard Etebac 5". Ledit Standard Etebac 5 est l'ensemble des règles de fonctionnement du transfert, sécurisé autant qu'il est possible, de fichier, élaboré par le Comité français d'organisation et de normalisation bancaires.

B

L'ordre de paiement, ordre inconditionnel en principe.

74 – Suivant le modèle de l'Article 4A-101 (lettre a), i)), la loi type pose en règle que, pour qu'un ordre de paiement, et, partant, un virement, soit soumis aux dispositions qu'elle édicte, il faut que l'ordre de paiement ne soit pas assorti de condition. «Le terme «ordre de paiement » désigne une instruction inconditionnelle » (Art. 2, lettre b)).

Par là, se trouve manifestée l'idée que la loi type est faite pour les virements à grande vitesse, à exécuter aussitôt que reçus, sans que le banquier ait la possibilité de vérifier si la condition stipulée est ou non réalisée.

Une telle vérification serait concevable à propos de virements dont l'exécution demande du temps, tels que les virements-papier; elle n'est effectivement pas envisageable au cas où, suivant, notamment, une pratique récente du chef des grandes entreprises, à qui leurs banques font pleine confiance, l'ordre qui part électroniquement de ces entreprises transite, en un instant de raison, par leur banque et les banques intermédiaires, jusqu'à la banque du bénéficiaire, voire jusqu'au compte du bénéficiaire lui-même, par inscription immédiate au crédit de celui-ci.

Et pourtant, la pratique, et en particulier la pratique européenne, révèle qu'existent des ordres de virement conditionnels: exemple, un ordre de paiement lié à l'ouverture d'un crédit documentaire.

Autre exemple extrait d'un Arrêt de la Cour suprême d'Allemagne, en date du 19 Mars 1991 (149) : ordre donné de procéder à un virement international, étant précisé que le montant de celui-ci ne devra être porté au compte du bénéficiaire que sur justification de l'expédition des marchandises par présentation d'une lettre de transport aérien.

La mise hors application pure et simple de la loi type des ordres de paiement conditionnels aurait eu pour résultat que, en un même pays, les ordres de virement internationaux inconditionnels auraient relevé de la loi type, en ce qui concerne, notamment, la révocation, l'achèvement, la responsabilité, tandis que les ordres de virement internationaux assortis de condition auraient été soumis à d'autres règles relativement à ces mêmes questions.

La mise hors application totale de la loi type des ordres de paiement conditionnels aurait été excessive, étant donné qu'à supposer ladite loi applicable la banque sollicitée d'intervenir à propos d'un ordre de paiement conditionnel aurait toujours été en droit de ne pas accepter celui-ci si elle n'y avait pas convenance (Art. 7).

(149) – Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 21, obs. Vasseur

La loi type n'en a pas moins pris le parti de principe de placer hors de son champ d'application les ordres de paiement conditionnels. Mais, par souci du compromis, a été introduit un Article 3 qui, lui aussi, ne sera clair que pour les initiés (150) à savoir que :

« 1. Si une instruction n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle fait l'objet d'une condition mais qu'une banque qui l'a reçue l'exécute en émettant un ordre de paiement inconditionnel, l'expéditeur de l'instruction aura par la suite les mêmes droits et obligations, en vertu de la présente loi, que l'expéditeur d'un ordre de paiement, et le bénéficiaire indiqué dans l'instruction sera considéré comme le bénéficiaire d'un ordre de paiement ».

Finalement et en fait, la loi type — qui s'éloigne ainsi de l'Article 4 A — ne place pas de manière absolue hors de son champ d'application les ordres de paiement conditionnels. Une banque peut accepter un tel ordre et l'on peut sans doute considérer qu'un tel ordre ainsi accepté par la banque qui le reçoit constitue une dérogation conventionnelle permise par l'Article 4 au principe d'inconditionnalité.

On aurait alors pu imaginer qu'il soit écrit — ainsi que cela a été proposé — que, la condition stipulée étant remplie, l'instruction exécutée devrait être traitée comme une instruction inconditionnelle. Mais cette formulation n'a pas été retenue, car, a-t-il été avancé, la détermination du point de savoir si une condition est remplie ou non, le moment où elle l'est, les conséquences de l'exécution d'une instruction conditionnelle en méconnaissance de la condition dont elle était assortie, ne doivent pas relever de la loi type et, pour qu'il n'y ait aucune hésitation sur ce point, un Paragraphe 2 a été ajouté à l'Article 3, qui dispose que :

«La présente loi ne régit pas le moment où une instruction conditionnelle reçue par une banque doit être exécutée et est sans incidence sur les droits ou obligations de l'expéditeur d'une instruction conditionnelle qui dépendent de la réalisation de la condition ».

(150) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 37 ss.

Il faut dès lors comprendre qu'une instruction conditionnelle sera régie par la loi type, une fois exécutée par la banque réceptrice qui a émis un ordre de paiement inconditionnel en conséquence de l'instruction reçue, que la condition ait été ou non remplie. L'expéditeur de l'instruction aura les mêmes droits et obligations que l'expéditeur d'un ordre de paiement initialement inconditionnel et le bénéficiaire indiqué dans l'instruction sera considéré comme le bénéficiaire d'un ordre de paiement.

Il apparaît aussi — jusqu'à plus ample informé — que le Paragraphe 1 étant libellé tel qu'il l'est, celui-ci ne concerne que le cas d'instruction conditionnelle adressée par le donneur d'ordre à sa banque et que l'exécution d'une instruction originairement conditionnelle doit être inconditionnelle de la part de la banque réceptrice qui la fait suivre, pour que la loi type s'applique, car il est apparu qu'il ne convenait pas d'imposer une responsabilité aux banques suivantes dans la chaîne du virement. De là, la précision qui figure dans le Paragraphe 1, qui fait état de la banque qui exécute une instruction conditionnelle « en émettant un ordre de paiement inconditionnel ».

Il faut dès lors comprendre aussi — semble-t-il — que la loi type ne couvre pas les ordres conditionnels au cas où la condition concernerait la banque du bénéficiaire (par exemple, la justification de l'expédition de marchandises par présentation, par le bénéficiaire, d'une lettre de transport aérien, dont a eu à connaître la Cour suprême d'Allemagne dans l'affaire précitée).

Chacun conviendra que la prise en considération — à regret — des ordres de paiement conditionnels est à l'origine tout à la fois de complications extrêmes et de demi-mesures, à l'occasion desquelles se trouvent consacrés une chose et son contraire.

C

L'ordre de paiement, ordre irrévocable en principe.

75 — Curieusement, c'est sous le titre « Révocation » que l'article 12 de la loi type consacre, en un article de treize paragraphes, le plus long de tous les articles de la loi, l'irrévocabilité de l'ordre de paiement.

Cet article a été l'objet d'un retournement de rédaction dont il ne faut pas exagérer l'ampleur.

Une première rédaction consacrait la révocabilité de l'ordre (appelée, à l'époque, annulation), mais sous la condition que l'ordre d'annulation émanant du donneur d'ordre ait été «reçu suffisamment à temps avant l'exécution de l'ordre de paiement...» par la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire ou par la banque du bénéficiaire avant qu'elle n'ait accepté l'ordre de paiement (151) puisque, en application de l'Article 19, cette acceptation marque l'achèvement du virement, tout cela, suivant une formulation inspirée de l'Article 4A-21 1.

Nombre de délégations européennes ne se sont pas montrées satisfaites de cette formulation, qui donnait l'impression que se trouvait consacré le principe de révocabilité des ordres de paiement, même si cette révocabilité était assortie de limitations. Ainsi, en France, un ordre de virement est déclaré irrévocable à partir du moment où le compte du donneur d'ordre a été débité (152). Toutefois, cette position française n'est pas unanimement adoptée ; plusieurs pays (la Belgique (153), par exemple) consacrent une révocabilité différée jusqu'au moment où le bénéficiaire a été crédité.

Finalement, la consécration du principe d'irrévocabilité a été acquise (154). Il ne faut point pour autant conclure à une volte-face du groupe de travail. En effet, l'irrévocabilité de principe est assortie de limites, celles-là mêmes qui accompagnaient la révocabilité consacrée par le texte initial. Irrévocabilité par l'expéditeur, oui ! mais un ordre de révocation produira effet s'il est reçu par la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire ou par la banque du bénéficiaire, si la banque est en mesure d'y donner suite, soit parce que la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, elle, n'a pas encore exécuté l'ordre de paiement initialement donné et que l'ordre de révocation a été reçu avant le moment

(151) – A/CN.9/317 (25 Août 1988), n°s 120 ss.

(152) – Cour de cassation, chambre commerciale, 26 Janvier 1983, Dalloz-Sirey, 1983, informations rapides, 464, obs. Vasseur. C'est également à partir du moment où le compte du donneur d'ordre a été débité que le bénéficiaire acquiert droit au paiement (Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 12 Juillet 1976, Jurisclasseur périodique (JCP), 1978, II, 2902, n° 23).

(153) – Bruyneel, « Le virement », dans La Banque dans la vie quotidienne, Bruxelles, 1986, n° 22.

(154) – A/CN.9/344 (10 Janvier 1991), n°s 86 ss.

définitif d'exécution (155), soit parce que la banque du bénéficiaire, elle, n'a pas encore donné son acceptation à l'ordre (156).

En définitive, révocabilité assortie de limites ou irrévocabilité assortie de limites de même ordre, le résultat pratique est identique. L'irrévocabilité de principe n'en satisfait pas moins les Français, en tant que se trouve limitée la possibilité, pour le donneur d'ordre, de révoquer l'ordre donné à sa propre banque et que, par conséquent, se trouve rejointe la position précitée de la Cour de cassation française.

Mais l'Article 12 va au-delà et satisfait aussi les partisans d'une révocabilité différée, puisque, en application du paragraphe 2, l'expéditeur peut aussi court-circuiter sa propre banque et les banques intermédiaires en adressant son ordre de révocation directement à la banque du bénéficiaire, avant que celle-ci n'ait accepté l'ordre de virement et que le virement, en conséquence de l'article 19, ne soit achevé.

Le donneur d'ordre se trouve ainsi en mesure de «rattraper» son ordre, alors que son compte a déjà été débité. Cette possibilité va donc au-delà de la solution française; il appartiendra alors au donneur d'ordre de parvenir à faire créditer son compte; il n'est pas sûr que les choses soient simples pour lui.

Faut-il ajouter — même si la loi type ne le précise pas — qu'une banque réceptrice (autre que la banque du bénéficiaire) qui a reçu un ordre de révocation après l'avoir exécuté, c'est-à-dire après l'avoir transmis à la banque suivante, peut, de son côté, pour être agréable à son client et aussi eu égard à l'assistance qu'elle est invitée à prêter à celui-ci par l'Article 13 de la loi type, faire ce qui est en son pouvoir pour rattraper l'ordre qu'elle a elle-même

(155) – Ou avant le commencement du jour où l'ordre de paiement aurait dû être exécuté, au cas d'ordre à exécution différée (Art. 12, par. 1). Ce qui veut dire que si la banque réceptrice a exécuté l'ordre avant la date fixée, la révocation intervenue avant cette date est valable ; la banque a agi à ses risques ; elle ne pourra obtenir paiement et, si elle avait obtenu paiement, elle devra rembourser (Art. 12, par. 5).

(156) – Ou, parce que l'ordre de révocation est intervenu avant le commencement du jour où les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire, si ce moment est postérieur à l'acceptation par la banque du bénéficiaire (Art. 12, par. 1), ce qui veut dire également que si la banque du bénéficiaire a mis les fonds à la disposition du bénéficiaire avant la date fixée, elle a agi à ses risques ; elle ne pourra obtenir paiement et, si elle avait obtenu paiement, elle devra rembourser (Art. 12, par. 5).

transmis, c'est-à-dire le révoquer s'il en est encore temps (157).

On aboutit alors à la constatation qu'un ordre de paiement ne devient sûrement irrévocable que lorsque le virement est achevé en conséquence de l'acceptation de celui-ci par la banque du bénéficiaire (Art. 19). Est-ce à dire alors que c'est seulement à ce moment que le montant du virement doit être considéré comme sorti du patrimoine du débiteur, avec cette conséquence, notamment, que, jusqu'à ce moment, une saisie-arrêt de ce montant serait possible par saisie du compte du donneur d'ordre, bien que l'argent soit sorti de son compte ?

Voilà qui surprendrait. En France, c'est le débit du compte du donneur d'ordre qui entraîne l'irrévocabilité du virement et qui marque la sortie des fonds du patrimoine du donneur d'ordre. Aux Etats-Unis, il a été jugé, en 1985, qu'une saisie-arrêt cessait d'être possible lorsque les fonds ont été transmis à la banque du bénéficiaire par l'intermédiaire de Chips (158). On est alors incité à penser que, en ce qui concerne la loi type, ce n'est pas l'irrévocabilité certaine du virement, acquise du fait de l'achèvement du virement résultant de l'acceptation du virement par la banque du bénéficiaire, qui marque la sortie de l'argent du compte et du patrimoine du donneur d'ordre, mais le paiement de la banque réceptrice, par le donneur d'ordre (ou expéditeur), effectué en application du paragraphe 6 de l'article 6 et réalisé selon les modalités de l'article 6.

Indépendamment de la question qui vient d'être examinée, les dispositions de l'Article 12 ne sont point sans soulever des interrogations. On conçoit qu'elles puissent trouver application effective au cas de virement-papier. En revanche, leur application est de nature à rester ineffective au cas de virement électronique. En effet, la quasi-instantanéité avec laquelle l'ordre de paiement transmis est exécuté — s'il s'agit d'un ordre à exécution immédiate — fait obstacle, en fait, à la possibilité de le révoquer, à partir du moment où il a été transmis ; un tel ordre ne peut plus être « rattrapé » ni chez la banque du donneur d'ordre, ni même chez la banque du bénéficiaire, et cela, spécialement au cas déjà signalé

(157) – A/CN.9/344 (10 Janvier 1991), n° 94.

(158) – *Affaire Reihor International Ltd v. Cargo Carriers*, 759 F. 2d 262 (2d Cir., 1985) ; Cf. Patrikis, « L'évolution du droit relatif aux paiements électroniques importants libellés en dollars », *Revue de droit des affaires internationales*, 1987, p. 639, et spécialement p. 643.

où, suivant une pratique naissante du chef de grandes entreprises à qui leurs banques font pleine confiance, l'ordre, qui part électroniquement de ces entreprises, transite par leur banque et les banques intermédiaires jusqu'à la banque du bénéficiaire, voire jusqu'au compte du bénéficiaire lui-même, par inscription immédiate au crédit de celui-ci. Lors même que cette pratique n'est pas présentement généralisée, il convient d'observer que le donneur d'ordre devrait faire preuve de beaucoup de célérité pour «rattraper» son ordre (par hypothèse, à exécution immédiate) avant que sa banque, qui s'efforce de l'exécuter aussitôt reçu, l'ait transmis à la banque suivante ou avant que la banque du bénéficiaire l'ait accepté.

76 – Il n'empêche; le principe d'irrévocabilité laisse donc place à une certaine révocabilité également de principe. Cela posé, le Paragraphe 3 permet à l'expéditeur et à sa banque de convenir d'une irrévocabilité sans exception, dès l'émission de l'ordre. Une telle irrévocabilité conventionnelle des ordres eux-mêmes est, au demeurant, la règle en ce qui concerne les transferts transitant par Sagittaire, eu égard au règlement qui les régit (159).

77 – Quelques précisions.

1) Le Paragraphe 4 de l'article 13 exige que tout ordre de révocation soit authentifié. On examinera plus loin, à propos de l'examen des obligations de l'expéditeur d'un ordre de paiement (Art. 5), la question de l'authentification. On se bornera ici à signaler qu'un ordre de paiement, lui, ne doit pas obligatoirement être l'objet d'une authentification (Art. 5, par. 2), mais que — au motif invoqué de sa gravité — un ordre de révocation doit, lui, en faire l'objet.

2) En application du Paragraphe 11 de l'Article 12, le décès, l'insolvabilité, la faillite ou l'incapacité de l'expéditeur ou du donneur d'ordre n'emporte pas révocation de l'ordre de paiement, ni ne met fin au pouvoir de l'expéditeur.

(159) – Le règlement interne Sagittaire, par les Articles 59 et 60, dispose que la Banque de France-gestionnaire n'accepte aucune annulation directe d'opération et que l'adhérent qui a émis à tort un ordre de débit valide au bénéfice d'un autre adhérent doit s'adresser à celui-ci pour qu'il lui envoie, via Sagittaire, un règlement en sens inverse ou qu'il contre-passe l'opération en dehors de Sagittaire, par tout autre moyen.

S'agissant du décès de l'expéditeur, on a pu faire remarquer que c'était par un abus de langage que le terme de «révocation», qui implique une initiative volontaire, était ici utilisé.

On observera en tout cas que la faillite de l'expéditeur n'entraîne pas caducité de l'ordre de paiement. Faut-il en conclure que l'ordre donné en période suspecte, c'est-à-dire dans les temps qui ont immédiatement précédé la déclaration de faillite, échappe à toute action en nullité et que le bénéficiaire a un droit inattaquable au paiement?

3) Le Paragraphe 13 de l'Article 12 dispose que, pour l'application dudit article, les agences et établissements distincts d'une banque, même situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

A l'évidence, la disposition n'est susceptible de s'appliquer qu'au cas de virement international et dans la mesure où deux agences d'une même banque, situées dans le même Etat, sont appelées à intervenir à son propos, par exemple: le siège de la banque par lequel transitent les virements en provenance de l'étranger et la succursale de la banque qui est la « banque » du bénéficiaire (160).

4) Du Paragraphe 5 de l'Article 12, il résulte qu'au cas d'ordre valablement révoqué l'expéditeur, qui n'aurait pas encore effectivement payé le montant de l'ordre, n'est pas tenu d'y procéder et que, en toute hypothèse, la banque devra rembourser le paiement qu'elle aurait reçu. Il n'est pas précisé de manière expresse si le donneur d'ordre a droit en ce cas au paiement d'intérêts pour la période pendant laquelle il aurait pu utiliser les fonds, sauf à faire jouer la disposition de l'Article 14, paragraphe 1, dans la mesure où le Paragraphe 10 de l'Article 12 étend le régime applicable au cas de virement non achevé au cas d'exécution d'ordre révoqué.

Il n'apparaît pas en tout cas qu'il puisse être fait ici application de la première phrase du Paragraphe 1 de l'Article 17, qui vise le cas différent [l'achèvement d'un virement, mais avec retard (161)]. On reviendra plus loin sur le régime applicable au remboursement du montant d'un ordre révoqué à propos du cas différent de trop versé à rembourser, eu égard au libellé semblable de l'Article 12 Paragraphe 10, et de l'Article 16.

(160) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n° 242.

(161) – A/CN.9/346 (15 mai 1991), commentaire de l'Article 11, n°s 15 et 17.

5) Enfin, on rappellera comment le régime de révocation limitée, prévu par la loi type, ne peut trouver à s'appliquer, eu égard à la conception atomisée du virement consacrée par la loi type, que si celle-ci s'applique à la totalité du virement, autrement dit à la condition que tous les Etats par lesquels passe le virement l'aient adoptée.

D

La détermination du moment de l'irrévocabilité.

La question posée à la suite de la faillite de la Banque Herstatt

78 – L'affaire ci-après rapportée illustrera l'importance de la détermination du moment où l'ordre de virement donné devient irrévocable. Cette affaire est celle à laquelle ont donné lieu la fermeture et la faillite de la banque allemande Herstatt, en 1974, et qui a été à l'origine de décisions américaines et britanniques.

Le 14 Juin, la banque allemande Delbruecq avait conclu, avec la Banque Herstatt, deux contrats prévoyant la livraison, par Delbruecq à Herstatt, le 26 Juin, de 10 millions de dollars des Etats-Unis et de 2,5 millions de dollars des Etats-Unis, contre paiement d'une somme, en marks, à verser par Herstatt à Delbruecq, en Allemagne.

L'opération impliquait que les 10 et 2,5 millions de dollars passent du compte de Delbruecq aux Etats-Unis d'Amérique au compte de Herstatt aux Etats-Unis.

Delbruecq avait pour correspondant, à New York, Manufacturers Hanover Trust Company, et Herstatt, Chase Manhattan Bank.

Le 25 Juin, veille du jour où les dollars devaient être livrés à Herstatt, Delbruecq envoie par télex à Manufacturers un ordre prescrivant, pour le lendemain 26, le transfert des 10 et 2,5 millions de dollars au crédit du compte de Herstatt à la Chase.

Effectivement, le 26 juin, à 11 h 36 et 11 h 37, Manufacturers fait le nécessaire — via l'ordinateur de Chips — pour que Chase soit créditée de 10 et 2,5 millions de dollars et l'ordinateur central de la chambre de compensation, connecté à l'ordinateur de Chips, tout à la fois imprime le ticket de débit sur le terminal de Manufacturers et le ticket de crédit sur le terminal de Chase, débite le compte de Manufacturers à la chambre de compensation et

crédite celui de Chase.

La fermeture de la Banque Herstatt a été annoncée par le service allemand de télescripteurs à 10 h 34 (heure de New York; 16 h 34, heure allemande). Delbruecq l'a appris à 10 h 45 et Manufacturers, à New York, à 11 h 30, mais le service de Manufacturers, informé, était un autre service que celui des paiements.

A partir de 12 heures, Delbruecq va s'efforcer, auprès de Manufacturers, puis de Chase, d'arrêter le transfert, puis, à défaut, d'obtenir le retour des fonds. Manufacturers s'y emploie également auprès de Chase.

Peine perdue. Chase oppose que le transfert a été exécuté.

Puis, suivant l'usage, en fin de journée, à 21 heures, Chase a crédité le compte de Herstatt de 12,5 millions de dollars.

Delbruecq récupéra 7,5 millions en vertu des procédures allemandes et d'un accord de créanciers intervenu à New York. Sa perte est de 5 millions de dollars des Etats-Unis.

Procès à New York.

Delbruecq réclame à Manufacturers paiement de 5 millions de dollars des Etats-Unis au motif que Manufacturers aurait fait preuve de négligence :

- en transférant les fonds alors qu'il connaissait ou aurait dû connaître la fermeture de la Banque Herstatt;
- en ne récupérant pas les fonds auprès de Chase.

Delbruecq a vu sa demande rejetée en première instance (162) et en appel (163).

Devant la cour d'appel, la vraie question avait été plus directement posée que devant le tribunal: celle de la révocabilité ou de l'irrévocabilité du transfert ordonné et, de manière plus précise, celle de savoir jusqu'à quand la révocabilité pouvait intervenir.

(162) – 464 F. Supp. 989 (SDNY, 1979).

(163) – 606 F. 2d 1047 (2d Cir., 1979). Sur cette affaire, cf. Norman Penney et Donald I. Baker, *The Law of Electronic Funds Transfer Systems*, Warren, Gorham et Lamont éd., Boston, New York, 1980.

Delbruecq avait soutenu, en effet, que le transfert était révocable jusqu'à 21 heures, c'est-à-dire jusqu'à ce que les 12,5 millions de dollars aient été portés au crédit du compte de Herstatt par Chase.

La cour d'appel jugea que le transfert a été irrévocable dès 11 h 36 et 11 h 37, c'est-à-dire dès que l'ordinateur central de la chambre de compensation, connecté à l'ordinateur de Chips, a tout à la fois provoqué l'impression du ticket de débit sur le terminal de Manufacturers et du ticket de crédit sur le terminal de Chase et a débité le compte de Manufacturers à la chambre de compensation et crédité celui de Chase.

Sous une autre forme, on dira qu'un paiement via Chips est définitif lorsqu'il a été exécuté par une banque donneur d'ordre par l'intermédiaire du système Chips au profit d'une banque bénéficiaire.

Et la cour de balayer l'argument tiré par Delbruecq du fait que le compte de Herstatt n'avait été crédité qu'à 21 heures. Ce fait, juge-t-elle, n'a pas d'importance, car il ne s'est agi que d'une simple inscription comptable. Tout pareillement, ajoute-t-elle, un paiement en espèces ou un chèque de banque, remis à Chase, au profit de Herstatt, n'aurait pas été formellement inscrit sur les livres de Chase avant 21 heures. Pour autant, le paiement en espèces ou par chèque de banque est irrévocable dès que les espèces sont versées et le chèque de banque remis.

Le tribunal, de son côté, avait jugé que Manufacturers n'avait pas été négligent pour avoir effectué le transfert à 11 h 36 et 11 h 37, alors que, dès 11 h 30, l'un de ses services avait appris la fermeture de la Banque Herstatt, mais ce service n'était pas le service qui effectuait les transferts. Six et sept minutes n'étaient pas un temps suffisant pour que l'information soit portée à la connaissance de tous les services.

Le tribunal avait fait également observer que c'est bien plutôt Delbruecq qui a été négligent, car il a appris, dès 10 h 45, la fermeture de la Banque Herstatt et il n'est pas intervenu tout de suite auprès de Manufacturers pour s'opposer au transfert à effectuer. Le tribunal laisse donc entendre que Delbruecq aurait pu s'opposer au transfert jusqu'à ce que Manufacturers, à 11 h 36 et 11 h 37, l'exécute et le rende irréversible.

Les décisions ainsi rendues militent en faveur d'une irrévocabilité rapprochée de l'ordre de transfert. Elles sont en ligne avec l'Article 12 de la loi type, puisqu'elles ont décidé que l'ordre de Delbruecq était devenu irrévocable dès que Manufacturers avait déclenché le processus qui avait conduit au crédit porté au compte de la Chase.

Delbruecq n'a pu obtenir la restitution des fonds correspondant à son ordre. L'Article 12, quant à lui, fixe l'irrévocabilité de l'ordre «au moment effectif de l'exécution» par la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire. Il est en conformité avec les décisions intervenues.

Un autre procès a eu lieu à Londres. Delbruecq fut plus heureux, mais les circonstances étaient totalement différentes. Delbruecq et Herstatt avaient toutes deux un compte chez la Barclays Bank. Herstatt avait donné ordre à la banque de virer 120 000 livres au compte de Delbruecq. La Barclays Bank y avait procédé le 26 juin, avant - d'être informée de la fermeture de la Banque Herstatt, intervenue en fin d'après-midi (heure allemande).

Or, Herstatt était à découvert chez la Barclays. Celle-ci prétendit contre-passer le lendemain l'écriture de crédit portée au compte de Delbruecq et invoqua qu'elle y était fondée, au motif qu'aucun avis de crédit n'avait encore été envoyé à Delbruecq. Peu importe, a-t-il été jugé à Londres, «un paiement est réputé effectué si le compte du bénéficiaire est crédité...»

On relèvera comment c'est le moment de l'écriture portée au crédit du compte du bénéficiaire qui a été retenu comme déterminant (164).

En Allemagne, la faillite de la Banque Herstatt donna au Tribunal fédéral l'occasion de préciser les obligations de la Bundesbank à l'égard des banques participant à un clearing international.

Il convient ici d'attirer l'attention sur le fait que l'irrévocabilité régie par l'Article 12 est celle des ordres de virement.

(164) – Sur l'affaire américaine et l'affaire anglaise, cf. Effros, «A Banker's Primer on the Law of Electronic Funds Transfers », *The Banking Law Journal*, 1988, p. 510, et spécialement p. 536-537.

Cette question doit être soigneusement distinguée d'une autre question de révocabilité ou d'irrévocabilité, qui résulte de ce que, à l'occasion de nombre de systèmes de paiement et de compensation, actuellement en fonction (Chips aux Etats-Unis, Sagittaire en France, mais non pas Fedwire aux Etats-Unis), les règlements au profit des participants au système ne sont susceptibles, dans les rapports entre ces participants, de devenir définitifs qu'en fin de journée comptable (Sagittaire), lorsque, en conséquence de la compensation générale intervenue et réalisée chez la Banque centrale, toutes les banques débitrices ont été en mesure de régler ce qu'elles devaient (165).

La conséquence est que, si une banque participante, pour raison de « faillite » ou autre, ne réglait pas son solde débiteur net en fin de journée, la Banque centrale (qui, en France, jusqu'à présent, n'a jamais été amenée à recourir à cette procédure) serait en droit de « révoquer » certains virements réalisés en direction et à partir de cette banque pendant la journée, en opérant en sens chronologique inverse, avec avertissement donné aux émetteurs et bénéficiaires.

En d'autres termes, le défaut de l'un des participants entraînerait, du chef de ce participant, l'annulation rétroactive de la compensation. Aussi, les banques réceptrices, prudentes, pourraient prendre le parti de ne pas créditer leurs bénéficiaires avant le règlement définitif, en fin de journée. Si, pour rendre service à leurs clients, elles anticipent, elles le font à leurs risques, à moins qu'elles ne se soient ménagé la possibilité de contrepasser le crédit inscrit au compte des bénéficiaires.

Toutefois, selon la loi type, cette situation serait sans conséquence pour le donneur d'ordre, puisque, selon l'article 19, le virement est considéré comme achevé dès que la banque du bénéficiaire a accepté l'ordre de virement, dès avant que le bénéficiaire ait été crédité.

La question de la révocabilité et de l'irrévocabilité envisagée de ce second point de vue avait été abordée par un document du Secrétariat de la CNUDCI (166).

(165) – Article XI de la Convention Sagittaire et 37 du règlement interne.

(166) – A/CN.9/WG.IV/WP.42 (27 Avril 1989), n^{os} 43 ss.

Pour autant, la loi type est restée sur une prudente réserve en ce qui concerne la prise en considération de ce qu'elle appelle «les systèmes de transfert de fonds» (Art. 6, lettre h), iv); art. 12, par. 9; art. 14, par. 6), estimant que les assises juridiques de ces systèmes et, plus largement, des systèmes de compensation bilatérale ou multilatérale n'avaient pas encore été suffisamment explorées. La loi type se borne, à l'article 6, lettre h), iv), à énoncer qu'au cas de virement interbancaire l'obligation de payer la banque réceptrice, qui incombe à la banque expéditrice, est acquittée:

« Lorsque le règlement définitif est effectué en faveur de la banque réceptrice, conformément

a) aux règles d'un système de transfert de fonds prévoyant le règlement des obligations entre les participants bilatéralement ou multilatéralement, ou

b) à un accord de compensation bilatérale conclu avec l'expéditeur ».

Mais la loi type ne précise pas le moment où le règlement devient définitif. Elle ne précise pas, au cas où le règlement — non devenu définitif — serait remis en cause du fait de la défaillance d'un participant, les conséquences de cette remise en cause sur le bénéficiaire du virement, qui aurait reçu le paiement avant que le règlement ne soit devenu définitif et si une contre-passation pourrait intervenir. Ou bien la banque devrait-elle attendre d'être couverte avant de créditer le bénéficiaire ? Signalons que ce sont là des points que la Commission des Communautés européennes de Bruxelles, à l'occasion des travaux qu'elle a entrepris, entend élucider, en allant par conséquent plus loin que la loi type.

E

L'ordre de paiement, ordre modifiable.

79 – Du cas de révocation de l'ordre de paiement, il est tentant de rapprocher celui de modification, d'autant que, en pratique, les cas de modification sont plus fréquents que ceux de révocation pure et simple.

La loi type a effectué ce rapprochement par le Paragraphe 12 de l'Article 12, qui énonce que:

« Les principes énoncés par le présent article [relatif à la révocation] s'appliquent à la modification d'un ordre de paiement ».

Ce rapprochement a été effectué hâtivement, au dernier moment (167). Il l'a été maladroitement. Apparemment, la modification à laquelle il a été fait référence est celle du montant de l'ordre de virement, mais toute modification du montant de l'ordre de virement n'implique pas révocation. Ainsi, au cas d'ordre d'un montant de 100, le donneur d'ordre, qui entend que les fonds transférés soient de 150, ne révoque pas son premier ordre ; il donne un ordre supplémentaire de 50 (168). En revanche, si, après avoir donné un ordre de 100, il entend réduire son premier ordre à 50, il révoque effectivement son ordre initial, puis émet un nouvel ordre de 50.

A cela s'ajoute que toute modification, par exemple un complément apporté au nom ou à l'adresse du bénéficiaire, ne peut être assimilée à une révocation. Conviendra-t-il néanmoins de la traiter de la même façon ?

Le Paragraphe 12 de l'article 12 aurait mérité une analyse plus approfondie.

Paragraphe II

Les obligations du donneur d'ordre ou expéditeur.

Le donneur d'ordre ou expéditeur est lié par l'ordre qu'il donne; il doit en conséquence payer la banque réceptrice.

(167) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), nos 217 ss.

(168) – Ce type d'amendement se trouve implicitement prévu par l'Article 15, qui prévoit que, lorsque le montant de l'ordre de paiement exécuté par une banque réceptrice est, pour une raison autre que les frais prélevés par celle-ci, inférieur à celui de l'ordre de paiement qu'elle a reçu, la banque est tenue d'émettre un ordre de paiement couvrant la différence.

A**Le donneur d'ordre ou expéditeur, lié par l'ordre qu'il a donné****a****Le principe.**

80 – Le paragraphe 1 de l'Article 5 ne pouvait être autre que ce qu'il est:

« L'expéditeur est lié par un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement s'ils ont été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier ».

L'expéditeur est « lié »; cela veut dire qu'il devra payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre de paiement. A contrario, un expéditeur, qui n'est qu'un expéditeur apparent, n'est pas lié par un ordre de paiement émanant d'une personne autre que lui, qui était sans pouvoir (169). Pour autant, à juste raison, la loi type a entendu ne pas préciser les données en conséquence desquelles un pouvoir a pu être effectivement et valablement donné par l'expéditeur. L'article relatif au conflit de lois, qui est en option, en son Paragraphe 2, écrit que le pouvoir de l'expéditeur effectif de lier l'expéditeur apparent est régi par la loi applicable, d'après le système général du conflit de lois. La détermination de cette loi n'est d'ailleurs pas chose facile (170).

Se pose alors le problème de l'authentification de l'ordre et aussi de son contenu.

b**L'authentification.**

81 – L'article 2, lettre i), définit le terme «authentification» comme désignant :

« une procédure établie conventionnellement pour déterminer si un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement émane bien de la personne indiquée comme étant l'expéditeur ».

(169) – Pour des exemples d'ordres de virement émanant de faussaires, cf. texte, n° 80.

(170) – Batiffol et Lagarde, Droit international privé, t. 2, 1983, n° 603.

On remarquera que cette définition de l'authentification ne concerne que la source de l'ordre et non pas son contenu, qui a pu être trafiqué avant de parvenir à la banque réceptrice. Il a toutefois été fait observer que le Paragraphe 5 de l'Article 5 dispose que : « Un expéditeur lié par un ordre de paiement est lié par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice », autrement dit par son contenu.

Pour autant, il n'apparaît pas que l'authentification de la source garantisse l'authentification du contenu de l'ordre. Il y a là un aspect essentiel de la sécurité que les banques, en France, entendent garantir. L'authentification du contenu peut en effet résulter de l'affinement des procédures de télétransmission entre client et banque.

C'est ainsi qu'en France les protocoles Etebac, et en particulier le protocole Etebac 5, intègrent des procédures spécifiques garantissant l'authenticité du contenu, notamment grâce à l'accusé de réception chiffré des instructions du client et à la confirmation globale de ces mêmes ordres. Il convient aussi de signaler le tout début d'utilisation du procédé de la signature numérique (171) notamment par la Banque Française du Commerce Extérieur.

82 – Il convient, à ce stade, de sérier les questions à examiner.

En premier lieu, on relèvera que la loi type n'impose en aucune façon la mise en place d'un procédé d'authentification des ordres de paiement, alors qu'elle l'impose pour les ordres de révocation et de modification (Art. 12, par. 4 et 12).

En l'absence d'une telle mise en place, le Secrétariat de la CNUDCI a écrit que, en conséquence de la règle de principe énoncée par le Paragraphe 1 de l'Article 5, la banque réceptrice de l'ordre serait toujours responsable du préjudice résultant de l'exécution d'un ordre de paiement non autorisé (172).

(171) – Cf. supra texte n° 16, ainsi que le rapport intitulé « Du sceau numérique ... à la signature numérique », publié par l'Observatoire juridique des technologies de l'information, qui est un organisme officiel rattaché au Secrétariat général du gouvernement, *Revue française de comptabilité*, février 1993, p. 71.

(172) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 4, n° 6. Il convient de préciser qu'au cas de virement interbancaire la vérification de l'authenticité de l'ordre incombe à la banque qui, ayant reçu celui-ci, le transmet ; la banque suivante, qui le reçoit, n'a nulle obligation, ni responsabilité à cet égard (Versailles, 7 Décembre 1990, Dalloz-Sirey, 1992, *sommaires commentés*, p. 25, obs. Vasseur).

Encore faudra-t-il que l'expéditeur apparent, sur qui pèsera la charge de la preuve, démontre que l'ordre de paiement n'émanait pas de lui ou d'une personne à qui il avait donné pouvoir. Il est certain que la solution ici exposée incitera les banques réceptrices à subordonner leur intervention dans l'exécution de virement à la conclusion, avec leurs clients, d'un accord relatif à l'authentification des ordres de paiement.

En second lieu, la loi type, par le Paragraphe 2 de l'Article 5, soumet à un régime à part (excluant l'application des paragraphes 2 et 4 sur lesquels on s'expliquera plus loin) l'authentification résultant d'« une simple comparaison de signature» avec un spécimen.

A l'évidence, les ordres visés sont — jusqu'à plus ample informé — les ordres-papier, assortis d'une signature manuscrite. De la rédaction obscure de la disposition concernant ce type d'authentification, interprétée a contrario, il résulterait que, eu égard au Paragraphe 1, seul applicable ici, qui énonce que l'expéditeur apparent n'est pas lié par un ordre qui n'émane pas de lui ou d'une personne à qui il a donné pouvoir, l'expéditeur apparent, au cas d'ordre signé par un faussaire, ne serait pas lié.

Le risque serait donc pour la banque qui aurait exécuté un tel ordre, sans s'apercevoir que la signature de l'ordre, parfaitement imitée, était fausse (173). Cette conséquence — même si elle découle de la lettre du Paragraphe 1 — est sévère.

En France, il a été jugé qu'au cas d'ordre de virement signé par un faussaire, qui a imité la signature de l'expéditeur apparent, de telle façon que la falsification n'était pas décelable, la banque, qui n'a pas commis de faute, ne peut voir sa responsabilité engagée ; la perte a donc été laissée à l'expéditeur apparent (174) dont on peut considérer qu'il n'a guère été conscient de ses intérêts, en s'en remettant à la comparaison des signatures comme procédé d'authentification.

En effet, il est d'évidence qu'une signature ne peut rester secrète et est susceptible d'être parfaitement imitée. On peut penser ici également que les banques réceptrices s'efforceront de conclure avec leurs clients tous accords appropriés, soit pour écarter, en

(173) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 69, 70 et 107, 108.

(174) – Douai, 28 Juin 1990, et Versailles, 7 Décembre 1990, Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 24-25, obs. Vasseur.

application de l'Article 4, la solution conduisant à mettre à leur charge le risque de fausse signature, soit pour convenir de la mise en place d'une procédure d'authentification autre que celle résultant de la simple comparaison des signatures, soit encore pour qualifier l'authentification par simple comparaison des signatures de méthode commercialement raisonnable de protection, au sens du Paragraphe 2, mais, compte tenu du Paragraphe 3, une telle convention est-elle possible ?

L'authentification par simple comparaison des signatures est-elle toujours une méthode « commercialement raisonnable » ?

83 – Précisément, et en troisième lieu, le Paragraphe 2 de l'Article 5 constitue à l'évidence une invitation adressée aux banques réceptrices de convenir de procédures d'authentification autres que la simple comparaison des signatures, car, nonobstant la règle de principe énoncée par le Paragraphe 1, l'expéditeur apparent sera lié par un ordre de paiement non autorisé, à la double condition que l'authentification soit « compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés » et que « la banque réceptrice [ait] respecté la procédure d'authentification ».

Voilà qui, jusqu'à présent, paraîtra clair à première vue. Mais le paragraphe 4, en ses deux alinéas, introduit en la matière une effroyable complication, qui témoigne de la difficulté que la Commission a rencontrée afin de régler le problème de la charge de la preuve.

En effet, en application du premier alinéa du Paragraphe 4, l'expéditeur apparent, qui est en principe lié, si une méthode commercialement raisonnable d'authentification a été suivie, pourra se « délier », se dégager, s'il prouve — mais encore faut-il qu'il y parvienne — que l'ordre de paiement qu'il n'a pas autorisé émane a) d'une personne qui n'est ni un de ses employés ou anciens employés, ou b) d'une personne qui, de par sa relation avec lui, avait eu accès à la procédure d'authentification. Il lui faudra donc découvrir le coupable.

Cela étant, en application du deuxième alinéa du paragraphe 4, qui n'apparaît pas parfaitement cohérent avec le libellé de la lettre h) du premier alinéa, la banque réceptrice, elle, peut néanmoins lier l'expéditeur apparent en prouvant que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent. Il lui faudra donc, elle aussi, découvrir le coupable.

A l'évidence, en tout cela, les rédacteurs de la loi type ont essentiellement eu en vue les ordres de paiement électroniques pour lesquels existent des procédures d'authentification aussi diversifiées que sophistiquées (175), dont le coût, pour le client, est fonction de leur sophistication et, par conséquent, de leur plus haut degré de sécurité. Ces procédures sont ordinairement proposées à leurs clients par les banques elles-mêmes.

En effet, ce sont elles qui ont avantage à ce qu'il y soit recouru, puisque ces procédures ont pour résultat de faire peser — en principe — le risque de l'ordre non autorisé sur l'expéditeur apparent, à la condition que, «compte tenu des circonstances », la méthode retenue soit «une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés ».

Mais, qu'est-ce alors qu'une méthode commercialement raisonnable compte tenu des circonstances ? (176) C'est pour le moins laisser entendre que cette qualification est fonction d'éléments propres à chaque ordre de paiement, à savoir: la nature de l'ordre (oral, sur papier, par télex, par bande magnétique, électronique), le montant de l'ordre de paiement, l'identité et la qualité de l'expéditeur apparent, voire la déclaration faite au moment du choix de la méthode et indiquant que ce choix a porté sur une procédure moins protectrice, mais aussi moins coûteuse, que telles autres procédures envisageables.

En d'autres termes, la formulation utilisée ne devrait pas faire obstacle à la prise en considération de l'emploi d'une méthode donnée d'authentification pour la simple raison que cette méthode serait moins sûre que telles autres méthodes envisagées.

(175) – On rappellera que, en France, Etebac 5 est une norme établie par le Comité français d'organisation et de normalisation bancaires relativement aux Echanges Télématiques entre Banques et leurs Clients. Les échanges sont des échanges de données informatisées par télétransmission ou d'ordinateur à ordinateur, allant de l'entreprise vers la banque.

(176) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^os 106 ss.

Voilà, hors texte, des considérations bien générales. L'Article 4A202 (lettre c)), qui a visiblement inspiré l'article 5 de la loi type, s'était voulu plus précis. Il énonce que:

«Le caractère commercialement raisonnable d'une procédure de sécurité est une question de droit à déterminer en considérant les vœux du client exprimés à la banque, la situation du client connue de la banque, y compris la dimension, le type et la fréquence des ordres de paiement normalement émis par le client à la banque, les procédures de sécurité de remplacement offertes au client et les procédures de sécurité généralement utilisées par les clients et les banques réceptrices situées de façon similaire.

Une procédure de sécurité est considérée comme commercialement raisonnable si i) la procédure de sécurité a été choisie par le client après que la banque ait offert et que le client ait refusé une procédure de sécurité qui était commercialement raisonnable pour ce client et ii) le client a accepté expressément par écrit d'être lié par tout ordre de paiement, autorisé ou non, émis en son nom et accepté par la banque en accord avec la procédure de sécurité choisie par le client » (177).

Un peu plus précis, l'Article 4A est en même temps plus libéral ; il permet, par la dernière phrase ci-dessus reproduite, à la banque et à son client, de conclure toute convention à leur convenance. Le Paragraphe 3 de l'Article 5 de la loi type les prive de cette liberté. En effet, il y est écrit que :

(177) – La notion de «norme d'authentification commercialement raisonnable » fait tache d'huile. A l'occasion des premiers travaux destinés à conduire à l'adoption de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange des données informatisées (EDI), cette notion a été retenue à propos de l'authentification des messages EDI et, même s'il a été prévenu qu'il ne serait pas approprié de s'attacher à la définir, il a été écrit que :
 «pour établir une norme «commerciale ment raisonnable d'authentification», il faut tenir compte d'un certain nombre d'éléments. Le caractère commercialement raisonnable d'une norme de sécurité appliquée pour authentifier un message EDI peut considérablement varier en fonction : 1) de l'existence et de la nature des relations contractuelles entre les parties; 2) du statut et de l'importance des parties; 3) de la nature de leur activité commerciale ; 4) de la fréquence des opérations commerciales entre les parties; 5) du type et des dimensions de l'opération; 6) du statut et de la fonction de la signature dans un cadre légal et réglementaire donné ; 7) des possibilités qu'offrent les systèmes de communication; 8) des procédures d'authentification fixées par les opérateurs des systèmes de communication » (A/CN.9/WG.IV/WP.55) (27 novembre 1992), n° 59.

« Les parties ne sont pas autorisées à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en application du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable ».

Cette disposition est une disposition de méfiance à l'égard des banques et d'esprit consommériste; elle est l'une des exceptions notables apportées par la loi type à la liberté contractuelle reconnue par l'Article 4. Il a été craint, en la circonstance, que les banques imposent à leurs clients, aux termes de leurs conditions générales par exemple, des procédures d'authentification qui n'assureraient pas leur sécurité.

Mais l'on bute à nouveau sur le caractère énigmatique de l'expression « commercialement raisonnable, compte tenu des circonstances ». Il a été donné en exemple que ne mériterait pas cette qualification le fait de convenir que l'authentification résultera de la reconnaissance, par le directeur de l'agence bancaire, de la voix du client transmettant son ordre par téléphone, spécialement si l'agence de banque est une agence importante, dans une grande ville, avec de nombreux clients, mais s'il s'agit d'une petite agence d'une petite ville, qu'en est-il ?

Il apparaît en tout cas qu'il convient d'avoir pleine conscience qu'existe une palette de procédés d'authentification susceptibles d'être retenus comme étant commercialement raisonnables, compte tenu des circonstances et permettant d'aller de l'authentification la plus simple et la moins coûteuse, mais existante, à l'authentification la plus parfaite et la plus sophistiquée et, partant, la plus coûteuse. Cette diversité existe.

C'est ainsi que les exploitants des réseaux d'échange de données informatisées (EDI), tels que Swift ou Telekurs en Suisse, offrent plusieurs niveaux d'authentification, qui correspondent à des coûts différents. En France, dans les relations banques-entreprises, à l'occasion de relation télématique, existent des niveaux de sécurité gradués et découlant du recours aux protocoles de télétransmission "Etebac" 1, 3, 5, le protocole Etebac 5 constituant une reprise d'Etebac 3, en garantissant au niveau le plus élevé plusieurs fonctions de sécurité, concernant l'authentification, l'intégrité et la confidentialité des données (178).

(178) – Cf. supra, p. 131.

ç

Le cas de double emploi, erreur, anomalie, envisagé
du point de vue des obligations de l'expéditeur.

84 – De la source de l'ordre de paiement, l'Article 5, Paragraphe 5, passe à son contenu. Il vise l'ordre «reçu». Pareillement, l'Article 8, Paragraphe 2, énonçant les obligations d'une banque réceptrice, autre que la banque du bénéficiaire, déclare celle-ci tenue d'émettre «un ordre de paiement conforme au contenu de celui qu'elle a reçu » (179).

Pour autant, ainsi qu'il a été précédemment indiqué et en conséquence d'une lacune évidente, la lettre i) de l'Article 2, qui définit le terme d'authentification, et l'Article 5, qui édicte les dispositions que l'on sait relativement à l'authentification de la source des ordres de paiement, laissent de côté l'authentification de leur contenu.

Par conséquent, que le contenu de l'ordre reçu soit bien celui qui a été initialement transmis ou qu'il ne le soit pas, la première phrase du Paragraphe 5 est claire: « Un expéditeur lié par un ordre de paiement est lié par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice ».

N'est pas envisagé le cas d'altération frauduleuse d'un ordre de paiement par un tiers entre son émission et sa réception par la banque réceptrice; de telles altérations frauduleuses peuvent consister, notamment, en une modification du montant du virement ou encore en une modification du nom du bénéficiaire.

Il est vrai toutefois que la lettre i) de l'Article 2 et les Paragraphes 1 et 2 de l'Article 5 visent non seulement l'ordre émis, mais aussi sa modification après son émission. Or, alors que la loi type ne fait pas de l'authentification des ordres, à l'occasion de leur émission, une obligation, elle pose en règle que toute modification doit être authentifiée (art. 12, par. 12 et 4).

(179) – Sur le Paragraphe 5 de l'Article 5, cf. notamment A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 5, n^{os} 21 ss.

L'authentification de la modification quant à sa source entraîne apparemment l'authentification du contenu de la modification. Le recours à une procédure d'authentification permet-il d'exclure toutes les modifications frauduleuses ?

On peut le penser et l'espérer, sachant aussi, à propos des transferts électroniques, qu'il est beaucoup plus difficile de pénétrer un réseau de télétransmission que d'intercepter et de falsifier un support magnétique ou un support écrit. Les banques font tout ce qui est en leur pouvoir pour assurer l'intégrité des messages qui leur sont transmis par voie électronique par leurs clients (180).

Le Paragraphe 5 vise expressément les cas d'ordre de paiement faisant double emploi, ainsi que ceux d'erreur ou d'anomalie dans un ordre de paiement. L'erreur doit s'entendre de toute différence entre l'ordre de paiement émis et l'ordre de paiement reçu; elle portera notamment sur le montant transféré lorsque celui-ci, par exemple, n'a été exprimé qu'en chiffres, ou encore sur une désignation inexacte de la banque du bénéficiaire ou encore sur une discordance entre le nom du bénéficiaire et le numéro de compte à créditer.

En revanche, on est plus embarrassé pour définir l'anomalie; peut-elle consister dans le fait que l'ordre porte sur un montant d'un chiffre très élevé, inhabituel, en provenance du donneur d'ordre ou encore dans le fait que, par débit d'un compte en francs ouvert en France, une banque grecque donne l'ordre de créditer des roupies indiennes sur un compte ouvert en Colombie?

De manière moins imaginative, l'anomalie pourra résulter de ce que les coordonnées bancaires du bénéficiaire sont incomplètes (indication de la banque du bénéficiaire, mais absence de numéro de compte de celui-ci) ou manquantes ou encore de ce que le nom du bénéficiaire paraît incomplet, n'est indiqué apparemment que sous la forme d'un prénom.

Le Paragraphe 5 dispose que l'expéditeur, qui est normalement lié par l'ordre reçu par la banque réceptrice, cesse de l'être, d'une part, si lui et sa banque réceptrice ont convenu d'une procédure de détection des ordres faisant double emploi, ainsi que des erreurs ou des anomalies dans les ordres de paiement, d'autre part, si l'utilisation de cette procédure, par la

(180) – Tel est en particulier le cas du système français Etebac 5, qui assure présentement à cet égard la sécurité maximale (cf. supra, p. 131).

banque réceptrice, a ou aurait permis de déceler le double emploi, l'erreur ou l'anomalie.

Si la banque a décelé le double emploi, l'erreur ou l'anomalie, parfait ! elle a fait le nécessaire. Si elle ne l'a pas décelé, alors que cela aurait été possible, et a exécuté, elle en supportera la conséquence. En revanche, au cas où la procédure de détection convenue n'aurait pas permis à la banque de détecter l'erreur, la perte sera pour l'expéditeur.

Le deuxième alinéa du paragraphe 5 éprouve le besoin de préciser que si l'erreur ou l'anomalie «que la banque aurait décelée» a porté sur un montant supérieur à celui que l'expéditeur avait donné instruction de payer, l'expéditeur n'est lié que par le montant qu'il entendait verser ; ce qui va de soi si, eu égard à la procédure de détection convenue, la banque a décelé l'erreur ou l'anomalie et également, si la banque, compte tenu de cette procédure, aurait dû déceler cette erreur ou cette anomalie que, par hypothèse, elle n'aurait pas décelée.

Ce Paragraphe 5 ne peut manquer d'avoir pour effet d'inciter les expéditeurs à conclure avec la banque réceptrice une telle convention portant sur la procédure de détection, puisque c'est à cette condition qu'ils ne seront pas liés. Il n'est point précisé ici que cette procédure doit être «commerciallement raisonnable ».

Tel qu'il est rédigé, le Paragraphe 5 de l'Article 5 conduit à poser une question. Il a été écrit précédemment qu'en l'absence de convention relative à la détection des doubles emplois, erreurs, anomalies, l'expéditeur est lié par le double emploi, l'erreur ou l'anomalie. Faut-il comprendre qu'il l'est, même si la banque a, de fait, décelé le double emploi, l'erreur ou l'anomalie? Voilà qui serait excessif et surprenant. En France, il a été jugé que la banque qui constate un double emploi doit, d'office, s'abstenir d'exécuter les deux ordres, eu égard à l'obligation de bonne foi qui lui incombe (181).

A contrario, le paragraphe appliqué à la lettre et, spécialement, sa première phrase conduisent à la conclusion qu'en l'absence d'une telle convention l'expéditeur sera lié par le double emploi, l'erreur ou l'anomalie ; il assume alors le risque que les termes de l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice ne correspondent pas à l'ordre qu'il a effectivement

(181) – Aix-en-Provence, 29 Octobre 1991, Dalloz-Sirey, 1993, sommaires commentés. p. 57. obs. Vasseur.

envoyé. Mais, s'il en est ainsi, ne peut-on considérer que la raison en est que le double emploi, l'erreur ou l'anomalie ont été le fait de l'expéditeur, qui, par exemple, a envoyé deux fois le même ordre ou a envoyé un ordre d'un montant de 100000 alors que, de manière constante, les ordres qu'il adressait ne dépassaient jamais 10000?

Pour autant, on ne peut exclure que la duplication, l'erreur se soit produite à l'arrivée chez la banque réceptrice. L'expéditeur ne pourra-t-il utilement en apporter la preuve et se délier à due concurrence à l'égard de la banque ? Il serait surprenant que la loi type le lui interdise implicitement.

A cet égard, on peut regretter que la loi type n'ait point édicté de règles relatives à la preuve des ordres et à la charge de la preuve au cas de différend entre le donneur d'ordre ou expéditeur et la banque réceptrice. On relèvera à cet égard comment, en un domaine différent, mais voisin, la recommandation de la Commission des Communautés, en date du 17 Novembre 1988, concernant les relations entre émetteur et titulaire de carte de paiement, contient de telles règles et, en particulier, des règles relatives à la charge de la preuve.

Il appartiendra certainement aux législateurs nationaux, qui introduiraient la loi type dans leur législation, de faire le nécessaire pour le cas de virement. On relèvera, à cet égard, qu'il a été jugé en France, par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 26 Novembre 1990, que le titulaire du compte débité en conséquence d'un virement, qui s'abstient de protester rapidement, relativement à l'accomplissement de celui-ci, perd le droit de le contester, car son absence de protestation laisse supposer que le virement a été effectué avec son accord (182).

On signalera aussi que les systèmes performants, tels que le système français Etebac 5, enregistrent et archivent pendant trois mois les traces des échanges. Chaque partie conserve, pour ce qui la concerne, à titre de preuve précisément, les données relatives à ces échanges. Au cas de différend, les parties sont ainsi en mesure de confronter les données qu'elles fournissent sur un support informatique exploitable.

(182) – Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 25, obs. Vasseur.

Au-delà des délais de trois mois, aucune réclamation relative à l'intégrité des informations transmises ou à l'authentification n'est plus recevable. On sait également que Swift assure le stockage crypté des messages qu'il transporte et a la capacité de les retrouver.

Le Paragraphe 5 de l'Article 5, qui vient d'être étudié, envisage, du côté de l'expéditeur, le cas de double emploi, erreur ou anomalie dans l'ordre de paiement. L'Article 8, Paragraphes 4 et 5, l'Article 10, Paragraphes 2, 3 et 4, énoncent les obligations qui pèsent, soit sur la banque de l'expéditeur, soit sur la banque du bénéficiaire, au cas d'ordre imparfait, inexécutable ou difficilement exécutable. Leurs obligations seront examinées ultérieurement.

Le donneur d'ordre ou expéditeur, lié par l'ordre qu'il a donné et, dans la mesure où il l'est, est tenu de payer la banque réceptrice.

B

Le donneur d'ordre ou expéditeur, tenu de payer la banque réceptrice.

Les différents procédés d'acquittement de sa dette

85 – Le Paragraphe 6 de l'Article 5 énonce une double règle.

Il dispose d'abord que l'expéditeur est tenu de payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre (cf. également Art. 2, lettre b), i)). Ensuite, il précise que la dette de l'expéditeur naît au moment où la banque réceptrice accepte l'ordre de paiement.

Mais cette dette ne doit être exécutée que lorsque commence la période d'exécution. L'Article 2, lettre k), a défini celle-ci comme étant

« la période d'un jour ou de deux jours commençant le premier jour où un ordre de paiement peut être exécuté conformément à l'Article 11-1 et se terminant le dernier jour où il peut l'être conformément au même article ».

Après quoi, l'Article 6 précise comment la dette de l'expéditeur est susceptible de se trouver acquittée.

On observera immédiatement que les dispositions de cet article commencent par les mots: «Pour l'application de la présente loi...», et cela afin de signaler que la loi type n'entendait pas interférer avec les règles applicables dans d'autres domaines, notamment avec la législation relative aux faillites ou aux saisies, encore que, lorsque la loi type énonce les circonstances desquelles il résulte qu'il y a paiement par l'expéditeur, il serait bien difficile de ne pas prendre acte de cette donnée au cas de déclaration de faillite de l'expéditeur ou au cas de saisie d'avoirs en compte.

L'article 6 distingue alors trois cas, en fonction desquels se trouvent établies les règles concernant la façon, pour l'expéditeur, de payer sa dette envers la banque réceptrice.

Premier cas – L'expéditeur est une personne physique ou une personne morale, banque ou autre qu'une banque

86 – S'il se trouve que l'expéditeur a un compte chez la banque réceptrice, sa dette envers celle-ci est acquittée lorsque ladite banque débite son compte (art. 6, a)).

Mais question immédiate: quand le débit est-il effectué et par conséquent la dette acquittée ? Les commentaires du Secrétaire ont attiré l'attention sur cette question (183). On y lit :

« La question ne se serait pas posée autrefois, lorsque les comptes étaient tenus manuellement et qu'on pouvait constater que l'inscription au débit ou au crédit avait été faite. Aujourd'hui, avec l'inscription par lot des débits et des crédits à partir d'une bande magnétique, au moment qui convient à la banque, et l'inscription on line sur des comptes pro forma, qui ne peuvent être fusionnés avec les comptes «réels» qu'à la fin de la journée comptable, il peut être difficile de déterminer si et à quel moment exactement un débit ou un crédit a été inscrit, du point de vue juridique.»

Cette difficulté mise à part, on relèvera que le débit du compte de l'expéditeur n'implique pas que ce compte soit créditeur. Il peut l'être; il ne l'est pas nécessairement; la banque réceptrice peut faire crédit à l'expéditeur si elle en a convenance.

(183) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 5, n° 9.

Deuxième cas – L'expéditeur est une banque et il n'est pas procédé, chez la banque réceptrice, par débit d'un compte que la banque expéditrice entretiendrait chez cette dernière (Art. 6, lettre b)).

87 – La dette de la banque expéditrice sera alors acquittée par l'un des procédés suivants, d'où il résulte que le paiement de la banque réceptrice peut être effectué en conséquence de la mise en œuvre de relations de banques correspondantes ou bien dans le cadre d'accord de compensation.

Le but de la loi type n'est pas tant de faire état de l'existence de ces procédés, qui relèvent de la pratique bancaire générale, mais de préciser le moment, autant qu'il est possible, où la banque réceptrice se trouve payée. Trois procédés peuvent être mis en œuvre.

88 – Suivant un premier procédé (Art. 6, lettre b), points i) et ii)), c'est l'expéditeur lui-même qui crédite le compte que la banque réceptrice entretient chez lui ou qui fait créditer le compte que la banque réceptrice possède chez une banque tierce.

La dette de l'expéditeur est alors acquittée le jour où ce crédit est utilisé par la banque réceptrice ou, s'il ne l'est pas, le jour ouvré suivant le jour où ce crédit aurait pu être utilisé et où la banque réceptrice a eu connaissance de cette possibilité (184).

L'application de cette disposition est moins simple qu'il peut paraître. Ainsi — a-t-on fait remarquer — il se peut que le montant de l'ordre de paiement, seul ou ajouté au montant d'autres ordres de paiement, payés par la banque expéditrice, ou tout simplement ajoutés au montant du solde créditeur antérieurement existant à son compte, crée un solde créditeur plus élevé que celui que la banque réceptrice est disposée à maintenir à son profit à elle, banque réceptrice, du chef de la banque expéditrice.

Spécialement, si la banque expéditrice ou la banque tierce (si banque tierce, il y a) sont établies en des pays étrangers par rapport à la banque réceptrice, celle-ci peut ne pas vouloir assumer le risque politique ou monétaire.

(184) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 5, n^{os} 10 à 19.

Il apparaît alors — même si cela ne résulte pas clairement de l'Article 6 — que la banque réceptrice, même ayant accepté l'ordre de paiement, en application de l'Article 7, peut rejeter le moyen de paiement offert.

Si elle ne le rejette pas, deux possibilités sont prévues quant à la détermination du moment où le paiement est réputé effectué.

La première consiste à prendre en considération le moment où la banque réceptrice a utilisé le crédit. Pour autant, la loi type n'a pas précisé clairement quand et comment un crédit porté en compte est utilisé. De manière sans doute trop tatillonne, la loi type est partie de l'idée sous-jacente que le paiement n'est véritablement effectué que lorsque le crédit porté au compte de la banque réceptrice est retiré à son profit par celle-ci (par exemple, est viré à un compte de la banque réceptrice, chez elle (185)).

Toutes les difficultés ne sont pas résolues pour autant. Le moment où un crédit est utilisé, au sens qui vient d'être indiqué, peut être difficile sinon impossible à déterminer, si le crédit correspondant à l'ordre de virement prend place dans une série continue d'opérations de crédit et de débit, et cela spécialement lorsque, en dépit des crédits et des débits portés en compte, le solde créditeur du compte ne devient pas inférieur au montant de l'ordre de paiement, dont il s'agit de déterminer s'il a été payé ou non. Il a été également signalé que, dans certains systèmes juridiques, les crédits portés en compte sont réputés retirés dans l'ordre où ils y ont été portés (règle dite «premier entré-premier sorti »), mais la question demeure non résolue pour les autres systèmes juridiques qui ne connaissent pas cette règle.

Il se peut aussi que la banque réceptrice n'utilise pas sur l'heure le crédit, ne le retire pas; le moment où le paiement de l'ordre de virement devient définitif ne peut être indéfiniment retardé. S'ouvre alors la deuxième possibilité. L'ordre de paiement sera réputé acquitté le jour ouvré (186), suivant celui où le crédit aurait pu être utilisé par la banque réceptrice et où elle a eu connaissance de cette possibilité.

(185) — En droit français, au moins en cas de compte courant, l'inscription au crédit équivaut à paiement (Cour de cassation, chambre commerciale, 25 Janvier 1955, Jurisclasseur périodique (JCP), 1955, II, 8.547 bis, note H. Cabrillac).

(186) — Le «jour ouvré » est défini comme étant « la période de la journée pendant laquelle la banque effectue le type d'opérations en question» (Art. 2, lettre j)).

Il faut ici comprendre qu'un crédit pouvant être utilisé aujourd'hui (J), si, du fait du temps nécessaire pour transmettre l'information ou tout simplement en raison des décalages horaires, la banque réceptrice n'en a connaissance que le lendemain (J+1), ladite banque réceptrice ne sera réputée payée que le jour ouvré suivant ces deux jours (J+2).

Avec effet retardé, l'inscription au crédit du compte vaut alors paiement, sauf à préciser que la banque réceptrice peut mettre à profit le jour ouvré suivant celui où elle a reçu l'information concernant le crédit porté à son compte, pour rejeter celui-ci et cela, par exemple, parce que la devise en laquelle le virement a été effectué n'est pas celle qui avait été convenue ou, plus simplement parce que — suivant une observation précédemment faite — elle ne souhaite pas recevoir le paiement par inscription à son compte chez la banque expéditrice ou tierce, afin — notamment — de ne pas entretenir un solde supérieur au niveau qu'elle s'est fixé.

En cas de rejet du crédit, les fonds devront revenir automatiquement à la banque expéditrice, la banque réceptrice conservant le droit d'être payée de manière appropriée. Et même si la banque réceptrice ne rejette pas le crédit porté à son compte, le délai d'un jour ouvré supplémentaire peut lui être utile, au cas de crédit libellé en monnaie étrangère, afin d'effectuer l'opération de change en sa propre monnaie.

En tout cela la loi type est-elle suffisamment précise ? Des esprits soucieux de la plus grande précision ont fait observer qu'elle ne fixait pas à quel moment, à quelle heure du jour ouvré suivant, le paiement devait être considéré comme ayant eu lieu, ni si l'heure à prendre en considération était celle du pays de la banque réceptrice, celle du pays de la banque expéditrice ou celle du pays de la banque tierce, si banque tierce il y a.

Sur tous ces points, les choses auraient été plus claires, si, ainsi que le Secrétariat l'avait proposé en fin de parcours, il avait été écrit que le paiement est considéré comme ayant été effectué à une banque réceptrice

« à la fin du jour ouvré suivant le jour ouvré où la banque réceptrice prend connaissance du fait que le crédit peut être utilisé » (187).

(187) – A/CN.9/367 (24 Mars 1992), n° 53.

89 – Suivant un deuxième procédé (Art. 6, lettre b), point iii)), le règlement de la banque réceptrice est effectué chez une Banque Centrale auprès de laquelle ladite banque réceptrice a un compte. La dette de la banque expéditrice est alors acquittée lorsque «le règlement définitif» de la banque réceptrice, par la Banque centrale, est intervenu.

On observera comment le cas où la banque réceptrice a un compte chez une Banque centrale n'est pas traité par une disposition semblable à celle qui concerne le cas où la banque réceptrice a un compte chez une banque tierce, qui n'est pas une Banque centrale. En la circonstance, il n'a pas paru approprié de régir les deux cas par une même disposition et, en particulier, de permettre — fût-ce implicitement — à la banque réceptrice de rejeter le crédit.

Son paiement sera donc acquis dès qu'elle aura bénéficié d'un règlement définitif, qu'elle ait utilisé sur l'heure ce crédit ou ne l'ait pas utilisé, alors qu'elle en avait la possibilité. Aucun délai semblable à celui dont il est fait état, lorsque le compte de la banque réceptrice est tenu chez la banque expéditrice ou une banque tierce (autre qu'une banque centrale), n'a paru justifié.

Pourtant, spécialement dans les rapports entre pays membres de la Communauté européenne, il se peut qu'une banque réceptrice, située dans un pays donné, ait un compte dans une Banque centrale d'un autre pays, et cela spécialement depuis la mise en application de l'Acte unique à partir du 1^{er} Janvier 1993. Un risque de change est plus ou moins évitable depuis que la monnaie commune (l'euro) a été instituée.

En tout cas, le paiement de la banque réceptrice ne sera effectif que lorsque son règlement par la Banque centrale sera devenu définitif. Cela veut dire que, même si — ainsi que tel est le cas en certains pays — la Banque centrale effectue un règlement provisoire en cours de journée pour certains types de virements, la banque réceptrice ne sera effectivement payée qu'au moment où le règlement devient définitif, en fin de journée comptable (on retrouve là, par un détour, le problème de l'irrévocabilité dont il a été fait précédemment état).

Les procédés interbancaires de règlement jusqu'à présent décrits sont des procédés à l'occasion desquels l'acquiescement par la banque expéditrice de sa dette envers la banque réceptrice est effectué par excellence suivant un mode unilatéral, dette par dette, au coup par coup, par le biais de relations de banques correspondantes. Il est possible de procéder autrement, afin de régler entre banques les montants qu'elles se doivent réciproquement, en conséquence d'échange d'instructions nombreuses de paiement.. Ce procédé est celui de la compensation.

Existe en effet un troisième procédé (art. 6, lettre h), point iv)). L'obligation de payer la banque réceptrice, qui incombe à l'expéditeur, est alors acquittée lorsque le règlement définitif est effectué en faveur de la banque réceptrice conformément:

- aux règles d'un système de transfert de fonds prévoyant le règlement des obligations entre les participants bilatéralement ou multilatéralement,
- ou bien à un accord de compensation bilatérale conclu avec l'expéditeur.

Ce troisième procédé est celui en conséquence duquel le paiement, par la banque expéditrice de la banque réceptrice, sera effectué dans le cadre de systèmes et d'accords de compensation multilatérale ou bilatérale.

Le commentaire du Secrétariat de la CNUDCI a défini excellemment la compensation financière comme étant :

« une procédure par laquelle deux opérations ou plus, engendrant des obligations et des droits sur le plan financier, entre deux parties ou plus, pendant un certain temps, ou devant être exécutées à une date déterminée, sont réglées en calculant et en versant le montant net dû par le ou les participants qui, une fois les soldes tirés, demeurent débiteurs » (188).

La compensation est appréciée par les banques. Elle est source de simplification, en tant qu'elle permet de globaliser des opérations unitaires. Elle est aussi source de protection et de garantie contre le risque né de la contrepartie.

(188) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 5, n° 23.

Les banques préfèrent y recourir, lorsque cela est possible, plutôt que, suivant le système des banques correspondantes, de porter chaque ordre au crédit que chacun détient auprès de l'autre ou chez une banque tierce.

Une telle compensation peut être pratiquée sur une base bilatérale, les banques calculant les montants nets qu'elles se doivent et réglant par paiement de ces montants nets à celle d'entre elles qui, en définitive, s'avère créancière.

Elle peut aussi être pratiquée sur une base multilatérale. Fondamentalement, la compensation multilatérale repose sur le calcul des montants nets à payer ou à recevoir par rapport au groupe de compensation, pour un jour de valeur donné, et sur le règlement de ces montants par transfert de compte à compte entre débiteurs nets et créditeurs nets.

Les virements à grande vitesse et de gros montants ne s'effectuent pas, de manière générale, avec compensation bilatérale; celle-ci trouve plutôt à s'appliquer lorsque deux banques échangent entre elles des ordres de paiement en vrac, par transmission-papier ou par transmission de bande magnétique.

La compensation multilatérale implique ordinairement, en fait, la mise en place d'une entité de compensation, c'est-à-dire d'une chambre de compensation qui correspond en fait à un ordinateur de compensation. Elle est une pratique courante au cas de chambres de compensation pratiquant le règlement différé, telles que les systèmes de transfert de fonds Chips à New York, Chaps en Grande-Bretagne, Sagittaire en France.

Ces chambres enregistrent la valeur des ordres de paiement envoyés et reçus par les participants pendant la journée. A la fin de la journée sont calculés les montants nets dus par chacun des participants. Ce sont alors les banques qui, sur une base dite nette-nette, sont débitrices, qui effectuent le règlement en transférant le montant dû sur un compte de règlement, montant qui est ensuite transféré sur le compte des banques qui sont créditrices. Le compte de règlement est généralement ouvert auprès de la Banque centrale. En février 1989, la Banque des règlements internationaux a publié un «Rapport sur les systèmes de compensation » (Rapport Angell), rédigé par le groupe d'experts sur les systèmes de paiement des Banques centrales des pays dits du groupe des Dix (onze avec la Suisse).

A la suite de la publication de ce rapport, les gouverneurs des Banques centrales de ce groupe ont décidé de constituer un comité ad hoc, chargé d'analyser les implications de dispositifs de compensation transfrontières et multidevises, qui intéressaient plus particulièrement les Banques centrales. Le rapport de ce comité, connu sous le nom de son président, M. Lamfalussy, directeur général de la Banque des règlements internationaux, fut publié en novembre 1990, sous le titre «Rapport sur les systèmes de compensation interbancaires des Banques centrales du groupe des Dix», au moment où la tâche du groupe de travail de la CNUDCI s'achevait (189).

Les deux rapports — et en particulier le premier — ont manifesté que la compensation, qu'elle soit bilatérale ou multilatérale, peut être pratiquée à des degrés différents.

Elle peut servir à réduire le nombre des messages entre participants, sans pour autant changer la nature juridique des obligations de chaque participant. On fait état alors de «compensation de positions ». On entend par là que, jusqu'au règlement définitif entre les participants par transfert d'un montant net unique par le participant ayant un solde débiteur, chacun doit à l'autre les montants bruts correspondant à chaque opération.

Mais la compensation peut aussi avoir pour fin et pour conséquence que, de la compensation effectuée et du regroupement des créances et dettes réciproques, naisse une seule obligation portant sur le montant net. Dettes et créances anciennes sont alors éteintes et remplacées par une créance ou une dette correspondant au net. Il est alors fait état, en un langage qui n'est pas habituel pour les juristes, de «compensation par novation» ou, mieux, de «compensation par substitution ».

La compensation peut aussi résulter du fait de conventions-cadres globalisant toutes les opérations effectuées avec la même contrepartie. La compensation multilatérale internationale est certainement la voie de l'avenir.

(189) – Sur «La compensation internationale », cf. Aufauvre, *Revue d'économie financière*, n° 25, été 1993, pp. 171 ss. En avril 1993, le Comité de contrôle bancaire, appelé Comité de Bâle, qui regroupe les représentants des autorités de contrôle des Banques centrales des pays du groupe des Dix, plus le Luxembourg et la Suisse, a publié, pour commentaires, un ensemble de propositions d'ordre prudentiel concernant, notamment, la compensation bilatérale et la compensation multilatérale, aux fins de la mesure des fonds propres des banques.

La compensation internationale multidevises en est à ses débuts (190).

Les rapports précités ont mis en lumière les incertitudes juridiques susceptibles d'affecter les pratiques de compensation bilatérale ou multilatérale, spécialement au cas où l'une des banques participantes ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations à l'occasion de la procédure de règlement. De là, la première des recommandations figurant dans le rapport Lamfalussy, à savoir que: «les systèmes de compensation devraient avoir une base juridique solide dans toutes les juridictions concernées ».

Le groupe de travail de la CNUDCI a été attentif à cette recommandation. Il a d'abord été conscient de ce qu'il ne lui appartenait pas — à l'occasion d'une loi type sur les virements internationaux — d'établir le régime juridique de la compensation interbancaire, ni même de se prononcer sur la validité des accords de compensation, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, et pas davantage sur les conséquences du fait qu'une banque participante ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations (191). C'est aux législateurs nationaux qu'il appartient de prendre part sur ces questions. Le groupe de travail s'est tout de même enhardi jusqu'à recommander aux législateurs nationaux de veiller à ce que leur législation sur la faillite n'entrave pas la compensation interbancaire des obligations de paiement (192).

(190) – Se mettent en place des systèmes de compensation multilatérale de contrats de change entre banques participantes. Existe déjà FX NET, société en commandite de droit anglais, qui fonctionne sur la base de la compensation par novation. En février 1992, trente et une succursales bancaires situées à Londres, -New York, Los Angeles, Tokyo et Singapour participaient au système. L'établissement de FX NET à Paris et à Zurich était envisagé. Dans le même temps, un groupe de banques internationales est en train de réaliser une étude de faisabilité concernant la création d'une chambre de compensation internationale pour la compensation des contrats de change entre les banques participantes. Ce projet a été baptisé «Echo» (Exchange Clearing House Organization). La chambre calculerait, pour chaque devise et pour chaque date de valeur, le montant net qu'elle devrait verser à chacun des membres ou percevoir de chacun d'eux. Selon le projet, l'accès à la chambre, qui serait établie à Londres, serait réservé aux banques ayant leur siège dans l'un des pays de l'OCDE. La chambre compenserait vingt-quatre devises.

(191) – Sur l'analyse des conséquences de l'insolvabilité d'une banque participante, cf. A/CN.9/WG.IV/WP.42 (27 Avril 1989), n^{os} 43 ss. Se trouve ici posée la question de la «contre-passation » des ordres lorsqu'une banque participante n'est pas en mesure de faire face à ses obligations.

(192) – A/CN.9/344 (10 Janvier 1991), n^o 61. En France, le législateur par la loi n^o 93-1444 du 31 Décembre 1993 a pris les mesures législatives nécessaires afin d'assurer une base juridique solide aux règlements interbancaires et aux conventions-cadres de compensation (mise à l'écart de la règle dite du «0 heure» faisant partir l'effet d'un jugement de « faillite » rétroactivement à zéro heure le jour où il est prononcé — pleine opposabilité reconnue aux conventions-cadres de compensation).

Aussi, le groupe de travail s'est-il borné à prendre acte de l'existence des pratiques de compensation et — conformément à la ligne générale de l'Article 6 — à ne régir que le moment où la banque réceptrice doit être considérée comme payée, à savoir lorsque — en conséquence du jeu de la compensation — «le règlement définitif» est effectué en sa faveur. Un règlement provisoire tel que ceux qui sont effectués en cours de journée, par Chips par exemple, ne remplit pas cette exigence.

On approuvera la CNUDCI d'être restée sur une prudente réserve, relativement à la prise en considération des accords de compensation, qui n'ont pas présentement trouvé leurs véritables assises juridiques.

L'Article 4A-403 (2, lettres b) et c)) contient des dispositions qui, si elles sont plus longues que celles de l'Article 6, lettre h), iv), consacrent les principes dont est inspiré l'article 6 de la loi type. Elles vont toutefois plus loin, en tant qu'elles reconnaissent et consacrent la validité des systèmes de compensation. Elles énoncent des règles particulières, afin de surmonter les difficultés résultant du régime juridique de la compensation aux Etats-Unis.

Troisième cas – Autres procédés d'acquittement

90 – Après ces développements consacrés aux deux premiers cas, qui ont conduit à examiner de quoi résulte l'acquittement de la dette de l'expéditeur envers la banque réceptrice, il importe de faire état, pour ordre, du troisième cas mentionné par l'alinéa e) de l'Article 6.

Cet Alinéa, par une disposition-balai, prévoit en effet que si les Alinéas a) et h) ne sont pas applicables, autrement dit si l'on ne se trouve pas dans l'un des deux premiers cas ci-dessus examinés, l'obligation de payer la banque réceptrice, qui incombe à l'expéditeur, est acquittée «de toute autre manière autorisée par la loi».

Exemples: l'expéditeur, simple consommateur, pourra s'acquitter de sa dette envers la banque réceptrice en lui versant des espèces; une entreprise expéditrice pourra payer la banque réceptrice en négociant avec elle une lettre de change, dont le montant sera inscrit au crédit de son compte, qui sera ensuite débité.

91 – Les développements qui précèdent ont été consacrés à l'examen des obligations du donneur d'ordre ou de l'expéditeur. Il conviendrait aussi de faire état de ses droits, notamment de son droit à l'émission, par toute banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, d'un ordre de paiement conforme à celui qu'elle a reçu (Art. 8, par. 2), de son droit à recevoir, soit de la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire (Art. 8, par. 3, 4 et 5), soit de la banque du bénéficiaire (Art. 9, Par. 2; Art. 10, Par. 2, 3 et 4), divers avis en cas de difficulté d'exécution, du droit du donneur d'ordre à restitution par sa banque de tout paiement reçu, accru des intérêts au cas où le virement n'est pas achevé (Art. 14). Tous ces droits sont la conséquence des obligations dont les banques sont tenues et seront étudiés et précisés à cette occasion.

Section II

Les banques.

92 – On sait qu'aux termes de l'Article premier, Paragraphe 2, par «banque », on entend aussi les «autres entités qui, dans le cadre normal de leurs activités, exécutent des ordres de paiement», la Poste notamment.

Dans l'accomplissement des virements, les banques jouent un rôle essentiel. Il a déjà été amplement fait état, dans les développements qui précèdent, de la banque réceptrice d'un ordre de virement, mais seulement en tant qu'il appartient à l'expéditeur de l'ordre de payer la banque réceptrice.

L'Article 6, précédemment examiné, a déterminé par quel procédé la banque réceptrice est susceptible d'être payée, «remboursée », selon le terme utilisé par l'Article 2, lettre b), point i).

Il convient maintenant de préciser le statut des banques intervenantes.

A cette fin, il importera d'abord de mettre en lumière les règles de même esprit qui s'appliquent à toute banque réceptrice, qu'elle soit banque du donneur d'ordre ou banque intermédiaire ou même banque du bénéficiaire, et qui concernent l'acceptation et le rejet des ordres ainsi que le cas des ordres imparfaits, inexécutables ou difficilement exécutables.

Après quoi, il conviendra de faire état des conséquences de l'acceptation des ordres de paiement par une banque, suivant qu'elle est banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire ou banque du bénéficiaire, et d'examiner tout spécialement les conséquences spécifiques qui s'attachent à l'acceptation, par la banque du bénéficiaire, du point de vue de l'achèvement du virement.

Paragraphe I

Les règles applicables à toute banque réceptrice concernant l'acceptation

ou le rejet des ordres.

Le cas des ordres imparfaits, inexécutables ou difficilement exécutables.

93 – Les règles de même esprit qui s'appliquent à toute banque réceptrice, que celle-ci soit banque du donneur d'ordre, banque intermédiaire ou banque du bénéficiaire, sont celles qui concernent l'acceptation ou le rejet de l'ordre reçu.

Une banque réceptrice, au sens général qui vient d'être indiqué, n'assume d'obligations et n'acquiert de droits que si elle a accepté l'ordre reçu. On sait déjà que c'est cette acceptation qui fait naître son droit à paiement du montant de l'ordre par l'expéditeur (donneur d'ordre initial ou banque précédente).

La nécessité d'une acceptation initiale implique, corrélativement, une possibilité de rejet.

C'est là la démarche également suivie par les rédacteurs de l'Article 4A, qui a inspiré la loi type.

Cette démarche paraît aller de soi, eu égard au fait que, dans beaucoup de systèmes juridiques, le virement est à analyser dans les rapports entre le donneur d'ordre ou expéditeur et la banque réceptrice comme une opération contractuelle. Plutôt d'ailleurs qu'« acceptation », le terme de « consentement » aurait, dans le cadre de ces systèmes, été mieux venu.

Cependant, l'acceptation par la banque réceptrice ainsi mise en exergue conduit à s'interroger sur sa nécessité.

A

Le principe de la nécessité d'une acceptation et de la possibilité d'un rejet.

94 – En France, il est considéré que le banquier qui tient le compte d'un client lui doit de ce fait même ce que la loi bancaire du 13 juin 1941, article 4, aujourd'hui abrogée, avait appelé «le service de caisse», l'obligeant à

« payer, à concurrence des fonds se trouvant en dépôt, tous ordres de disposition donnés par lui, par chèque, virement, ... et de recevoir, pour les joindre au dépôt, toutes sommes ... à encaisser pour le déposant, soit d'accord avec lui, soit en vertu de l'usage ».

Même si cette disposition n'a pas été reprise par la nouvelle loi bancaire du 24 janvier 1984 (codifiée dans le Code Monétaire et Financier Français de 2006, précité), on continue à considérer que le banquier ne peut, en principe, refuser de satisfaire un ordre de virement donné par un client, dont le compte est créditeur pas plus qu'il ne pourrait refuser le retrait des fonds déposés (193), pareillement, la banque se doit de procéder à la réception des sommes destinées à alimenter le compte de son client, bénéficiaire; l'usage, dont faisait état la loi de 1941, est bien en ce sens.

La loi type — demandera-t-on — est-elle si différente qui prévoit (art. 7, par. 2, lettre a), et art. 9, par. 1, lettre a)) que la banque autre que la banque du bénéficiaire ou la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement, lorsqu'elle a convenu avec l'expéditeur qu'elle exécuterait dès réception les ordres de paiement émanant de ce dernier? La différence est certaine, puisque, selon la loi type, l'exécution automatique des ordres reçus suppose une convention préalable, formalisée entre l'expéditeur et la banque. La seule convention de compte conclue entre eux n'implique pas l'existence d'une telle convention d'exécution automatique des ordres de virement reçus. Au surplus, s'il s'agit de la banque du bénéficiaire, on observera que la convention visée est conclue non pas avec le bénéficiaire, mais avec l'expéditeur.

Il apparaît toutefois que le droit français et la loi type se sont rapprochés à l'époque récente, en particulier depuis la loi du 12 juillet 1990, modifiée par la loi du 29 janvier 1993,

(193) – Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, 1992, n° 2308. Paris, 29 Mars 1989, et Paris, 28 mars 1989, Dalloz-Sirey, 1991, sommaires commentés, p. 30-31, obs. Vasseur.

relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants et de l'activité d'organisations criminelles.

a

L'interférence de la législation relative au blanchiment des capitaux.

95 – La loi du 12 juillet 1990, d'un certain point de vue, invite les banques à ne pas prêter la main à des opérations qui leur paraîtraient suspectes, en clair à ne pas les accepter, donc à les rejeter, voire à les dénoncer à l'autorité spécialisée chargée de lutter contre ces activités criminelles (194) qu'il s'agisse d'une banque réceptrice d'un ordre de virement à exécuter ou qu'il s'agisse de la banque d'un bénéficiaire recevant des fonds à mettre à la disposition de celui-ci, en conséquence d'un virement.

En effet, les opérations de blanchiment des capitaux comportent souvent des virements par l'intermédiaire des banques ; elles consistent à introduire des espèces dans un système bancaire national, à les virer à l'étranger pour les intégrer dans le système financier de paradis fiscaux ou de pays tolérants et à les rapatrier ensuite sous forme de virements apparemment hors de tout soupçon.

Certes, dès avant cette loi, la jurisprudence mettait les banques en garde contre leur participation à des opérations dont elles auraient aperçu le caractère illicite, mais la loi précitée a renforcé considérablement cette mise en garde.

Dans la mesure où la loi type exige l'acceptation par la banque réceptrice et par conséquent consacre pour elle la possibilité de rejeter l'ordre de paiement en toutes hypothèses, on peut penser qu'il était inutile qu'elle fasse réserve expresse du cas où il apparaîtrait à la banque réceptrice que l'ordre de paiement intervenait à des fins illicites et notamment de blanchiment des capitaux (195). Cette donnée a été signalée à la Commission plénière, à Vienne, en juin 1991.

(194) – Vasseur, «La loi du 12 juillet 1990 analysée du point de vue de ses répercussions sur le droit bancaire », revue Banque et droit, numéro spécial sur «Le blanchiment de l'argent », 1990.

(195) – A/CN.9/297 (20 Novembre 1987), n° 51.

Celle-ci n'a point jugé bon d'aller plus avant et s'est bornée à prévenir que « la loi type devait être en harmonie avec les règles visant à prévenir le blanchiment des capitaux » (196).

L'impact des législations pourchassant, en nombre de pays, aux Etats-Unis d'Amérique notamment, le blanchiment de l'argent sale, sur les transferts de fonds, n'en continue pas moins à préoccuper les banques (197).

Ces préoccupations proviennent en particulier de l'approche différente de la lutte contre le blanchiment de l'argent d'un côté et de l'autre de l'Atlantique.

Pour lutter contre ce blanchiment, les Etats-Unis imposent une obligation systématique de déclaration des transferts au-delà d'un certain montant. L'approche européenne est différente.

La directive communautaire n° 91-308 du 10 juin 1991, sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux, la loi française du 12 juillet 1990, modifiée en 1993 pour tenir compte de la directive, ne créent pas une semblable obligation systématique de déclaration des transferts; elles n'imposent de déclaration que pour les opérations et les transferts suspects, qui paraissent liés au trafic des stupéfiants ou à l'exercice de l'activité d'une organisation criminelle.

Ce qui est en cause est le secret bancaire et la confidentialité auxquels le client a droit. La conception n'en est pas la même aux Etats-Unis et en Europe.

(196) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 287 et 288. Pour autant, la prise en considération de cette donnée n'a pas été totalement négligée ; Cf. même rapport, n° 143, et ci-après texte et note 103.

(197) – Sneddon, «The Future of Funds Transfers : ... the Regulations on ... Money Laundering », article publié dans l'ouvrage Funds Transfer in International Banking, dirigé par Ch. del Busto, Chambre de Commerce internationale, 1990, p. 9; M. Bruns, « Money Laundering as a Legal Problem », dans Legal Issues on International Credit Transfers, Berlin, Duncker et Humblot, 1993, p. 143 ss. U. Burani, Secrétaire Général de la Fédération bancaire de la Communauté européenne, « Des paiements traditionnels aux messages électroniques : l'obligation de déclaration des opérations à l'encontre du principe de confidentialité », exposé présenté le 20 mai 1992 dans le cadre du Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial uniforme au XXI^e siècle, Actes du Congrès.

b**L'entrave à l'exécution des virements du fait des législations protectrices des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.**

96 – Distinct mais voisin est le problème que pose en Europe le respect des législations relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

L'impact de ces législations n'a pas été abordé lors de la préparation de la loi type. Dans la mesure où celle-ci est susceptible de s'appliquer à des ordres de paiement émanant de personnes physiques, il y a là un ordre de problèmes qui ne peut être négligé (pas plus que celui — très différent — qui naît de l'existence de législations ayant pour fins de lutter contre le blanchiment de l'argent).

En effet, l'exécution d'ordres de paiement implique nécessairement le traitement de données à caractère personnel, lorsque ces ordres émanent de personnes physiques, par excellence de données sur l'identité du donneur d'ordre, sur l'identité du bénéficiaire et éventuellement des données relatives à des tiers.

Nombre de pays possèdent une législation régissant le traitement informatique des données à caractère personnel; tel est le cas de la France, dotée de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (précitée).

Le Conseil de l'Europe a adopté, le 28 Janvier 1981, une Convention n° 108, ayant pour objet la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Cette convention a été ratifiée par dix Etats membres de la Communauté européenne, dont la France, et par plusieurs Etats non membres. Elle est entrée en vigueur.

De plus, une recommandation n° R (90)19, adoptée le 13 Septembre 1990, a réalisé une approche sectorielle de la Convention et concerne la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de paiement (198).

(198) – Sur cette recommandation, cf. A. Bourlond, «La sauvegarde de la vie privée dans les transferts électroniques de fonds », Revue Droit de l'informatique e des télécoms, 1991, n° 4, p. 17 ss.

Elle passe en revue les divers problèmes soulevés par l'impact de l'informatique sur les informations personnelles générées par la fourniture et l'utilisation des moyens de paiement ainsi que les conséquences du développement de l'électronique sur la collecte, l'enregistrement et le traitement des données.

Sont passés en revue, entre autres, les problèmes soulevés par le transfert électronique de fonds, ainsi que les mesures visant à minimiser les risques liés à la vie privée, causés par le transfert de données à caractère personnel.

De son côté, la Commission des Communautés européennes a élaboré une proposition de directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (199).

Il est exclu d'étudier ici tous ces textes, même en en limitant l'examen à leurs conséquences sur l'exécution des virements internationaux.

On se bornera à signaler comment une des idées de base de ces législations est que le responsable du traitement est tenu d'informer les personnes protégées de la communication de données les concernant.

Le responsable du traitement est ici par excellence la banque du donneur d'ordre. Elle est assurément en mesure de faire le nécessaire envers son client, le donneur d'ordre, mais pas envers le bénéficiaire, qui peut se trouver à l'autre bout du monde et avec qui elle n'a pas de relation.

Plus généralement, une difficulté particulière peut naître de ce que, aux informations accompagnant un ordre de paiement, peuvent être associés des messages concernant des tiers, qui, eux aussi, entrent dans la catégorie des personnes protégées.

Une autre difficulté naît de ce que le transfert de données peut être à effectuer vers des pays n'assurant pas un niveau adéquat de protection de la vie privée, eu égard au fait qu'il importe au responsable du traitement, la banque du donneur d'ordre, d'informer la personne concernée de cette situation.

(199) – S. Lepany, « Réflexions sur la proposition de directive européenne relative à la protection des données personnelles », *Revue Droit de l'informatique et des télécoms*, 1993, n° 1, p. 92 ss.

La personne concernée est en premier lieu le donneur d'ordre; la banque peut être en mesure de l'informer, mais pas toujours intégralement, car au cas de transfert international impliquant l'intervention de plusieurs banques intermédiaires, il peut être impossible à la banque du donneur d'ordre de savoir par quels pays l'ordre de paiement transitera. De toute façon, la banque du donneur d'ordre n'est pas en mesure d'informer le bénéficiaire avec qui, sauf à le répéter, elle n'a pas de relation.

C'est au surplus le lieu de rappeler les obligations de déclaration systématique que les Etats-Unis imposent, afin de lutter plus efficacement contre le blanchiment des capitaux. Dira-t-on que les Etats-Unis n'assurent pas aux intervenants européens-personnes physiques un niveau de protection suffisant?

Les législations visant à assurer la protection des libertés, à l'occasion des traitements informatisés, ne sont donc pas sans conséquence sur l'exécution des virements, tout comme d'ailleurs l'absence de législation.

A cet égard, le projet de directive communautaire, en son état actuel (Avril 1993), inquiète le monde bancaire; reposant sur des critères trop abstraits, il risque de s'avérer paralysant. Au demeurant, des propositions de résolution déposées à l'Assemblée nationale française (documents parlementaires n^{os} 117 et 264) et le rapport sur ces propositions (document parlementaire n° 328, 10 Juin 1993) témoignent de vives réticences des députés à l'égard de ce projet.

Moins rigides, des dispositions inspirées par la convention et la recommandation du Conseil de l'Europe concilieraient la nécessaire et suffisante protection des personnes et les nécessités inhérentes à l'exécution des virements internationaux.

On ne peut manquer de relever au passage comment des législations latérales, celle visant à assurer la protection des libertés à l'occasion des traitements informatisés tout comme celle ayant pour objet de lutter contre le blanchiment de l'argent, sont de nature à paralyser l'exécution bancaire des transferts internationaux de fonds.

B**Les modalités de l'acceptation par les banques réceptrices**

97 – Ces modalités résultent de l'Article 7 en ce qui concerne la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et de l'Article 9 en ce qui concerne la banque du bénéficiaire.

Certaines modalités sont communes à la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et à la banque du bénéficiaire. Mais des modalités propres concernent d'une part la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, d'autre part la banque du bénéficiaire.

a

Modalités communes à l'acceptation par la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et à l'acceptation par la banque du bénéficiaire

(Art. 7, par. 2, lettres a), b), d), e), et Art. 9, par. 1, lettres a), b), c), h))

98 – L'acceptation peut résulter des modalités ci-après :

En premier lieu, de ce que la banque réceptrice a convenu au préalable avec l'expéditeur qu'elle exécuterait l'ordre dès réception; la simple réception de l'ordre vaut alors déclenchement automatique de l'acceptation. Encore faut-il assurément qu'une telle convention ait été conclue.

Suivant une observation déjà faite, la seule existence d'un compte chez la banque réceptrice n'implique pas à elle seule que celle-ci ait conclu avec l'expéditeur une telle convention.

Il apparaît en revanche que des conventions de ce genre sont conclues, notamment, dans le cadre de relations bancaires bilatérales ou de systèmes de règlements multilatéraux (tel est le cas en ce qui concerne Chaps, à Londres) ; la réception de l'ordre vaut alors acceptation, même si les fonds nécessaires à son exécution ne sont pas à la disposition de la banque (les Articles 7, Paragraphe 3, lettres a) et h), et 9, Paragraphe 2, lettres a) et h), se trouvant alors hors application).

Ces conventions sont conclues afin de rendre plus opérationnel et plus prompt le fonctionnement du système de transfert de fonds, même si en la circonstance, la banque réceptrice court un risque (200).

En second lieu, la banque réceptrice accepte:

- lorsqu'elle avise l'expéditeur de son acceptation, ici encore qu'elle ait ou non les fonds à sa disposition (Art. 7, par. 2, lettre h); Art. 9, par. 1, lettre b)).
- lorsqu'elle débite un compte de l'expéditeur auprès d'elle en règlement de l'ordre de paiement et que, par conséquent, elle se trouve payée (Art. 7, par. 2, lettre d), et Art. 9, par. 1, lettre c); rapp. art. 6, lettre a)).

En troisième lieu, la banque accepte du fait de son silence et de son inaction si le délai prévu pour donner avis de sa décision de rejeter l'ordre s'est écoulé sans qu'un tel avis ait été donné. On examinera plus loin le principe selon lequel un rejet doit donner lieu à notification avant l'expiration du délai prévu, faute de quoi la banque est réputée acceptante. Mais le principe connaît des exceptions, qui ont pour conséquence qu'il peut y avoir rejet sans notification, en conséquence du Paragraphe 3 de l'Article 7 et du Paragraphe 2 de l'Article 9.

Le principe n'en est pas moins également celui de l'acceptation légalement présumée par la banque réceptrice, qui n'a pas donné avis de sa volonté de rejeter l'ordre reçu, au plus tard le jour ouvré suivant la fin du délai d'exécution prévu par l'article 11 (art. 7, par. 2, lettre e), et art. 9, par. 1, lettre h)).

Mais il convient de préciser tout de suite que la banque n'a à notifier un avis de rejet de l'ordre reçu que si les fonds pour l'exécuter sont à sa disposition. Il n'y a pas d'obligation, pour la banque réceptrice, de rejeter l'ordre reçu qu'elle n'entend pas accepter tant qu'elle n'a pas reçu le paiement correspondant (art. 7, par. 3, lettres a) et b), et art. 9, par. 2, lettres a) et h)).

(200) – A/CN.9/328 (15 Août 1989), n° 46.

Autrement dit, la banque réceptrice peut très logiquement attendre la réception des fonds avant d'accepter d'exécuter l'ordre, si bien évidemment elle entend l'exécuter. Cela étant, rien n'empêche bien évidemment une banque réceptrice — si elle en a convenance — d'accepter et d'exécuter un ordre de paiement avant d'avoir été couverte (201).

Le principe de l'acceptation légalement présumée n'a pas été admis sans débat, nombre de délégués s'avérant hostiles à l'acceptation par le silence, en raison même des conséquences pécuniaires attachées à l'acceptation pour toute banque réceptrice.

Il a été fait observer également que les délais impératifs fixés relativement à l'acceptation risquaient de s'avérer inconciliables avec les législations ayant pour fin de lutter contre le blanchiment de l'argent des organisations criminelles (pour la France, la loi précitée du 12 juillet 1990). Ces législations conduisent en effet les banques à temporiser, à différer l'exécution des ordres reçus, et cela, bien évidemment, sans en prévenir l'expéditeur.

La loi type risque dès lors d'aboutir à ce résultat de réputer acceptante une banque et de la contraindre à exécuter un ordre ou à mettre l'argent à la disposition du bénéficiaire, alors que les autorités administratives ou judiciaires de son pays s'y opposent. L'observation ainsi formulée n'a pas été entendue à ce stade.

On reviendra sur la situation de la banque présumée acceptante ultérieurement, à propos de l'examen de l'Article 11, paragraphe 3

b

Modalité propre d'acceptation concernant la banque réceptrice

autre que la banque du bénéficiaire

99 – L'Article 7, Paragraphe 2, lettre c), ne vise que le cas où la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire émet un ordre de paiement ayant pour objet de donner suite à l'ordre de paiement reçu. Ce faisant, la banque réceptrice exécute l'ordre (art. 8, par. 2). A l'évidence, se trouve-t-elle avoir accepté de l'exécuter.

(201) – Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 18 Juin 1991, Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 307, obs. Vasseur.

c**Modalités propres à l'acceptation concernant la banque du bénéficiaire.**

Ces modalités sont multiples.

La première est l'équivalent de celle prévue pour la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, qui accepte l'ordre reçu dès lors qu'elle l'exécute. Pareillement, la banque du bénéficiaire accepte lorsqu'elle crédite le compte du bénéficiaire ou met les fonds à la disposition de ce dernier de toute autre manière; elle accepte à l'évidence, puisqu'elle exécute (art. 9, par. 1, lettre d)).

Autres modalités :

- La banque du bénéficiaire donne avis au bénéficiaire qu'il a le droit de retirer les fonds ou d'utiliser le crédit (Art. 9, par. 1, lettre e); à rapprocher de l'Article 10, par. 5).
- La banque utilise de toute autre manière le crédit, conformément à l'ordre de paiement émanant de l'expéditeur, qui a donné, par exemple, pour instruction que la somme visée devra recevoir telle affectation: acheter des valeurs mobilières au nom du bénéficiaire (art. 9, par. 1, lettre f)).
- La banque impute le crédit sur une dette du bénéficiaire envers elle ou l'utilise conformément à une décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente (Art. 9, par. 1, lettre g)). La banque du bénéficiaire est alors réputée acceptante lorsque, les conditions de la compensation étant par hypothèse remplies, elle effectue une telle compensation; elle est non moins réputée acceptante lorsqu'elle donne suite, notamment, à une saisie du crédit.

Appelée à accepter l'ordre de paiement, la banque réceptrice quelle qu'elle soit, banque autre que la banque du bénéficiaire ou banque du bénéficiaire, peut le rejeter, aux termes des articles 7, paragraphe 3, et 9, paragraphe 2, rédigés en termes identiques.

C

Le rejet de l'ordre de paiement.

100 – Toute banque réceptrice peut rejeter un ordre de paiement, qu'elle soit banque autre que la banque du bénéficiaire, autrement dit banque du donneur d'ordre ou expéditeur, banque intermédiaire, ou qu'elle soit banque du bénéficiaire.

Le principe est alors que la banque réceptrice, qui rejette un ordre de paiement, doit en donner avis. A qui ? La loi 'type ne le précise pas de manière expresse, mais il ne fait aucun doute que l'avis doit être adressé à l'expéditeur.

Cela fait que si la banque du bénéficiaire prend sur elle de refuser un ordre de paiement, le bénéficiaire n'en saura rien. Pourra-t-il engager la responsabilité de la banque s'il vient à apprendre ce refus qu'il estimerait injustifié et préjudiciable à ses intérêts? La réponse est à donner en application de la loi applicable entre banque du bénéficiaire et bénéficiaire, et cela hors application du Paragraphe 6 de l'Article 17, qui ne vise que le cas d'inexécution, par la banque du bénéficiaire, de l'une de ses obligations énoncées par les paragraphes 1 ou 5 de l'Article 10.

Pourrait-il non moins engager la responsabilité de la banque du donneur d'ordre ou d'une banque intermédiaire ? L'Article 18, relatif à l'exclusivité des recours (ceux-là seulement visés par l'Article 17) ne paraît pas y faire obstacle.

Cela étant, pour que la banque puisse rejeter un ordre de paiement reçu, encore faut-il qu'elle en ait la possibilité; elle ne l'a plus si elle a convenu avec l'expéditeur que la réception de l'ordre entraînerait, pour elle, acceptation (Art. 7, par. 2, lettre a), et Art. 9, par. 1, lettre a)).

Ce n'est donc que dans les cas où la banque ne serait acceptante que si elle adoptait le comportement d'où résulterait son acceptation qu'elle peut rejeter l'ordre de paiement reçu.

Elle doit alors en donner avis à l'expéditeur. Quand ? « Au plus tard le jour ouvré suivant la fin du délai d'exécution ».

En clair, l'Article 11, Paragraphe 1, posant en règle qu'une banque réceptrice est tenue d'exécuter un ordre de paiement le jour ouvré où elle le reçoit ou le jour ouvré suivant (à moins qu'une date postérieure n'ait été indiquée par l'ordre de paiement, exécution différée), l'avis de rejet doit donc en principe être notifié le jour ouvré suivant les deux jours prévus pour l'exécution, donc au plus tard à la fin du troisième jour ouvré à partir du jour où l'ordre a été reçu, ou, au cas d'exécution prévue comme devant être différée, le jour ouvré qui suit celui qui avait été assigné.

On peut en ce dernier cas se demander si, au cas d'ordre adressé le 5 du mois et devant être exécuté le 15 du même mois, il est judicieux que la banque réceptrice puisse attendre jusqu'au 16 pour aviser l'expéditeur qu'elle rejette l'ordre. Il se peut que l'expéditeur, désireux de lever une option d'achat, ait eu l'obligation de verser une somme au plus tard le 15. Prévenu le 16 que la banque a rejeté l'ordre, il est forclos. Tout au plus — dans la mesure où il avait mis les fonds à la disposition de la banque — aura-t-il droit, en application de l'Article 14, paragraphe 1, à la restitution de la somme qu'il a versée, accrue des intérêts. Mais tel n'est pas ce que souhaitait l'expéditeur. La loi type ne paraît pas avoir assuré la sauvegarde de ses intérêts.

Dans le cas normal, hors le cas d'exécution différée, la banque, qui dispose de deux jours pour exécuter, dispose de trois jours pour rejeter. Ce jour supplémentaire a été justifié, notamment, par le fait que, par ce biais, la loi type rendrait plus aisée l'application des législations nationales pourchassant le blanchiment de l'argent sale et imposant à la banque d'effectuer des déclarations à l'autorité compétente et d'attendre ses instructions (202).

Il a, également, été fait observer que le délai de deux jours est celui que, de son côté, la Commission des Communautés européennes avait invité les banques à respecter par sa recommandation du 14 février 1990 (quatrième principe).

Donnant avis du rejet, la banque n'a pas jusqu'à plus ample informé, à donner les raisons de celui-ci (203). Sa décision est discrétionnaire, ce qui ne veut pas dire qu'elle sera arbitraire. Le banquier n'a pas pour raison d'être de faire fuir la clientèle.

(202) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n° 143.

(203) – A/CN.9/297 (20 Novembre 1987), n° 51.

Si le principe est que la banque qui rejette l'ordre de paiement doit en donner avis, ce principe souffre des exceptions en conséquence du Paragraphe 3 de l'Article 7 et du Paragraphe 2 de l'Article 9.

Il va de soi que la banque ne peut donner avis de son rejet à l'expéditeur si elle ne dispose pas d'éléments d'information suffisants pour l'identifier (art. 7, par. 3, lettre c); art. 9, par. 2, lettre c)).

L'autre exception est relative au cas où la banque réceptrice de l'ordre ne dispose pas des fonds suffisants pour l'exécuter (Art. 7, par. 3, lettres a) et b); Art. 9, par. 2, lettres a) et h)),

- soit que le paiement devait être effectué par le débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque et que le compte n'était pas suffisamment provisionné,
- soit que le paiement doive être effectué par d'autres moyens et que ce paiement n'ait pas eu lieu.

De ces dispositions, directement inspirées de l'Article 4A, il résulte d'abord que la banque n'est obligée de donner suite aux instructions reçues que si elle est couverte, autrement dit payée. A défaut, elle n'est tenue à rien, ni à donner suite aux instructions reçues, si bien évidemment elle n'entend pas faire crédit à l'expéditeur, ni même à aviser l'expéditeur qu'elle ne leur donnera pas suite. A l'expéditeur de se montrer précautionneux et, notamment, de suivre l'état de son compte et, en tout cas, de provisionner la banque, qui n'a pas à courir de risque de son chef. L'expéditeur ne peut que s'en prendre à lui-même si ses instructions sont restées sans suite.

Il convient, dans la circonstance, d'être tout à fait précis et de faire état de ce qu'il n'y a lieu à acceptation ou à rejet, si la banque ne veut pas accepter, que lorsque la banque réceptrice, qui a reçu l'ordre de paiement, a également reçu le paiement correspondant. Le délai d'acceptation ou de rejet ne commence que lorsque ces deux conditions sont remplies, avec la conséquence que le banquier ne peut avoir à exécuter avant d'avoir accepté.

101 – Le paragraphe 3 de l'article 7 et le Paragraphe 2 de l'Article 9 laissent sans réponse certaine au moins deux questions.

La première concerne le cas où le compte à débiter est provisionné, mais pas suffisamment. Que doit faire la banque réceptrice: accepter et exécuter l'ordre à concurrence du montant de la provision ? ou bien ne rien faire et même pas aviser l'expéditeur qu'elle rejette ?

En faveur de cette dernière solution, peut être invoquée la lettre a) des deux paragraphes, qui, pour exclure l'obligation de donner avis, fait état de ce qu'il n'y a «pas suffisamment de fonds sur le compte ».

Deuxième question: au cas d'ordres de paiement multiples arrivant en même temps et de provision insuffisante, quels ordres exécuter ?

Un dernier point retiendra l'attention. Il concerne le cas où l'ordre de paiement qui n'a pas été exécuté parce que le compte du donneur d'ordre n'était pas suffisamment provisionné n'avait pas de ce fait à être expressément rejeté. Un tel ordre devient-il automatiquement caduc à la fin du délai d'exécution ou bien demeure-t-il valable et exécutable si l'argent, pour y donner suite, parvient au banquier?

102 – L'opinion générale a été qu'il aurait été excessif de décider une caducité immédiate et automatique, mais aussi qu'il importait de libérer la banque réceptrice de la charge que représente pour elle le fait de devoir laisser en attente, donc sous surveillance, des ordres de paiement dont l'avenir est incertain. De là, la disposition du dernier Paragraphe des Articles 7 et 9.

Ceux-ci énoncent qu'un ordre de paiement, tel que celui ci-dessus visé, cesse d'être valable s'il n'est ni accepté, ni rejeté en vertu de chacun de ces articles, avant l'heure de clôture, le cinquième jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution, c'est-à-dire, en clair, l'exécution devant intervenir en principe le jour où l'ordre est reçu ou le lendemain, à l'expiration du septième jour ouvré (2+5). Mais — en application de l'Article 4 permettant les dérogations conventionnelles — toute convention dérogatoire conclue entre la banque réceptrice et l'expéditeur est licite.

On relèvera comment les banques réceptrices sont, en conséquence de la loi type, amenées à notifier des avis de diverses sortes :

- avis d'acceptation adressé à l'expéditeur si la banque en a convenance (Art. 7, par. 2, lettre h); Art. 9, par. 1, lettre h)),
- avis d'acceptation adressé au bénéficiaire si la banque du bénéficiaire en a convenance (Art. 9, par. 1, lettre e), à rapprocher de l'Art. 10, par. 5),
- avis de rejet.

D'autres avis sont encore prévus au cas d'ordres imparfaits, inexécutables ou difficilement exécutables.

D

Le cas d'ordre imparfait, inexécutable ou difficilement exécutable.

103 – Au cas d'ordre imparfait ou inexécutable ou difficilement exécutable, la banque réceptrice, qu'elle soit banque autre que la banque du bénéficiaire ou banque du bénéficiaire, ne peut adopter une attitude passive.

La loi type, par les paragraphes 3, 4 et 5 de l'Article 8, et 2, 3 et 4 de l'Article 10, l'oblige à faire le nécessaire pour lever ces imperfections, en prenant l'attache de l'expéditeur, autrement dit en donnant avis à l'expéditeur.

On remarquera, au demeurant, que ces avis sont à donner par toute banque réceptrice, qu'elle ait accepté ou non l'ordre de paiement, mais, en fait, les dispositions légales trouveront le plus ordinairement à s'appliquer au cas où l'ordre de paiement n'a pas été accepté par la banque réceptrice. Et d'apercevoir alors que, sur une banque réceptrice, pèsent des obligations, même en l'absence d'acceptation, des obligations sanctionnées par le paiement d'intérêts, si, en même temps que l'ordre, elle a reçu l'argent.

On s'arrêtera d'abord à la disposition du Paragraphe 3 de l'Article 8, rédigé de manière différente de celles des Paragraphes 4 et 5 et des Paragraphes 2, 3 et 4 de l'Article 10.

La disposition du Paragraphe 3 de l'Article 8 ne concerne qu'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire. Elle prévoit que si la banque réceptrice détermine qu'il n'est pas possible de suivre une instruction de l'expéditeur quant à la banque intermédiaire ou au système de transfert de fonds à utiliser pour l'exécution du virement (204) ou que donner suite à cette instruction entraînerait un coût ou un retard excessifs, elle doit demander à l'expéditeur, avant la fin de la période d'exécution (prévue par l'Article 11, Paragraphe 1, et non pas Paragraphe 4, c'est-à-dire sans adjonction d'un jour supplémentaire), quelle mesure elle devrait prendre.

Mais, à défaut d'avis donné, l'article 8 ne prévoit expressément aucune sanction. Le raisonnement conduit à considérer que, s'il n'est pas possible de suivre l'instruction de l'expéditeur, celle-ci restera donc sans effet et l'expéditeur s'en apercevra. En application de l'Article 14, Paragraphe 1, la banque du donneur d'ordre devra restituer tout paiement reçu, accru des intérêts, à l'expéditeur qui viendra à se manifester.

Si donner suite à l'instruction entraîne des coûts ou des retards excessifs, peu importe si l'instruction a été exécutée. Mais, si retard il y a, la banque, en application de l'article 17, paragraphe 1, devra des intérêts de retard.

En revanche, si avis avait été donné et que celui-ci avait entraîné un retard dans l'exécution du fait de l'attente nécessaire des nouvelles instructions en provenance de l'expéditeur, ce retard ne sera pas à considérer comme imputable à la banque réceptrice, qui a sollicité l'avis (art. 8, par. 2); celle-ci ne sera donc pas tenue de verser des intérêts de retard, alors même que les fonds seront demeurés à sa disposition.

104 – Les paragraphes 4 et 5 de l'article 8 et les paragraphes 2, 3 et 4 de l'Article 10 appellent un examen distinct.

Il est prévu que, lorsqu'elle reçoit une instruction qui semble être un ordre de paiement, mais qui ne contient pas suffisamment de données pour en constituer un, ou que, étant un ordre de paiement, l'instruction ne peut être exécutée en raison de l'insuffisance

(204) – Le Paragraphe 4 de l'Article 8 vise, en son début, un autre cas d'impossibilité d'exécution, à savoir celui où une instruction, qui semble être un ordre de paiement, ne contient pas suffisamment de données pour en constituer un.

des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire (art. 8, par. 4) ou la banque du bénéficiaire (Art. 2) est tenue de donner avis à l'expéditeur de l'insuffisance (205) constatée dans le délai prescrit à l'Article 11, Paragraphe 4, en clair au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution, c'est-à-dire, dans le cas normal où l'ordre doit être exécuté le jour ouvré où il a été reçu ou le lendemain, le jour ouvré suivant ce second jour, donc avec adjonction d'un jour supplémentaire, non prévu par le paragraphe 3 de l'article 8. A défaut d'avoir donné avis, la banque — qui par hypothèse n'a pu exécuter l'ordre, impossible à exécuter — doit des intérêts (206) à l'expéditeur sur tout paiement reçu de lui (Art. 17, Par. 4 et 5).

Egalement, lorsqu'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire (Art. 8, Par. 5) ou la banque du bénéficiaire (art. 10, par. 3) constate un défaut de concordance dans les éléments d'information relatifs au montant du virement, résultant, notamment, on peut l'imaginer, d'un défaut de concordance entre lettres et chiffres, elle est tenue d'en donner avis à l'expéditeur dans le délai prévu par l'article 11, paragraphe 4, ci-dessus rappelé, si l'expéditeur peut être identifié. A défaut d'avoir donné avis, la banque doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement reçu de lui (Art. 17, par. 4 et 5) (207).

La banque, on le relèvera au passage, voit donc mise à sa charge l'obligation de vérifier la concordance entre lettres et chiffres, alors que, dans la pratique électronique, les chiffres bénéficient d'une prévalence indiscutable. Il convient au surplus de relier les dispositions ici examinées à celle de l'Article 5, Paragraphe 5, deuxième alinéa, d'où il résulte que, au cas d'anomalie (le défaut de concordance entre chiffres et lettres en est certainement une) que la banque aurait décelée, portant sur le montant de l'ordre, « l'expéditeur n'est lié que par le montant qu'il entendait verser ».

(205) – La jurisprudence française est en ce sens, cf. Cour de cassation, chambre commerciale, 30 novembre 1983, Dalloz-Sirey, 1984, informations rapides, 308, obs. Vasseur.

(206) – La définition du terme « intérêts » est donnée par l'Article 2, lettre m).

(207) – S'agissant uniquement de la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, la dernière phrase du paragraphe 5 de l'Article 8 dispose que, si ladite banque n'a pas donné avis à l'expéditeur et doit des intérêts en raison d'un paiement reçu de lui, cet intérêt sera déduit de tout intérêt payable en application de l'Article 17, Paragraphe 1, parce qu'elle n'a pas exécuté l'ordre de paiement dans le délai requis et a donc pu profiter de l'argent reçu. Le même argent ne peut donner lieu deux fois à paiement d'intérêt.

Pareillement encore — et cela ne vise que la banque du bénéficiaire — lorsque celle-ci constate un défaut de concordance dans les éléments d'information destinés à l'identification du bénéficiaire et résultant, notamment, ici encore, d'un défaut de concordance entre lettres et chiffres (numéro de compte), elle est tenue d'en donner avis à l'expéditeur dans le délai prescrit à l'Article 11, Paragraphe 4, ci-dessus rappelé, si l'expéditeur peut être identifié (Art. 10, Par. 4).

Ici encore, à défaut d'avis donné, la banque du bénéficiaire doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement reçu de lui (Art. 17, Par. 5). La banque voit donc ici également mise à sa charge l'obligation de contrôler cette concordance. Il convient, à cet égard, de signaler que certaines décisions de la jurisprudence américaine sont en ce sens (208).

On aura relevé comment l'absence d'avis donné à l'expéditeur entraîne, pour la banque réceptrice, dans les cas visés par les Paragraphes 4 et 5 de l'Article 8, 2, 3 et 4 de l'Article 10, le paiement d'intérêts à l'expéditeur sur les sommes reçues de lui. Le paiement d'intérêts est prévu également par l'Article 17 qui, en son paragraphe 1, oblige, de manière générale, une banque réceptrice à payer des intérêts de retard au cas d'achèvement avec retard. Le but de la loi est que la banque en retard ne profite pas de celui-ci pour faire fructifier les fonds à son avantage.

Or, force est de reconnaître qu'une manière pour une banque réceptrice d'être à l'origine d'un retard est de ne pas aviser l'expéditeur que l'ordre reçu de lui est inexécutable en raison d'informations insuffisantes ou qu'il recelait un défaut de concordance dans les informations relatives au montant à transférer ou à l'identification du bénéficiaire. Le paiement d'intérêts de retard s'avère dès lors, à première vue, en parfaite cohérence avec l'idée de base qui inspire le Paragraphe 1 de l'Article 17.

(208) —Affaire Securities Fund Services Inc. American National Bank and Trust Co. of Chicago, 542 F. Supp. 323 (ND, Ill, 1982); affaire Shearson American Express Inc./American National Bank (Slip. op. n° 83-0555, 18 August 1983); Bradford Trust Co. v. Texas American Bank Houston, 700 F. 2d 407 (5th Cir., 1986); cf. Effros, op. cit, The Banking Law Journal, 1988, pp. 530-532; X. Thunis, « Tendances récentes de la responsabilité des banques dans les opérations de transferts électroniques de fonds », Revue de droit des affaires internationales, 1991, p. 945 et spécialement p. 968.

C'est au demeurant l'Article 17 dans son ensemble et son complément, l'Article 18, qui s'avèrent applicables.

Par conséquent, en application du Paragraphe 7 de l'Article 17, les conventions dérogatoires sont, en principe, possibles. Une banque peut aussi bien aggraver que limiter sa responsabilité envers une autre banque.

Elle peut aussi aggraver sa responsabilité envers un donneur d'ordre qui n'est pas une banque, mais elle ne peut la limiter envers un tel donneur d'ordre, notamment en convenant d'un taux d'intérêt inférieur au taux «habituellement accepté par les banques pour les fonds ou la somme d'argent visés» (Art. 17, par. 7, et Art. 2, lettre m)).

Ce point acquis, la loi/type consacre une limitation générale de la responsabilité des banques en tant que l'Article 18 dispose que «les recours prévus par l'Article 17» (tel est bien le cas ici) « sont exclusifs ».

Par conséquent, le principe est qu'aucune réparation autre que le paiement d'intérêts ne peut être réclamée. Toutefois à ce principe une exception est apportée et d'autres réparations peuvent être réclamées au cas où le comportement de la banque témoignerait de son intention délibérée de causer un préjudice ou s'avérerait téméraire, en parfaite conscience qu'un préjudice pourrait en résulter.

Toutefois, il faut reconnaître que la fin de la phrase de l'Article 18, qui vise le cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un ordre de paiement et qui permet, au cas de faute intentionnelle ou grossière, l'exercice d'autres recours que celui visant au paiement d'intérêts de retard, s'adapte mal au cas de défaut d'avis adressé par la banque réceptrice à l'expéditeur, puisqu'il n'y a ni exécution, ni mauvaise exécution d'un ordre de paiement. La rédaction de l'Article 18 est, à cet égard imparfaite.

105 – Le cas d'ordre imparfait, inexécutable ou difficilement exécutable appelle un examen plus approfondi. En effet, les développements qui précèdent supposent que la banque réceptrice, qui a reçu le montant du virement, a adopté une attitude passive, n'a pas avisé l'expéditeur et a conservé l'argent.

Assurément, elle n'a pu adopter une autre attitude si l'ordre ne contenait pas suffisamment de données pour pouvoir être exécuté. Mais, au cas de défaut de concordance dans les éléments relatifs au montant ou dans les éléments destinés à l'identification du bénéficiaire, spécialement au cas de défaut de concordance entre les lettres et les chiffres, il se peut que la banque ne se soit pas aperçue du défaut de concordance et qu'elle ait exécuté l'ordre.

On s'aperçoit alors que n'est pas appropriée la disposition de la loi type prévoyant que la banque, qui n'a pas relevé ce défaut de concordance et qui n'a pas avisé l'expéditeur, doit à celui-ci des intérêts.

Au cas de défaut de concordance dans les éléments relatifs au montant et si l'ordre a été exécuté par la banque, se référant soit aux lettres, soit aux chiffres, il faut supposer, pour que la sanction consistant en un paiement d'intérêts ait un sens, que la banque ait payé une somme inférieure à celle qu'elle avait reçue de l'expéditeur et que ce soit cette somme-là que l'expéditeur, qui s'est trompé en versant plus qu'il ne le devait, entend voir verser; la banque a donc conservé le surplus; elle doit des intérêts relativement à ce surplus, mais, à l'évidence, elle doit aussi restituer ce surplus; or, on ne voit pas que la loi type l'y oblige expressément.

Si, de manière différente, la volonté de l'expéditeur était que ce soit la somme supérieure qui devait être versée, l'Article 15, pour le cas de paiement insuffisant, devrait sans doute trouver application ; la banque devrait émettre un ordre de paiement couvrant la différence, mais si ce surplus lui avait été versé initialement par l'expéditeur, un surplus qu'elle a, par hypothèse, conservé jusqu'au jour où elle a émis l'ordre de paiement complémentaire, elle devra alors à l'expéditeur des intérêts correspondant à la période pendant laquelle les fonds constitués par ce surplus se sont trouvés à sa disposition.

On conviendra qu'en la circonstance la loi type s'avère insuffisamment précise.

Elle ne l'est pas davantage au cas de défaut de concordance dans les éléments d'information destinés à l'identification du bénéficiaire, si la banque du bénéficiaire, qui n'a pas constaté un défaut de concordance entre lettres et chiffres et qui n'a pas avisé

l'expéditeur, a exécuté l'ordre, vraisemblablement en se référant aux chiffres, un numéro de compte, au profit d'une personne qui n'était pas le vrai bénéficiaire. Le paiement d'intérêts à l'expéditeur, relativement à ces fonds que la banque du bénéficiaire n'a pas gardés, n'a pas grand sens, alors que, dans le même temps, la banque du donneur d'ordre, elle — puisque le virement que celui-ci avait donné l'ordre d'exécuter n'a pas été achevé, le vrai bénéficiaire n'ayant pas reçu l'argent qui lui était destiné — devra restituer au donneur d'ordre tout paiement reçu de lui, accru des intérêts, en application de l'Article 14, sauf son recours contre la banque du bénéficiaire qui a payé à tort et, cela, en application de la dernière phrase de l'Article 14.

Cette possibilité de recours de la banque du donneur d'ordre à l'encontre de la banque du bénéficiaire est en ligne avec la jurisprudence américaine citée précédemment (texte).

Cette jurisprudence a vu le jour dans des circonstances assez rocambolesques où des escrocs, après avoir imité la signature du client d'une banque, censé être le donneur d'ordre, avaient donné instruction de virer des fonds à un compte dans une autre banque, à propos duquel ils donnaient le nom de celui qui était censé être le donneur d'ordre, et un numéro.

Le prétendu donneur d'ordre n'avait aucun compte chez cette banque, et le compte dont le numéro était indiqué était celui des escrocs, dont il n'est pas besoin de dire qu'ils ont disparu avec les fonds virés à ce compte.

La seconde banque n'a pas décelé la discordance entre le nom et le numéro de compte. La première banque a remboursé son client, le prétendu donneur d'ordre. Elle s'est ensuite retournée contre la seconde banque.

Celle-ci a été jugée responsable de la perte des fonds envers la première (affaire jugée en 1982, *Securities Fund Services v. American National Bank and Trust Company of Chicago* ; à joindre affaire *American Express v. American National Bank*).

Mais en une autre affaire jugée en 1986 (*Bradford Trust Co. y. Texas American Bank Houston*), la Cour a jugé différemment.

Tout en relevant que la banque destinataire a commis une faute en ne relevant pas la discordance, elle a rejeté la demande de la banque du donneur d'ordre et l'a considérée comme responsable, car c'était elle qui avait traité avec les fraudeurs et qui était jugée la plus apte à éviter la perte. La loi type, telle qu'elle a été ci-dessus interprétée, paraît écarter la solution consacrée par cette dernière décision.

En France, tout comme celle-ci, il a été jugé que la vérification de l'authenticité de l'ordre incombe à la banque qui l'a reçu et transmis; la banque destinataire des fonds n'a nulle obligation, ni responsabilité à cet égard.

Restent encore des questions en suspens: ainsi, la banque dite du bénéficiaire peut-elle réclamer au faux bénéficiaire la somme qui lui a été versée à tort ? Oui, à l'évidence, encore qu'aucune disposition formelle de la loi type ne le précise, à moins que l'on considère que l'Article 16, relatif à la restitution d'un trop-perçu, est applicable par analogie ou par extension.

Autre question: le donneur d'ordre, qui, en application de l'Article 14, ainsi qu'il vient d'être indiqué, peut réclamer à sa banque la restitution des fonds versés, pourrait-il aussi agir directement contre la banque du bénéficiaire qui a commis l'erreur et lui réclamer la restitution des fonds? La loi type, jusqu'à plus ample informé, ne l'interdit pas ;

106 – Les cas où les banques doivent donner avis aux expéditeurs sont nombreux ; à ceux ci-dessus signalés, il faut ajouter l'avis à donner au cas de rejet (Art. 7, Par. 3; Art. 9, par. 2). Il n'a pas manqué d'être relevé que ces avis étaient à l'origine de coûts qui allaient à contre-courant du désir de traiter à faible prix les virements électroniques de gros montants.

Reste encore le cas de l'instruction reçue qui n'est pas susceptible d'être suivie d'effet (Art. 8, Par. 3, début de la première phrase, et Par. 4; Art. 10, Par. 2). L'avis à donner par la banque s'inspire de l'esprit d'assistance, qui est souhaité comme devant être le sien et qui est consacré par l'article 13, dont il sera fait état ci-après.

Mais lorsqu'il y a défaut de concordance dans les éléments d'information relatifs au montant du virement (art. 8, par. 5; art. 10, par. 3) ou en ce qui concerne l'identification du bénéficiaire (art. 10, par. 4), défaut de concordance résultant de l'emploi concomitant de

chiffres et de lettres, une solution aurait pu être que soit édictée une règle de prévalence et que, s'agissant de virements électroniques, transmis d'ordinateur à ordinateur, les chiffres l'emportent sur les lettres. Les banques et la délégation des Etats-Unis d'Amérique n'ont pu faire admettre cette solution. On signalera que cette difficulté se trouve supprimée d'elle-même lorsque, conformément à la pratique informatique généralement suivie, seuls des chiffres sont employés, notamment un numéro de compte.

Quant au cas où il n'apparaît pas possible à la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire de donner suite à l'instruction reçue en ce qui concerne la banque intermédiaire ou le système de transfert de fonds à utiliser, ou lorsqu'il lui apparaît que donner suite à l'instruction reçue entraînerait un coût ou un retard excessifs (Art. 8, Par. 3), la délégation américaine aurait souhaité, afin d'éviter coût et retard, que la banque réceptrice puisse procéder unilatéralement au changement souhaitable, en agissant au mieux, plutôt que de l'astreindre à interroger l'expéditeur, et cela parce que la banque, professionnelle des transferts de fonds, est bien placée, mieux placée que le client, pour évaluer le mode de paiement adéquat et pour déterminer les différentes étapes d'un transfert électronique.

Mais la liberté qui aurait ainsi été laissée à la banque réceptrice a été jugée excessive et susceptible d'être à l'origine de litiges entre banque et client. La nécessité d'un avis à solliciter de l'expéditeur a donc été maintenue. Toutefois, de la comparaison effectuée entre les textes — texte proposé et texte adopté — le texte proposé visant «les modes de transmission », alors que le texte adopté ne comporte plus cette mention, il apparaît que la banque réceptrice pourrait prendre l'initiative de changer le mode de transmission prévu par l'instruction (substituer à une transmission-papier une transmission électronique), si ce changement permet d'assurer en temps voulu l'exécution de l'ordre de paiement (209).

Une dernière question demeure sans réponse. Des avis sont à adresser à l'expéditeur s'il peut être identifié.

S'il ne peut l'être, la banque, qui — on le supposera — a reçu le montant de l'ordre, peut-elle conserver l'argent en dehors de tout intérêt à payer à l'expéditeur, qui viendrait à se manifester ?

107 — Cette dernière question mise à part, les développements qui précèdent témoignent, à l'évidence, que la préoccupation qui a été celle de la Commission, à propos des cas d'ordres imparfaits, inexécutables ou difficilement exécutables, a été que le virement aboutisse. Il existe bien d'autres manifestations de cette idée.

Ainsi, on verra que toute banque réceptrice est tenue d'exécuter un ordre de virement le jour où elle le reçoit ou, au plus tard, le lendemain, à moins que l'ordre ne soit à exécution différée.

Mais, si l'ordre de paiement indique une date à laquelle les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire et qu'une banque réceptrice, autre que la banque du bénéficiaire, n'a pas respecté le délai ci-dessus indiqué, alors qu'une exécution postérieure demeure appropriée pour que la banque du bénéficiaire puisse accepter l'ordre de paiement et l'exécuter à la date prévue, alors la banque réceptrice doit exécuter l'ordre, fût-ce avec retard en ce qui la concerne (Art. 11, par. 1, lettre b)).

Mais, par excellence, cette préoccupation est à l'origine de l'Article 13 de la loi type, qui invite les banques à prêter leur assistance, afin que le virement aboutisse.

Avant de passer à l'examen de cet Article 13, on relèvera que les avis à donner par la banque réceptrice, autre que la banque du bénéficiaire, ne sont prévus comme devant l'être que dans des cas limités (données insuffisantes, défaut de concordance dans les éléments relatifs au montant ou — en ce qui concerne la banque du bénéficiaire — dans les éléments relatifs à l'identification du bénéficiaire).

La banque n'a pas d'avis à donner au cas d'ordre de paiement faisant double emploi, d'erreur ou d'anomalie qu'elle aurait décelé, à moins — semble-t-il — qu'ait été convenue entre l'expéditeur et la banque une procédure de détection, auquel cas il est implicitement inclus qu'avis doit être donné.

Il y a là un défaut de cohérence et en tout cas de liaison avec les dispositions de l'Article 8, Paragraphes 4 et 5, de l'Article 10, Paragraphes 2, 3 et 4, et celles de l'Article 5, Paragraphe 5, qui déterminent les obligations de l'expéditeur envers la banque.

En France, il a été jugé que la banque du bénéficiaire qui constate que, pour un même virement, deux ordres successifs ont été donnés, doit d'office ne pas exécuter les deux ordres et engage sa responsabilité en les exécutant; il lui revient d'avertir le donneur d'ordre de la constatation faite (210).

E

L'invitation adressée aux banques de prêter leur assistance afin que le virement aboutisse.

108 – Cette invitation est énoncée par l'article 13, qui dispose que :

« Tant que le virement n'est pas achevé [par l'acceptation émanant de la banque du bénéficiaire], chaque banque réceptrice s'efforce d'aider le donneur d'ordre et, chaque banque expéditrice suivante, de faire aboutir les procédures bancaires de virement et de solliciter à, cette fin le concours de la banque réceptrice suivante » (211).

La disposition de cet article tiendra l'attention par l'esprit qui l'inspire. Elle paraît aller de soi et, pourtant, elle n'a pas été adoptée sans résistance de la part des Américains, qui ont fait valoir qu'une telle assistance était de. 'nature à peser sur le coût des opérations de virement.

Aussi bien, l'Article 4A ne contient aucune disposition équivalente. Les Américains ont obtenu que, là où une précédente rédaction faisait état de ce que chaque banque réceptrice « a le devoir d'aider... », il soit simplement écrit «s'efforce d'aider le donneur d'ordre... ».

Il ne s'agit donc plus que d'une recommandation, au surplus dépourvue de sanction, encore qu'on puisse imaginer, ainsi que cela a été dit, que, en certains pays, en France notamment, sur le fondement de l'Article 42 de la loi bancaire du 24 Janvier 1984, les

(210) – Aix-en-Provence, 29 Octobre 1991, Dalloz-Sirey, 1993, sommaires commentés, p. 57, obs. Vasseur.

(211) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire des Articles 12 à 15, nos 3 ss.; Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n° 243; Rapport de la Commission, 1992 (A/47/17), n° 78.

autorités de surveillance sanctionnent disciplinairement la banque qui s'abstiendrait de prêter son assistance, manquant ainsi «aux règles de bonne conduite de la profession ».

Au demeurant, l'article suppose que le virement n'est pas achevé, mais qu'il demeure encore possible de l'achever utilement, fût-ce avec retard. Aussi, l'Article 13, qui est le premier du chapitre III, consacré à la détermination des conséquences, notamment des retards, aurait sans doute été mieux à sa place à la suite de l'article 8 relatif aux obligations d'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.

L'Article 13 vise principalement le cas où le virement a été retardé ou celui où une erreur a été commise chez une autre banque de la chaîne du virement. La banque est alors invitée à aider celui-ci, par exemple à rechercher la banque suivante qui a été à l'origine du retard ou de l'erreur, afin de hâter de sa part l'exécution ou de faire procéder aux corrections nécessaires, afin aussi, le cas échéant, de lui réclamer des intérêts de retard (Art. 17, par. 1).

A toutes ces fins, ainsi que l'écrit l'Article 13, la banque réceptrice sollicitera le concours de la banque réceptrice suivante, voire lui enverra de nouvelles instructions. Un bon exemple est celui d'une désignation inexacte du bénéficiaire ou de la banque du bénéficiaire.

Cette erreur peut être rattrapée, même si l'exécution finale du virement s'en trouve retardée, et cela grâce à l'assistance que les banques sont invitées à se prêter entre elles. Les banques peuvent en la circonstance recevoir, le cas échéant, l'aide de Swift.

Les messages Swift font en effet l'objet d'une numérotation séquentielle, qui permet de déclencher une procédure de recherche au cas de communication non reçue par son destinataire.

Pour autant, on observera que l'article 13 invite seulement la banque à faire aboutir les procédures «bancaires» de virement. La banque n'est nullement invitée à aider le donneur d'ordre à l'occasion des procédures judiciaires qu'il engagerait en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du virement.

Paragraphe II

Les conséquences de l'acceptation de l'ordre de paiement par les banques.

109 – On supposera ici que l'ordre de paiement reçu contient toutes les données qu'un ordre de virement doit comporter, qu'il peut être exécuté tel quel sans coût ni retard excessifs, qu'il ne comporte pas d'imperfections telles qu'un défaut de concordance entre chiffres et lettres en ce qui concerne son montant ou la désignation du bénéficiaire (212). Il est alors aisé de déterminer les conséquences de l'acceptation d'ordre de paiement par les banques.

Ces conséquences, d'une part, ont trait aux obligations que l'acceptation déclenche pour les banques, ce qui conduira à préciser le délai de leur exécution, d'autre part et distinctement — en ce qui concerne l'acceptation par la banque du bénéficiaire — elles ont trait à l'accomplissement et à la réalisation du virement.

A

Les obligations qui découlent, pour les banques, de leur acceptation de l'ordre de paiement.

Il convient de distinguer banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et banque du bénéficiaire.

a

Les obligations de la banque réceptrice acceptante autre que la banque du bénéficiaire.

110 – Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, qui peut-être la banque du donneur d'ordre ou une banque suivante, dès lors qu'elle a accepté l'ordre de paiement,

« est tenue en vertu de celui-ci d'émettre, dans le délai prescrit à l'Article 11, à l'intention de la banque du bénéficiaire ou d'une banque intermédiaire, un ordre de paiement conforme au contenu de celui qu'elle a reçu et qui comporte les instructions nécessaires pour réaliser le virement de manière appropriée » (Art. 8, par. 2).

(212) – Si l'ordre de paiement comportait de telles imperfections, on a vu que la banque, même non acceptante, était tenue de donner avis à l'expéditeur.

Si l'instruction fait état d'une date de paiement, la banque réceptrice doit faire le nécessaire pour que cette date soit respectée. L'Article 11, paragraphe 1, lettre h), le laisse entendre ; il dispose que si une banque réceptrice n'a pas exécuté l'ordre dans le délai prévu, en ce qui la concerne, et qu'une exécution postérieure demeure appropriée pour que la banque du bénéficiaire puisse exécuter l'ordre à la date indiquée, l'ordre n'en doit pas moins être exécuté par la banque réceptrice. L'Article 4A-302 (lettre a), 2) dispose plus clairement, quant à lui, que:

« si l'instruction d'un émetteur indique une date de paiement, la banque réceptrice est obligée de transmettre son ordre de paiement à un moment et par les moyens raisonnablement nécessaires pour permettre le paiement au bénéficiaire, à la date de paiement ou aussitôt, par la suite, que cela est faisable ».

Le fait que le virement soit un virement international n'empêche pas que la disposition de l'Article 8, Paragraphe 2, précitée s'applique dans les rapports entre agence et établissement d'une même banque situés dans le même Etat (Art. 8, par. 6). Ces agences et établissements distincts sont considérés comme des banques distinctes. Se trouve visé là le cas de la succursale de banque qui, recevant l'ordre d'un client, le fait suivre à une autre agence ou à son siège.

La banque réceptrice doit donc émettre, à son tour, un ordre afin de réaliser le virement de manière appropriée. En particulier, le montant de l'ordre à transmettre par elle doit être le même que celui de l'ordre qu'elle a reçu. On observera qu'il n'est pas écrit «de l'ordre émis ».

Au cas où le montant de l'ordre exécuté serait inférieur à celui de l'ordre reçu, à la suite d'une erreur, la banque réceptrice serait tenue, en application de l'article 15, d'émettre un ordre de paiement complémentaire couvrant la différence. Il convient toutefois de mettre à part le cas où la différence en moins entre l'ordre reçu et l'ordre transmis résulterait de frais prélevés par la banque. Cette pratique se trouve visée et implicitement validée par l'Article 19, Paragraphe 2.

Encore faut-il que la banque suivante, sollicitée de contribuer à la réalisation du virement, donne son acceptation au sens de l'article 7, autrement dit ne le rejette pas. Cela suppose, en principe, qu'elle soit couverte, c'est-à-dire payée (213). On sait, en effet, que l'expéditeur d'un ordre est tenu d'en payer le montant à la banque réceptrice (Art. 5, par. 6).

Or, la banque réceptrice, qui fait suivre un ordre, est expéditeur. On aurait pu alors concevoir que la loi type précisât que la banque réceptrice, qui devient expéditeur, devrait prendre les mesures voulues pour assurer que les fonds nécessaires à l'exécution de l'ordre de paiement étaient à la disposition de la banque suivante dans la chaîne des opérations de virement, et cela afin que la banque suivante ne retarde pas l'exécution de l'ordre de paiement, au motif qu'elle n'a pas été couverte. Une telle précision n'a pas été jugée indispensable, dès lors qu'il était écrit qu'il importait à la banque réceptrice-expéditeur de faire le nécessaire afin que le virement soit réalisé «de manière appropriée».

Cette formulation a été considérée comme impliquant que « la banque intermédiaire devait émettre un ordre de paiement qui ait une chance raisonnable d'être accepté par la banque suivante » (214).

On aura remarqué que l'Article 8, Paragraphe 2, écrit que l'ordre émis par la banque réceptrice, à l'intention de la banque suivante, doit être «conforme au contenu de celui qu'elle a reçu». Cela implique que la banque suivante, à son tour, exécute l'ordre tel qu'elle le reçoit, et cela jusqu'à la banque du bénéficiaire.

Or, il apparaît que les banques américaines procèdent de manière automatique à la conversion en dollars d'ordres de paiement libellés en une autre monnaie, en euros par exemple, et pour lesquels le donneur d'ordre initial a entendu que son ordre soit exécuté dans la monnaie qu'il a indiquée (215).

(213) – On rappellera qu'une banque réceptrice — si elle en a convenance — peut exécuter un ordre de paiement avant d'être couverte. Cour de cassation, chambre commerciale, 18 Juin 1991, Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 307 obs. Vasseur.

(214) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 157 et 158.

(215) – Paris, 22 Septembre 1988, Dalloz-Sirey, 1991, sommaires commentés, p. 30, obs. Vasseur.

La raison en est que, jusqu'en 1990, compte tenu des instructions de la Federal Reserve Bank, les banques américaines ne pouvaient ouvrir de comptes en devises. Présentement, très peu nombreuses seraient les banques qui procèdent à l'ouverture de tels comptes.

Aussi, la délégation française avait-elle souhaité que l'article 8, paragraphe 2, soit complété et qu'il soit écrit que l'opération devait être exécutée dans la monnaie ou l'unité de compte stipulée par l'expéditeur. Elle a fait, notamment, valoir que la conversion automatique prive d'effet la couverture que l'expéditeur avait voulu se ménager et risque d'être pour lui à l'origine d'une perte de change (216) qui sera d'autant plus ressentie que l'Article 17 de la loi type (On s'en expliquera ultérieurement) exclut, en principe, la réparation des pertes de change.

Cette proposition raisonnable et juste n'a point été adoptée, du fait de l'opposition de la délégation américaine. Les raisons invoquées pour faire échec à cette proposition ne s'avèrent guère convaincantes, à savoir que la loi type aurait pris le parti de ne pas traiter des difficultés liées aux questions de change, ou encore qu'il était loisible à la banque, qui n'entend pas exécuter l'ordre dans la monnaie stipulée, de rejeter celui-ci, qu'il importait aux parties intéressées de convenir de l'absence de conversion.

Il est évident que le rejet de l'ordre n'est pas à la convenance de l'expéditeur, qui entend que son ordre soit exécuté et que, si la banque ne veut pas changer sa pratique, elle ne consentira pas à convenir qu'elle ne procédera pas à la conversion.

En l'état et même en l'absence d'adoption de la proposition française, il apparaît de toute façon que l'expéditeur est en droit de s'en tenir à la lettre du Paragraphe 2 de l'Article 8, à savoir que l'ordre émis par la banque réceptrice «doit être conforme à celui qu'elle a reçu», et, par conséquent, exécuté par la banque suivante tel que celle-ci, de son côté, l'a reçu.

(216) – Ibid

b**Les obligations de la banque du bénéficiaire acceptante.**

111 – L'acceptation de la banque du bénéficiaire, de l'ordre de paiement entraîne pour elle l'obligation «de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire», et cela en accord avec la définition du virement donnée par l'Article 2, lettre a).

L'Article 10, paragraphes 1 et 4, explicite cette obligation.

Le Paragraphe 1 énonce que la banque bénéficiaire acceptante est

« tenue de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire, ou d'utiliser le crédit de toute autre manière, conformément à l'ordre de paiement et à la loi régissant la relation entre elle et le bénéficiaire » (rapp. Art. 9, par. 1, lettres d), f), g), fin de la phrase).

De manière redondante, l'Article 19, Paragraphe 1, deuxième phrase, énonce que :

« A l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire lui est redevable du montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté » (217).

On relèvera qu'il est écrit à l'Article 10, Paragraphe 1: «conformément à l'ordre de paiement». A cet égard, il aurait été opportun que fût précisé ici — ainsi que cela avait été proposé par la délégation française à propos de cet article comme à propos de l'Article 8, mais non obtenu — que la banque du bénéficiaire doit placer les fonds à la disposition de celui-ci dans la monnaie stipulée par l'expéditeur, sauf instruction contraire du bénéficiaire, et cela afin de faire obstacle à la conversion automatique en dollars à laquelle procèdent les banques américaines.

La façon la plus usuelle, pour la banque du bénéficiaire, de s'acquitter de son obligation, est de créditer le compte de celui-ci, à la condition qu'il en ait un.

(217) – La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, par Arrêt du 12 Juillet 1976 (Jurisclasseur périodique (JCP), 1978, II, 2902, n° 23), que le bénéficiaire avait droit au paiement dès que le compte du donneur d'ordre a été débité.

Précisément, le paragraphe 5 prévoit que :

« Sauf indication contraire figurant dans l'ordre de paiement [écartant l'obligation pour la banque du bénéficiaire d'aviser celui-ci], la banque du bénéficiaire est tenue, dans le délai prescrit pour l'exécution à l'article 11, de donner avis au bénéficiaire qui n'est pas titulaire d'un compte chez elle qu'elle tient les fonds à sa disposition, si elle dispose de suffisamment d'éléments d'information pour donner un tel avis ».

On sait qu'en conséquence de l'Article 2, lettre h), dernier alinéa, l'initiative prise par le bénéficiaire de se manifester et de réclamer le versement des fonds qui lui reviennent n'empêche en rien l'opération de demeurer un virement et de ne pas se transformer en prélèvement (debit transfer).

Qu'en est-il si la banque du bénéficiaire n'est pas en mesure d'aviser celui-ci ? Est alors susceptible de trouver application le Paragraphe 2 de l'Article 10; la banque du bénéficiaire doit aviser l'expéditeur de ce que l'ordre ne peut être exécuté, en raison de l'insuffisance des données; l'expéditeur prendra alors toutes mesures utiles.

L'Article 17, Paragraphe 6, fait état de la sanction applicable à la banque du bénéficiaire qui n'a pas exécuté l'obligation résultant pour elle du paragraphe 1 ou du paragraphe 5 précités de l'Article 10 ; elle sera responsable envers le bénéficiaire «dans la mesure prévue par la loi régissant la relation entre eux».

La loi type ne s'est pas crue autorisée à préciser la nature et le montant de la sanction, puisque, du seul fait, antérieur, de l'acceptation par la banque du bénéficiaire, le virement est achevé (Art. 14) et que ce qui se passe après l'acceptation, logiquement, ne relève plus d'elle.

Tenue d'exécuter l'ordre de paiement « conformément à l'ordre reçu », suivant les termes de l'Article 10, Paragraphe 1, la banque peut, notamment, avoir reçu pour instructions de transférer les fonds à un tiers, par exemple à un fournisseur du donneur d'ordre.

Ce tiers est-il en droit de réclamer paiement à la banque du bénéficiaire ? Non, suivant une décision américaine ; oui sans doute, suivant une décision française (218).

L'acceptation, par la banque du bénéficiaire, entraîne pour elle les obligations qui viennent d'être précisées.

Elle entraîne aussi un autre effet capital, à savoir l'achèvement du virement (Art. 19), ainsi que cela a déjà été indiqué et appellera plus loin d'amples développements. A l'achèvement, donc à l'acceptation par la banque du bénéficiaire, sont attachés d'autres effets tels que l'inefficacité de toute révocation ou modification de l'ordre de paiement (Art. 12, par. 2 et 12).

La date de l'acceptation par la banque du bénéficiaire permet aussi de déterminer si la ou les banques réceptrices, y compris la banque du bénéficiaire, ont fait ce qu'il fallait pour que le virement soit exécuté à bonne date, à peine de devoir des intérêts de retard (Art. 11, par. 1, lettre h); art. 17, par. 1).

Telles sont les obligations qui découlent pour les banques (banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et banque du bénéficiaire) de leur acceptation. La loi type a précisé le moment où ces obligations doivent être exécutées.

c

Le moment auquel les banques acceptantes doivent remplir les obligations qui découlent de leur acceptation.

112 – Le moment — autrement dit le délai d'exécution dont dispose la banque — a été déterminé par l'article 11 de la loi type, sous le titre: «Moment où la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement et en donner avis.»

D'entrée de jeu, la question est de savoir si cet article s'applique à toute banque acceptante, banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et aussi banque du bénéficiaire.

(218) – Décision américaine, *Houston Contracting Co. v. Chase Manhattan Bank*, 1982, citée par Patrikis, *Revue de droit des affaires internationales*, 1987, p. 642. Décision française, Cass. comm., 3 Juin 1981, *Gazette du Palais*, 1982, 1, panorama, p. 2.

Certes, le titre même de l'Article 11 ne distingue pas, alors que les Articles 7 et 8, d'une part, 9 et 10, d'autre part, distinguent soigneusement les dispositions applicables à chacune d'elles. Toutefois, à première lecture, l'hésitation est permise relativement à l'applicabilité de l'article à la banque du bénéficiaire. En effet, l'article 11 fait état de la banque réceptrice ' « tenue d'exécuter un ordre de paiement».

Or, ainsi que cela a déjà été indiqué et l'on s'expliquera ultérieurement sur ce point, l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire marque l'achèvement du virement. Aussi, la logique paraît-elle exclure que l'on puisse considérer que la banque du bénéficiaire, tenue de mettre les fonds à la disposition de celui-ci, exécute l'ordre de virement, car, après l'achèvement du virement, il ne peut plus être question d' « exécution » du virement, même si, sur la banque du bénéficiaire, pèsent les obligations qui résultent de l'Article 10. Aussi bien l'Article 2, lettre 1), ne définit le terme « exécution » que « dans la mesure où il s'applique à une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire

Néanmoins, on remarquera que ce même Article 10, Paragraphe 2, à propos de la banque du bénéficiaire, fait état de « l'instruction [qui] ne peut être exécutée »; de son côté, l'Article 9, Paragraphe 1, lettre a), utilise également le verbe « exécuter » à propos des ordres reçus par la banque du bénéficiaire qu'elle a convenu d'exécuter; l'Article 11 lui-même, paragraphe 1, lettre l)), in fine, utilise pareillement le verbe « exécuter » à propos de la banque du bénéficiaire mettant les fonds à la disposition de celui-ci.

On observera surtout que le Paragraphe 5 de l'Article 10 oblige la banque du bénéficiaire à donner avis à celui-ci, qui n'a pas de compte chez elle, « dans le délai prescrit pour l'exécution à l'article 11 ». Il laisse donc entendre que, pour la banque du bénéficiaire, la mise des fonds à la disposition du bénéficiaire est une exécution du virement.

C'est effectivement l'interprétation qu'il convient d'adopter de l'article 11. Cet article s'applique à toute banque, y compris la banque du bénéficiaire. La Commission en séance plénière, en 1992, s'est prononcée catégoriquement en ce sens et n'a pas jugé bon que cela soit écrit expressément (219). Une formulation explicite aurait cependant été bienvenue.;

(219) – Rapport de la Commission, 1992 (A/47/17), n° 68. Sur les hésitations du Secrétariat à cet égard, cf. A/CN.9/367 (27 Mars 1992), n^{os} 16 ss.

113 – Ce point acquis, quand la banque réceptrice est-elle tenue d'exécuter un ordre de paiement, parce qu'elle l'a accepté ? Dispose-t-elle d'un délai et de quel délai ?

Lors même, ainsi qu'il vient d'être indiqué, que la réponse à donner est la même, en principe, qu'il s'agisse de la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire ou de la banque du bénéficiaire, on examinera distinctement, par souci de clarté, la situation des deux catégories de banques.

114 – D'abord, la situation de la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.

L'Article 11 pose en règle que «en principe» (selon ses premiers mots) la banque réceptrice d'un ordre doit, à moins qu'il ne soit à exécution différée à une date prédéterminée, l'exécuter « le jour ouvré où elle le reçoit ». C'est là la règle que consacre l'Article 4A-301 (lettre b)).

Pour les Américains, cette disposition va de soi, étant donné que, pour eux, il s'agit de régir des transferts électroniques dont la vocation est d'être effectuée à grande vitesse. Les délégations européennes, dans leur ensemble, ont fait observer que, si, assurément, l'exécution le jour même était l'objectif qu'il convenait de s'assigner et que si, de fait, les ordres de virements étaient, pour la plupart, exécutés le jour même, en ce qui concerne les virements interbancaires et les virements de clientèle de gros montants, le caractère impératif de ce délai était trop astreignant en tant qu'il concernait sans distinction les virements-papier ainsi que les virements électroniques et les virements, nombreux, de petits montants (220).

Or, la règle de l'exécution le jour même était lourde de conséquences, puisque le non-respect du délai d'exécution entraîne le versement d'intérêts de retard (Art. 17, par. 1). Les délégations européennes sont parvenues — en dépit de l'opposition américaine et canadienne — à faire admettre un délai d'exécution de deux jours qui n'est conforme qu'en apparence avec la recommandation de la Commission des Communautés, en date du 14 Février 1990, concernant «la transparence des conditions de banque applicables aux

(220) – Etaient aussi à prendre en considération les préoccupations des pays en voie de développement.

transactions financières transfrontalières», car le délai de deux jours prévu par ladite recommandation doit être compris comme signifiant « quatre jours ouvrables ... indépendamment du nombre de banques intervenant » (schématiquement deux jours au départ et deux jours pour la transmission), ainsi qu'il résulte de la résolution du Parlement européen A.3-0029/93, n° 8, en date du 12 Février 1993.

115 – Toutefois, les Américains, soucieux — dirent-ils — que la banque réceptrice ne diffère pas systématiquement d'un jour l'exécution, afin de profiter un jour de plus de l'argent à sa disposition, mais en réalité mécontents, sont parvenus à faire ajouter un Paragraphe 2, qui prévoit que, au cas d'exécution le jour ouvré suivant celui où l'ordre est reçu, cette exécution sera prise en compte « avec valeur à compter du jour de réception ». Ce qui signifie que la banque suivante sera créditée avec valeur veille (221).

Une telle disposition est à l'origine de trois ordres de critiques.

D'une part, elle consacre, par un détour, le retour à la règle de l'exécution le jour même et revient à mettre à la charge de la banque un intérêt de retard pour exécution le lendemain. D'autre part, cette exécution « valeur veille » est pénalisante pour le donneur d'ordre, qui sera débité en valeur un jour précédant l'exécution de son ordre.

Enfin, du point de vue des banques européennes et françaises notamment, cette disposition entraîne l'immixtion de la loi dans le jeu des dates de valeur, alors qu'il s'agit là d'une matière, qui, par excellence, relève de la négociation contractuelle entre les parties.

116 – Il demeure, de toute façon, qu'en application de l'Article 4 les parties à un virement sont en droit de déroger aux dispositions de l'Article 11. Cela a été dit et redit lors des débats en commission, encore que l'enchaînement difficile des Articles 17, paragraphe 1 (qui renvoie à l'Article 8-2), 17, Paragraphe 7 (troisième phrase), 8, Paragraphe 2 (qui renvoie à l'Article 11), conduit à se poser la question de savoir si de telles conventions dérogatoires sont, en toute hypothèse, possibles.

(221) – Sur les difficultés d'application de cette règle, cf. la note du Secrétariat A/CN.9/367 (27 Mars 1992), n^{os} 32 à 35.

Sur l'ensemble de l'Article 11, cf. Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 195 ss.

De toute façon, il convient d'apercevoir que, du fait de la segmentation du virement, la convention dérogatoire sera susceptible d'être le fait d'une banque intermédiaire, avec la conséquence que la banque du donneur d'ordre et le bénéficiaire seront alors exposés à ne pas pouvoir déterminer à l'avance à quelle date, en définitive, le virement sera finalement exécuté.

Il demeure surtout — et cela aussi a été dit et redit — que les banques, qui estimeront trop rigoureuses les dispositions des Paragraphes 1 et 2 de l'article 11, pourront jouer — même si le procédé est jugé peu élégant — avec le paragraphe 5 qui reconnaît (comment aurait-il pu ne pas reconnaître ?) à toute banque le droit de fixer l'heure limite de réception d'un ordre, afin que celui-ci soit considéré comme reçu ce jour-là, avec la conséquence que l'ordre reçu après cette heure limite sera considéré comme reçu le jour suivant. L'heure limite peut dès lors être fixée à 11 heures, 10 heures, 9 heures du matin. Pourquoi pas ? (Pour Sagittaire-France, l'heure limite est 13 heures.) Encore qu'il ne faille pas, à l'évidence, exagérer la vertu du procédé qui risque de se transformer en instrument de concurrence entre banques internationales.

Egalement, même si cela est difficilement imaginable en pratique, on peut concevoir que la banque réceptrice joue également avec le Paragraphe 6 de l'Article 11, qui dispose qu'une banque réceptrice, tenue d'exécuter une opération un jour où elle n'effectue pas ce type d'opération, doit l'exécuter le jour suivant où elle exécute ce type d'opération.

Une banque pourrait donc porter dans ses conditions générales qu'elle exécute les ordres dépassant tel montant tous les jours et les ordres de montant inférieur tel jour de la semaine uniquement, sauf mécontenter les clients donneurs d'ordre de petits montants.

117 – L'Article 11 appelle à ce stade éclaircissement et précision :

1) Dans la mesure où un délai de deux jours, pour exécuter, est prévu, ce délai concerne chaque banque intervenante. Il y aura donc autant de fois deux jours qu'il y aura de banques intervenantes ; il importe donc au donneur d'ordre de tenir compte de ces délais cumulatifs.

2) Au cas où l'ordre de paiement comporte une date d'exécution différée, postérieure à l'expiration du délai de principe d'exécution de deux jours, il va de soi que c'est à cette date postérieure que l'ordre doit être exécuté, avec valeur à cette date (Art. 11, par. 1, lettre a), et par. 2).

On peut toutefois imaginer qu'une banque prenne l'initiative d'exécuter avant la date prévue. Elle le fait alors à ses risques, dans la mesure où lui parviendrait, avant cette date, un ordre de révocation qui serait valable. Elle devrait rembourser tout paiement qu'elle aurait reçu et dont elle n'aurait plus le montant (Art. 12, par. 5).

3) La lettre h) du Paragraphe 1 introduit un tempérament à la règle des deux jours. Elle suppose que l'ordre de paiement ait indiqué la date à laquelle les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire. La règle des deux jours peut alors se trouver en fait écartée, si une exécution postérieure s'avère encore appropriée, pour que la banque du bénéficiaire puisse mettre les fonds à la disposition de celui-ci à la date fixée. La banque réceptrice — même après le délai de deux jours — doit exécuter l'ordre, puisque, en l'espèce, «tout est bien qui finit bien», le bénéficiaire recevra paiement à bonne date.

Mais, pour autant, la banque réceptrice, indiscutablement en retard, ne sera pas tenue d'exécuter l'ordre avec valeur à compter du jour de réception, eu égard à la rédaction du paragraphe 2 de l'article 11. Elle profitera donc des fonds, par hypothèse à sa disposition. Cette solution, bonne pour la banque, n'est pas en harmonie avec la disposition qui oblige la banque, qui exécute un ordre le lendemain du jour où elle l'a reçu, à l'exécuter « valeur veille». Il y a là une malfaçon indéniable.

4) Le Paragraphe 3 concerne le cas où la banque, présumée acceptante, en application de l'Article 7, paragraphe 2, lettre e), n'a pas rejeté l'ordre reçu dans les trois jours de sa réception (cas normal), pour lequel elle avait provision, puisque, si elle n'avait pas provision, elle n'était tenue à rien, Ladite banque doit exécuter l'ordre « avec valeur au plus tard (222) le jour où l'ordre de paiement est reçu ».

(222) – Que veut dire « au plus tard », alors qu'il s'agit de remonter en arrière ?

Mais, pour autant, le Paragraphe 3 ne précise pas quand ladite banque doit exécuter l'ordre. On aperçoit, à cet égard, un chevauchement de textes. D'une part, la règle est que la banque, réputée acceptante, est tenue d'exécuter l'ordre dans les deux jours de sa réception (Art. 11, par. 1).

Mais, d'autre part, elle aurait pu rejeter l'ordre le troisième jour et c'est l'absence de rejet à l'expiration du troisième jour (Art. 7, par. 3) qui la fait réputée acceptante. Par hypothèse, elle ne l'a ni accepté, ni exécuté, ni rejeté à l'occasion de ce troisième jour. Elle n'en est pas moins tenue de l'exécuter, puisqu'elle est réputée acceptante. Au mieux, elle l'exécutera donc le quatrième jour et, en toute hypothèse, sera exposée à devoir verser des intérêts au bénéficiaire pour la durée du retard qui lui est imputable (Art. 17, par. 1).

Du point de vue du donneur d'ordre, l'ordre sera exécuté, suivant l'indication précédemment donnée, avec « valeur au plus tard le jour où l'ordre de paiement a été reçu ». Il n'apparaît pas qu'existe, en la circonstance, une parfaite articulation des textes et qu'en tout cas ceux-ci soient clairs et commodément opérationnels.

5) Si la banque s'est abstenue de rejeter l'ordre parce qu'elle n'était pas approvisionnée et ne l'a pas rejeté lorsqu'elle a reçu les fonds, elle est en ce cas encore réputée acceptante; elle doit exécuter l'ordre avec valeur le jour où les fonds lui sont parvenus. Mais, attention ! Cela ne peut conduire à une exécution très différée.

Il convient de rappeler qu'en application du Paragraphe 4 de l'Article 7 un ordre cesse d'être valable au cas où, pour absence de provision, il n'a été ni accepté ni rejeté sept jours après avoir été reçu. Il ne peut plus alors être accepté.

Si la provision est constituée avant cette échéance des sept jours, la banque réceptrice, qui certainement peut rejeter l'ordre, devrait-elle le faire dans les trois jours de la réception des fonds ? Oui, si l'on considère qu'il n'y a lieu à acceptation ou à rejet que lorsque la banque réceptrice, qui a reçu l'ordre de paiement, a également reçu l'argent. Faute de rejet à l'expiration de ces trois jours, la banque sera alors réputée acceptante, l'obligation d'exécution naissant à sa charge à l'issue de ces trois jours, donc à partir du quatrième.

Sur tous ces points encore, il aurait été souhaitable que la loi type fût claire et parfaitement opérationnelle.

6) On rappellera — puisqu'il s'agit, dans le cadre de ces développements, de délais d'exécution — qu'une banque réceptrice, disposée à exécuter un ordre de paiement, est parfaitement fondée à attendre d'être provisionnée avant d'exécuter l'ordre, à la condition que les fonds lui parviennent dans les sept jours après la réception de l'ordre de paiement.

Mais l'on se heurte alors à nouveau à l'imprécision de la loi type. Dans quel délai la banque doit-elle exécuter l'ordre pour n'être pas tenue à d'éventuels intérêts de retard envers le bénéficiaire, en application de l'Article 17, Paragraphe 1 ? Dans les deux jours de la réception des fonds par extension et extrapolation du Paragraphe 1 de l'Article 11, autrement dit par assimilation de la réception des fonds à la réception de l'ordre? Une prise de position claire et nette de la loi type aurait ici encore été souhaitable.

Le dernier paragraphe de l'Article 11 — qui, en fait, ne paraît concerner qu'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire — dispose que, pour l'application dudit article,

« les agences ou établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes ».

A la lecture de cette disposition, précédemment signalée, chacun croira comprendre que, du point de vue des délais d'exécution, un ordre, qui passe d'une agence à une autre ou au siège, fût-ce dans le même Etat, doit être traité comme un ordre passant d'une banque à une autre, situées dans des Etats différents, avec délai d'exécution, c'est-à-dire de transmission de deux jours.

Non pas! la Commission a considéré qu'un tel allongement des délais n'était pas possible. Le message envoyé par une agence à une autre agence ou au siège n'était pas un message destiné à une autre banque, ni un nouvel ordre de paiement (223).

(223) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n° 213.

Mais alors, quels sont le sens et la portée du Paragraphe 7 de l'Article 11 ? N'aurait-il pas été préférable de le supprimer et de supprimer aussi la disposition semblable, qui constitue le dernier Paragraphe de l'Article 8, relatif aux obligations d'une banque réceptrice, qui n'est pas une banque du bénéficiaire ?

Il faut savoir qu'historiquement la disposition de l'Article 8 a été écrite pour provoquer celle de l'Article 11 et provoquer l'allongement des délais, car, a-t-il été dit à l'époque, si les agences n'étaient pas considérées comme des banques distinctes, les délais prévus à l'Article 11 pourraient être trop courts (224).

C'était, il est vrai, à l'époque où, dans sa rédaction originale, le projet prévoyait une exécution le jour même, sans prolongation. L'allongement à deux jours change les données de cette situation. Mais alors, il fallait supprimer non seulement le dernier paragraphe de l'Article 11, mais aussi le dernier paragraphe de l'Article 8.

En l'état actuel, ces paragraphes étant demeurés ce qu'ils sont, l'interprétation donnée par la Commission est inacceptable, car contraire à la lettre de ces paragraphes. Pour les grandes banques à réseau, le passage par une succursale fait gagner deux jours en plus.

118 – Il a été raisonné, dans le développement qui précède, sur l'application de l'article 11 à la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.

Qu'en est-il de cette application à la banque du bénéficiaire, puisque l'Article 11 est d'application générale ?

La banque du bénéficiaire, tenue, parce qu'elle a accepté l'ordre, de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire ou d'utiliser le crédit de toute autre manière, conformément à l'ordre de paiement et à la loi régissant la relation entre elle et le bénéficiaire, doit « en principe » y procéder le jour ouvré où elle a reçu l'ordre ou, à défaut, le jour ouvré suivant, à moins qu'une date d'exécution différée n'ait été stipulée.

Si elle s'exécute le jour suivant, elle doit alors opérer « valeur veille ».

(224) – A/CN.9/329 (22 Décembre 1989), n° 141.

Bien évidemment, la banque du bénéficiaire peut, elle aussi, jouer avec le Paragraphe 5 ; elle a le droit de fixer l'heure limite de réception d'un ordre, pour que celui-ci soit considéré comme reçu ce jour-là, avec la conséquence que l'ordre reçu après cette heure limite sera considéré comme reçu le jour suivant.

A tous ces titres, l'alignement sur la situation de la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire est total ou presque. En effet, le Paragraphe 3 de l'Article 11, relatif au cas de la banque présumée acceptante, au motif qu'elle n'a pas rejeté l'ordre de paiement dans les trois jours, ne renvoie qu'à l'Article 7, Paragraphe 2, lettre e), relatif à la seule banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.

Il ne renvoie pas à l'Article homologue 9, Paragraphe 1, lettre h), relatif à la banque du bénéficiaire, qui est non moins réputée acceptante, parce qu'elle n'a pas rejeté l'ordre de paiement dans les trois jours. Elle doit exécuter, mais il n'est pas précisé avec quelle date de valeur, et cela parce que la Commission a estimé que cette question sortait du champ d'application de la loi type (225), puisque, du fait de l'acceptation, même simplement présumée, par la banque du bénéficiaire, le virement est achevé, mais alors pourquoi lui avoir fait application des autres dispositions de l'Article 11 ?

Si le bénéficiaire n'est pas titulaire d'un compte chez la banque tenue de le payer, celle-ci — à la condition qu'elle dispose d'éléments suffisants pour l'identifier — doit lui donner avis qu'elle tient des fonds à sa disposition, et cela «dans le délai prescrit pour l'exécution par l'Article 11 », c'est-à-dire, à défaut d'autre précision par la loi type, dans les deux jours de la réception de l'ordre, voire avant la date prévue pour la mise à la disposition des fonds, au cas où celle-ci a été prévue comme devant être différée.

Si la banque du bénéficiaire ne dispose pas d'éléments suffisants pour identifier celui-ci, autrement dit si « l'instruction ne peut pas être exécutée en raison de l'insuffisance des données », la banque doit aviser l'expéditeur, en application de l'Article 10, paragraphe 2, et cela au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution (Art. 11, par. 4), à peine de devoir des intérêts à l'expéditeur (Art. 17, par. 5).

(225) – A/CN.9/367 (27 Mars 1992), n° 35.

119 – C'est l'occasion de rappeler qu'au cas d'ordre imparfait ou inexécutable ou difficilement exécutable, des avis sont à donner par la banque réceptrice, qu'elle soit banque autre que la banque du bénéficiaire ou banque du bénéficiaire, en application de l'Article 8, Paragraphes 4 et 5, de l'Article 10, Paragraphes 2, 3 et 4, et en application également de l'Article 8, Paragraphe 3.

Ces avis doivent être adressés à l'expéditeur au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution (Art. 11, par. 4; Art. 8, par. 4 et 5; Art. 10, par. 2, 3 et 4) ou avant la fin de la période d'exécution, sans jour supplémentaire (Art. 8, par. 3).

B

Les conséquences spécifiques de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire du point de vue de l'achèvement du virement

a

La règle de l'Article 19.

120 – En conséquence de l'Article 19, l'acceptation de l'ordre de paiement, par la banque du bénéficiaire, produit l'effet spécifique et inattendu de provoquer l'achèvement du virement.

L'Article 19, paragraphe 1, directement téléguidé par l'Article 4A-104 (lettre a)), dispose que : « Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement en faveur de celui-ci ».

Achévé, l'ordre de virement ne peut plus, très logiquement, être révoqué ou modifié (Art. 12, par. 2 et 12). C'est également la date d'achèvement, donc celle de l'acceptation, qui permet de déterminer si les banques réceptrices, y compris la banque du bénéficiaire, ont fait ce qu'il fallait pour que le virement soit exécuté à bonne date, à peine de devoir des intérêts de retard (Art. 11, par. 1, lettre h); Art. 17, par. 1).

Achévé, le virement l'est, en application du paragraphe 2 de l'Article 19,

« même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre du fait qu'une ou

plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais. L'achèvement du virement ne porte atteinte à aucun des droits que pourrait avoir le bénéficiaire, en vertu de la loi applicable régissant l'obligation sous-jacente, de recouvrer le montant de ces frais auprès du donneur d'ordre » (226).

Ce paragraphe, à rapprocher de l'Article 15 relatif au cas de paiement insuffisant, c'est-à-dire inférieur au montant de l'ordre initial émanant du donneur d'ordre, soulève la question difficile et non vraiment résolue de savoir si, mis à part le cas des frais prélevés, il peut y avoir achèvement partiel.

Enfin, l'achèvement du virement met un terme à l'assistance que toute banque réceptrice est invitée à prêter au donneur d'ordre et à chaque banque expéditrice suivante, afin de faire aboutir le virement (Art. 13).

Cet article constitue l'un des piliers de la loi type (227). Les banques européennes, et en tout cas les banques françaises », ont toutes chances de le considérer comme totalement inacceptable, compte tenu de l'état bien établi de leur droit, dont elles ne voient pas les raisons d'en changer.

Puisque c'est l'acceptation de l'ordre de virement, par la banque du bénéficiaire, qui marque, selon la loi type, l'achèvement du virement, il est naturel de se reporter à l'Article 9 précédemment examiné, qui précise de quoi cette acceptation par la banque du bénéficiaire est susceptible de résulter. On sait que cette acceptation peut provenir de la mise en œuvre de huit possibilités, dont il conviendra d'apprécier l'impact :

- a) soit que l'expéditeur et la banque aient convenu que la banque exécuterait, dès réception, les ordres de paiement émanant de l'expéditeur; c'est alors l'acte matériel de réception de l'ordre qui emporte acceptation,

(226) – La formulation ainsi utilisée est contestable, car ce n'est pas la loi régissant l'obligation sous-jacente qui organise la répartition des frais entre donneur d'ordre et bénéficiaire, mais la convention qu'ils ont conclue ou encore la convention conclue entre le donneur d'ordre et sa banque. Cf. la recommandation de la Commission des Communautés européennes du 14 février 1990 concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières transfrontalières (troisième principe).

(227) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 17 ; Rapport de la Commission, 1992 (A/47/17), n^{os} 38 ss.

- b) soit que la banque donne avis de son acceptation à l'expéditeur,
- c) soit que la banque débite un compte de l'expéditeur chez elle, en règlement de l'ordre de paiement,
- d) soit que la banque crédite le compte du bénéficiaire ou mette les fonds à sa disposition,
- e) soit que la banque donne au bénéficiaire avis qu'il a le droit de retirer les fonds ou d'utiliser le crédit,
- f) soit que la banque utilise de toute autre manière le crédit, conformément à l'ordre de paiement,
- g) soit que la banque impute le crédit sur une dette du bénéficiaire envers elle ou l'utilise conformément à une décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente,
- h) soit que la banque n'ait rien fait et n'ait pas donné avis du rejet au plus tard le jour ouvré suivant la période d'exécution, celle-ci étant en principe de deux jours (jour ouvré de réception de l'ordre et jour ouvré suivant).

En résumé, l'acceptation par la banque du bénéficiaire est susceptible de résulter, soit d'une déclaration expresse d'acceptation adressée au bénéficiaire (lettre e)) ou à l'expéditeur (lettre b)), soit de ce que la banque ait donné, par une convention conclue avec l'expéditeur, une acceptation expresse, anticipée et globale pour tous les ordres de paiement qu'elle recevrait, auquel cas son acceptation résulte de la réception matérielle des ordres (lettre a)), soit de ce que la banque ait adopté un comportement et fait quelque chose qui implique son acceptation (lettres c), d), f), g)), soit enfin de ce que la banque du bénéficiaire n'ait rien fait (acceptation par le silence en l'absence de rejet dans le délai fixé; lettre h)).

b

Les critiques suscitées par l'Article 19.

121 – La position adoptée par la loi type, relativement à l'achèvement du virement, est absolument inconciliable avec celle du droit français et de nombreux droits européens.

Une jurisprudence française constante juge que le virement n'est réalisé que par l'inscription du crédit au compte du bénéficiaire (228). Les règles types élaborées en 1986 par l'International Law Association, relatives au moment du paiement des obligations monétaires, préconisent également cette solution (229).

En effet, le virement ainsi que l'a jugé la Cour de cassation par Arrêt du 22 Juillet 1986 (230) est à analyser comme un mode de transfert de monnaie scripturale, à placer sur le même plan que la remise de billets de banque, et cela quelle que soit la cause du virement : paiement d'une dette, donation, prêt, dépôt, gage-espèces, etc., ou tout simplement transfert de compte à compte d'une même personne. Le droit français se veut même encore plus précis.

La Cour de cassation, par Arrêt du 12 Juillet 1966 (231) a jugé que « le virement de fonds permet de réaliser un contrat réel », c'est-à-dire un contrat qui se forme par la remise de la chose (un don manuel, par exemple). Cette qualification est d'importance; elle est la consécration de cette exigence, selon laquelle le virement implique une inscription au crédit du compte du bénéficiaire ou tout au moins une mise à disposition effective des fonds. Juridique ou matérielle, il doit y avoir remise.

On ne peut, en la circonstance, dissocier le virement de l'opération sous-jacente, qui relie le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Certes, il est bien vrai que le virement est une opération neutre, abstraite, comme l'est une remise de billets de banque.

(228) – Cour de cassation, chambre civile, 7 Février 1944, *Jurisclasseur périodique (JCP)*, 1944, II, 2004, note Tournon ; Cour de cassation, chambre commerciale, 28 janvier 1992, *Dalloz-Sirey*, 1992, *sommaires commentés*, p. 304, obs. Vasseur. On rapprochera Cour de cassation, chambre commerciale, 17 Mai 1989, *Dalloz-Sirey*, 1992, *sommaires commentés*, p. 22; Paris, 21 Juin 1991, *Dalloz-Sirey*, 1992, *sommaires commentés*, p. 23. Dans le même sens, Tribunal fédéral suisse par deux arrêts de 1955 et 1967 et, plus récemment, tribunal du canton de Fribourg, 7 Novembre 1986, *Dalloz-Sirey*, 1991, *sommaires commentés*, p. 29, obs. Vasseur. C'est également l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire qui détermine la date du virement selon la jurisprudence française (Cour de cassation, chambre sociale, 3 Mai 1984, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles*, V, n° 171).

(229) – Bergsten, « Les aspects juridiques des transferts de fonds internationaux effectués par des moyens électroniques », *Revue de droit des affaires internationales*, 1987, p. 649 et spécialement p. 665.

(230) – *Dalloz-Sirey*, 1987, *sommaires commentés*, p. 299, obs. Vasseur.

(231) – *Dalloz-Sirey*, 1966, 614, note Jean Mazeaud.

Mais il n'est pas possible de s'en tenir là. Le virement n'est pas une opération en l'air ; il sert à quelque chose, à effectuer un paiement, une donation, à constituer un gage, un dépôt, etc., à réaliser un transfert entre deux comptes de la même personne, tout comme une remise de billets de banque vise à réaliser l'un de ces objectifs. Cela est si vrai que — ainsi qu'on le verra plus loin — les rédacteurs du projet de loi, à l'occasion de ses premières rédactions, avaient ressenti le besoin de faire résulter de l'achèvement du virement l'acquittement d'une dette au cas où le virement avait un tel objet. Il n'est donc pas possible, sans mutiler la réalité, de poser en règle que le virement est achevé en conséquence de l'acceptation par la banque du bénéficiaire, sans se préoccuper de la finalité du virement, qui est de transférer des fonds à un bénéficiaire.

La loi type a succombé au mythe du caractère abstrait du virement; elle est bancal. Le virement n'est pas réellement achevé tant qu'il n'y a pas remise ou transfert effectif des fonds au bénéficiaire. Ce dont il n'y a pas à se préoccuper, c'est de savoir si le virement sert à effectuer un paiement, une donation, un dépôt, etc.; c'est en cela que le virement est une opération abstraite et neutre, avec pour conséquence que la nullité affectant la cause du virement est sans influence sur le virement effectué (232).

Ce point mis à part, on relèvera comment une distorsion est susceptible de se produire entre, d'une part, la date de l'achèvement du virement résultant de l'acceptation par la banque du bénéficiaire, en conséquence de tel ou tel comportement de celle-ci, autre que l'inscription, au crédit du compte, et, d'autre part, la date de mise à disposition effective des fonds, qui peut être, en application de l'Article 11, celle du lendemain du jour où la banque a reçu les fonds.

Pour le bénéficiaire et pour le donneur d'ordre, la date qui leur importe est celle de la mise à disposition des fonds. Ainsi, si un paiement doit être effectué au plus tard le 31 mars, en vue de lever une option ou d'éviter la résiliation d'un contrat, l'acceptation par la banque du bénéficiaire ce jour-là est indifférente.

(232) – Dalloz-Sirey, 1987, sommaires commentés, p. 299, obs. Vasseur.

La mise à disposition des fonds le 1^{er} Avril ne répond pas à l'attente du donneur d'ordre et du bénéficiaire; l'option n'a pas été levée à temps : le contrat, faute de paiement prévu à bonne date, est résilié (233).

On comprend dès lors que la disposition du Paragraphe 1 de l'Article 19 s'avère absolument inconciliable avec le droit français, en particulier lorsque cet article, renvoyant implicitement à l'article 9, qui, ainsi qu'on l'a précédemment rappelé, précise les données d'où résulte l'acceptation par la banque du bénéficiaire, fait état d'un avis d'acceptation adressé à l'expéditeur par la banque et aussi de la seule réception matérielle des ordres, au cas d'acceptation globale anticipée de ces ordres, en conséquence d'une convention préalable conclue avec l'expéditeur, ou encore de ce que la banque débite un compte de l'expéditeur chez elle, ou également laisse passer le délai pour rejeter l'ordre reçu.

Il y a là autant de faits dont le bénéficiaire n'est absolument pas informé et qui le laissent dans l'ignorance du moment à partir duquel sa banque devient redevable envers lui du montant du virement, en application des Articles 10, Paragraphe 1, et 19, Paragraphe 1.

Le droit français, à la rigueur, ne peut se montrer en accord qu'avec les mentions prévoyant que l'acceptation de la banque du bénéficiaire résulte de ce que celle-ci crédite le compte de ce dernier ou met les fonds à sa disposition de toute autre manière, voire utilise le crédit de toute autre façon conformément à l'ordre reçu, voire encore impute le crédit sur une dette du bénéficiaire envers elle (compensation) ou encore l'utilise conformément à une décision de tribunal (au cas de saisie-arrêt, par exemple), car, en tous ces cas, on peut considérer avec un peu de bonne volonté qu'il y a « mise à disposition des fonds au profit du bénéficiaire », mais alors ce n'est point d'acceptation par la banque du bénéficiaire qu'il s'agit, en entendant par là acceptation en vue d'exécuter ; il y a bel et bien exécution par la banque de ses obligations, au sens de l'Article 10, paragraphe 1.

(233) – A moins que soit adoptée la disposition contestable proposée en annexe à l'Article 19, qui n'a pu réunir un consensus, selon laquelle, au cas de virement ayant pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre, l'obligation est acquittée en conséquence de l'acceptation par la banque du bénéficiaire.

ç**La question de l'acquittement des obligations.**

122 – Aussi, n'est-il point étonnant que le Paragraphe 1 de l'Article 19 — liant l'achèvement du virement à l'acceptation par la banque du bénéficiaire — ait été l'objet de critiques convergentes émanant de nombreuses délégations, notamment de la délégation française, et cela d'autant que, suivant une disposition non moins inspirée par l'Article 4A-406 et recommandée notamment par le Royaume-Uni, il était prévu, par un autre paragraphe, que :

« Si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire pouvant être effectuée par virement..., l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement et dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces ».

L'acquittement d'une dette se serait donc trouvé réalisé au moment de l'acceptation, un moment que, du fait de la multiplicité des circonstances d'où peut résulter cette acceptation, le donneur d'ordre et l'expéditeur ne pourront pas toujours déterminer avec certitude.

Cet autre paragraphe, plus encore que le précédent, a fait l'objet d'un flux nourri de critiques, ne serait-ce qu'au motif que le parti de principe avait été pris que la loi type n'entendait pas connaître des rapports entre la banque du bénéficiaire et le bénéficiaire, et encore moins de la relation sous-jacente entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

Au surplus, la disposition incriminée aboutissait à créer subrepticement un mode nouveau d'extinction des obligations, résultant de l'acceptation du virement par la banque du bénéficiaire.

Aussi bien, comment pouvait-il être écrit raisonnablement que le donneur d'ordre avait acquitté sa dette en conséquence de l'acceptation par la banque du bénéficiaire, alors que le bénéficiaire, lui, n'était pas encore effectivement payé.

La Cour de cassation française a jugé par arrêt du 29 Novembre 1954 qu'un virement ne vaut paiement que lorsqu'il a été effectivement réalisé par l'inscription de son montant au compte du bénéficiaire (234). Certes, il est, en Suisse notamment, en Belgique (235), en France, des décisions de jurisprudence, qui par faveur pour le débiteur, ont admis en sens différent que, lorsqu'une dette devait être payée avant une certaine date (dette d'impôt, dette de Sécurité sociale, par exemple) (236), la date de paiement était respectée dès lors que l'ordre de paiement en avait été donné avant l'arrivée de cette date; ces décisions en ont alors déduit que toute pénalité ou toute déchéance serait exclue.

Mais, pour autant, ces décisions, qui n'ont pas été sans susciter des réserves, n'ont en aucune façon jugé que le créancier était effectivement payé le jour où l'ordre de paiement avait été donné. D'ailleurs, aux Etats-Unis même, dans la célèbre affaire *Evra Corporation*, la cour d'appel n'a pas adopté une telle solution de faveur pour le débiteur (237).

Il existe dès lors encore moins de raisons de lier la libération du donneur d'ordre-débiteur à ce moment intermédiaire qu'est l'acceptation par la banque du bénéficiaire, même si, du chef de cette acceptation, celle-ci devient débitrice du bénéficiaire. Au demeurant, il n'existe aucune jurisprudence connue en ce sens. Enfin, ce paragraphe ignorait toutes les autres utilisations du virement, à savoir le virement effectué à fin de libéralité, de dépôt ou encore le virement effectué entre deux comptes d'une même personne.

Compte tenu de l'opinion générale des membres de la Commission, parmi lesquels les représentants du Japon, de l'Allemagne, de la Suisse, de la France, de la Banque des règlements internationaux, ce paragraphe aurait dû être purement et simplement supprimé.

(234) – Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles, 1954, III, s. 278. A citer également Cour de cassation, première chambre civile, 23 Juin 1993.

(235) – Tribunal du Canton de Vaud, 29 Janvier 1987, Dalloz-Sirey, 1991, sommaires commentés, p. 29, obs. Vasseur. Cour d'appel d'Anvers, 28 Août 1984, Banque et droit, Mars-Avril 1989, p. 66. Au cas d'option à lever avant telle date, suffirait-il que le bénéficiaire de l'option qui la lève ait donné à sa banque l'ordre de virement au profit de la personne qui a conféré l'option, sans qu'il faille s'arrêter au fait que celle-ci n'aurait reçu l'argent qu'après l'expiration du délai ?

(236) – Pour une dette de Sécurité sociale, cf. tribunal des affaires de Sécurité sociale de Charente, 13 mars 1990, Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 24, obs. Vasseur.

(237) – Sur cette affaire, cf. Vasseur, Banque et droit, opcit., p. 64 ; Thunis, Droit de l'informatique et des télécoms, 1990, n° 2, p. 33.

Mais, à titre de compromis et pour donner une ultime satisfaction aux délégations des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni, il a été convenu que ce paragraphe ne figurerait pas dans le texte, mais dans une note en bas de page, en conséquence d'une suggestion de la Commission, «à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter». Le procédé est tout à la fois curieux et médiocre; il met en lumière l'absence de consensus.

De toute façon, il feint d'ignorer que, s'agissant d'une loi type, les Etats destinataires ont pleine liberté de faire ce qu'ils voudront de chacune de ses dispositions, y compris du paragraphe 1, qui lie l'achèvement du virement à l'acceptation par la banque du bénéficiaire. Suivant une observation précédemment faite, c'est en réalité la loi type dans son intégralité qui est en option.

d

Le maintien regrettable de l'Article 19 .

123 – Le plus décevant certainement est que, sous la pression insistante des Américains, le Paragraphe 1 — lui — ait été maintenu, en dépit du désaccord persistant de nombre de délégués, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, mais — peut-on l'insinuer — en compensation de la mise à l'écart du paragraphe précité sur l'acquittement des obligations.

L'objection, tirée de ce que ce paragraphe 1 n'était pas en accord avec la définition du virement résultant de la lettre a) de l'article 2, suivant laquelle le virement a pour but «de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire» et que, tant que cette mise à disposition n'est pas intervenue, il n'y a pas de virement, n'a pas été entendue.

A ceux-là, nombreux, qui soutenaient que l'achèvement naturel du virement était le moment de la mise des fonds à la disposition effective du bénéficiaire, il a été curieusement opposé que, relativement à des virements électroniques effectués en temps réel, il était difficile de fixer le moment précis de cette mise à disposition. A quoi il a pu être immédiatement rétorqué que l'article 9, paragraphe 1, lettre d), parmi les huit faits d'où résulte l'acceptation par la banque du bénéficiaire, retient l'inscription du montant du virement au crédit du compte du bénéficiaire.

Le moment de cette inscription est à l'évidence déterminable grâce, notamment, à l'horodatage des opérations électroniques.

Finalement, le Paragraphe 1 a été adopté, au motif de facilité que sa modification aurait mis en cause l'architecture du projet, reposant, notamment, sur la prise en considération de la notion d'acceptation, et aurait entraîné la révision d'ensemble du projet.

Cette objection était sans doute gonflée, car le fait de retarder l'achèvement du virement jusqu'à la mise à disposition des fonds au profit du bénéficiaire n'aurait fait que reculer la période d'application de quelques articles (art. 12, par. 2, révocation; art. 13, assistance; art. 14, remboursement; art. 16, restitution d'un trop perçu; art. 17, responsabilité). On ne voit pas que «l'achèvement» soit visé par d'autres articles.

L'acceptation par la banque du bénéficiaire, d'où résulte l'achèvement, est mentionnée, quant à elle, par l'article 9 (acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire), l'Article 10 (obligations de la banque du bénéficiaire) et l'Article 11, paragraphe 1, lettre h) (délai d'exécution).

Et si le vrai motif de ce paragraphe 1 — indépendamment de son identité avec l'article 4A — est de protéger le donneur d'ordre contre la faillite de la banque du bénéficiaire après acceptation, parce que celle-ci est ordinairement choisie par le bénéficiaire, il aurait suffi d'écrire que le virement s'achève lorsque les fonds sont portés au crédit du compte du bénéficiaire ou mis à sa disposition, étant entendu que le risque de la faillite de la banque du bénéficiaire pèse sur ce dernier.

A dire vrai, le paragraphe 1 a été adopté en fin de session, plus par lassitude que par conviction. De toute façon, il n'exclut pas les conventions contraires, par application de l'Article 4; il a été effectivement confirmé en séance que celles-ci étaient possibles, sauf à déterminer quelles seront leurs conséquences.

Une dernière remarque concernant le paragraphe 1 de l'article 19. Par une troisième phrase, ce paragraphe ajoute que «l'achèvement est sans autres effets sur la relation entre le bénéficiaire et la banque du bénéficiaire ».

Cette phrase et celle de même inspiration, figurant au paragraphe 1 de l'article 10, peuvent laisser croire que, mis à part que la banque du bénéficiaire est redevable du montant du virement, tout le reste (à déterminer) est hors du champ d'application de la loi type.

Or, il n'en est rien, ainsi qu'il sera aisément démontré lorsque sera examinée ci-après la situation juridique du bénéficiaire. D'ores et déjà, il est possible de relever que cette phrase n'est certainement pas en accord, par exemple, avec l'Article 18, qui renvoie à l'article 10 et vise les recours possibles pour faute intentionnelle ou comportement téméraire de la banque du bénéficiaire envers le bénéficiaire, et sans doute non en accord non plus avec le Paragraphe 6, de l'Article 17, qui renvoie également à l'article 10, ni avec le Paragraphe 7 de ce même Article 17, qui pose en règle qu'« une banque», sans autre précision, ne peut limiter sa responsabilité pour retard à l'égard d'un bénéficiaire qui n'est pas une banque.

Le maintien regrettable de l'Article 19 ne saurait bien évidemment occulter le rôle essentiel joué par la banque du bénéficiaire. Celle-ci, ou plus exactement la loi de l'Etat où elle est établie, pourrait au surplus retenir l'attention en vue de la détermination de la loi applicable à l'opération de virement.

Il convient aussi d'admettre avec la jurisprudence française que le lieu du virement est celui où est tenu le compte du bénéficiaire, c'est-à-dire le lieu où est établie la banque du bénéficiaire (238).

Section III

Le bénéficiaire.

Paragraphe I

La position de principe de la loi type : celle-ci ne régit pas la situation du bénéficiaire.

124 – La présentation de la situation juridique du donneur d'ordre-expéditeur et des banques intervenantes paraîtrait, à l'évidence, incomplète si n'était examinée la situation

(238) – Cour de cassation, 7 Février 1944, Jurisclasseur périodique (JCP), 1944, 2604, note Tournon ; 16 Février 1967, Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles, 1967, III, n° 69.

juridique du bénéficiaire, car il est de simple bon sens de considérer qu'il n'y a de virement que parce qu'il y a un bénéficiaire en bout de chaîne, que celui-ci soit un tiers par rapport au donneur d'ordre ou qu'il soit le donneur d'ordre lui-même. Or, du point de vue de la loi type, le bon sens et la logique ne vont pas de pair. En effet, il vient d'être exposé comment, selon la loi type, le virement est achevé du seul fait de l'acceptation du virement par la banque du bénéficiaire. Ce qui se passe après cette acceptation ne devrait donc pas concerner la loi type.

C'est la position de principe maintes fois rappelée au cours des délibérations (239). Cette position de principe conduit, notamment, la loi type à renvoyer par deux fois à « la loi régissant la relation entre [la banque du bénéficiaire] et le bénéficiaire» (Art. 10, par. 1, et Art. 17, par. 6), et également à définir le terme «exécution» uniquement «dans la mesure où [ce terme] s'applique à une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire» (Art. 2, lettre b)) et, par conséquent, à ignorer l'exécution par la banque du bénéficiaire au profit de celui-ci.

De cette position de principe, il résulte également qu'on ne voit pas que la loi type consacre expressément le droit du bénéficiaire de rejeter le virement. Or, tel doit être son droit le plus strict.

Le bénéficiaire peut ne pas vouloir être crédité du montant du virement, parce que, par exemple, il voit dans le versement ordonné en sa faveur une tentative de corruption active émanant du donneur d'ordre, ou encore parce que le versement du montant du virement arrive trop tard, après l'expiration de la période prévue pour la levée d'une option, ou encore parce que, après une conversion de la monnaie du virement par la banque du bénéficiaire, le versement du montant du virement ne correspond pas à la monnaie convenue.

En la circonstance, il ne suffit pas de considérer que le bénéficiaire est libre de renvoyer le virement, en donnant un ordre de virement en sens inverse, car le bénéficiaire n'a pas à supporter les frais de ce retour à l'expéditeur.

(239) – Pour un exemple de refus justifié par ce motif, cf. Paris, 22 Septembre 1988, Dalloz-Sirey, 1991, sommaires commentés, p. 30, obs. Vasseur. .

Ce droit, pour le bénéficiaire, de refuser le virement est apparu si naturel que, aux premiers temps des travaux, le groupe de travail avait décidé qu'en principe la loi type devait prévoir que ce droit lui serait reconnu, sauf à fixer le délai dans lequel le bénéficiaire serait autorisé à manifester sa volonté de refus (240).

Mais, par la suite, il n'en fut plus question et la décision resta sans suite, sans doute parce qu'elle était contraire à la position de principe selon laquelle il n'appartenait pas à la loi type de régir la relation entre le bénéficiaire et sa banque.

Du fait de cette position de principe, la loi type est bancaire. Tout comme elle l'est en tant qu'elle pose en règle que le virement est achevé du fait de la seule acceptation de l'ordre de virement par la banque du bénéficiaire. Au demeurant, cette position de principe est loin d'être respectée de manière absolue; elle connaît nombre d'entorses, qui témoignent de son irréalisme.

Paragraphe II

Les entorses apportées à la position de principe.

125 – La position de principe de la loi type était intenable, ne serait-ce que parce que, selon la définition même que la loi type donne du virement (Art. 2, lettre a)), le virement a pour « but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire ».

D'ailleurs, la loi type n'a pu faire autrement que de définir le terme «bénéficiaire» (Art. 2, lettre d)) comme étant précisément « la personne désignée ... pour recevoir des fonds par suite du virement ». Sauf à le répéter, il n'y a pas de virement sans un bénéficiaire.

La loi type elle-même, par nombre de dispositions, fait état de la relation entre le bénéficiaire et sa banque et régit la situation du bénéficiaire ou, pour le moins, témoigne que sa préoccupation est la satisfaction du bénéficiaire. En dépit d'un parti pris de principe opposé, le bénéficiaire est omniprésent dans la loi type.

126 – Ainsi, en amont, la loi type oblige la banque du bénéficiaire à faire ce qui est en son pouvoir pour parvenir à l'exécution du virement au profit du bénéficiaire, au cas d'ordre

(240) – A/CN.9/329 (22 Décembre 1989), n^{os} 160 à 164.

inexécutable tel quel (Art. 10, par. 2), au cas de défaut de concordance dans les éléments d'information relatifs au montant du virement (Par. 3) ou dans les éléments d'information destinés à l'identification du bénéficiaire (Par. 4), et cela en avisant l'expéditeur, à peine de devoir à celui-ci des intérêts à partir du jour où elle a reçu les fonds (Art. 17, Par. 5).

Des obligations corrélatives, pareillement sanctionnées, sont mises à la charge de toute banque réceptrice, qui n'est pas la banque du bénéficiaire (Art. 8, Par. 4 et 5; Art. 17, Par. 4).

Ces avis à l'expéditeur doivent être donnés rapidement, à savoir au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution, c'est-à-dire (cas normal) dans les trois jours de la réception de l'ordre de paiement (Art. 11, Par. 4). Les intérêts de retard relèvent du régime général des intérêts, prévu par l'Article 17 et notamment par son Paragraphe 7, relatif aux conventions dérogatoires, ainsi que par l'Article 18 (qui vise nommément l'Article 10, sans autre précision et par conséquent ses Paragraphes 2, 3, 4, relatifs aux avis à donner par la banque du bénéficiaire à l'expéditeur).

Par conséquent, la banque du bénéficiaire ne peut limiter sa responsabilité — s'agissant du paiement des intérêts — envers un donneur d'ordre ou expéditeur qui n'est pas une banque.

Quant au bénéficiaire lui-même, il ne peut exercer, en principe, quelque recours que ce soit contre sa banque, qui n'a pas adressé les avis requis par les Paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 10, à moins qu'il ne puisse être fait état du dernier membre de phrase de l'Article 18 prévoyant un recours possible (impliquant réparation, selon le droit applicable, de tout dommage subi) au cas où la banque se serait comportée, soit avec intention délibérée de causer un préjudice, soit téméairement et en sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter.

Ainsi, en amont, la loi type met tout en œuvre — et personne ne l'en blâmera — pour que le virement soit exactement et effectivement exécuté par mise à disposition des fonds au profit du bénéficiaire.

On observera toutefois qu'aux termes des dispositions ci-dessus rappelées, il ne s'agit pas ici des rapports entre le bénéficiaire et sa banque, mais des rapports entre la banque du bénéficiaire et l'expéditeur, de qui elle a reçu le montant du virement.

La loi type est partie de l'idée que la banque du bénéficiaire, qui ne donne pas les avis qui lui incombent à l'expéditeur, provoque pour le moins un retard dans l'exécution espérée du virement et qu'il importe qu'elle ne puisse bénéficier de ce retard, dont elle est à l'origine, pour profiter des fonds qu'elle a reçus.

Au-delà de cette considération, la loi type témoigne bien que sa préoccupation est la satisfaction ultime du bénéficiaire.

La même idée permet aussi de rendre compte ponctuellement de la disposition de la lettre h) du Paragraphe 1 de l'article 11. Ce paragraphe prévoit que, lorsque l'ordre de paiement a indiqué une date à laquelle les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire et qu'une banque réceptrice se trouve en retard, elle n'en doit pas moins exécuter l'ordre, si une exécution postérieure est appropriée pour que la banque du bénéficiaire puisse accepter l'ordre de paiement et l'exécuter à la date indiquée.

127 – Pour autant — et pour passer à l'examen des rapports entre le bénéficiaire et sa banque — la disposition essentielle de la loi type est celle de l'Article 10. Elle énonce, en son paragraphe 1, que la banque du bénéficiaire, qui accepte un ordre de paiement, est tenue

« de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire, ou d'utiliser le crédit de toute autre manière, conformément à l'ordre de paiement et à la loi régissant la relation entre elle et le bénéficiaire ».

La formulation toutefois est quelque peu équivoque, car, ce Paragraphe 1 étant rédigé tel qu'il l'est, il n'est pas clair de déterminer si l'obligation qui pèse sur la banque du bénéficiaire découle de la loi type elle-même ou de la loi régissant la relation entre elle et le bénéficiaire, encore que l'Article 17, Paragraphe 6, fasse état des « obligations énoncées au Paragraphe 1 ... de l'Article 10»; il s'agit bien de la loi type.

En tout cas, c'est bien de la loi type qu'il résulte, aux termes de l'Article 10, Paragraphe 5, que la banque du bénéficiaire doit aviser le bénéficiaire, qui n'a pas de compte chez elle et qu'elle peut identifier, qu'elle tient les fonds à sa disposition.

Elle doit le faire dans le délai prescrit pour l'exécution, par l'Article 11, c'est-à-dire dans les deux jours (cas normal) de la réception de l'ordre de paiement, et cela à peine d'engager sa responsabilité envers le bénéficiaire (Art. 17, par. 6).

Cela étant, on ne voit pas que la banque du bénéficiaire ait l'obligation d'aviser celui-ci, qui a un compte chez elle. Elle le peut; ce sera pour elle un moyen d'accepter l'ordre de paiement (Art. 9, par. 1, lettre e)); curieusement, la loi type ne l'y oblige pas.

La banque du bénéficiaire doit seulement mettre les fonds à la disposition de celui-ci dans les deux jours de la réception de l'ordre ou à la date postérieure indiquée par l'ordre de paiement, puisque l'Article 11, relatif aux délais d'exécution, à l'exception du Paragraphe 3, s'applique à la banque du bénéficiaire.

La banque du bénéficiaire, qui n'exécute pas l'une des obligations énoncées aux paragraphes 1 ou 5 de l'Article 10, «est responsable envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par la loi régissant la relation entre eux » (Art. 17, par. 6). Les modalités et l'étendue de la réparation du préjudice subi par le bénéficiaire ne sont pas précisées.

Cette réparation, suivant la loi applicable, pourra donc consister dans le paiement d'intérêts de retard, mais aussi dans le versement de tous dommages-intérêts venant compenser des préjudices subis autres que le retard. Le bénéficiaire obtiendra, par conséquent, le cas échéant, plus de sa banque que n'obtiendra le donneur d'ordre qui, lui, pour toute réparation du préjudice qu'il viendrait à subir, en raison du non-achèvement du virement, n'obtiendra que des intérêts (Art. 14, par. 1).

La loi type, tout en énonçant le principe de la responsabilité de la banque du bénéficiaire envers celui-ci, mais en renvoyant à l'application de la loi régissant leurs rapports, n'a pas entendu déterminer les conséquences du non-respect des dispositions qu'elle édicte, et cela conformément à la position de principe adoptée suivant laquelle ce qui se passe après l'achèvement du virement, du fait de l'acceptation par la banque du

bénéficiaire, ne relève plus d'elle, mais on va voir que cette position elle-même connaît d'importantes entorses.

La logique voudrait en effet que — hormis le Paragraphe 6, en réalité mal placé — l'Article 17, en son entier, soit hors application aux relations entre la banque du bénéficiaire et celui-ci et qu'en particulier les conventions exonératoires ou limitatives de responsabilité soient laissées hors de son emprise.

Or, il n'en est rien. Le Paragraphe 7 de l'Article 17, qui fait figure d'article-balai et qui suit ce paragraphe 6, dispose que « les dispositions du présent article peuvent être modifiées... ». Il couvre donc le paragraphe 6 et, lorsqu'il écrit « banque », il ne distingue pas entre banque du donneur d'ordre, banque intermédiaire et banque du bénéficiaire.

Il faut donc en conclure qu'empiétant sur la loi nationale régissant la relation entre la banque du bénéficiaire et le bénéficiaire, il interdit à la banque du bénéficiaire de limiter sa responsabilité envers un bénéficiaire qui n'est pas une banque et, en particulier, de limiter sa responsabilité par une convention fixant le taux d'intérêt. Il y a là, entre ces deux paragraphes qui se suivent, un manque de logique et de cohérence.

La loi type ne peut prendre le parti de ne pas se mêler des rapports entre la banque du bénéficiaire et le bénéficiaire et renvoyer à la loi régissant leurs rapports entre eux, puis édicter des dispositions qui témoignent de sa volonté de s'en mêler tout de même et interdire les conventions par lesquelles la banque du bénéficiaire limiterait sa responsabilité envers le bénéficiaire autre qu'une banque.

Une même constatation peut être faite à propos de l'Article 18, en tant que cet article énonce que les recours prévus par l'Article 17, par conséquent le recours en responsabilité exercé par le bénéficiaire à l'égard de sa banque, prévu par le Paragraphe 6 de l'Article 17, sont exclusifs et qu'aucun autre recours n'est ouvert en cas de non-respect de l'Article 10, c'est-à-dire l'article qui, en ses paragraphes 1 et 5, oblige la banque du bénéficiaire à mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire ou de donner avis au bénéficiaire, qui n'a pas de compte chez elle, si elle possède suffisamment d'éléments d'information pour le prévenir.

Or, ces Paragraphes 1 et 5 de l'Article 10 sont ceux-là mêmes que vise le paragraphe 6 de l'Article 17, afin de déclarer la banque du bénéficiaire responsable envers celui-ci « dans la mesure prévue par la loi régissant la relation entre eux », au cas d'inexécution des obligations énoncées par les paragraphes 1 et 5 de l'article 10.

L'Article 18 aurait donc dû faire réserve du paragraphe 6 de l'Article 17 afin de laisser jouer à plein ladite loi régissant la relations entre la banque du bénéficiaire et celui-ci. Il ne l'a pas fait. On est alors amené à considérer que l'Article 18 conduira normalement le lecteur à comprendre qu'aucun autre recours n'est ouvert que celui ou ceux que permet cette loi nationale.

Si cela est vrai, l'Article 18 n'avait pas à se mêler d'ajouter implicitement à cette loi nationale, en conduisant ici encore le lecteur à comprendre qu'en toute hypothèse un recours sera néanmoins possible au cas où la banque du bénéficiaire aura agi « avec l'intention délibérée de causer un préjudice » ou « témérement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter ».

Le virement étant, par hypothèse, achevé après l'acceptation par la banque du bénéficiaire, tout cela concerne et ne devrait concerner que la loi régissant la relation entre la banque du bénéficiaire et le bénéficiaire.

Il y a en tout cela une malfaçon indéniable, qui, à elle seule, incite à penser que, considérer que le virement est achevé dès que la banque du bénéficiaire a accepté d'exécuter l'ordre de virement et avant même que les fonds soient mis à la disposition effective du bénéficiaire correspond à une disposition inappropriée et mal venue, à laquelle la loi type elle-même se trouve amenée à apporter d'importantes entorses.

128 – Fût-ce implicitement et incomplètement, mais de manière substantielle, la loi type régit donc la situation du bénéficiaire à l'égard de sa banque.

Elle règle aussi, au cas de virement achevé avec retard, les droits du bénéficiaire à l'égard d'une banque réceptrice autre que sa banque, qui est à l'origine du retard, et cela par les paragraphes 1 et 2 de l'Article 17, qui renvoient à l'Article 8, Paragraphe 2.

Ce dernier article est celui qui fait obligation à la banque réceptrice, qui accepte un ordre de paiement, d'émettre, dans le délai prescrit par l'Article 11, un ordre de paiement à l'intention de la banque suivante. L'Article 17 reconnaît au bénéficiaire le droit à des intérêts de retard à payer par la banque qui ne s'est pas acquittée de ses obligations. Celle-ci est déclarée responsable envers lui. L'Article 17, Paragraphe 2, prévoit même que ces intérêts peuvent lui être versés «par paiement direct».

Le bénéficiaire, qui entendra obtenir ce paiement des intérêts, devra donc rechercher et découvrir la banque qui ne s'est pas acquittée de ses obligations, en vertu de l'article 8, Paragraphe 2, et, pour ce faire, la loi type ne prévoit, à son profit, aucune assistance; l'article 13 est ici hors application.

Soucieuse, apparemment, de protéger le bénéficiaire, la loi type, par le Paragraphe 7 de l'Article 17, prévoit que la banque responsable ne peut limiter sa responsabilité envers un bénéficiaire qui n'est pas une banque et qu'elle ne peut tourner cette interdiction en fixant un taux d'intérêt qui ne serait pas le taux habituellement accepté par les banques pour les fonds visés.

Aussi bien, on voit mal comment une banque réceptrice (autre que la banque du bénéficiaire) pourrait conclure avec le bénéficiaire une convention limitative de sa responsabilité envers lui.

Mais, non sans contradiction, la loi type s'avère plus soucieuse encore de protéger la banque réceptrice responsable du retard, qu'elle préfère au bénéficiaire. En effet, l'article 18 déclare exclusif le recours ainsi prévu par l'Article 17.

La banque réceptrice, autre que la banque du bénéficiaire, ne peut donc se voir réclamer rien d'autre que des intérêts, au cas de non-respect de sa part de l'Article 8, c'est-à-dire au cas où elle a «mal exécuté» le virement, n'a pas émis l'ordre de virement dans le délai prescrit à l'Article 11.

Le bénéficiaire ne peut lui réclamer réparation de quelque autre préjudice que ce soit, pour perte de change par exemple, sous la réserve signalée ci-après de faute intentionnelle ou grossière.

Le non-respect de l'Article 8 peut avoir consisté aussi en ce que la banque réceptrice n'a pas émis l'ordre de virement qu'elle avait reçu pour instruction d'émettre et que, d'une façon ou d'une autre, elle avait accepté, de telle sorte que le virement n'a pu être achevé, au sens de l'Article 19. Du fait du non-achèvement, le donneur d'ordre, lui, a droit au remboursement de tout paiement effectué par lui, accru des intérêts, en application de l'Article 14.

Mais le bénéficiaire, sous la même réserve signalée ci-après de faute intentionnelle ou grossière, n'a droit à rien, absolument à rien, et ne peut réclamer à la banque réceptrice quelque réparation que ce soit, puisque, de l'Article 18, il résulte qu'aucun autre recours que celui consistant en la réclamation d'intérêts de retard n'est ouvert au cas de non-respect de l'article 8, ce non-respect consistant, en l'occurrence, en une inexécution de l'ordre de virement et en son non-achèvement. Il y a là un manque de logique.

Le bénéficiaire peut obtenir des intérêts de retard au cas de virement achevé avec retard; il ne peut absolument rien obtenir au cas de virement non exécuté et, par conséquent, non achevé, puisque l'Article 17 ne vise que le virement achevé avec retard. Selon la jurisprudence américaine (241), le bénéficiaire ne peut réclamer le versement du montant du virement à la banque du donneur d'ordre, qui bien que provisionnée, ne l'a pas exécuté.

Cela étant, au cas de retard, le bénéficiaire pourra tout de même et par exception réclamer à la banque réceptrice autre que sa banque réparation du dommage résultant du retard, non seulement par versement d'intérêts de retard, mais aussi — selon le droit applicable — par indemnisation de tout préjudice subi, lorsque ladite banque a, de la sorte, mal exécuté l'ordre de paiement reçu

« soit ... avec l'intention délibérée de causer un préjudice, soit ... téméairement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter ».

(241) — Affaire *Houston Contracting Co. v. Chase Manhattan Bank* (539 F. Supp. 247 — SDNY, 1982) ; Patrikis, « L'évolution du droit des paiements électroniques libellés en dollars aux Etats-Unis », *Revue de droit des affaires internationales*, 1987, p. 639 et spécialement p. 642.

Pareillement et aux mêmes conditions de faute intentionnelle ou grossière, le bénéficiaire pourra réclamer à la banque réceptrice, autre que sa banque, réparation, selon le droit applicable, de tout préjudice subi du fait de l'inexécution de l'ordre.

On fera état maintenant d'autres immixtions de la loi type dans la détermination de la situation du bénéficiaire.

A très juste titre, au demeurant, la loi type n'a pas hésité à entrer dans quelques détails relativement au montant du virement versé au bénéficiaire ou à recevoir par lui.

A

Le cas de trop-perçu.

129 – Il peut y avoir trop-perçu ou versement indu. Une première rédaction avait énoncé que

« la banque du bénéficiaire peut contre-passer le crédit porté au compte du bénéficiaire dans la mesure où ce crédit dépassait le montant de l'ordre de paiement du donneur d'ordre, était le résultat d'une double écriture de crédit issue du même ordre de paiement ou avait été porté à un compte autre que le compte spécifié par le donneur d'ordre » (242).

Cette disposition avait le mérite d'être claire. Il lui a été reproché de régir la relation du bénéficiaire et de sa banque (243).

L'Article 16 actuel est plus sophistiqué et de portée plus limitée; il suppose que le virement est achevé parce que la banque du bénéficiaire l'a accepté, mais que, par erreur, une banque réceptrice a transmis un montant supérieur au montant de l'ordre qu'elle avait accepté et que ce montant supérieur a été versé au bénéficiaire; elle peut prétendre recouvrer le trop-payé auprès du bénéficiaire. Il est écrit de manière difficilement intelligible que :

(242) – Cf. le texte du projet de loi annexé au document A/CN.9/WG.IV/WP.9 (3 Octobre 1988), Art. 8, par. 7.

(243) – A/CN.9/328 (25 Août 1989), n^{os} 104 à 106.

« la banque peut se prévaloir des mêmes droits de recouvrer la différence auprès du bénéficiaire que ceux qui peuvent être prévus par la loi dans le cas où un virement n'est pas acheté » (244).

Une même formulation est utilisée par le paragraphe 10 de l'Article 12 pour le cas d'exécution d'un ordre révoqué et d'obligation corrélative pour la banque de rembourser. De manière plus claire, il était résulté des délibérations de la Commission plénière, à Vienne, en juin 1991, que la banque qui avait commis l'erreur pouvait

« prétendre au recouvrement, auprès du bénéficiaire, de la différence entre les montants des ordres de paiement par tout moyen de droit pouvant être invoqué » (245).

Curieusement, le texte finalement adopté est celui qui a été ci-dessus reproduit, sans qu'aucune explication ni explicitation du changement de rédaction intervenu n'ait été fournie. On peut penser tout de même que l'interprétation à donner du texte, dans sa nouvelle rédaction, est la même que celle que la Commission avait retenue, mais avec un plus, vraisemblable ou tout au moins plausible, du fait de la référence aux «droits prévus par la loi au cas où un virement n'est pas achevé».

Le cas de non-achèvement est régi par l'article 14, paragraphe 1, qui prévoit une restitution accrue des intérêts. Le plus sera donc constitué par des intérêts.

Au demeurant, ici encore, pour le cas du trop-perçu, la loi type —elle ne pouvait faire autrement — régit la situation du bénéficiaire.

L'interprétation dont il vient d'être fait état conduit d'ailleurs à se placer à deux niveaux.

Ou bien le bénéficiaire, conscient d'avoir reçu plus qu'il n'aurait dû, autorise sa banque à débiter son compte du trop-perçu et celle-ci restitue les fonds à la banque qui a commis l'erreur.

(244) – Une formulation analogue est utilisée par l'Article 11, paragraphe 10.

(245) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n^{os} 273 à 277, et A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire des Articles 12 à 15, n^o 27.

Mais il se peut aussi que le bénéficiaire ne donne pas à sa banque cette autorisation, parce que, par exemple, il était créancier du donneur d'ordre à un autre titre ; alors, l'Article 16 autorise la banque qui a commis l'erreur à recouvrer directement, auprès du bénéficiaire, le trop-versé, et, cela, en utilisant « tout moyen de droit pouvant être invoqué ».

Une telle situation de trop-versé n'est pas ignorée de la pratique. En France, sa prise en considération donne lieu à des solutions nuancées.

Le texte de base est l'article 1376 du Code civil, relatif à la répétition de l'indu. Cet article énonce que

« celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

Ainsi, la Cour de cassation française, par Arrêt du 17 Juillet 1990 (246), a jugé que la banque qui, par suite d'une erreur imputable à son système informatique central, a effectué un virement pour un montant supérieur à la somme à virer, est fondée à exercer l'action en répétition de l'indu.

En principe, la même solution devrait être consacrée au cas où le montant du virement aurait été versé par erreur à une personne qui n'y avait pas droit.

Pour autant, selon le droit français, la Cour de cassation refuse l'action en répétition de l'indu à un banquier qui, par erreur, aurait effectué deux fois le même virement au profit de la même personne, au motif qu'après le premier virement le donneur d'ordre restait débiteur du bénéficiaire à un titre différent; celui-ci n'avait donc globalement reçu que ce qui lui était dû ; il n'y avait pas indu ; il n'y avait pas lieu à répétition (247).

Pas d'action en répétition non plus, en France, à l'égard du bénéficiaire qui a reçu plus qu'il n'aurait dû, au cas de faute de l'établissement de crédit, qui a payé trop (248).

(246) – Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 26, obs. Vasseur. Versailles, 5 Novembre 1986, Revue de jurisprudence commerciale, 1987. p. 251.

(247) – Cour de cassation, chambre commerciale, Dalloz-Sirey, 1989, sommaires commentés, p. 329, obs. Vasseur.

(248) – Paris, 5 avril 1990, Dalloz-Sirey, 1992, sommaires commentés, p. 25, obs. Vasseur.

Les développements qui précèdent ont concerné le trop-versé. Cette situation se rencontrera pareillement au cas — ci-dessus signalé et connu de la pratique — d'un même virement exécuté deux fois; l'article 5, paragraphe 5, paraît concerner ce cas, mais en se plaçant du côté de l'expéditeur dont il est dit qu'il n'est lié que par le montant qu'il entendait verser.

En revanche, la loi type n'a point régi le cas d'un transfert de fonds crédité à un compte qui n'est pas le bon. Il va de soi que, par extension de l'article 16, le récepteur des fonds doit restituer ceux-ci, encore que l'Article 16 se réfère au cas de virement achevé, alors que, par hypothèse, en l'occurrence, le virement ordonné ne l'a pas été.

De la situation de trop-versé, on rapprochera celle où le bénéficiaire a reçu à tort le versement du montant d'un virement qui avait été valablement révoqué. En termes identiques à ceux utilisés par l'Article 16 pour le trop-perçu, la loi type consacre, par l'Article 12, Paragraphe 10, le droit pour la banque réceptrice, qui a exécuté un ordre révoqué, de recouvrer le montant du virement auprès du bénéficiaire (249).

La banque réceptrice peut être aussi bien une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire que la banque du bénéficiaire.

En tout cas, on relèvera au passage que le bénéficiaire, tenu de restituer le trop-perçu, tout comme le bénéficiaire d'un ordre révoqué, n'est en rien obligé de verser des intérêts sur les sommes qui lui ont été versées à tort.

Dans tous les cas ci-dessus visés, il y a lieu à restitution, mais la loi type n'a point envisagé le cas où le récepteur du trop-perçu ou de l'indûment perçu ne rembourse pas ou ne peut rembourser, soit qu'ayant encaissé les fonds, il ait disparu, soit qu'il soit devenu insolvable. Il y a alors perte en capital. Qui va la supporter?

Au cas de transfert crédité à un compte qui n'est pas le bon, le virement n'a pas été achevé, si on se place du côté du donneur d'ordre, dont les instructions n'ont pas été correctement exécutées.

(249) – A/CN.9/346 (15 Mai 1991), commentaire de l'Article 15, n° 27.

Le donneur d'ordre a droit à son remboursement (Art. 14). Si perte il y a, elle sera pour la banque du donneur d'ordre, sauf à elle à rechercher la banque qui a été à l'origine de l'erreur d'aiguillage.

Au cas de trop-versé ou de virement exécuté deux fois par la banque, le virement, par hypothèse, a été achevé. Le donneur d'ordre, dont on suppose qu'il n'a été finalement débité qu'à concurrence de l'ordre qu'il avait donné pour un montant moindre que l'ordre exécuté et en tout cas pour l'ordre unique qui émanait de lui, demeurera étranger à cette situation. Si perte il y a, elle sera pour la banque qui a commis l'erreur.

Au cas d'exécution d'un ordre valablement révoqué, la perte, si perte il y a, sera pour la banque qui a procédé à cette exécution induue.

Dépassant les règles applicables au bénéficiaire ou au récepteur des fonds, il n'apparaîtra pas inutile de rappeler les dispositions du paragraphe 5 de l'article 5, relatif aux obligations de l'expéditeur.

Ce paragraphe, après avoir posé en règle de principe que l'expéditeur est lié par les termes de l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice, en sous-entendant, eu égard aux dispositions de la fin du paragraphe, qu'il l'est, même s'il a donné deux fois le même ordre, même si son ordre comportait une erreur (concernant par exemple le bénéficiaire ou sa banque) ou une anomalie.

Mais cette règle de principe est écartée si l'expéditeur et la banque réceptrice avaient convenu d'une procédure de détection des ordres faisant double emploi, des erreurs et des anomalies dans les ordres de paiement, et si l'utilisation de cette procédure avait permis de déceler l'ordre faisant double emploi, l'erreur ou l'anomalie; alors l'expéditeur n'est pas lié, la perte est pour la banque.

Egalement, si l'erreur ou l'anomalie que la banque aurait pu déceler était que l'expéditeur avait donné pour instruction de payer un montant supérieur à celui qu'il entendait verser, l'expéditeur n'est lié que par le montant qu'il entendait verser.

Après avoir ainsi examiné la manière de traiter le cas du trop-versé ou celui de l'exécution d'un ordre révoqué, on se trouve amené à étudier par symétrie le cas de paiement insuffisant. Le bénéficiaire n'a pas reçu le montant de l'ordre initialement donné à son profit.

B

Le cas de paiement insuffisant.

130 – Deux situations sont ici à envisager.

La première est celle où le montant de l'ordre de paiement, accepté par la banque du bénéficiaire, est inférieur au montant de l'ordre émanant initialement du donneur d'ordre, du fait qu'une ou plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais. Cette situation est régie par le Paragraphe 2 de l'Article 19.

Ce paragraphe dispose qu'en dépit de cette différence l'acceptation, par la banque du bénéficiaire, emporte achèvement du virement. Le bénéficiaire ne peut réclamer le paiement de cette différence à sa propre banque, ni à aucune banque réceptrice antécédente.

Tout ce qu'il peut faire — ainsi qu'en prévient l'Article 19 — est de recouvrer le paiement de ces frais auprès du donneur d'ordre, s'il a été convenu avec lui que ce serait lui, le donneur d'ordre, qui supporterait la charge des frais.

On relève ici encore, au passage, comment la loi type régit la situation du bénéficiaire.

On observera également le fait que la différence de montant entre l'ordre initial, émanant du donneur d'ordre, et l'ordre transmis à la banque du bénéficiaire et accepté par elle n'empêche pas l'achèvement du virement. En l'espèce, il y a achèvement partiel par rapport à l'ordre initialement donné.

Cette question des frais a été traitée par la recommandation de la Commission des Communautés européennes, en date du 14 février 1990, concernant la transparence des conditions de banque applicables aux transactions financières internationales.

Le troisième principe dont fait état la recommandation s'inspire du désir que le bénéficiaire soit crédité du montant exact indiqué dans l'ordre de paiement et que la charge des frais pèse sur le donneur d'ordre. En conséquence, celui-ci doit être informé par sa banque du montant supplémentaire qui lui sera facturé, autant que ce montant supplémentaire peut être connu.

La deuxième situation donne lieu à plus de difficulté. Elle correspond au cas où le montant de l'ordre exécuté, transmis par une banque réceptrice, est inférieur à celui de l'ordre de paiement qu'elle a elle-même reçu et accepté, et cela pour une autre raison que les frais prélevés par ladite banque, c'est-à-dire pour raison d'erreur, voire de malhonnêteté. L'ordre reçu et accepté par telle banque était de 100. La banque a émis, à l'intention de la banque suivante, un ordre de 90. Cette situation est régie par l'Article 15, qui dispose que la banque est tenue d'émettre un ordre de paiement couvrant la différence (250).

La banque dont il s'agit est, à l'évidence, une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, puisqu'il lui incombe d'émettre un ordre de paiement complémentaire.

Aucune difficulté si la banque prend l'initiative d'émettre cet ordre de paiement complémentaire qui, normalement, devrait être assorti d'intérêts de retard, en application de l'Article 17, Paragraphe 1. Mais si celle-ci s'abstient, qui peut la contraindre? Le donneur d'ordre initial ou l'expéditeur dont l'ordre n'a pas été fidèlement exécuté? le bénéficiaire final? La loi type laisse sans réponse cette question. La loi type ne permet pas davantage de répondre de façon certaine à la question de savoir si – comme cela a été soutenu – il convient de considérer qu'un virement n'est pas achevé lorsque la totalité du montant stipulé par le donneur d'ordre initial n'a pas été entièrement transférée, au motif qu'il ne pourrait y avoir achèvement partiel d'un virement ou si, de manière pragmatique, on peut admettre qu'à concurrence au moins de l'ordre de paiement, accepté par la banque du bénéficiaire, le virement est achevé..

(250) – Rapport de la Commission, 1991 (A/46/17), n° 279. En ce sens, on peut faire observer que la Commission a supprimé les premiers mots de l'article, figurant dans une rédaction antérieure et qui étaient : « lorsque le virement est achevé ».

Aussi bien, le Paragraphe 2 de l'Article 19 milite en faveur de cette deuxième solution. On y voit que, au cas où la différence entre le montant initial de l'ordre de virement et celui de l'ordre transmis à la banque du bénéficiaire et accepté par elle résulte de la perception des frais, il y a achèvement, celui-ci fût-il partiel.

Pourquoi la solution ne serait-elle pas la même au cas où la différence aurait une autre raison ? Il n'est sans doute pas d'une bonne méthode d'opposer les Articles 15 (paiement insuffisant pour une autre raison que les frais prélevés) et 19 (paiement insuffisant en raison des frais prélevés) et de tirer de l'Article 19 un argument a contrario pour interpréter l'Article 15.

En tout cas, apparaît ici une lacune grave de la loi type. Lacune aussi en tant qu'il n'est point précisé ce que peut faire le bénéficiaire au cas de paiement insuffisant pour une autre raison que les frais prélevés.

131 – La conclusion est bien que le parti de principe qui a été pris de ne pas traiter franchement et aussi complètement que possible de la situation du bénéficiaire est à l'origine d'une insatisfaction, qui conduit à considérer que la loi type est (sans jeu de mot) « inachevée ». On relèvera surtout le nombre de dispositions aux termes desquelles, contrairement au parti pris de principe adopté, la loi type régit la situation du bénéficiaire. Il eût alors été de beaucoup préférable que la loi type traite complètement de la situation du bénéficiaire et, corrélativement, fasse dépendre l'achèvement du virement de la mise des fonds à la disposition effective du bénéficiaire.

Chapitre III

Conflits de lois et solution

132 – Ainsi qu'on va avoir l'occasion de l'exposer, l'établissement par la loi type de dispositions destinées à résoudre les conflits de lois en matière de virements internationaux a tourné court. Plutôt que de supprimer toute disposition de cet ordre, la Commission, en fin de session, n'a pu faire mieux que de recourir au procédé d'ores et déjà utilisé deux fois, consistant à faire figurer, hors du texte de la loi type, une note par laquelle elle suggère un article « à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter ».

Le procédé, médiocre, fait apparaître au grand jour l'absence de consensus au sein de la Commission, une absence de consensus, qui, in terminis, s'est manifestée non moins relativement à la conception même de l'opération de virement, opération segmentée ou opération globale.

La question à résoudre est double.

La première était celle de savoir s'il convenait que la loi type contienne des dispositions relatives à la solution des conflits de lois.

Au cas de réponse affirmative, la deuxième question était de déterminer quelles dispositions.

Section I

Des dispositions relatives à la solution des conflits de lois dans la loi type : oui ou non ?

133 – A cette question, les Américains, invoquant l'exemple de l'Article 4-A-507, en sa disposition relative au « choix du droit » (choice of law), lui-même suivi par la Regulation J révisée de Fedwire, répondaient par l'affirmative.

Une telle réponse alternative fut à l'origine d'une très vive opposition.

Il fut tout particulièrement fait état de ce que des règles de conflits de lois n'avaient pas leur place dans une "loi de droit matériel".

A cet égard, les observations du très distingué représentant de la Conférence de La Haye de droit international privé, se faisant l'écho des réflexions du Bureau permanent de la Conférence, furent d'un grand mérite (251). Elles ont attiré l'attention sur le fait que l'insertion de règles de conflits de lois dans la loi type recélait une ambiguïté par le mélange qui se trouvait réalisé de deux problèmes : d'une part, celui des conditions d'application de la loi type, d'autre part, celui des règles de conflits de lois dont le but est précisément de déterminer l'application de cette loi.

La justification qu'avait proposée le Secrétariat d'une disposition sur le conflit de lois dans la loi type était qu'il lui paraissait opportun qu'une telle disposition fût édictée pour le cas où un litige surviendrait dans un Etat ayant adopté la loi type, alors que le ou les autres Etats intéressés n'avaient pas procédé à cette adoption, ou encore lorsque le texte de la loi type, qui n'a pu tout prévoir, se trouverait n'avoir pas régi la situation en cause (252).

De là l'ambiguïté ci-dessus signalée : s'agit-il de déterminer la loi applicable lorsque la relation bancaire concerne des Etats qui n'ont pas adopté la loi-type – ce qui impliquerait alors que, pour l'application dans un Etat de la règle uniforme, une autre règle de conflit s'appliquât – ou bien la disposition en cause est-elle destinée également à désigner la loi de l'Etat qui a adopté la loi type, auquel cas on verrait une loi de droit matériel adopter une règle de conflit dont le but serait précisément de déterminer sa propre application.

Certes, cette méthode est celle-là même qu'adopte l'Article 4A ; mais elle peut alors se justifier dans la perspective d'une règle interétatique américaine. En revanche, il n'existe ni convention internationale, ni loi modèle qui l'aient adoptée, car cette méthode n'est pas techniquement satisfaisante.

Il importe, en effet, d'être conscient de ce que la loi type, une fois incorporée par un Etat dans son ordre juridique, ne s'appliquera dans un cas particulier que par l'intermédiaire d'une règle de conflit.

(251) – Note, de Décembre 1991, sur le problème de la loi applicable aux virements internationaux, établie par M. Michel Pelichet, secrétaire général adjoint, à l'intention de la Commission spéciale de la Conférence. Cf. également les observations de la Conférence avant la session plénière de la CNUDCI. A/CN.9/347 (30 Avril 1991).

(252) – A/CN.9/WG.IV/WP.42 (27 Avril 1989), n° 71.

Sauf à le répéter, il est dès lors tout à fait paradoxal et non satisfaisant que cette règle de conflit se trouve incorporée dans la loi dont elle est chargée de déterminer l'application.

Il y avait bien là une raison majeure de s'abstenir.

A ces premières considérations s'ajoutait une difficulté particulière pour tous les Etats parties à une convention bilatérale ou multilatérale sur les conflits de lois et notamment pour les Etats membres de la Communauté européenne, du fait de la Convention applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 Juin 1980 et en vigueur depuis le 1^{er} Avril 1991. L'Article 23 de cette convention prévoit une procédure longue et compliquée pour tout Etat qui, après l'entrée en vigueur de la Convention dans son ordre juridique (tel est le cas de la France, mais aussi de l'Allemagne, de la Belgique, du Danemark, du Royaume-Uni, de l'Italie, du Luxembourg, des Pays-Bas et de l'Irlande), désire adopter une nouvelle règle de conflit de lois pour une catégorie particulière de contrats entrant dans le champ d'application de la Convention (253).

On peut dès lors augurer qu'un Etat membre de la Communauté européenne désirant adopter la loi type préférera purement et simplement rayer l'article de celle-ci relatif à la solution des conflits de lois, plutôt que de se soumettre à la procédure de l'Article 23 de la Convention de Rome et que, dès lors, l'unité recherchée au plan de la solution du conflit des lois en matière de virement ne sera pas réalisée.

Cet ordre de considération ne concernait à titre principal, il est vrai, que les Etats d'Europe, membres de la Communauté européenne.

Il convenait par-dessus tout d'apercevoir que les problèmes soulevés par les conflits de lois en matière de virements internationaux, surtout si l'on tient compte des différentes modalités de ces virements (virements-papier, virements électroniques), étaient de nature complexe et méritaient de sérieuses études avant que des dispositions normatives puissent être adoptées. Au demeurant, il n'y avait nulle urgence.

(253) – Cf. M. Pelichet, « Quelques réflexions sur l'Article 23 de la Convention de Rome », *Grensoverschrijdend privaatrecht – Opstellen, aangeboden aan Mr. J. van Rijn van Alkemade*, Kluwer Editeur, 1993, p. 175.

Les procès portant sur la solution des conflits de lois en matière de virements internationaux sont quasiment inexistantes. On cite l'affaire Evra Corporation, l'affaire Delbruck-Herstatt dont il a été fait précédemment état. Même s'il en existe d'autres, peu nombreuses en Allemagne et en Autriche, celles-ci ne paraissent guère avoir retenu l'attention (254).

Il faut croire, cependant, que les Américains furent particulièrement persuasifs et insistants, puisque la suppression pure et simple de toute disposition relative à la solution du conflit de lois ne fut pas décidée et que fut adoptée la demi-mesure ci-dessus mentionnée.

Section II

Quelles dispositions pour résoudre les conflits de lois

en matière de virements internationaux ?

134 – En son dernier état, le texte soumis à la Commission et finalement adopté énonçait en un premier paragraphe que :

« Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. Faute d'accord entre les parties, la loi de la banque réceptrice s'applique ».

Les Américains avaient proposé d'ajouter, invoquant ici encore le précédent de l'Article 4A-507 et de la Regulation J, une disposition qui aurait prévu que :

« un système de transfert de fonds peut choisir la loi d'un Etat particulier pour régir les droits et obligations de toutes les parties à un virement ».

Les Américains souhaitaient-ils proposer, sans le dire ouvertement, que ce soit leur Article 4A qui soit ainsi mondialement choisi ? Cette proposition demeura sans suite (255).

(254) – Bundesgerichtshof (Tribunal fédéral d'Allemagne), 11 Juillet 1957, Wert-papier Mitteilungen, 1957, p. 1047 ; Oberster Gerichtshof (Cour suprême d'Autriche), 31 Janvier 1990, Österreichisches Bankarchiv, 1990, p. 726.

(255) – A/CN.9/WG.IV/WP.47 (13 Juin 1990) ; A/CN.9/341 (13 Août 1990), n^{os} 24 ss. Sur la critique de l'adoption d'une telle disposition par Chips et par la Regulation J régissant Fedwire, cf. supra texte.

Une disposition de cet ordre – qui, s’agissant de l’Article 4A et de la Regulation J, a suscité de vives critiques (256), est apparue tout à fait excessive, en tant qu’elle aurait imposé à des donneurs d’ordre et à des bénéficiaires, qui n’étaient pas des banques, une loi choisie par le système de transfert de fonds, pour le seul motif que le virement opéré transitait par ce système.

La proposition revenait à donner au système de transfert de fonds, autrement dit aux banques elles-mêmes, une liberté illimitée quant au choix de la loi à appliquer. Aussi, certains ont-ils redouté que le système de transfert de fonds choisisse une loi particulièrement favorable aux banques.

Restait donc le paragraphe ci-dessus reproduit, tel qu’il était soumis à la Commission.

Paragraphe I

La loi choisie par les parties.

135 – La première phrase, reconnaissant aux « parties » le choix de la loi applicable, ne suscita pas d’objections, tant il est évident que la disposition qu’elle édicte est conforme à celle qui est aujourd’hui admise de manière générale en droit international privé et que consacre de son côté la Convention de Rome. Il aurait, néanmoins, été souhaitable de se demander comment comprendre le terme de « parties ».

En clair, le choix qui écarte l’application de la seconde phrase, prévoyant un facteur objectif de rattachement, doit-il résulter de l’accord du donneur d’ordre, du bénéficiaire et de toutes les banques intervenantes ? Il faut reconnaître qu’un tel accord général serait pratiquement difficile, sinon impossible à obtenir. On voit mal d’ailleurs comment, avant le lancement de l’opération de virement, tous les intervenants pourraient être utilement consultés.

Mais, si un tel accord n’est pas requis, le choix d’une loi arrêté par le donneur d’ordre et sa banque sera sans impact par rapport à la loi applicable au reste du virement, pour lequel des accords différents pourront intervenir entre banques deux à deux.

(256) – Ibid.

Or, c'est apparemment cette deuxième solution que, sans la discuter, le groupe de travail a entérinée, considérant que « les parties au virement ou à tout segment du virement doivent être libres de choisir la loi applicable à leurs rapports (257). La conséquence est qu'une loi unique ne serait appliquée à un virement que si toutes les parties concernées, deux à deux, ont choisi la même loi.

De ce fait même s'est trouvée posée la vraie question, qui a divisé les délégués, à savoir : convient-il qu'une loi unique régisse l'opération de virement dans sa globalité ou bien est-il admissible que chaque segment du virement relève d'une loi différente ? Cette question est celle qui se pose par excellence, faute d'accord entre les parties ; il importe alors de fixer un facteur de rattachement objectif.

Paragraphe II

La loi applicable faute d'accord entre les parties.

136 – Le texte proposé à la Commission posait en règle que s'appliquera en ce cas la loi de chaque banque réceptrice, au motif que c'était au niveau de chaque banque réceptrice que se situait la prestation la plus caractéristique, car c'est elle qui est tenue de vérifier l'origine de l'ordre de paiement, de l'accepter ou d'en notifier le rejet et, si elle l'accepte, d'émettre un nouvel ordre de paiement conforme à l'ordre reçu.

Au-delà de cette considération, la règle proposée illustre à un double titre la conception du virement qui est celle de la loi type.

La formulation utilisée laissait de côté la détermination de la loi applicable aux rapports entre la banque du bénéficiaire et le bénéficiaire, puisque le virement est achevé du fait de son acceptation par la banque du bénéficiaire. On n'en peut pas moins penser que la loi applicable sera celle de la banque du bénéficiaire.

La règle proposée manifestait en second lieu, de manière strictement logique, la conception du virement consacrée par l'Article 2, lettre a), qui définit le virement comme résultant d'« une série d'opérations », autrement dit d'autant de virements secondaires qu'il y a de banques intervenantes.

(257) – A/CN.9/341 (13 Août 1990), n° 41.

Un virement serait donc segmenté en autant d'opérations bilatérales distinctes, à chacune desquelles s'appliquerait une loi différente.

On renverra ici aux développements qui précèdent, relatifs à la définition à donner du virement.

La conception dont il vient d'être fait état et dont on aperçoit ici – sur le terrain des conflits de lois – la conséquence concrète, n'est pas celle de nombreux pays pour lesquels le virement est à envisager dans sa globalité, avec la conséquence qu'il conviendrait de le soumettre à une loi unique.

A l'encontre de la règle proposée, appliquant à la série d'opérations composant le virement la loi de l'Etat de chaque banque réceptrice, la Conférence de La Haye de droit international privé a présenté divers arguments, qui appellent réflexion.

Il a été fait valoir qu'il n'était guère envisageable de couvrir par une même règle de conflit deux situations différentes en fait : celle des virements-papier et celle des virements électroniques. En effet, si, pour les virements-papier, compris comme résultant de la succession d'opérations bilatérales distinctes, il est juridiquement et intellectuellement concevable qu'une loi différente s'applique à chacune d'entre elles, une telle solution serait irréaliste dans le cas des virements électroniques.

L'extrême rapidité de réalisation d'un tel virement, la quasi-instantanéité de son exécution matérielle excluraient la prise en considération d'une segmentation en différentes opérations bilatérales ; le mode de réalisation du virement postulerait donc que s'applique à lui, dans sa totalité, une loi unique.

On ne répétera jamais assez que, si une opération bancaire transfrontalière implique au moins deux pays, elle ne constitue qu'une opération ; il s'agit de « un » virement.

Il a été rappelé aussi comment la loi type permettait, sous certaines conditions, la révocation de l'ordre de virement (Art. 12) et avait institué une obligation de remboursement du montant du virement non achevé (Art. 14).

Or, ces deux ordres de dispositions ne peuvent se concevoir que si une même loi s'applique à la totalité du virement ; ils ne semblent pas s'inscrire dans le système de segmentation consacré par la disposition proposée, soumettant le virement à la loi de l'Etat de chaque banque réceptrice.

Aussi bien, l'un des arguments invoqués par les Américains, à l'appui de leur proposition visant à permettre à un système de transfert de fonds de choisir la loi d'un Etat particulier en vue de régir les droits et obligations de toutes les parties à un virement électronique à grande vitesse, était qu'il convenait que le même ensemble de règles régisse toutes les parties concernées par un virement et spécialement par un virement à grande vitesse.

Les Américains de ce fait ont bien manifesté qu'ils ressentaient le besoin de la soumission d'un virement international à une loi unique.

On relèvera au passage que lors de l'affaire *Evra Corporation*, pour juger si la *Swiss Bank* devait ou non des dommages-intérêts à l'affréteur, qui avait vu résilier la charte-partie, parce que le montant du loyer n'avait pas été payé à bonne date, en raison du comportement fautif de la banque suisse, banque réceptrice, le juge américain a fait application du droit de l'Illinois et non pas du tout de la banque suisse réceptrice.

En revanche, dans l'affaire *Delbruck/Manufacturers Hanover trust Company*, à la suite de la faillite de la Banque *Herstatt*, le juge américain a déclaré faire application du droit de l'Etat de New York, c'est-à-dire du droit de l'Etat où était établie la banque réceptrice *Manufacturers Hanover*.

Le caractère décevant de l'application à un transfert de fonds d'autant de lois qu'existent de banques intervenantes a été manifesté avec un éclat particulier pour l'affaire connue sous le nom d'affaire *Chikuma*, jugée par la Chambre des lords, en 1981 (258).

(258) – Affaire *A/S Awilco v. Fulvia S.p.a di Navigazione (The Chikuma)* (H.L.), 1981, *Lloyds Rep.* 373-374 per Lord Bridge. Sur cette affaire, cf. Effros, *opcit*, *The Banking Law Journal*, 1988, p. 521.

L'affaire Chikuma.

137 – Tout comme dans l'affaire Evra Corporation, le litige opposait les affréteurs du navire Chikuma aux armateurs. Les parties avaient signé une charte-partie aux termes de laquelle les affréteurs norvégiens devaient verser le loyer du navire en dollars des Etats-Unis à la banque des armateurs en Italie, l'absence de paiement à bonne date permettant aux armateurs de retirer l'utilisation du navire.

A l'occasion du quatre-vingt unième paiement, à effectuer le 22 Janvier 1976, les affréteurs ont demandé le 21 Janvier à leur banquier Norvégien de faire le nécessaire. Le lendemain, celui-ci donna instruction à son correspondant à Gênes, le Credito Italiano, de créditer la banque des armateurs, qui était une autre banque de Gênes.

Effectivement, le 22 Janvier, le compte des armateurs fut crédité par leur propre banque, mais avec valeur 26 Janvier, et cela en exécution de l'instruction reçue du Credito Italiano, conformément à la pratique bancaire italienne.

Pour autant, les armateurs italiens pouvaient disposer des fonds dès le 22 Janvier, sauf à payer des intérêts pour quatre jours et – s'ils maintenaient les fonds à leur compte – à n'en percevoir qu'à l'expiration de ce délai de quatre jours, c'est-à-dire à perdre 70 à 100 dollars au maximum. Les armateurs italiens, estimant que cette façon de faire n'était pas conforme à la charte-partie, refusèrent le crédit porté à leur compte et retirèrent le navire aux affréteurs.

Procès qui trouva son épilogue à la suite d'une décision de la Chambre des lords, compétente parce que la charte-partie était soumise au droit anglais, qui jugea que, du fait des jours de valeur appliqués, les armateurs n'avaient pas reçu le 22 Janvier ce que la charte-partie avait prévu qu'ils devaient recevoir, autrement dit l'équivalent d'espèces entièrement disponibles, sans aucune charge d'aucune sorte.

En l'espèce, le transfert de fonds et le paiement du loyer prévus par la charte-partie étaient régis par quatre systèmes juridiques différents : norvégien, américain, s'agissant d'un paiement à effectuer en dollars, italien et anglais, en tant que la charte-partie était régie par le droit anglais.

Mais le droit italien, ou si l'on préfère la pratique bancaire italienne, s'est avéré déterminant. Cela étant, une date de valeur a été introduite par une banque intermédiaire, sans que le donneur d'ordre norvégien en ait été prévenu ; ses instructions ont donc été modifiées. Cette date de valeur a été appliquée selon le droit et la pratique d'un pays étranger dont il n'avait vraisemblablement pas la moindre idée. Autant dire que, du fait de la multiplication des lois applicables, le sort final d'une opération de virement demeure totalement imprévisible pour le donneur d'ordre.

Le résultat a été catastrophique pour les affréteurs norvégiens. Pour avoir fait perdre involontairement de 70 à 100 dollars aux armateurs, ils ont vu résilier la charte-partie. Ils réclamaient 3 millions de dollars à titre de dommages-intérêts : ils n'ont bien évidemment rien obtenu.

138 – Les arguments en faveur de la soumission du virement à une loi unique étaient d'importance, même s'ils se référaient à une conception du virement qui n'était pas celle de la loi type.

Mais quelle loi unique ? La doctrine juridique française unanime est en faveur d'une telle loi unique, sous le bénéfice d'une précision, à savoir que la relation entre le donneur d'ordre et sa banque devrait être régie par la loi de celle-ci, mais que tout le reste du virement devrait l'être par la loi de l'Etat de la banque du bénéficiaire (259).

A l'appui de cette proposition, il a été fait valoir que l'identité de la banque du bénéficiaire et le lieu où elle est établie sont connus dès l'origine par toutes les parties intéressées.

Force est, toutefois, de reconnaître que la référence à la loi de la banque du bénéficiaire était tout à fait à contre-courant de la conception de la loi type, puisque cette loi est par excellence celle qui est appelée à régir les rapports entre le bénéficiaire et sa banque ; or, le virement est achevé lorsque la banque du bénéficiaire accepte le virement.

(259) – Hamel, « Banques et opérations de banque », T. 2, 1943, n° 861 ; Loussouarn et Bredin, « Droit du commerce international », 1969, n° 556 ; Cabrillac, « Le chèque et le virement », 5^{ème} Ed., 1980, n° 426.

Il a été surtout objecté que cela impliquait que les banques intervenantes, après la banque du donneur d'ordre, renoncent à l'application de leur droit et acceptent, le cas échéant, l'application à leur endroit d'un droit qui n'est pas le leur et qu'elles ne connaissent pas nécessairement.

L'on sait, en effet, que les banques sont soucieuses de voir appliquer à toute opération de banque dans laquelle elles interviennent leur loi, c'est-à-dire soit la loi de l'Etat de leur établissement principal, soit celle de l'agence ou de l'établissement distinct partie à cette opération.

L'objection du point de vue pratique est bien là, encore qu'on puisse faire observer que la participation acceptée à une opération internationale de virement peut paraître postuler l'acceptation de la compétence d'une loi étrangère. Et l'on ajoutera que c'est précisément l'exigence égocentrique des banques qui rend nécessaire la détermination d'une règle de conflit, afin de faire régir par une seule loi des prétentions antinomiques.

Autre loi unique – et connue d'avance – susceptible d'être retenue : celle de l'Etat dans la monnaie duquel le virement est effectué.

Finalement, sur la loi applicable au cas de défaut d'accord des parties, aucun consensus, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, ne put être obtenu. La conséquence aurait dû être la suspension pure et simple de l'Article proposé. Elle a été le maintien de celui-ci, mais hors du texte lui-même de la loi type, dans une note à l'intention des Etats qui souhaiteraient s'y rallier.

En réalité, la Commission a pris conscience que la détermination d'une règle de droit destinée à régir les conflits de lois en matière de virements internationaux était une tâche pour laquelle elle était insuffisamment préparée et qui appelait des études et des réflexions qu'elle n'avait pu effectuer.

Elle a non moins été sensible à l'information qui lui a été donnée que la Conférence de La Haye de droit international privé, dont la compétence et la qualification sont mondialement reconnues, envisageait favorablement de prendre le relais et de mettre en train la préparation d'une convention internationale, si, après consultation auprès des

banques, des associations bancaires et des systèmes de paiement actuellement existants, ils apparaissait que le besoin d'une telle convention existe véritablement.

Cette consultation, effectuée au cours de l'hiver 1992-1993, a révélé une grande réticence des banques à voir la Conférence de La Haye entreprendre des travaux en vue d'élaborer une convention sur la loi applicable aux virements internationaux, au motif que la nécessité pratique d'une telle convention n'existait pas, compte tenu du très petit nombre de litiges portés devant les tribunaux et, surtout, au motif de l'extrême difficulté de parvenir à un consensus sur la loi applicable (260), nombre de banques ou d'associations bancaires n'envisageant guère favorablement de soumettre un virement international à une loi unique, qui ne serait pas nécessairement la leur, au motif enfin que les évolutions technologiques rapides que connaît la pratique des virements internationaux étaient de nature à infléchir le choix de la solution à adopter.

Aussi, lors de sa session de Mai 1993, la Conférence – sans exclure d'œuvrer, un jour venu, à la préparation d'une convention – n'a point considéré qu'il y avait là pour elle une nécessité présente.

Telle est la loi type. Est-elle vraiment, suivant une question déjà posée, la loi que le monde accueillera ? En tout cas, il est des transferts internationaux de fonds, qui sont, en vertu d'un postulat, hors du domaine d'application de la loi type ; ce sont ceux qui résultent de l'utilisation des cartes de débit qui ne sont pas l'objet de notre sujet.

(260) – Document préliminaire n° 20, de Mars 1993, à l'intention de la dix-septième session de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Conclusion de la deuxième partie.

139 – Les tentatives d’harmonisation en matière de droit international privé des virements n’ont pour l’instant donné que peu de résultats. La loi type CNUDCI a adopté une solution boîteuse. Elle propose une règle de conflits de lois à l’intention des Etats qui pourraient souhaiter l’adopter (alors que les Etats membres n’ont, de toute manière, aucune obligation de l’intégrer dans leur ordre juridique).

En effet, l’analyse du virement en une série d’opérations segmentées avait ses limites en tant que certaines dispositions de la loi type CNUDCI nécessitaient pour être effectivement appliquées que la loi-type ait été adoptée dans tous les Etats par lesquels le virement transitait.

En outre, les banques étaient réticentes à la préparation par la Conférence de droit international privé d’une convention internationale sur la loi applicable aux virements internationaux.

Conclusion Générale.

140 – Nous avons réduit les discussions doctrinales pour faire une place privilégiée aux problèmes concrets afin d’offrir à tous ceux que la vie des affaires amène à utiliser le virement un travail qui réponde à leurs interrogations.

Nous avons souligné que le virement a conquis une place importante parmi les moyens de paiement grâce à la vulgarisation des comptes en banque, place qui est appelée à s’accroître encore, car le virement est le mode de paiement qui se prête le mieux au traitement électronique sauf dans l’hypothèse où il est effectué au sein d’une même banque, le virement requiert un transfert de fonds entre banquiers.

Ce transfert, qui est réalisé par inscription en comptes, était autrefois effectué dans le cadre d’une chambre de compensation. Actuellement, il est le plus souvent effectué par l’ordinateur de compensation des Banques Centrales (ou Banques d’Etats) qui supervisent les banques nationales, grâce à des indications données sous forme de bandes magnétiques.

Comme l’opération de virement se place sous l’empire de la théorie des obligations, l’ordre de virement étant un mandat qui doit obéir aux règles du droit commun de ce contrat, nous avons brièvement évoqué la question du droit international privé et montré les deux conceptions qui existent dans le domaine des virements en chaîne (succession de virements ou opération unitaire).

En amont de cette question, se trouve cependant le difficile problème de l’uniformisation matérielle du droit du virement. Nous avons vu à ce sujet que les Etats-Unis avaient unifié au sein de leur pays le droit du virement (Article 4A UCC).

Nous avons en revanche constaté l’échec (relatif) de la loi type de la CNUDCI. De son côté, l’UE est parvenue à imposer une sorte de standard minimum pour les virements transfrontaliers (directive 97/5) ; nul doute, cependant, que l’intégration de cette directive en droit interne conduira la plupart des Etats membres à revoir l’ensemble de leur droit du virement en s’inspirant des principes de la directive 97/5 (261).

(261) – ATF 122 III (JdT 1977. I. 102).

Au demeurant, l'insertion des transferts de fonds, notamment des transferts internationaux dans le cadre des systèmes de paiement a été au cœur des préoccupations aussi bien des autorités communautaires que des autorités nationales.

141 – Quant au droit international privé, son rôle est d'indiquer le droit applicable et la compétence judiciaire, il ne permet pas de suppléer aux lacunes du droit matériel.

Enfin, le juriste trouve en ce domaine des défis particulièrement stimulants.

Annexe

Loi Type de la CNUDCI

sur les virements internationaux (262).

Chapitre Premier

Dispositions générales.

Article 1

Champ d'application (262).

1. La présente loi s'applique à un virement lorsqu'une banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des Etats différents.
2. La présente loi s'applique, de la même manière qu'aux banques, aux autres entités qui, dans le cadre normal de leurs activités, exécutent des ordres de paiement.
3. Pour la détermination du champ d'application de la présente loi, les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des Etats différents sont considérés comme des banques distinctes.

Article 2

Définitions.

Pour l'application de la présente loi:

- a) Le terme «virement» désigne la série d'opérations, commençant par l'ordre de paiement du donneur d'ordre, effectuées dans le but de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire. Ce terme englobe tout ordre de paiement émis par la banque du donneur d'ordre ou par toute banque intermédiaire et ayant pour objet de donner suite à l'ordre de paiement du donneur d'ordre. Un ordre de paiement émis afin de régler un tel ordre est considéré comme faisant partie d'un virement distinct ;

(262) – Cf. Vasseur, *opcit*, p. 389 et s.

(263) – La présente loi ne traite pas des questions relatives à la protection du consommateur.

- b) Le terme « ordre de paiement » désigne l'instruction inconditionnelle, sous quelque forme qu'elle soit donnée par un expéditeur à une banque réceptrice, de mettre à la disposition d'un bénéficiaire une somme d'argent déterminée ou déterminable
- i. si la banque réceptrice doit être remboursée par l'expéditeur. par débit du compte de celui-ci par un autre moyen ; et
 - ii. si l'instruction n'indique pas que le paiement doit être effectué sur la demande du bénéficiaire.

Rien dans le paragraphe h) ne s'oppose à ce qu'une instruction. du simple fait qu'elle enjoint à la banque du bénéficiaire de détenir, jusqu'à ce qu'il en demande le paiement, des fonds pour un bénéficiaire qui n'a pas de compte auprès d'elle, constitue un ordre de paiement;

- c) Le terme « donneur d'ordre » désigne l'émetteur du premier ordre de paiement dans un virement;
 - d) Le terme « bénéficiaire » s'entend de la personne désignée dans l'ordre de paiement du donneur d'ordre pour recevoir des fonds par suite du virement;
 - e) Le terme « expéditeur » désigne la personne qui émet un ordre de paiement, y compris le donneur d'ordre et toute banque expéditrice;
 - f) Le terme « banque réceptrice » désigne toute banque qui reçoit un ordre de paiement;
 - g) Le terme « banque intermédiaire » désigne toute banque réceptrice autre que la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire;
 - h) Les termes « fonds » ou « somme d'argent » englobent le crédit inscrit sur un compte tenu par une banque et le crédit libellé dans une unité de compte établie par une institution intergouvernementale ou par convention entre deux Etats ou plus, étant entendu que la présente loi s'applique sans préjudice des règles de l'institution intergouvernementale ou des stipulations de la convention;
 - i) Le terme « authentification » désigne une procédure établie conventionnellement pour déterminer si un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement émane bien de la personne indiquée comme étant l'expéditeur;
-

- j) Le terme « jour ouvré » désigne la période de la journée pendant laquelle la banque effectue le type d'opérations en question;
- k) Le terme « période d'exécution » désigne la période d'un jour ou de deux jours commençant le premier jour où un ordre de paiement peut être exécuté conformément à l'Article 11-1 et se terminant le dernier jour où il peut l'être conformément au même article;
- l) Le terme « exécution », dans la mesure où il s'applique à une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire, désigne l'émission d'un ordre de paiement destiné à donner suite à l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice;
- m) Le terme « intérêt » désigne la valeur de rendement des fonds ou de la somme d'argent visés qui, sauf convention contraire, est calculée au taux et sur la base habituellement acceptés par les banques pour les fonds ou la somme d'argent visés.

Article 3

Instructions conditionnelles.

1. Si une instruction n'est pas un ordre de paiement parce qu'elle fait l'objet d'une condition mais qu'une banque qui l'a reçue l'exécute en émettant un ordre de paiement inconditionnel, l'expéditeur de l'instruction aura par la suite les mêmes droits et obligations, en vertu de la présente loi, que l'expéditeur d'un ordre de paiement, et le bénéficiaire indiqué dans l'instruction sera considéré comme le bénéficiaire d'un ordre de paiement.
2. La présente loi ne régit pas le moment où une instruction conditionnelle reçue par une banque doit être exécutée et est sans incidence sur les droits ou obligations de l'expéditeur d'une instruction conditionnelle qui dépendent de la réalisation de la condition.

Article 4

Dérogation Conventionnelle.

Sauf disposition contraire de la présente loi, les parties à un virement peuvent convenir de modifier leurs droits et obligations.

Chapitre II

Obligations des parties.

Article 5

Obligations de l'expéditeur.

1. L'expéditeur est lié par un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement s'ils ont été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier.
2. Lorsqu'un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification autrement que par une simple comparaison de signatures, un expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins lié:
 - a) Si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés, et
 - b) Si la banque réceptrice a respecté la procédure d'authentification.
3. Les parties ne sont pas autorisées à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en application du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable.
4. Un expéditeur apparent n'est toutefois pas lié en application du paragraphe 2 s'il prouve que l'ordre de paiement qu'a reçu la banque réceptrice résulte des actes d'une personne qui n'est ni
 - a) Un employé ou ancien employé de l'expéditeur apparent, ni
 - b) Une personne qui, de par sa relation avec l'expéditeur apparent, a eu accès à la procédure d'authentification.

La phrase qui précède ne s'applique pas si la banque réceptrice prouve que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent.

5. Un expéditeur lié par un ordre de paiement est lié par les termes de l'ordre reçu par la banque réceptrice. Toutefois, il n'est pas lié par un ordre de paiement faisant double emploi ou par une erreur ou anomalie dans un ordre de paiement si
- a) L'expéditeur et la banque réceptrice ont convenu d'une procédure de détection des ordres faisant double emploi, des erreurs ou des anomalies dans les ordres de paiement, et si
 - b) L'utilisation de cette procédure par la banque réceptrice a ou aurait permis de déceler l'ordre faisant double emploi, l'erreur ou l'anomalie.

Si l'erreur ou l'anomalie que la banque aurait décelée était que l'expéditeur avait donné pour instruction de payer un montant supérieur à celui qu'il entendait verser, l'expéditeur n'est lié que par le montant qu'il entendait verser. Le paragraphe 5 s'applique aux erreurs ou anomalies dans les ordres modifiés ou les ordres de révocation au même titre qu'aux erreurs ou anomalies dans les ordres de paiement.

6. L'expéditeur est tenu de payer à la banque réceptrice le montant de l'ordre de paiement à compter du moment où elle l'accepte, mais ce paiement n'est dû que lorsque commence la période d'exécution.

Article 6

Paiement à la banque réceptrice.

Pour l'application de la présente loi, l'obligation de payer la banque réceptrice qui incombe à l'expéditeur en application de l'Article 5-6 est acquittée

- a) Si la banque réceptrice débite un compte de l'expéditeur tenu par elle, lorsqu'il y a inscription au débit; ou
 - b) Si l'expéditeur est une banque et que l'alinéa a) ne s'applique pas,
 - i. lorsque le crédit que l'expéditeur fait porter au compte qu'a la banque réceptrice auprès de lui est utilisé ou, s'il n'est pas utilisé, le jour ouvré suivant le jour où ce crédit peut être utilisé et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait, ou
-

- ii. lorsque le crédit que l'expéditeur fait porter au compte de la banque réceptrice auprès d'une autre banque est utilisé ou, s'il n'est pas utilisé, le jour ouvré suivant le jour où ce crédit peut être utilisé et où la banque réceptrice a connaissance de ce fait, ou
- iii. lorsque le règlement définitif est effectué en faveur de la banque réceptrice par une banque centrale auprès de laquelle elle a un compte, ou
- iv. lorsque le règlement définitif est effectué en faveur de la banque réceptrice conformément
 - a) aux règles d'un système de transfert de fonds prévoyant le règlement des obligations entre les participants bilatéralement ou multilatéralement, ou
 - b) à un accord de compensation bilatérale conclu avec l'expéditeur ; ou
 - c) Si ni l'alinéa a) ni l'alinéa b) ne s'applique, de toute autre manière autorisée par la loi.

Article 7

Acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire

1. Les dispositions du présent article s'appliquent à une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.
 2. La banque réceptrice accepte l'ordre de paiement de l'expéditeur dès que se produit l'un des faits suivants:
 - a) La banque reçoit l'ordre de paiement, à condition que l'expéditeur et la banque aient convenu que la banque exécuterait dès réception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur ;
 - b) La banque donne avis de son acceptation à l'expéditeur ;
 - c) La banque émet un ordre de paiement ayant pour objet de donner suite à l'ordre de paiement reçu ;
 - d) La banque débite un compte de l'expéditeur auprès d'elle en règlement de l'ordre de paiement ;
 - e) Le délai prévu au paragraphe 3 pour donner avis du rejet s'est écoulé sans qu'un avis ait été donné.
-

3. La banque réceptrice qui n'accepte pas un ordre de paiement est tenue de donner avis du rejet au plus tard le jour ouvré suivant la fin du délai d'exécution, à moins que :
 - a) Lorsque le paiement doit être effectué par débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque réceptrice, il n'y ait pas suffisamment de fonds sur le compte pour régler l'ordre de paiement
 - b) Lorsque le paiement doit être effectué par d'autres moyens, le paiement n'ait pas été effectué ; ou
 - c) Il n'y ait pas suffisamment d'éléments d'information pour identifier l'expéditeur.
4. Un ordre de paiement cesse d'être valable s'il n'est ni accepté ni rejeté en vertu du présent article avant l'heure de clôture le cinquième jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution.

Article 8

Obligations d'une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.

1. Les dispositions du présent article s'appliquent à toute banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire.
 2. Une banque réceptrice qui accepte un ordre de paiement est tenue en vertu de celui-ci d'émettre, dans le délai prescrit à l'Article 11, à l'intention de la banque du bénéficiaire ou d'une banque intermédiaire, un ordre de paiement conforme au contenu de celui qu'elle a reçu et qui comporte les instructions nécessaires pour réaliser le virement de manière appropriée.
 3. Lorsqu'une banque réceptrice détermine qu'il n'est pas possible de suivre une instruction de l'expéditeur quant à la banque intermédiaire ou au système de transfert de fonds à utiliser pour l'exécution du virement, ou que donner suite à cette instruction entraînerait des coûts ou un retard excessifs dans la réalisation du virement, elle sera réputée s'être conformée au Paragraphe 2, si elle a demandé à l'expéditeur, avant la fin de la période d'exécution, quelles mesures elle devait prendre.
-

4. Lorsqu'elle reçoit une instruction qui semble être un ordre de paiement, mais qui ne contient pas suffisamment de données pour en constituer un, ou que, étant un ordre de paiement, l'instruction ne peut pas être exécutée en raison de l'insuffisance des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque réceptrice est tenue de donner avis à ce dernier de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'Article 11.
5. Lorsqu'une banque réceptrice constate un défaut de concordance dans les éléments d'information relatifs au montant du virement, elle est tenue d'en donner avis à l'expéditeur, dans le délai prescrit à l'Article 11, si celui-ci peut être identifié. Tout intérêt payable en application de l'article 17-4 pour manquement à l'obligation de donner avis énoncée dans le présent paragraphe est déduit de tout intérêt payable en application de l'Article 17-1 pour non-respect du paragraphe 2 du présent article.
6. Pour l'application du présent article, les agences et établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

Article 9

Acceptation ou rejet de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire

1. La banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement dès que se produit l'un des faits suivants:
 - a) La banque reçoit l'ordre (le paiement, à condition que l'expéditeur et la banque aient convenu que la banque exécuterait dès réception les ordres de paiement émanant de l'expéditeur) ;
 - b) La banque donne avis de son acceptation à l'expéditeur ;
 - c) La banque débite un compte de l'expéditeur auprès d'elle en règlement de l'ordre de paiement ;
 - d) La banque crédite le compte du bénéficiaire ou met les fonds à la disposition de ce dernier de toute autre manière ;
-

- e) La banque donne avis au bénéficiaire qu'il a le droit de retirer les fonds ou d'utiliser le crédit ;
 - f) La banque utilise de toute autre manière le crédit conformément à l'ordre de paiement ;
 - g) La banque impute le crédit sur une dette du bénéficiaire envers elle OU l'utilise conformément à une décision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente;
 - h) Le délai prévu au paragraphe 2 pour donner avis du rejet s'est écoulé sans qu'un avis ait été donné.
2. La banque du bénéficiaire qui n'accepte pas un ordre de paiement est tenue de donner avis du rejet au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution, à moins que:
- a) Lorsque le paiement doit être effectué par débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque du bénéficiaire, il n'y ait pas suffisamment de fonds sur le compte pour régler l'ordre de paiement;
 - b) Lorsque le paiement doit être effectué par d'autres moyens, le paiement n'ait pas été effectué ; ou
 - c) Il n'y ait pas suffisamment d'éléments d'information pour identifier l'expéditeur.
3. Un ordre de paiement cesse d'être valable s'il n'est ni accepté ni rejeté en vertu du présent article avant l'heure de clôture le cinquième jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution.

Article 10

Obligations de la banque du bénéficiaire.

- 1. La banque du bénéficiaire qui accepte un ordre de paiement est tenue de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire, ou d'utiliser le crédit de toute autre manière, conformément à l'ordre de paiement et à la loi régissant la relation entre elle et le bénéficiaire.
 - 2. Lorsqu'elle reçoit une instruction qui semble être un ordre de paiement, mais qui ne contient pas suffisamment de données pour en constituer un, ou que, étant un ordre de paiement, l'instruction ne peut pas être exécutée en raison de
-

l'insuffisance des données, mais que l'expéditeur peut être identifié, la banque du bénéficiaire est tenue de donner avis à ce dernier de l'insuffisance constatée, dans le délai prescrit à l'Article 11.

3. Lorsque la banque du bénéficiaire constate un défaut de concordance dans les éléments d'information relatifs au montant du virement, elle est tenue d'en donner avis à l'expéditeur, dans le délai prescrit à l'Article 11, si l'expéditeur peut être identifié.
4. Lorsque la banque du bénéficiaire constate un défaut de concordance dans les éléments d'information destinés à l'identification du bénéficiaire, elle est tenue d'en donner avis à l'expéditeur, dans le délai prescrit à l'Article 11, si l'expéditeur peut être identifié.
5. Sauf indication contraire figurant dans l'ordre de paiement, la banque du bénéficiaire est tenue, dans le délai prescrit pour l'exécution à l'Article 11, de donner avis au bénéficiaire qui n'est pas titulaire d'un compte chez elle qu'elle tient les fonds à sa disposition, si elle dispose de suffisamment d'éléments d'information pour donner un tel avis.

Article 11

Moment où la banque réceptrice doit exécuter l'ordre de paiement et en donner avis.

1. En principe, une banque réceptrice qui est tenue d'exécuter un ordre de paiement doit le faire le jour ouvré où elle le reçoit. Si elle ne le fait pas, elle est tenue de l'exécuter le jour ouvré suivant le jour où elle a reçu l'ordre de paiement. Néanmoins,
 - a) Si une date postérieure est indiquée sur l'ordre de paiement, elle l'exécute à cette date, ou
 - b) Si l'ordre de paiement indique une date à laquelle les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire et qu'il s'ensuit qu'une exécution postérieure est appropriée pour que la banque du bénéficiaire puisse accepter un ordre de paiement et l'exécuter à cette date, elle l'exécute à cette date.
-

2. Si la banque réceptrice exécute l'ordre de paiement le jour ouvré suivant le jour où elle l'a reçu, elle doit, sauf dans les cas où elle le fait en application de l'alinéa a) ou b) du paragraphe 1, l'exécuter avec valeur à compter du jour de réception.
3. Une banque réceptrice qui est tenue d'exécuter un ordre de paiement parce qu'elle l'a accepté en application de l'Article 7-2 e) doit l'exécuter avec valeur au plus tard le jour où l'ordre de paiement est reçu ou le jour où
 - a) Lorsque le paiement doit être effectué par débit d'un compte de l'expéditeur auprès de la banque réceptrice, il y a suffisamment de fonds sur le compte pour régler l'ordre de paiement, ou
 - b) Lorsque le paiement doit être effectué par d'autres moyens, le paiement a été effectué.
4. L'avis qui doit être donné conformément aux dispositions des Paragraphes 4 ou 5 de l'Article 8 ou des Paragraphes 2, 3 ou 4 de l'article 10 doit l'être au plus tard le jour ouvré suivant la fin de la période d'exécution.
5. Une banque réceptrice qui reçoit un ordre de paiement après l'heure limite pour ce type d'ordres de paiement est habilitée à le considérer comme ayant été reçu le jour suivant où elle exécute ce type d'ordres de paiement.
6. Si une banque réceptrice est tenue d'exécuter une opération un jour où elle n'effectue pas ce type d'opérations, elle doit l'exécuter le jour suivant où elle exécute ce type d'opérations.
7. Pour l'application du présent article, les agences ou établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

Article 12

Révocation.

1. Un ordre de paiement ne peut pas être révoqué par l'expéditeur, sauf si l'ordre de révocation est reçu par une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire à un moment et selon des modalités tels qu'elle soit raisonnablement en mesure d'y donner suite avant le moment effectif de l'exécution ou le commencement du jour
-

où l'ordre de paiement aurait dû être exécuté en application de l'Alinéa a) ou b) de l'Article 11-1, si ce moment est postérieur.

2. Un ordre de paiement ne peut pas être révoqué par l'expéditeur, sauf si l'ordre de révocation est reçu par la banque du bénéficiaire à un moment et selon des modalités tels qu'elle soit raisonnablement en mesure d'y donner suite avant le moment où le virement est achevé ou le commencement du jour où les fonds doivent être placés à la disposition du bénéficiaire, si ce moment est postérieur.
 3. Nonobstant les dispositions des Paragraphes 1 et 2, l'expéditeur et la banque réceptrice peuvent convenir que les ordres de paiement adressés par l'expéditeur à la banque réceptrice sont irrévocables ou qu'un ordre de révocation ne prend effet que s'il est reçu avant le moment défini au paragraphe 1 ou au paragraphe 2.
 4. Tout ordre de révocation doit être authentifié.
 5. Une banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire qui exécute un ordre de paiement pour lequel un ordre de révocation valable a été reçu ou est ultérieurement reçu, ou la banque du bénéficiaire qui accepte un tel ordre, ne peut prétendre au règlement de cet ordre de paiement. Si le virement est achevé, la banque doit rembourser tout paiement qu'elle a reçu.
 6. Si le destinataire d'un remboursement n'est pas le donneur d'ordre du virement, il transmet le remboursement à l'expéditeur précédent.
 7. Une banque qui est tenue de rembourser l'expéditeur de l'ordre de paiement qu'elle a reçu est libérée de cette obligation dans la mesure où elle effectue le remboursement directement à un expéditeur précédent. Toute banque venant après cet expéditeur précédent est libérée dans la même mesure.
 8. Un donneur d'ordre qui a droit à un remboursement en application du présent article peut le recouvrer auprès de toute banque tenue à remboursement en application du présent article dans la mesure où cette banque n'a pas déjà effectué le remboursement. Une banque qui est tenue d'effectuer un remboursement est libérée de cette obligation dans la mesure où elle rembourse directement le donneur d'ordre. Toute autre banque ainsi obligée est libérée dans la même mesure.
-

9. Les Paragraphes 7 et 8 ne s'appliqueront pas à une banque si leur application devait porter atteinte aux droits ou obligations que lui confère tout accord ou toute règle d'un système de transfert de fonds.
10. Si le virement est achevé mais qu'une banque réceptrice exécute un ordre de paiement pour lequel elle a reçu ou reçoit par la suite un ordre de révocation valable, elle peut se prévaloir des mêmes droits de recouvrer auprès du bénéficiaire le montant du virement que ceux qui peuvent être prévus par la loi dans les cas où un virement n'est pas achevé.
11. Le décès, l'insolvabilité, la faillite ou l'incapacité de l'expéditeur ou du donneur d'ordre n'emporte pas révocation de l'ordre de paiement ni ne met fin au pouvoir de l'expéditeur.
12. Les principes énoncés dans le présent article s'appliquent à la modification d'un ordre de paiement.
13. Pour l'application du présent article, les agences et établissements distincts d'une banque, même s'ils sont situés dans le même Etat, sont considérés comme des banques distinctes.

Chapitre III

Conséquences des incidents, erreurs ou retards dans les virements.

Article 13

Assistance.

Tant que le virement n'est pas achevé, chaque banque réceptrice s'efforce d'aider le donneur d'ordre et, chaque banque expéditrice suivante, de faire aboutir les procédures bancaires de virement et de solliciter à cette fin le concours de la banque réceptrice suivante.

Article 14

Remboursement.

1. Si le virement n'est pas achevé, la banque du donneur d'ordre est tenue de lui restituer tout paiement reçu de lui, accru des intérêts courant à compter du jour du
-

paiement jusqu'au jour du remboursement. La banque du donneur d'ordre, et chaque banque réceptrice suivante, a droit au remboursement de toutes sommes qu'elle a versées à la banque réceptrice suivante, accrues des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour du remboursement.

2. Les dispositions du Paragraphe 1 ne peuvent pas être modifiées conventionnellement, sauf dans les cas où la banque du donneur d'ordre, par mesure de prudence, n'aurait pas, sans cela, accepté un ordre de paiement donné, en raison du risque important présenté par le virement.
 3. Une banque réceptrice n'est pas tenue au remboursement visé au Paragraphe 1 si elle n'est pas en mesure de se faire rembourser parce qu'une banque intermédiaire qu'elle avait reçu pour instruction d'utiliser pour effectuer le virement se trouve en cessation de paiements ou que la loi interdit à la banque intermédiaire d'effectuer le remboursement. Une banque réceptrice n'est considérée avoir reçu pour instruction d'utiliser la banque intermédiaire que si elle prouve qu'elle ne sollicite pas systématiquement de telles instructions dans les cas similaires. L'expéditeur qui a le premier spécifié que cette banque intermédiaire devait être utilisée a le droit de réclamer le remboursement à la banque intermédiaire.
 4. Une banque qui est tenue de rembourser l'expéditeur de l'ordre de paiement qu'elle a reçu est libérée de cette obligation dans la mesure où elle effectue le remboursement directement à un précédent expéditeur. Toute banque venant après cet expéditeur précédent est libérée dans la même mesure.
 5. Un donneur d'ordre qui a droit à un remboursement en application du présent article peut le recouvrer auprès de toute banque tenue à remboursement en application du présent article dans la mesure où cette banque n'a pas déjà effectué le remboursement. Une banque qui est tenue d'effectuer un remboursement est libérée de cette obligation dans la mesure où elle rembourse directement le donneur d'ordre. Toute autre banque ainsi obligée est libérée dans la même mesure.
-

6. Les Paragraphes 4 et 5 ne s'appliqueront pas à une banque si leur application devait porter atteinte aux droits ou obligations que lui confère tout accord ou toute règle d'un système de transfert de fonds.

Article 15

Rectification d'un paiement insuffisant.

Lorsque le montant de l'ordre de paiement exécuté par une banque réceptrice est, pour une raison autre que les frais prélevés par celle-ci, inférieur à celui de l'ordre de paiement qu'elle a accepté, la banque est tenue d'émettre un ordre de paiement couvrant la différence.

Article 16

Restitution d'un trop-perçu.

Lorsque le virement est achevé mais que le montant de l'ordre de paiement exécuté par une banque réceptrice est supérieur au montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté, la banque peut se prévaloir des mêmes droits de recouvrer la différence auprès du bénéficiaire que ceux qui peuvent être prévus par la loi dans les cas où un virement n'est pas achevé.

Article 17

Responsabilité et versement d'intérêts.

1. Une banque réceptrice qui ne s'acquitte pas de ses obligations en vertu de l'Article 8-2 est responsable envers le bénéficiaire, si le virement est achevé. Elle est tenue de verser des intérêts sur le montant de l'ordre de paiement pour la durée du retard qui lui est imputable. Si le retard ne concerne qu'une partie du montant de l'ordre de paiement, elle est tenue de verser des intérêts sur cette partie seulement.
 2. L'obligation de la banque réceptrice visée au paragraphe 1 peut être acquittée par paiement à la banque réceptrice suivante ou par paiement direct au bénéficiaire. Si la banque réceptrice qui reçoit ce paiement n'est pas le bénéficiaire, elle transmet
-

les intérêts à la banque réceptrice suivante, ou, au bénéficiaire, si elle est la banque du bénéficiaire.

3. Dans la mesure où il a versé au bénéficiaire des intérêts du fait d'un retard dans l'achèvement du virement, le donneur d'ordre peut recouvrer les intérêts que le bénéficiaire était en droit de recevoir en vertu des Paragraphes 1 et 2 mais qu'il n'a pas reçus. La banque du donneur d'ordre et chaque banque réceptrice suivante qui n'est pas la banque tenue de verser des intérêts en vue du Paragraphe 1 peut recouvrer les intérêts versés à son expéditeur auprès de sa banque réceptrice ou de la banque qui est tenue de verser des intérêts en vertu du Paragraphe 1.
 4. Une banque réceptrice qui ne donne pas avis, comme elle est tenue de le faire conformément aux Paragraphes 4 ou 5 de l'Article 8, doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement qu'elle a reçu de ce dernier en application de l'article 5-6, pour la période pendant laquelle elle retient le paiement.
 5. La banque du bénéficiaire qui ne donne pas avis, comme elle est tenue de le faire conformément aux Paragraphes 2, 3 ou 4 de l'Article 10, doit des intérêts à l'expéditeur sur tout paiement qu'elle a reçu de ce dernier en application de l'Article 5-6, à compter du jour du paiement jusqu'au jour où elle donne l'avis requis.
 6. La banque du bénéficiaire est responsable envers le bénéficiaire, dans la mesure prévue par la loi régissant la relation entre eux, de l'inexécution de l'une des obligations énoncées aux Paragraphes 1 ou 5 de l'Article 10.
 7. Les dispositions du présent article peuvent être modifiées par convention en vue d'aggraver ou de limiter la responsabilité d'une banque envers une autre banque. Lorsqu'elle a pour objet de limiter la responsabilité, une telle convention peut être prévue par une banque dans ses conditions générales. Une banque peut accepter d'aggraver sa responsabilité mais ne peut la limiter envers un donneur d'ordre ou un bénéficiaire autre qu'une banque. En particulier, elle ne peut limiter sa responsabilité par une convention fixant le taux d'intérêt.
-

Article 18

Exclusivité des recours.

Les recours prévus par l'Article 17 sont exclusifs, et aucun autre recours n'est ouvert en cas de non-respect de l'article 8 ou de l'article 10, à l'exception de tout recours pouvant exister lorsqu'une banque a mal exécuté, ou n'a pas exécuté, un ordre de paiement soit a) avec l'intention délibérée de causer un préjudice, soit b) téméairement et sachant pertinemment qu'un préjudice pourrait en résulter.

Chapitre IV

Achèvement du virement.

Article 19

Achèvement du virement.

1. Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement en faveur de celui-ci. A l'achèvement du virement, la banque du bénéficiaire lui est redevable du montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté. L'achèvement est sans autres effets sur la relation entre le bénéficiaire et la banque du bénéficiaire.
2. Le virement est achevé même si le montant de l'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire est inférieur au montant de l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre du fait qu'une ou plusieurs banques réceptrices ont prélevé des frais. L'achèvement du virement ne porte atteinte à aucun des droits que pourrait avoir le bénéficiaire, en vertu de la loi applicable régissant l'obligation sous-jacente, de recouvrer le montant de ces frais auprès du donneur d'ordre.

La Commission suggère le texte suivant à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter:

Si le virement avait pour objet l'acquittement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire pouvant être effectué par virement au compte indiqué par le donneur d'ordre, l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement et dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme

équivalente en espèces.

Conflit de lois.

La Commission suggère le texte suivant à l'intention des Etats qui pourraient souhaiter l'adopter:

1. Les droits et obligations découlant d'un ordre de paiement sont régis par la loi choisie par les parties. Faute d'accord entre les parties, la loi de l'Etat de la banque réceptrice s'applique.
 2. La seconde phrase du paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur la détermination de la loi qui régira le pouvoir de l'expéditeur effectif de lier l'expéditeur apparent.
 3. Pour l'application du présent article:
 - a) Lorsqu'un Etat se compose de plusieurs unités territoriales ayant des règles de droit différentes, chaque unité territoriale est considérée comme un Etat distinct;
 - b) Les agences et établissements distincts d'une banque situés dans des Etats différents sont considérés comme des banques distinctes.
-

Bibliographie

I

Ouvrages généraux et spéciaux, articles, cours.

- H. Batiffol et P. Lagarde, « Le droit international privé », 7^{ème} Edition, LGDJ, Paris, 1983, Tome II.
 - Bergstein E., « Les aspects juridiques des transferts de fonds internationaux effectués par les moyens électroniques », (Article en langue française et anglaise), Revue de droit des affaires internationales, 1987, n° 7, p. 649.
 - T. Bonneau, « Droit bancaire », 5^{ème} Ed., LGDJ, Montchrestien, Paris, 2003.
 - Boukrami, « Les mécanismes monétaires et financiers », Alger, 1986.
 - Cabrillac, « Le chèque et le virement », 5^{ème} Ed., Litec, Paris, 1980,
 - 17^{ème} Congrès National des Huissiers de Justice sur les moyens et techniques de paiement, Dijon, 25, 26 et 27 Septembre 1986, Economica, 1986.
 - M. Delierneux, « Les instruments du paiement international », RDAI, p. 991 et s.
 - Gavalda et Stoufflet, « Droit bancaire », 6^{ème} Ed., Litec, Paris, 1967.
 - Geva L., « Paiements transfrontaliers, évolution de la banque de correspondant », Banque, Janvier 1994, p. 70 et s.
 - Grua, « Les contrats de base de la pratique bancaire », Ed. Litec, 2000.
 - Hamel, « Banques et opérations de banque », 7^{ème} Ed., Tome II, LGDJ, 1983.
 - Loussouarn et Bredin, « Droit du commerce international », Ed. Sirey, Paris, 1969.
 - D. P. Monod, « Moyens et techniques de paiement internationaux », Eska, 2002.
 - Thunis, « La responsabilité dans les réseaux de services à valeur ajoutée : le cas des transferts électroniques de fonds », Droit de l'informatique et des telecoms, 1990, n° 2, p. 26.
 - Vasseur, « Les transferts électroniques de fonds », Recueil des cours de l'Académie de droit international », 1993, II.
 - Vasseur, « Droit et économie bancaires », Les cours de droit, 1982-1983, 3^{ème} Ed., Fascicule III.
 - Wahl, « Traité des titres au porteur », T. I, Paris, 1976.
-

II

Ouvrages collectifs.

- « La télématique, aspects techniques, juridiques et socio-politiques », deux tomes, Editeur Story Scientia, Gand, 1984.
- Comité consultatif pour le Conseil National du Crédit, Rapport 1992-1993, Chap. 5, « Les paiements transfrontaliers ».

III

Les systèmes de paiement et la compensation.

- Système de paiement dans onze pays développés, Banque de France, Banque des règlements internationaux, Avril 1989.
- Les systèmes de paiement des Etats membres de la Communauté Européenne, Rapport Padoa – Schioppa, connu sous l'appellation de « livre bleu », Comité des gouverneurs des banques centrales des Etats membres de la Communauté Européenne, Septembre 1992.

IV

Documents émanant du Secrétariat de la CNUDCI.

1. Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds, Nations-Unies, 1987.
 2. Notes et rapports du Secrétaire général, publiés par l'annuaire de la CNUDCI, Années 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, parus en Juillet 1993.
Rapports du groupe de travail publiés par l'annuaire A/CN.9/297, 20 Novembre 1987.
 3. Rapports de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session (New York 4-22 Mai 1991), Assemblée générale, documents officiels, quarante-septième session, supplément 17 (A/47/17).
-

V

Mémoires et thèses de doctorat.

- S. M. Aliouat, « Contrats bancaires internationaux et loi applicable », Mémoire de droit bancaire et financier international, Magister, Oran 2010.
- F. Belkheir, « Les chèques et virements bancaires et leur utilisation comme moyens de transferts internationaux de fonds en droit Algérien », Mémoire de droit bancaire, Magister 2003.
- Delcan, « Essai juridique sur la notion de domiciliation en banque des créances par émission d'avis de prélèvement », D.E.S en droit, Montpellier, 1979.
- Feschotte, « De l'extension de la notion de risque au paiement des chèques », Thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1923.
- Ch. Martin, « Histoire du virement », Thèse pour le doctorat en droit, Lyon, 1932.

VI

Différents codes.

- Code Bancaire Algérien, Ed. Houma, Alger, 2007.
 - Code Civil Algérien, Ed. 2009-2010, revue et corrigée, Berti Editions, Alger 2009.
 - Code de Commerce Algérien, Ed. 2009-2010, revue et corrigée, Berti Editions, Alger 2009.
 - Code Monétaire et Financier Français, Ed. Litec, Paris, 2006.
-

Tables des Matières.

| | pages |
|---|-------|
| Introduction Générale. | 1 |
| Chapitre Préliminaire - Historique des virements en banque. | 7 |
| Section I - Notions générales sur l'évolution des virements en banque. | 7 |
| Section II - Précurseurs de l'antiquité. | 9 |
| I - Babylone. | 9 |
| II - La Grèce | 10 |
| II - Rome. | 15 |
| 1 - La transcriptio a persona in personam. | 19 |
| 2 - La transcriptio a re in personam. | 22 |
| Section III - Le Moyen Âge. | 23 |
| I - Les foires au Moyen Âge. | 26 |
| II - Les banques Italiennes. | 28 |
| III - La banque d'Amsterdam. | 31 |
| Section IV - Temps modernes. | 32 |
| I - L'Angleterre. | 32 |
| II - Les chambres de compensation en France. | 36 |
| Première Partie - Les aspects informatiques et télématiques et le régime de droit international privé des virements internationaux. | 47 |
| Chapitre Préliminaire - L'influence des techniques de gestion sur le droit des obligations bancaires. | 47 |
| Section I - Influence des techniques de gestion sur les obligations du banquier. | 49 |
| Section II - Influence des techniques de gestion sur le formalisme des actes. | 50 |
| Chapitre I - Les aspects informatiques et télématiques des virements internationaux. | 57 |
| 1 - La télétransmission des ordres. | 57 |
| 2 - Institutions d'échange, de compensation et de règlement. | 58 |
| Section I - SWIFT | 61 |
| Section II - Quelques systèmes interbancaires d'échange, de compensation et de règlement. | 69 |

| | Pages |
|---|-------|
| Paragraphe I - Fedwire et Chips aux Etats-Unis d'Amérique | 69 |
| Paragraphe II - Chaps au Royaume-Uni. | 74 |
| Paragraphe III - Sagittaire en France | 75 |
| Chapitre II - Le régime de droit international privé des virements internationaux. | 82 |
| Section Préliminaire - Droit comparé (France, Algérie). | 82 |
| Paragraphe I - La législation et la réglementation bancaires Françaises | 82 |
| Paragraphe II - Le régime de droit Algérien du virement. | 90 |
| Section I - Conflits de lois. | 95 |
| Section II - Solution | 96 |
| 1 - L'ordre de virement. Rapports entre le donneur d'ordre et son banquier. | 102 |
| 2 - Le virement proprement dit. | 102 |
| Conclusion de la première partie. | 104 |
| Deuxième Partie - La loi-type et le régime juridique des virements internationaux proposés par les Nations-Unies. | 107 |
| Chapitre I - Le champ d'application de la loi-type de la CNUDCI. | 109 |
| Section I - Les opérations concernées par la loi type sont uniquement les virements. | 109 |
| Paragraphe I - Les virements seulement et non les prélèvements. | 109 |
| Paragraphe II - Définition du virement | 111 |
| Paragraphe III - Virements bancaires et assimilés. | 115 |
| Paragraphe IV - Virements électroniques et virements-papier ou à vitesse lente | 117 |
| Paragraphe V - Virements concernant toutes personnes, y compris les consommateurs. | 119 |
| Section II - L'exigence d'internationalité | 120 |
| Paragraphe I - L'exclusion des virements purement nationaux. | 120 |
| Paragraphe II - Le critère d'internationalité | 122 |
| Chapitre II - Les intervenants à l'opération de virement. | 131 |
| Section I - Le donneur d'ordre ou expéditeur. | 131 |
| Paragraphe I - L'ordre de parement. | 131 |
| A - L'ordre de paiement, ordre dépourvu de forme obligatoire. | 132 |

| | Pages |
|--|-------|
| B - L'ordre de paiement, ordre inconditionnel en principe. | 132 |
| C - L'ordre de paiement, ordre irrévocable en principe. | 135 |
| D - La détermination du moment de l'irrévocabilité - La question posée à la suite de la faillite de la Banque Herstatt | 141 |
| E - L'ordre de paiement, ordre modifiable. | 146 |
| Paragraphe II - Les obligations du donneur d'ordre ou expéditeur. | 147 |
| A - Le donneur d'ordre ou expéditeur, lié par l'ordre qu'il a donné | 148 |
| a - Le principe. | 148 |
| b - L'authentification. | 148 |
| c - Le cas de double emploi, erreur, anomalie, envisagé du point de vue des obligations de l'expéditeur. | 155 |
| B - Le donneur d'ordre ou expéditeur, tenu de payer la banque réceptrice - Les différents procédés d'acquittement de sa dette | 159 |
| Section II - Les banques. | 170 |
| Paragraphe I - Les règles applicables à toute banque réceptrice concernant l'acceptation ou le rejet des ordres - Le cas des ordres imparfaits, inexécutables ou difficilement exécutables. | 171 |
| A - Le principe de la nécessité d'une acceptation et de la possibilité d'un rejet. | 172 |
| a - L'interférence de la législation relative au blanchiment des capitaux. | 173 |
| b - L'entrave à l'exécution des virements du fait des législations protectrices des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. | 175 |
| B - Les modalités de l'acceptation par les banques réceptrices | 178 |
| a - Modalités communes à l'acceptation par la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire et à l'acceptation par la banque du bénéficiaire (Art. 7, par. 2, lettres a), b), d), e), et Art. 9, par. 1, lettres a), b), c), h)) | 178 |
| b - Modalité propre d'acceptation concernant la banque réceptrice autre que la banque du bénéficiaire | 180 |
| c - Modalités propres à l'acceptation concernant la banque du bénéficiaire. | 181 |
| C - Le rejet de l'ordre de paiement. | 182 |
| D - Le cas d'ordre imparfait, inexécutable ou difficilement exécutable. | 186 |

| | Pages |
|--|-------|
| E - L'invitation adressée aux banques de prêter leur assistance afin que le virement aboutisse. | 196 |
| Paragraphe II - Les conséquences de l'acceptation de l'ordre de paiement par les banques. | 199 |
| A - Les obligations qui découlent, pour les banques, de leur acceptation de l'ordre de paiement. | 198 |
| a - Les obligations de la banque réceptrice acceptante autre que la banque du bénéficiaire. | 198 |
| b - Les obligations de la banque du bénéficiaire acceptante. | 202 |
| c - Le moment auquel les banques acceptantes doivent remplir les obligations qui découlent de leur acceptation. | 204 |
| B - Les conséquences spécifiques de l'acceptation de l'ordre de paiement par la banque du bénéficiaire du point de vue de l'achèvement du virement | 214 |
| a - La règle de l'Article 19. | 214 |
| b - Les critiques suscitées par l'Article 19. | 216 |
| c - La question de l'acquiescement des obligations. | 220 |
| d - Le maintien regrettable de l'Article 19. | 222 |
| Section III - Le bénéficiaire. | 224 |
| Paragraphe I - La position de principe de la loi type : celle-ci ne régit pas la situation du bénéficiaire. | 224 |
| Paragraphe II - Les entorses apportées à la position de principe. | 226 |
| A - Le cas de trop-perçu. | 234 |
| B - Le cas de paiement insuffisant. | 239 |
| Chapitre III - Conflits de lois et solution | 242 |
| Section I - Des dispositions relatives à la solution des conflits de lois dans la loi type : oui ou non ? | 242 |
| Section II - Quelles dispositions pour résoudre les conflits de lois en matière de virements internationaux ? | 245 |
| Paragraphe I - La loi choisie par les parties. | 246 |
| Paragraphe II - La loi applicable faute d'accord entre les parties. | 247 |

| | Pages |
|--|-------|
| Conclusion de la deuxième partie. | 254 |
| Conclusion Générale. | 255 |
| Annexe - Loi Type de la CNUDCI sur les virements internationaux. | 257 |
| Bibliographie | 275 |
| I - Ouvrages généraux et spéciaux, articles, cours. | 275 |
| II - Ouvrages collectifs. | 276 |
| III - Les systèmes de paiement et la compensation. | 276 |
| IV - Documents émanant du Secrétariat de la CNUDCI. | 276 |
| V - Mémoires et thèses de doctorat. | 277 |
| VI - Différents codes. | 277 |
| Table des Matières. | 278 |

Résumé du mémoire.

1- Le virement est l'opération par laquelle un transfert de fonds (ou de valeurs) est effectué sans déplacement matériel, c'est-à-dire par un simple jeu d'écriture, entre deux comptes : celui de l'importateur et celui de l'exportateur.

Le virement bancaire est d'un usage courant au niveau international. C'est un instrument simple, qui peut être rapide selon le mode de transmission choisi et peu coûteux.

2- Il résulte d'un ordre donné par l'importateur à son banquier de débiter son compte pour créditer celui de l'exportateur. Les modalités de fonctionnement ne présentent aucune difficulté.

L'importateur doit seulement connaître la domiciliation du paiement pour donner les instructions adéquates à son banquier : il doit également aviser l'exportateur en lui adressant le double des instructions données au banquier.

Les délais d'exécution de l'ordre donné par l'importateur sont fonction du mode de transmission choisi. Il appartient à l'exportateur de veiller à confier l'opération à une banque disposant d'un bon réseau international et proposant des conditions fermes et satisfaisantes en termes de rapidité et de coût.

3- la loi type de la CNUDCI traite le virement international par excellence ce qui exclut le virement proprement dit national ; et est international lorsque les deux comptes du donneur d'ordre et le bénéficiaire se trouvent dans deux états différents.

Mots clés :

Virements internationaux ; régime juridique ; transfert des fonds scripturaux ; la loi type de la CNUDCI ; les institutions d'échanges et de règlements.

