

Article

« L'harmonisation du droit dans les transferts de fonds internationaux par télécommunications interbancaires »

Nicole L'Heureux

Les Cahiers de droit, vol. 32, n° 4, 1991, p. 937-970.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043109ar>

DOI: 10.7202/043109ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

L'harmonisation du droit dans les transferts de fonds internationaux par télécommunications interbancaires

Nicole L'HEUREUX*

Les transferts de fonds internationaux par virements bancaires utilisent des réseaux spécialisés de télécommunications. Chacun de ces réseaux a adopté des règles internes de fonctionnement. Mais ces règles sont loin d'être uniformes et d'englober tous les aspects des rapports juridiques entre les parties. Par ailleurs, peu de pays ont légiféré dans ce domaine. Lorsqu'il s'agit de transferts internationaux, les décisions des tribunaux risquent d'être contradictoires. Il en résulte beaucoup d'incertitude juridique. Afin d'harmoniser les règles juridiques dans les transferts de fonds internationaux par virements bancaires, le Comité des Nations Unies pour les contrats commerciaux élabore présentement un projet de loi type. Celui-ci tient compte de l'article 4A du Uniform Commercial Code récemment adopté par plusieurs États américains. Les principaux aspects de ce projet de loi type sont ici soulignés.

International and interbank electronic fund transfers use specialized telecommunications networks. Each network has its own standards for operations. These standards share no common ground for uniformity and are far from covering all aspects of legal relationship between parties. Moreover, few countries have passed legislation covering such transactions. In international transfers, court decisions can be quite contradictory and considerable legal instability results therefrom. To harmonize rules governing international interbank fund transfers, the United Nations Committee on trade contracts is in the process of writing a model draft

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

legislation that takes into account Section 4A of the Uniform Commercial Code that was recently adopted by several American states. The main aspects of this draft are highlighted.

	<i>Pages</i>
1. L'organisation des rapports juridiques dans les transferts interbancaires internationaux de fonds.	941
1.1 Le fonctionnement des principaux réseaux	941
1.1.1 Le réseau SWIFT	941
1.1.2 Le réseau FEDWIRE	944
1.1.3 Le réseau CHIPS	946
1.1.4 Le réseau CHAPS	948
1.2 Les règles internes et l'organisation des rapports juridiques	949
1.2.1 L'insuffisance des règles internes quant aux droits et aux responsabilités des banques participantes	949
1.2.2 L'insuffisance des règles internes quant aux droits des clients envers les banques participantes	951
2. L'harmonisation des règles régissant les transferts internationaux par télécommunications.	952
2.1 Le cadre juridique	953
2.2 Les rapports juridiques entre les participants à l'opération internationale de virement interbancaire	955
2.2.1 La relation entre le donneur d'ordre et les banques expéditrice et réceptrice	956
2.2.1.1 La nature juridique	956
2.2.1.2 L'intensité de l'obligation	957
2.2.1.3 Le montant des dommages	959
2.2.1.4 Le droit de révocation ou de modification	962
2.2.2 La relation entre la banque expéditrice et la banque réceptrice	963
2.2.3 La relation entre le bénéficiaire et la banque expéditrice ou réceptrice	964
2.2.3.1 La détermination du moment du paiement final	965
2.2.3.2 Les frais bancaires	967
Conclusion	968

Avec l'expansion du commerce international, les établissements financiers ont grandement accru le nombre et la valeur de leurs paiements internationaux, qu'ils peuvent effectuer par poste aérienne, par télex¹ et par télécommunications. Les plus récentes nouveautés technologiques (fibres optiques, communications par satellite) impliquent l'usage de l'électronique qui permet le transfert le jour même², à faible coût³ et avec peu d'erreurs. C'est le mode de transfert de fonds le plus efficace et le plus couramment utilisé pour le paiement des contrats commerciaux internationaux.

La méthode de transmission consiste dans un ordre de la banque expéditrice adressé à une banque correspondante qui donne instruction à la banque étrangère de faire le paiement à un bénéficiaire désigné. Dans un transfert international de fonds, les participants sont le donneur d'ordre ou expéditeur, la banque expéditrice, la banque réceptrice et le bénéficiaire dans le pays étranger. Les transferts internationaux de fonds effectués par des moyens électroniques sont en majorité des transferts de crédit exécutés par les banques⁴. Contrairement au chèque, dans un virement de crédit le compte du donneur d'ordre est d'abord débité, comme première étape du processus de transfert.

Le payeur ou donneur d'ordre peut payer pour le transfert au moyen d'un chèque tiré sur le compte qu'il détient à une banque si elle n'est pas la banque expéditrice ou encore en autorisant un débit sur son compte à la banque expéditrice. Le montant transféré peut être en dollars américains ou en monnaie étrangère.

Quand la banque du bénéficiaire (banque réceptrice) reçoit le message, elle peut compléter le paiement au bénéficiaire en lui envoyant : un chèque tiré sur elle-même ; ou la monnaie par poste recommandée ; ou en exigeant que le bénéficiaire réclame les fonds ; ou en créditant le compte du bénéficiaire s'il en a un à cet endroit ; ou encore en expédiant le crédit à la banque où le bénéficiaire a un compte. La situation est plus compliquée lorsque le transfert doit se faire par l'intermédiaire d'une chambre de

-
1. Télex est un réseau public de transmission des messages offert à tous les membres du public par diverses compagnies comme RCA et ITT. Ce n'est pas un réseau affecté exclusivement au traitement des messages de paiement.
 2. Selon Lingl, le transfert par SWIFT prend environ 25 secondes tandis que le télex prend 2 minutes : H.F. LINGL, « Risk Allocation in International Interbank Electronic Fund Transfers : CHIPS & SWIFT », (1981) 3 *Harv. Int'l L.J.* 621.
 3. Dans le passé, les transferts par télécommunications étaient chers. C'est pourquoi on les réservait pour les transferts urgents ou pour des montants importants.
 4. Le terme « banque » comprend un établissement qui exerce des opérations bancaires. Une succursale de banque est considérée comme une entité distincte aux fins des transferts internationaux.

compensation soit dans le pays du donneur d'ordre, soit dans le pays du bénéficiaire⁵. Mais dans un cas comme dans l'autre, les mêmes problèmes juridiques se posent.

Ces dernières années, l'accroissement en valeur et en volume des transferts internationaux a amené les établissements financiers à mettre sur pied des réseaux interbancaires de télétransmission. Ils peuvent ainsi partager la technologie et les services et profiter de lignes à meilleur coût et de normes d'exploitation uniformes.

Deux principaux systèmes de communication interbancaire traitent la majorité des opérations internationales de transfert de fonds : les réseaux SWIFT et CHIPS (pour un montant quotidien de plus de 300 milliards de dollars américains⁶). Même dans le cas du Canada, un message international vers l'Europe est dirigé vers les centres régionaux américains de SWIFT — et les messages européens vers le Canada passent par le réseau SWIFT — et son règlement s'effectue par le réseau CHIPS⁷.

On peut distinguer les réseaux de communication interbancaire, qui ne servent qu'à transmettre les messages de paiement, des réseaux qui, en plus, effectuent la compensation entre les différentes banques. Le réseau SWIFT est de la première catégorie, car il se limite à la transmission des messages de paiement. Il ne correspond pas, sur le plan technique, à un dispositif de transfert de fonds parce qu'il n'est pas lié à un système de comptabilité des établissements concernés et qu'il ne fournit aucun système central de compensation des fonds. Mais il permet la livraison des messages de paiement d'un établissement participant à un autre participant, peu importe l'endroit dans le monde. Le règlement s'effectue alors au moyen de banques correspondantes⁸.

5. Lorsque la banque réceptrice, par l'intermédiaire d'une chambre de compensation, est dans l'obligation de fournir immédiatement un crédit à la partie créditrice (CHAPS et FEDWIRE), l'effet produit est le même que dans le cas où il n'existe que des banques correspondantes. Toutefois, dans le cas où la banque réceptrice n'a aucune obligation de créditer le compte de la partie créditrice jusqu'à ce qu'elle ait reçu la valeur objet du transfert (CHIPS) et que la partie créditée est elle-même une banque qui est dans l'obligation de créditer une autre partie, aucune assurance ne peut être donnée quant à la possibilité de créditer en un temps approchant le temps réel le compte du bénéficiaire. Il y a alors disproportion entre les attentes du client de réaliser un transfert instantané de fonds et la réalité à savoir que l'opération est susceptible de durer plus longtemps. Voir E. BERGSTEN, « Legal Aspects of International Electronic Funds Transfers », (1987) 7 *Revue de droit des affaires internationales* 649, p. 659.

6. Voir H.F. LINGL, *supra*, note 2, p. 621.

7. Voir B. GEVA, « International Funds Transfers — Performance by Wire Payments », (1990) 4 *B.F.L.R.* 111, p. 118.

8. Afin d'effectuer des paiements internationaux, les établissements financiers doivent avoir un accès rapide aux principales monnaies du monde. Comme il est peu pratique de

Pour leur part, les réseaux CHIPS, CHAPS et FEDWIRE appartiennent à la seconde catégorie. Ils permettent la transmission des messages de paiement et effectuent la compensation entre les établissements financiers en jeu.

Dans une première partie, nous exposerons l'organisation des rapports juridiques dans les principaux systèmes : FEDWIRE, CHIPS, CHAPS et SWIFT qui sont tous des réseaux de télécommunications utilisés pour les transferts de fonds de montants importants entre banques. Les deux premiers transfèrent des dollars américains, le troisième sert à transférer la livre sterling tandis que le dernier sert à transmettre des ordres de paiement dans toutes les monnaies convertibles. Cela conduira à mesurer la portée des règles internes et le besoin de préciser les droits et les responsabilités des banques participantes ainsi que ceux des usagers. Une seconde partie permettra d'examiner le cadre juridique et les propositions d'harmonisation relatives aux droits et aux responsabilités des différentes parties.

1. L'organisation des rapports juridiques dans les transferts interbancaires internationaux de fonds

1.1 Le fonctionnement des principaux réseaux

1.1.1 Le réseau SWIFT

Le réseau SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) est uniquement un système de transmission de messages de paiement. Il n'effectue pas la compensation qui doit faire l'objet d'ententes distinctes entre les participants⁹.

maintenir des réserves importantes de monnaie étrangère, les banques maintiennent des comptes en monnaie étrangère dans des banques étrangères. Les établissements financiers font référence à ces comptes comme des *nostros accounts* et des *vostros accounts*. *Nostro account* signifie « notre compte dans un autre établissement ». Un compte *nostro* d'une banque, par exemple, peut indiquer un certain nombre de marks allemands qu'elle maintient en dépôt dans une banque allemande correspondante. Un compte *vostro* d'une banque signifie « votre compte chez nous ». Un compte *vostro* d'une banque peut indiquer le montant de dollars américains que la banque allemande correspondante maintient en dépôt avec la banque. Les grandes banques maintiennent plusieurs de ces relations correspondantes dans le monde, ce qui leur assure des sources de monnaie étrangère. Voir D.I. BAKER et R.E. BRANDEL, *The Law of Electronic Fund Transfer Systems*, 2^e éd., Warren, Gorham & Lamont, 1988, 29.01(1).

9. Les comptes en monnaie étrangère permettent à un établissement financier d'effectuer des paiements dans tous les pays où il a ces comptes. À cette fin, la Bank of America maintient 3 053 correspondants à travers le monde. Le message reçu par la banque de New York peut être traité par ordinateur et transféré directement dans un autre système

SWIFT est un organisme sans but lucratif, établi en 1973, dont le siège social est en Belgique (La Hulpe). C'est une société coopérative de droit belge qui fonctionne dans l'intérêt collectif de ses membres¹⁰. Elle a été formée afin de fournir plusieurs services spécialisés relatifs aux opérations financières interbancaires. Traditionnellement, l'accès au réseau a été réservé aux banques membres. Avec le temps, d'autres établissements que les banques ont été admis à y participer. Le nombre d'établissements financiers dans les différents pays qui utilisent SWIFT s'est accru considérablement. En 1985, 1 257 banques dans 54 pays utilisaient les services de SWIFT¹¹. Avec les créations de la technologie électronique, le système SWIFT a été modifié sensiblement. Les messages qui peuvent faire l'objet d'une transmission par SWIFT concernent essentiellement les transferts de compte à compte¹².

Les établissements financiers membres du réseau SWIFT transmettent leurs messages selon un format normalisé¹³, qui permet le traitement automatisé sur des lignes réservées et selon les normes d'exploitation du réseau. Pour exécuter un transfert au moyen du réseau SWIFT, la banque expéditrice envoie un message à partir de son terminal vers un des centres de traitement du réseau. La principale responsabilité des opérateurs du réseau est d'exécuter le mandat qui leur est confié par l'établissement membre et de livrer avec exactitude le message à transmettre. Une banque expéditrice peut rappeler ou annuler un message jusqu'au moment où la

de paiement. Par exemple, CHIPS fournit une interface avec SWIFT pour faciliter ce type de traitement, voir H.S. SCOTT, « Corporate Wire Transfers and the Uniform New Payments Code », (1983) 83 *Col. L. R.* 1664, p. 1669 ; C. FELSENFELD, *Legal Aspects of Electronic Funds Transfer*, Butterworths, 1988, chap. 3, p. 99.

10. Sont membres les banques et les établissements financiers qui sont admis par le bureau de direction de SWIFT et qui se soumettent à ses conditions.
11. Selon Lingl, en 1981, il y avait 857 membres dans 32 pays différents. Selon Scott, en 1983, il y avait 900 membres dans 39 pays. Pour Baker et Brandel, en 1985, il y avait 1 257 banques dans 54 pays différents.
12. Un membre de SWIFT peut expédier une variété de messages comme les transferts de fonds interbancaires des clients, les confirmations de taux de change, des messages spéciaux de compensation et des messages de recouvrement. Des catégories pour le crédit documentaire et les valeurs mobilières sont envisagées. De plus, le système permet des communications entre les banques et le système ; plusieurs rapports sont ainsi fournis, dont le plus important est le rapport des messages non livrés. Voir H.S. SCOTT, *supra*, note 9, p. 1666. Récemment, un nouveau service nommé ACCORD a été inauguré. Ce système permet de vérifier automatiquement par ordinateur les taux de change et les ententes entre banques. Il dispense de la vérification manuelle : (1991) 98 *Canadian Banker* 20.
13. Un message de SWIFT contient un numéro d'ordre, les numéros de code de l'expéditeur et de la banque réceptrice, le nom et l'adresse du bénéficiaire, le montant du transfert, la date à laquelle la banque réceptrice obtient l'usage des fonds et la date du paiement au bénéficiaire. Voir H.S. SCOTT, *supra*, note 9, p. 1668.

centrale de communication le transmet à la banque réceptrice. Si la banque expéditrice veut arrêter un paiement après que le message a quitté la centrale, elle doit contacter la banque réceptrice par un moyen autre que le réseau SWIFT. La centrale de transmission, après réception du message, le code avant de le diffuser sur des lignes de transmission internationale à des centres de traitement régionaux dans le pays de la banque réceptrice. Chaque message est identifié pour prévenir la perte ou la duplication, puis il est transmis à la banque réceptrice. Après avoir reçu le message à son terminal, la banque réceptrice, ou une troisième banque, crédite ou paie le bénéficiaire à la date stipulée pour le paiement. Le message de paiement est habituellement transmis dans un délai d'une ou de deux minutes après son entrée dans le système¹⁴. Les fonds transmis par SWIFT portent une date de valeur, habituellement deux jours après celle de la transmission, et sont réglés entre les établissements par le truchement de chambres de compensation du pays dont on transfère la monnaie.

Prenons par exemple une entreprise A située à Bruxelles qui effectue un paiement à son fournisseur B à Paris. L'entreprise A donne l'ordre de paiement à sa banque (banque A), membre de SWIFT. Celle-ci dirige le message par son terminal au terminal de SWIFT. Ce dernier envoie le message selon ses normes d'authentification et sa procédure à la banque B. Si la banque A et la banque B sont en relation bancaire directe, le règlement de l'opération se dénouera entre elles par le débit du compte A à la banque B et le crédit au compte du bénéficiaire à la banque B. Par contre, si le bénéficiaire a un compte à la banque C qui n'est pas en relation bancaire avec la banque A, le règlement de l'opération se fera par un réseau et une chambre de compensation dont les banques B et C sont membres¹⁵.

Les principales règles formant le cadre juridique dans lequel le système fonctionne sont contenues dans les *general terms and conditions*, sorte de contrat que la banque adhérente doit signer. Ce contrat contient des règles très précises en différents domaines, comme les droits d'entrée, la rémunération pour les opérations et des règles relatives à l'exonération de responsabilité. Le droit belge est expressément rendu applicable et les

14. Voir *supra*, note 2.

15. Si les banques B et C sont situées en France, il y aura mouvement aux comptes dont elles sont obligatoirement titulaires auprès de la Banque de France. Ce mouvement pourra être déclenché et effectué par le système SAGITTAIRE (Système automatique de gestion intégrée par télétransmission de transactions avec impression de règlements étrangers) et le CCMB (Centre de commutation des messages bancaires). La banque B va adresser à la Banque de France par télétransmission l'ordre de débiter son compte et de créditer le compte de la banque C. Ensuite, la Banque de France avertira la banque C de ce crédit. La banque C portera le crédit au compte de C. Voir B. AMORY et X. THUNIS, *Les transmissions internationales par ordinateur*, Paris, Litec, 1987, chap. 1, p. 71, 110.

litiges doivent obligatoirement être soumis à des arbitres désignés par la Chambre de commerce internationale (CCI)¹⁶. Les participants sont responsables du contenu des messages, de la bonne exécution des règles de forme et de procédure ainsi que de la sécurité des lignes de transmission entre les participants et le centre de traitement régional.

SWIFT est responsable en principe pour l'exécution correcte des messages pour autant que les banques participantes ont respecté les normes du système. Il assume la responsabilité pour les pertes directes jusqu'à 1 milliard de francs belges (20 millions de dollars américains) (montant maximal de leur assurance), sujet à certaines déductions — pour chaque incident ou série d'incidents — résultant de la fraude commise par des employés de SWIFT, et jusqu'à 400 millions de francs belges s'il s'agit plutôt d'erreurs ou d'omissions. Les pertes dépassant ces montants maximaux sont réparties entre les participants qui présentent la réclamation. Quand, en raison du retard, les parties ne reçoivent pas le transfert à temps, SWIFT établit des règles allouant le coût d'intérêt entre SWIFT et les participants à l'opération. SWIFT n'établit pas de règles pour l'indemnité des autres risques.

1.1.2 Le réseau FEDWIRE

Aux États-Unis, il y a deux principaux réseaux de transfert électronique de fonds pour les montants de valeur importante : le transfert de fonds fédéraux par télécommunications FEDWIRE et le système interbancaire par chambre de compensation CHIPS.

Le système FEDWIRE, créé en 1913, est un réseaux de télécommunications qui appartient au Federal Reserve System et est exploité par ce dernier. Il est utilisé pour transmettre des messages de paiement de valeur importante entre les banques et les succursales membres de la Federal Reserve Bank. Il permet d'effectuer le transfert du solde des comptes de réserve entre les banques qui sont membres du Federal Reserve System. Ce réseau est utilisé par les 12 banques de la Federal Reserve. Certaines banques canadiennes, par l'entremise de leurs filiales américaines ou des

16. Parmi les conditions auxquelles les terminaux et leur usage doivent répondre figure l'obligation du membre d'installer des terminaux de remplacement afin qu'ils puissent toujours recevoir les messages urgents, notamment en cas de défaillance du terminal principal. Ainsi, si un message n'est pas reçu par la banque, le destinataire ne pourrait-il pas se plaindre du fait que la banque qui a reçu le message, mais lui a transmis trop tard, a manqué à ses obligations en tant que membre de SWIFT ? Lorsque le plaignant est en relation d'affaires avec la banque, une réponse positive semble vraisemblable. Voir E. WYMEERCH, « Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières », dans *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1985, p. 70.

banques correspondantes, ont accès à FEDWIRE. Il en est ainsi de la Banque du Canada en tant que client de la Federal Reserve Bank de New York. Les transferts de fonds sont effectués par l'intermédiaire d'établissements de dépôt — généralement des banques commerciales — qui disposent de comptes à la Federal Reserve Bank.

FEDWIRE est à la fois un réseau de communication et un réseau de compensation entre les banques de la Federal Reserve. La transmission d'un message a pour effet un débit immédiat du compte de réserve d'une banque et, simultanément, un crédit dans le compte de réserve d'une autre Reserve Bank. L'ordre de paiement est donc livré, reçu et compensé immédiatement, c'est-à-dire payé entre les banques et disponible immédiatement¹⁷. Ainsi, le crédit fait à l'établissement bénéficiaire n'est jamais conditionnel. Il se produit dès la réception du message de transfert par FEDWIRE.

Chaque paiement de FEDWIRE est traité comme un paiement distinct et confidentiel. Il est réglé individuellement au moment où l'avis est expédié. Chaque paiement est un paiement *on us*. Quand deux Reserve Banks sont engagées dans le transfert, un élément technique additionnel intervient : le règlement entre les Federal Reserve Banks.

Les transferts de fonds de FEDWIRE sont des transferts de crédit. Les fonds sont transférés du donneur d'ordre au bénéficiaire : l'établissement émetteur donne ses instructions à la Reserve Bank en vue de débiter son compte et de transférer les fonds à l'établissement bénéficiaire. La Reserve Bank débite alors le compte du donneur d'ordre, crédite celui du bénéficiaire dans ses livres et avise le bénéficiaire du paiement. Ces instructions et avis sont communiqués au moyen du téléphone, du terminal d'ordinateur ou encore d'ordinateur à ordinateur.

Les transferts de FEDWIRE sont régis par le sous-paragraphe B du *Regulation J*¹⁸ publié par le conseil d'administration du Federal Reserve System. Une telle réglementation a valeur de loi fédérale. En vertu de ce règlement, FEDWIRE est responsable pour tout dommage, y compris les dommages indirects causés par son défaut d'exercer une prudence ordinaire ou d'agir de bonne foi¹⁹. FEDWIRE est responsable seulement envers l'expéditeur pour avoir mal traité un message de paiement. Aucune mention n'est faite de la responsabilité des autres parties.

17. Le paiement de FEDWIRE prend effet, c'est-à-dire qu'il y a paiement final, lorsque la Reserve Bank du bénéficiaire avise celui-ci par courrier ou par téléphone (sec. 210.36).

18. 12 Consolidated Federal Regulations 210.

19. 12 Consolidated Federal Regulations 210.38.

De plus, chaque Reserve Bank publie une circulaire sur ses activités relatives au fonds de FEDWIRE qui a valeur de contrat avec son déposant. D'autres accords au sujet de moyens de télécommunication ainsi que des accords pour une procédure de retrait d'urgence sont également conclus.

Puisque FEDWIRE est régi par des règlements fédéraux, les parties ne peuvent par contrat déroger aux dispositions du *Regulation J* ni modifier les règles de FEDWIRE.

1.1.3 Le réseau CHIPS

Le réseau CHIPS (Clearing House Interbank Payments System) est un système de communication et de compensation²⁰. Il traite les transferts internationaux de fonds libellés en dollars américains²¹ qui proviennent de banques situées en dehors des États-Unis mais qui sont exécutés par des banques établies aux États-Unis. Ce système est géré par l'Association des chambres de compensation de New York. Il appartient à 12 banques de New York qui ont établi le New York Clearing House.

Les membres²² peuvent envoyer leurs messages aux autres membres au moyen de la centrale de CHIPS située à New York et qui est reliée à leurs propres terminaux d'ordinateurs.

Pour illustrer un transfert de CHIPS, prenons l'exemple que donne Lingl²³. Une banque suisse veut transférer 1 million de dollars américains de son compte à la banque A de New York à un compte d'une banque japonaise tenu par la banque B de New York. La banque suisse envoie un message à la banque A. Cette instruction peut être transmise par le réseau SWIFT. La banque A active son terminal de CHIPS et entre l'information de transfert qui parvient à l'ordinateur central de CHIPS. L'ordinateur inscrit et retient le message puis l'envoie pour approbation par l'administrateur responsable du compte de la banque A. Si le message est approuvé, la formule est insérée dans le terminal et remise dans le système : le message lie alors la banque A. Par contre, s'il n'est pas approuvé, il est éliminé du système.

Un paiement en dollars américains vers le Canada provenant d'une banque étrangère est susceptible d'être acheminé à New York et de passer

20. Ses activités ont débuté en 1970.

21. Il traite environ 90 p. 100 de tous les transferts interbancaires internationaux en dollars américains.

22. Pour devenir membre, une banque doit avoir un bureau à New York et être soumise à la réglementation fédérale ou à celle de New York (Clearing House). L'article 4 du *Uniform Commercial Code* donne aux *Clearing House Rules* la force d'un accord.

23. H.F. LINGL, *supra*, note 2, p. 628.

par le réseau CHIPS. Le donneur d'ordre envoie le message par SWIFT à son correspondant à New York qui débite son compte et envoie le message par l'ordinateur central de CHIPS au correspondant à New York de la banque canadienne de destination qui agit comme banque participante réceptrice. Les participants de CHIPS font la compensation à la Federal Reserve Bank de New York. La banque participante réceptrice envoie par SWIFT un message de paiement à son correspondant, la banque canadienne de destination, qui crédite le compte du bénéficiaire²⁴.

Les banques qui adhèrent à CHIPS se divisent en deux classes, soit les membres participants à la compensation (22 banques)²⁵ et les membres non participants à la compensation (les autres banques). Ces dernières établissent leur position nette par l'intermédiaire des premières. (Ici, on note que le système est semblable au système de compensation interbancaire au Canada et au système CHAPS au Royaume-Uni.) Les banques participantes assument la responsabilité ultime pour la compensation de tous les transferts dans le système.

Selon les règles de CHIPS, les ordres de transfert intervenant entre les participants au cours d'une journée sont définitifs et ne peuvent être révoqués par le donneur d'ordre, mais ces paiements ne sont définitivement réglés qu'à la fin de la journée. La chambre de compensation enregistre la valeur des ordres de paiement délivrés et reçus par les participants pendant la journée. À la fin de la journée, elle calcule les montants nets dus par chacun des participants. Ces montants peuvent être calculés tout d'abord pour chaque transaction bilatérale effectuée par l'intermédiaire de la chambre, les différents soldes nets étant ensuite regroupés pour obtenir un montant net-net. Chaque banque participante connaît alors sa position nette. Elle est tenue de transférer immédiatement un montant suffisant sur un compte spécial de règlement pour couvrir son découvert. Le transfert se fait par le réseau FEDWIRE dans un compte bloqué (*escrow type*) à la Federal Reserve Bank de New York. Une fois ce processus achevé, les transferts de CHIPS sont finalement réglés.

Le système comporte des risques du fait qu'un certain nombre de banques encourent des obligations de paiement à la fois envers FEDWIRE et CHIPS qui peuvent excéder ou constituer une partie importante de leur capital. Ces obligations substantielles entraînent la possibilité qu'une ban-

24. Voir B. GEVA, *supra*, note 7, p. 130.

25. Un membre participant à la compensation est défini comme « a) participant which settles for its own account and which may also settle for any other participant's account » (règle 1(d)).

que soit incapable d'effectuer le règlement à temps pour tous les messages de paiement qu'elle a envoyés dans la journée²⁶.

Les règles de CHIPS sont promulguées et modifiées par un Comité des 12 banques membres de la Chambre de compensation. Elles disposent que chaque participant peut envoyer un message de paiement par le réseau CHIPS à d'autres banques participantes. Une fois émis dans le réseau, le message de paiement constitue une obligation inconditionnelle de ce participant d'en faire le paiement²⁷. Et l'expéditeur ne peut donner un contordre pour le révoquer. En plus de la présentation des règles détaillées de la compensation interbancaire, les règles abordent certains problèmes pouvant survenir comme résultant d'une fraude ou d'une erreur. Toute perte due à un transfert frauduleux est supportée par l'entité d'où provient la fraude.

Cependant, les règles ne déterminent pas en général les obligations des participants. Elles traitent surtout des risques et des responsabilités du système CHIPS lui-même. Toute perte de fonds causée par une erreur du système — erreur commise par la chambre de compensation — doit être réglée par les parties en cause, sans aucune responsabilité de la part de CHIPS. Les erreurs autres que celles du système, comme les paiements faits à la mauvaise banque, sont traitées selon les règles du Council on International Banking qui précise la compensation pour la perte d'intérêts mais ne prévoit rien pour la perte du capital. Toute responsabilité supérieure à 25 millions de dollars américains par incident (montant maximal de son assurance du réseau) doit être répartie entre tous les participants au prorata de leur usage moyen quotidien²⁸. En dehors des règles de CHIPS, le droit commun s'applique à ces paiements.

1.1.4 Le réseau CHAPS²⁹

La Chambre de compensation de Londres a inauguré en 1984 le réseau CHAPS (Clearing House Automated Payments System)³⁰. Ce système

26. Si un participant est incapable de régler sa position au débit net, les montants des paiements qu'il a effectués et reçus sont effacés du règlement et un nouveau règlement est calculé. Ces paiements effacés le sont à titre définitif et devront faire l'objet d'un règlement en dehors de la structure de CHIPS. Il existe également une disposition des règles de CHIPS qui permet à la chambre de compensation de révoquer tout paiement. Dans un tel cas, aucun des paiements ne serait liquidé.

27. CHIPS, *Rule 2*.

28. Voir H.S. SCOTT, *supra*, note 9.

29. Voir B. GEVA, « Chaps Transfer of Funds », (1988) *Lloyds's Mar. & Com. L.Q.* 477.

30. Ce système est organisé d'une manière similaire à CHIPS qui a 12 banques participantes et environ 300 autres banques ayant un compte auprès des banques participantes qu'elles utilisent comme agent de compensation. CHAPS a été conçu pour être compatible avec SWIFT.

électronique offre la compensation le jour même d'ordres de paiement libellés en livres sterling. Le nombre de banques membres est limité à 13, en plus de la Bank of England, ce qui permet une plus grande sécurité. Les banques participantes garantissent le paiement qu'elles émettent dans le système, ce qui assure une disponibilité immédiate des fonds. Cet aspect peut devenir très important en cas d'insolvabilité d'une banque.

Selon une procédure similaire à celle du réseau CHIPS, la conciliation et la compensation ont lieu peu de temps après la fermeture des bureaux. Les écritures de compensation sont inscrites dans les comptes de règlements que chaque membre maintient à la banque centrale, la Bank of England.

Ce bref tour d'horizon des principaux systèmes de transferts interbancaires a permis de constater que les règles internes des différents systèmes sont limitées à ce qui est nécessaire pour leur bon fonctionnement. Elles ne visent pas la détermination des responsabilités des banques participantes entre elles ni les droits de leurs clients respectifs.

1.2 Les règles internes et l'organisation des rapports juridiques

Divers aspects des virements électroniques internationaux effectués par les réseaux et leurs effets juridiques sont imprécis, ce qui entraîne de l'incertitude quant au droit applicable. Les règles internes des réseaux portent sur les rapports du réseau avec les banques participantes mais non sur ceux des différentes parties entre elles.

1.2.1 L'insuffisance des règles internes quant aux droits et aux responsabilités des banques participantes

Chaque système est libre d'établir ses propres normes. Dans chacun, des assurances prévoient le paiement de montants maximaux par incident, avec ou sans déduction. L'excédent doit être assumé par les participants selon une grille de répartition qui varie d'un système à un autre. Comme nous l'avons mentionné plus haut, CHIPS n'attribue aucune responsabilité au système lui-même. Dans le cas d'incidents, les pertes sont réparties sur l'ensemble des participants au prorata des messages reçus³¹. SWIFT, par contre, assume une certaine responsabilité pour la fraude et la négligence de son personnel, par exemple le défaut d'aviser les membres de la défaillance du centre d'exploitation ou d'un centre de traitement régional. Toutefois, sa responsabilité est limitée à un montant maximal. Les deux systèmes répartissent donc les risques selon des normes substantiellement

31. Voir H.F. LINGL, *supra*, note 3, p. 634.

différentes, en partie parce qu'ils utilisent divers modes de règlement et sont organisés différemment. Ces normes sont également incomplètes.

Les obligations de chacun des participants ne sont pas établies avec précision et les critères de responsabilité sont incertains. Lorsque les réseaux de transferts électroniques ne fonctionnent pas comme prévu, les banques participantes peuvent subir la perte des montants transférés, des intérêts ou des fluctuations dans les taux de change. Ces pertes peuvent résulter du retard dans la transmission des messages de paiement ou de l'introduction de renseignements erronés³². Dans un cas, la banque réceptrice ayant mandat de créditer le compte du bénéficiaire s'était contentée de créditer les fonds au compte dont le numéro était mentionné sans vérifier si ce numéro correspondait à l'identité des bénéficiaires indiquée dans l'ordre. Le tribunal considéra que la banque réceptrice avait le devoir de s'assurer que le numéro de compte correspondait à l'identité du bénéficiaire désigné et qu'elle avait été négligente³³. L'incapacité d'un participant de régler ses opérations quotidiennes peut également entraîner des pertes. Des intérêts ont aussi été perdus par le défaut des banques réceptrices ou des banques expéditrices d'adhérer aux règles et à la formule coopérative du réseau. Lingl cite le cas du traitement double d'un transfert de paie de 1 million de dollars américains. Le payeur, voyant ainsi son compte débité deux fois d'un million, a dû déployer des efforts considérables pour renverser l'erreur³⁴.

Beaucoup de questions demeurent toutefois sans réponse, comme la détermination du moment où l'on doit considérer que l'expéditeur a payé la banque réceptrice. Par ailleurs, on peut se demander ce qui se passe si une banque expéditrice fait défaut de procéder au règlement d'un ordre qu'elle a expédié et pour lequel la banque réceptrice ne peut obtenir de son client le recouvrement des fonds qu'elle lui a avancés³⁵. Dispose-t-elle d'une créance contre le donneur d'ordre, contre la banque émettrice ou contre les deux ? La réponse à cette question dépend-elle de savoir si le compte du donneur d'ordre a été débité par la banque expéditrice ? Quels sont les moyens de défense pouvant être invoqués par le donneur d'ordre et sa banque ? Quels sont les droits des banques intermédiaires et de la banque réceptrice de refuser un ordre de transfert ? Quelles sont les obligations de

32. *Securities Fund Services Inc. v. American Bank & Trust Co. of Chicago*, 542 F. Supp. 323 (N.D. Ill., 1982).

33. *Central Coordinates Inc. v. Morgan Guaranty Trust Co.*, 494 N.Y.S. (2d) 602 (N.Y. Sup. Ct. 1985).

34. Voir H.F. LINGL, *supra*, note 2, p. 622 à la note 3.

35. Voir *Royal Products Ltd. v. Midland Bank Ltd. and Bank of Vallitta Ltd.*, (1981) 2 *Lloyd's Law Report* 194 (Q.B.).

la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire en cas de problèmes liés à l'exécution d'un virement ?

Les règles internes ne traitent pas de ces aspects et les tribunaux ne donnent pas de réponses claires à ces problèmes³⁶. Il faut pourtant qu'ils soient précisés.

1.2.2 L'insuffisance des règles internes quant aux droits des clients envers les banques participantes

Les règles internes adoptées par les grands réseaux de transferts internationaux pour leur fonctionnement n'ont pas pour but de régir les rapports juridiques entre les donneurs d'ordre ou les bénéficiaires et leurs banques respectives mais plutôt les droits et obligations du système envers les banques participantes. Les rapports juridiques entre les donneurs d'ordre ou les bénéficiaires et leurs banques sont régis par des contrats distincts. Généralement ces contrats sont implicites³⁷. Et même s'ils sont exprès, ils demeurent souvent muets sur la répartition des risques entre les parties³⁸.

Beaucoup de questions importantes sur les obligations des différentes parties se posent : par exemple, la nature juridique du rapport entre le donneur d'ordre et les banques expéditrice et réceptrice, celle de savoir si l'obligation de la banque expéditrice est une obligation de résultat ou une obligation de moyen ; le droit du donneur d'ordre de révoquer un transfert ; la détermination des droits du donneur d'ordre dont l'ordre est modifié en cours de transfert : contre qui peut-il exercer un recours ? contre sa propre banque ou contre les banques intermédiaires ? Lorsque le compte du bénéficiaire est crédité plus tard que prévu, le donneur d'ordre est susceptible de subir une perte ou il peut être empêché de conclure une transaction. De qui peut-il exiger réparation et pour quel montant ? Quelles sont les obligations de la banque du bénéficiaire envers le bénéficiaire ? La question de la détermination des droits du bénéficiaire par rapport aux diverses banques intermédiaires est sans réponse. Il en est de même de la détermination du moment du paiement final, de l'extinction de la dette sous-jacente et des effets de la soustraction de frais bancaires en cours de transfert.

36. Voir *infra*, partie 2 ; T.A. BECKETT et K.S. DIGHE, « Wholesale Wire Transfers under Draft 4A of the Uniform Commercial Code », (1987) 1 *B.F.L.R.* 373 ; E.T. PATRIKIS, « Developments in the Large-Dollar Electronic Payments in the United States », (1987) 7 *Revue de droit des affaires internationales* 639 ; F.H. MILLER et R.G. BALLEEN, « Commercial Paper, Bank Deposits and Collection », (1986) 41 *Bus. Law.* 1412 ; H.S. SCOTT, *supra*, note 9 ; H.F. LINGL, *supra*, note 2.

37. Voir N. L'HEUREUX, *Le droit bancaire*, Sherbrooke, R.D.U.S., 1988, n° 1.5, p. 30.

38. Voir H.S. SCOTT, *supra*, note 9, p. 1674.

Les tribunaux ont eu à se prononcer sur quelques-unes de ces questions. Mais les décisions rendues n'apportent pas de solutions uniformes et laissent persister l'incertitude. L'utilisateur des réseaux de transferts internationaux, tout comme les banques participantes, doit connaître les risques qu'il aura à supporter ainsi que ses droits et ses recours. C'est pourquoi l'élaboration d'un corps de règles juridiques qui les définiraient s'impose avec une certaine urgence pour assurer la sécurité juridique, la cohérence et le bon fonctionnement du système.

2. L'harmonisation des règles régissant les transferts internationaux par télécommunications

Un transfert à caractère international implique l'application du droit ou des pratiques bancaires d'un ou de plusieurs pays étrangers qui ne sont pas uniformes et qui parfois sont inhabituelles pour un juriste d'un autre pays³⁹.

Or, même dans le droit interne des différents pays, il n'existe pas actuellement de règles régissant les virements de crédit. C'est le cas pour le Canada. Aux États-Unis, les virements commerciaux n'étaient pas réglementés comme tels, ni au fédéral ni dans les États, jusqu'en 1989. Malgré le volume important de crédit transféré, les virements commerciaux par télécommunications tombaient en dehors de toutes les lois qui régissaient les paiements. Comment cela s'expliquait-il ? Selon Scott, les contestations entre banques étaient résolues par des *gentlemen's agreements*, entre membres du club sélect des banques engagées dans ces transferts⁴⁰. Toutefois, avec l'accroissement du volume des virements internationaux et du nombre de banques participantes, un tel régime ne pouvait perdurer.

La technologie touchant les transferts internationaux s'est transformée rapidement ces dernières années et a permis d'améliorer les activités des systèmes de transfert par télécommunications. À cet égard, on doit noter l'existence d'un important forum de standardisation des moyens techniques au sujet des transferts internationaux de fonds par les moyens électroniques, le Banking Committee of International Organization for Standardization⁴¹. Le travail de cet organisme se concentre sur les normes

39. Bergsten cite la remarque d'un juge anglais au sujet d'un transfert, effectué pour le compte d'un client, à partir d'une banque norvégienne et destiné à une banque italienne par l'intermédiaire d'une banque correspondante italienne qui a créé selon lui « une situation conforme au droit bancaire et à la pratique bancaire italienne qui, aux yeux d'une banque ou d'un juriste anglais, comporte des caractéristiques inhabituelles et frappantes » : E.E. BERGSTEN, *supra*, note 5, p. 655.

40. H.S. SCOTT, *supra*, note 9, p. 1678.

41. ISO TC 68.

techniques. Les termes ont été précisés et les normes uniformisées, ce qui élimine ainsi certaines difficultés techniques.

Par ailleurs, pour résoudre les litiges relatifs aux virements internationaux, les tribunaux n'ont généralement pas dégagé les principes gouvernant ces opérations et ont appliqué des solutions qui n'ont pas toujours été cohérentes⁴². Cela n'a pas permis de dissiper l'incertitude quant aux droits et aux responsabilités des participants.

Après avoir examiné le cadre juridique qui régit les transferts internationaux et les perspectives d'unification et d'harmonisation, nous analyserons, dans les rapports entre les parties, les solutions qui sont proposées.

2.1 Le cadre juridique

Au Canada, il n'existe pas de loi sur les transferts électroniques de fonds commerciaux ni sur les virements de crédit des consommateurs. L'Association canadienne des paiements a établi certaines normes que les participants doivent respecter pour soumettre ces messages de paiement à la compensation interbancaire⁴³. Les messages de transferts internationaux sont acheminés par l'entremise des réseaux SWIFT ou CHIPS ou par l'entremise de banques membres de ces réseaux⁴⁴.

Jusqu'en 1989, aux États-Unis, le *Uniform Commercial Code* ne définissait pas les droits et les obligations des parties dans un transfert électronique⁴⁵ ni ceux des banques participantes entre elles et le réseau. Certains aspects seulement des rapports entre les parties étaient régis par l'article 4 du *Uniform Commercial Code*, qui n'a en vue que le transfert d'un effet de commerce. Une réglementation fédérale s'applique toutefois à certains transferts internes par télécommunications⁴⁶.

En 1988, aux États-Unis, le National Conference of Commissioners of Uniform State Laws et l'American Law Institute ont alors préparé un rapport relativement à l'adoption d'un cadre juridique pour régir les transferts commerciaux effectués par l'électronique et pour modifier les articles 3 et 4 du *Uniform Commercial Code*. Plusieurs raisons justifiaient la rédaction de normes uniformes pour régir les droits et les obligations des participants dans un système de transfert de fonds. La principale était de

42. Voir *supra*, note 36.

43. Voir N. L'HEUREUX, *supra*, note 37, p. 12.

44. Voir B. GEVA, *supra*, note 7.

45. *Houston Contracting Co. v. Chase Manhattan Bank*, 539 F. Supp. 247 (1982).

46. Dont le réseau de télécommunications FEDWIRE (Federal Reserve Communication System).

dissiper l'incertitude quant à la responsabilité des participants et de fournir un cadre juridique pour les transferts interbancaires par télécommunications de montants importants (*wholesale wire transfers*) aux États-Unis avec FEDWIRE et CHIPS, mais aussi les transferts internationaux. L'article 4A adopté en août 1989 par les organismes qui l'ont parrainé a été soumis peu de temps après à chacun des États américains pour adoption. Il a déjà été adopté par un certain nombre d'entre eux, dont l'État de New York où est implanté le système CHIPS. Il régit en outre les activités du réseau de transfert de fonds de la réserve fédérale FEDWIRE.

L'article 4A ne s'applique qu'à des virements de crédit, non à des transferts de débit, nationaux ou internationaux, pourvu qu'ils soient effectués par une entité exerçant une activité bancaire⁴⁷. Il doit cependant s'agir de transferts électroniques commerciaux, non de transferts électroniques (TEF) des consommateurs auxquels l'*Electronic Funds Transfer Act* (EFTA)⁴⁸ s'applique. Mais il régit les TEF des consommateurs lorsque le transfert de fonds est effectué par un réseau qui transfère des fonds tenus dans les Federal Reserve Banks ou dans un autre établissement de dépôt, réseau qui n'est pas principalement destiné à transférer des fonds des consommateurs, par exemple par FEDWIRE, CHIPS ou SWIFT⁴⁹. De plus, l'article 4A aborde beaucoup d'aspects non régis par l'EFTA.

L'intérêt principal de l'article 4A réside dans le fait que c'est le seul texte législatif existant qui donne une structure juridique de base aux virements de crédit. En particulier, l'article 4A reconnaît aux règles énoncées par les différents réseaux relativement aux droits et aux responsabilités des participants la valeur d'accords qui lient les banques participantes. Le fait pour une banque d'adhérer à l'association qui exploite un tel réseau est considéré comme une acceptation de ses règles. De plus, ces accords sont reconnus avoir leur plein effet, même s'ils contreviennent aux dispositions de l'article 4A et s'ils peuvent indirectement influencer sur les droits de tiers (art. 4A-501(a)(b)).

Par ailleurs, l'accroissement considérable du volume des transferts interbancaires internationaux et leur complexité, le désavantage de ne pas avoir une législation uniforme ont eu pour effet d'encourager l'établis-

47. L'article 4A-105(2) énumère ensuite plusieurs types d'établissements englobés dans cette définition. Une agence ou un bureau d'une banque est une banque distincte au sens de cet article. Voir T.A. BECKETT et K.S. DIGHE, *supra*, note 36, p. 374 ; C. FELSENFELD, « An Evaluation of Proposed Article 4A: Comment on Professor Geva's Paper », (1988) 14 *C.B.L.R.* 235, p. 238.

48. *Electronic Funds Transfer Act*, 15 U.S.C. 1693 et s.

49. Cette limitation est incorporée dans le *Regulation E* (12 Consolidated Federal Regulations 205.3 (b) (1985)). Ainsi, les paiements par FEDWIRE, CHIPS et SWIFT sont entièrement exclus de l'EFTA.

sement de normes internationales. L'organisme le mieux placé pour le réaliser était sans doute la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), établie en 1966 par l'Assemblée des Nations Unies afin de contribuer à l'harmonisation et à l'uniformisation des lois sur le commerce international par la préparation de conventions, de lois modèles et la production de normes uniformes pour faciliter le développement équitable du commerce. La CNUDCI compte déjà plusieurs réalisations dans ce domaine. Pour n'en mentionner que quelques-unes : la *Convention sur la vente internationale de marchandise*, la *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer* et le projet de *Convention sur les lettres de change internationale et les billets à ordre internationaux* dont le projet a été déposé en 1986 (CNUDCI, Doc. A/CN.0/XIX/CRP. 10 juillet 1986).

Une tâche particulière a été confiée à la CNUDCI, soit de rédiger des principes pour le transfert électronique de fonds. Un projet de guide a été préparé et présenté en 1985 aux différents pays participants pour avis (A/CN.9/278, 9 avril 1986). En 1986, la Commission a autorisé son secrétariat à publier le *Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds*. Même si ce guide n'a pas été officiellement adopté, la majorité des pays qui l'ont examiné ont considéré qu'il s'agissait d'un outil précieux. Il a donc servi de base pour assurer l'uniformité dans les systèmes de TEF à travers le monde.

Par la suite, la CNUDCI a décidé de s'engager dans la mise au point de règles modèles sur les TEF. Le Groupe de travail des paiements internationaux a entrepris cette tâche en 1987. En 1988, le projet de règles types a pris le nom de *Projet de loi type sur les virements internationaux* (A/CN.9/318). Le dernier rapport⁵⁰ présente ceci de nouveau qu'on y trouve des références aux dispositions pertinentes de l'article 4A du *Uniform Commercial Code* aux fins de comparaison. Le Groupe de travail admet lui-même que l'article 4A lui a souvent servi d'inspiration. Cela permet de comprendre la grande convergence de ces normes et l'effet d'uniformisation et d'harmonisation réalisé par le projet de loi type de la CNUDCI qui ressortiront mieux dans l'examen des rapports juridiques entre les divers participants à l'opération de virement que nous entreprenons.

2.2 Les rapports juridiques entre les participants à l'opération internationale de virement interbancaire

Que le virement de fonds soit effectué par l'entremise d'un réseau de communication comme SWIFT ou d'autres réseaux de communication et

50. A/CN.9/WG.1V/WP.49 du 8 octobre 1990.

de compensation comme CHIPS ou FEDWIRE, les problèmes qui se posent pour l'expéditeur et pour le bénéficiaire sont du même ordre : erreurs entraînant des délais et des pertes d'intérêts ; dépréciation de la monnaie étrangère ou impossibilité d'accomplir une opération importante ; transferts prématurés (avant la date d'autorisation) ; paiements à la mauvaise personne ou au mauvais compte ou même défaut d'effectuer complètement un paiement ; ou encore empêchement d'un paiement par force majeure ou à cause de l'effondrement du réseau. Enfin, il y a toujours le risque de fraude, comme nous l'avons mentionné dans la première partie.

Le projet de loi type de la CNUDCI et l'article 4A du *Uniform Commercial Code* proposent des solutions à ces problèmes dont nous voulons vérifier la pertinence dans l'examen des relations entre les diverses parties : client-banques expéditrice et réceptrice, banque expéditrice-banque réceptrice et bénéficiaire-banques.

2.2.1 La relation entre le donneur d'ordre et les banques expéditrice et réceptrice

2.2.1.1 La nature juridique

Après avoir hésité longtemps sur la qualification juridique du rapport donneur d'ordre-banque expéditrice, les tribunaux américains en sont arrivés à une certaine unanimité depuis le milieu des années 1970⁵¹. Ils qualifient généralement de mandat la relation juridique entre le donneur d'ordre et la banque expéditrice dans l'opération de virement⁵². Le donneur d'ordre est le mandant et la banque expéditrice son mandataire. Comme mandant, le donneur d'ordre doit agir de bonne foi et exercer un soin raisonnable selon les circonstances.

Le projet de la CNUDCI précise cet aspect. Il reconnaît la qualification de mandat au lien juridique entre le donneur d'ordre et son client. Il en est de même pour l'article 4A du *Uniform Commercial Code*.

51. D'autres formes de relations juridiques ont été proposées comme la notion de *trust* ou de *simple contract debt*. Voir D. DESJARDINS, « Le banquier et les ventes internationales », (1982) *Meredith Memorial Lectures* 131, p. 134, note 20 ; D.I. BAKER et R.E. BRANDEL, *supra*, note 8, 29.03 (2)(a).

52. Que ce soit en droit civil au Québec ou en common law : voir D. DESJARDINS, *supra*, note 51, p. 138, note 19. Aux États-Unis, voir *Securities Fund Services Inc. v. American National Bank and Trust Co. of Chicago*, 542 F. Supp. 323 (1982) ; et l'affaire *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 673 F(2d) 951 (1982).

2.2.1.2 L'intensité de l'obligation

Pour ce qui est de l'intensité de l'obligation de la banque, on s'est interrogé à savoir s'il s'agissait d'une obligation de résultat ou de moyen. Selon les règles du mandat, la banque expéditrice est responsable des fautes qu'elle commet dans l'exécution du transfert. Cette responsabilité s'étend-elle à toute erreur ou à toute faute survenue au cours de l'opération par une banque intermédiaire ?

Si la banque expéditrice est un mandataire, la banque réceptrice pourra être le mandataire du donneur d'ordre ou le sous-mandataire de la banque expéditrice. Toutefois, les règles des différents réseaux peuvent modifier l'obligation des banques participantes. La banque expéditrice peut être ou non responsable pour la négligence de la banque réceptrice. Dans le cas d'ententes de transferts individuels, il peut y avoir une stipulation exonératoire pour les actes de la banque réceptrice ou des autres sous-mandataires. Les conditions de certaines ententes de transferts par télécommunications peuvent indiquer que la banque expéditrice est responsable seulement pour sa propre conduite, soit l'acte de transmettre l'ordre à ses correspondants. Les tribunaux ont sanctionné ces clauses. Cependant, même en l'absence de clauses exonératoires, certains tribunaux permettent à la banque expéditrice d'échapper à sa responsabilité si elle a choisi un mandataire responsable et acceptable.

La banque du donneur d'ordre sera responsable si la banque intermédiaire n'a pas agi conformément aux normes d'exécution. Les tribunaux américains ont tenu la banque expéditrice responsable pour le défaut de son correspondant de suivre ses instructions, pour défaut d'effectuer le crédit, et la banque expéditrice a été tenue responsable malgré l'impossibilité alléguée d'exécuter⁵³.

Le projet de loi type de la CNUDCI (art. 12, par. 2) en fait une obligation de résultat. La banque expéditrice est responsable pour la bonne exécution du virement. Elle répond envers le donneur d'ordre du préjudice résultant de la non-exécution ou de l'exécution incorrecte des instructions de virement, quel que soit l'endroit où s'est produit le défaut. Le seul fait de ne pas exécuter le transfert conformément aux instructions données par le donneur d'ordre fait présumer sa faute. Pour échapper à cette responsabilité, la banque doit démontrer qu'une des conditions exonératoires mentionnées à l'article 13⁵⁴ est applicable (cas fortuit et force majeure). Si

53. Voir D.I. BAKER et R.E. BRANDEL, *supra*, note 8, 29.03(2)(a).

54. La banque réceptrice et toute banque envers laquelle elle est directement ou indirectement obligée en vertu de l'article 12 sont exonérées de leur responsabilité en cas de défaut d'exécution de l'une quelconque de leurs obligations si elles prouvent que cette

le préjudice dont la banque du donneur d'ordre est responsable a été causé par des faits qui se sont produits dans une banque agissant ultérieurement dans la chaîne du virement, la banque du donneur d'ordre peut être dédommagée par la banque réceptrice et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'une banque puisse démontrer que l'ordre de paiement reçu par la banque du bénéficiaire était conforme à l'ordre qu'elle avait reçu.

Dans le cas d'erreurs ou de modifications de l'ordre de paiement, la banque expéditrice assume le risque que les modalités de l'ordre de paiement reçu par la banque réceptrice ne correspondent pas à ce qu'elle entendait envoyer. La différence peut provenir du fait que le contenu de l'ordre a été modifié après l'envoi. Si une procédure de détection des erreurs a été convenue avec la banque réceptrice, l'expéditeur n'est pas responsable dans le cas où cette procédure aura permis de détecter l'erreur.

Ce système de responsabilité est basé sur l'idée que la banque expéditrice fournit un service au donneur d'ordre et qu'elle a établi des relations de correspondance avec d'autres banques. C'est un régime de responsabilité bien connu pour d'autres types d'activités économiques, par exemple le transport international de marchandises où il n'est pas rare que le transport soit effectué par plusieurs transporteurs différents.

Dans certaines conventions sur le transport international de marchandises, l'action peut être intentée soit contre le transporteur qui a conclu le contrat initial, soit contre le transporteur chez lequel le dommage s'est produit. La procédure envisagée, similaire à celle qui est prévue dans ces conventions, simplifierait les problèmes de procédure du donneur d'ordre, car celui-ci n'aurait pas à se retourner contre une banque d'un pays étranger avec laquelle il n'aurait pas de relations d'affaires. Elle permettrait à la banque du donneur d'ordre de se retourner contre la banque avec laquelle elle aurait normalement des relations d'affaires continues.

Dans certaines circonstances, il arrive que la banque réceptrice qui n'est pas la banque du donneur d'ordre recevant un transfert par télécommunications fasse défaut d'accomplir l'opération correctement. Elle peut créditer les fonds à un compte erroné⁵⁵ ou faire défaut d'exécuter l'ordre de

inexécution est due à une décision de justice ou à une interruption de moyens de communication ou une panne matérielle, à la suspension des paiements par une autre banque, à la guerre, à une situation d'urgence ou à toute autre circonstance si l'on ne pouvait attendre de ces banques qu'elles puissent raisonnablement les prendre en considération au moment du virement ou si lesdites banques prouvent qu'elles ne pouvaient raisonnablement prévenir un tel fait, le surmonter ou encore en prévenir ou en surmonter les conséquences.

55. *Central Coordinates Inc. v. Morgan Guaranty Trust Co.*, *supra*, note 33.

transmission reçu⁵⁶. Plusieurs théories peuvent être avancées par le donneur d'ordre pour tenir la banque réceptrice responsable des dommages subis en raison du fait qu'elle n'a pas traité le transfert correctement. Le recours peut se fonder sur la faute, la négligence ou l'inexécution de la part du mandataire de son devoir envers son mandant.

Selon le projet de loi type, le donneur d'ordre devrait avoir le droit de tenir directement responsable une banque intermédiaire pour le préjudice subi car, dans certains cas, il pourrait ne pas lui être possible de recouvrer les fonds auprès de sa banque. Une des règles les plus importantes du projet de loi type est que si le virement n'est pas exécuté conformément à l'ordre de paiement lancé par le donneur d'ordre, celui-ci est habilité à obtenir remboursement de tous les fonds qu'il aura versés à la banque réceptrice (art. 11(a)). Les dispositions des articles 4A-402(c)(d)(e) du *Uniform Commercial Code* sont équivalentes.

2.2.1.3 Le montant des dommages

Relativement au montant des dommages-intérêts que le donneur d'ordre peut recouvrer pour perte résultant du retard ou du défaut d'exécuter le transfert, les tribunaux américains font une distinction de common law à savoir s'il s'agit d'un contrat exécutoire que le donneur d'ordre peut rescinder pour défaut d'exécution ou une réclamation pour dommages. Dans le premier cas, le donneur d'ordre peut recevoir le montant en dépôt à sa banque ainsi que les intérêts. Ainsi, c'est la banque qui supporte le risque de dépréciation de la monnaie étrangère. Par ailleurs, si le donneur d'ordre poursuit pour dommages, il peut recouvrer la valeur de la monnaie étrangère créditée au moment de l'inexécution. C'est lui qui subit le risque de dévaluation de la monnaie étrangère. La raison de cette règle est que la dépréciation en valeur de la monnaie étrangère quand elle est comparée à la monnaie d'un autre pays peut ne pas influencer sur l'usage prévu par le donneur d'ordre dans le pays étranger⁵⁷.

En plus du recouvrement du montant du paiement, le donneur d'ordre peut tenter de réclamer pour les préjudices indirects résultant de l'impossibilité d'accomplir un paiement. Les tribunaux américains ont fait une distinction entre les dommages directs subis comme résultat de la conduite de la banque expéditrice et les dommages indirects, c'est-à-dire la perte de profits en raison de l'impossibilité de conclure l'opération correctement.

56. *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, *supra*, note 52 ; *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex 341, 156 Eng. Rep. 145 (1984).

57. Voir D.I. BAKER et R.E. BRANDEL, *supra*, note 8, 29.03(2)(a).

En 1982, dans l'affaire *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*⁵⁸, une banque correspondante suisse dans une opération de transfert par télex n'a pas été tenue responsable envers le transférant pour dommages indirects résultant du défaut de la banque de faire un transfert. Dans ce cas, le télex de la banque destinataire n'avait plus de papier de sorte que celle-ci n'a jamais traité l'ordre de transfert. Ayant été incapable d'exercer une option d'achat, le donneur d'ordre réclamait des dommages de 2 millions de dollars américains subis par la perte du bateau sur lequel il avait une option. En première instance, le tribunal qui analysait les obligations de la banque en vertu de l'article 4 du *Uniform Commercial Code* a décidé que la banque correspondante dans l'opération, la banque suisse, était un mandataire de l'expéditeur et lui devait un même devoir de soin que la banque expéditrice. Plus particulièrement, la banque suisse lui devait le devoir de maintenir un système fiable pour recevoir et disposer de messages par télex. Le fait qu'il n'y avait pas de lien contractuel entre l'expéditeur et la banque suisse n'a pas été retenu. De plus, le tribunal a rejeté les assertions de la banque suisse selon lesquelles le risque et la responsabilité qui en résultait dans ce cas n'étaient pas raisonnablement prévisibles et a refusé de limiter tant l'étendue du devoir de la banque suisse que le montant des dommages indirects qui ont résulté de la non-exécution de ce devoir.

Cette décision a été renversée par le tribunal d'appel (*circuit court*) qui a refusé de tenir la banque suisse responsable pour les dommages indirects au motif que la banque ne pouvait savoir l'importance de la date de paiement ou des autres aspects particuliers de l'entente entre le demandeur et son créancier. En outre, le tribunal a avancé la doctrine de conséquences évitables, en ce que l'expéditeur avait attendu jusqu'au dernier moment pour envoyer l'ordre de paiement même s'il connaissait les conséquences du défaut de respecter l'échéance. De plus, il avait fait défaut de mitiger les dommages après avoir appris que le paiement n'avait pas été reçu par son créancier. Mais la Cour d'appel n'a pas dit que la banque suisse n'était pas responsable pour les dommages directs résultant de son défaut de traiter correctement le transfert. Elle n'a pas non plus rejeté la notion de mandat que le juge de première instance avait dégagée entre l'expéditeur et la banque suisse ou la responsabilité potentielle pour négligence. Les décisions postérieures ont reconnu cette distinction et ont précisé qu'une banque réceptrice pouvait être tenue responsable pour le montant des fonds perdus en raison d'un traitement incorrect du transfert.

Dans une autre décision⁵⁹, il s'agissait d'un message envoyé par FEDWIRE au défendeur de créditer Barclays Bank International pour

58. *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, *supra*, note 52.

59. *Central Coordinates Inc. v. Morgan Guaranty Trust Co.*, *supra*, note 33.

crédit ultime au compte d'un client de Barclays. Le paiement était destiné à conserver une option permettant d'acquérir certains titres. Quoique le défendeur ait reçu le message FEDWIRE et crédité le compte de Barclays, il n'a jamais donné instruction à Barclays de créditer le compte de son client jusqu'à ce qu'une enquête ait été demandée pour savoir ce qu'il était advenu des fonds. Avec le résultat que l'option a été perdue, entraînant des dommages de 458 500 dollars. On s'est demandé si le *Uniform Commercial Code* s'appliquait. Mais qu'il s'applique ou non, le demandeur ne pouvait réclamer des dommages indirects parce que le demandeur n'avait pas divulgué les conséquences potentielles du retard.

Certaines décisions ont reconnu au donneur d'ordre le droit de recouvrer des dommages-intérêts seulement pour les pertes que la banque avait raison de prévoir⁶⁰. Puisque la banque n'a pas habituellement connaissance de la cause sous-jacente d'un transfert, elle n'a pas de raison de prévoir le dommage. Mais dans les cas où la banque expéditrice a des raisons de connaître les faits et de prévoir le dommage, la banque peut être responsable pour de tels dommages indirects. Il peut être possible de poursuivre la banque expéditrice pour faute ou négligence dans l'exécution de l'opération de transfert.

Dans *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co.*⁶¹, la plainte portait sur une allégation de négligence de la banque dans l'exécution d'un ordre de transfert au nom de son client vers une banque en Allemagne après que cette dernière eut déclaré faillite. Le tribunal de New York décida en faveur de la banque Manufacturers Hanover soutenant que celle-ci n'avait pas eu suffisamment de temps pour agir, n'ayant reçu du client l'information relative à la faillite de la banque allemande que peu après l'ordre de transfert. Le tribunal trouva également que Delbrueck, le client de la banque allemande, avait lui-même commis une faute. Ayant appris l'information peu avant la faillite, il avait envoyé un télex à Manufacturers pour annuler un autre transfert prévu pour le jour suivant mais n'avait pas fait de référence au transfert en question. Delbrueck a été reconnu négligent de façon contributive.

Le projet de loi de la CNUDCI est tout à fait conforme à la jurisprudence américaine quant à l'ampleur de la réparation du préjudice. Il n'admet que le recouvrement des dommages directs (art. 12, par. 5). Les seuls dommages reconnus sont les pertes d'intérêts, les dépenses requises pour l'établissement d'un nouvel ordre de paiement, ainsi que les dépenses raisonnablement engagées au titre de la représentation en justice. Lorsqu'un virement n'est pas exécuté de la manière voulue, le donneur d'ordre

60. *Hadley v. Baxendale*, *supra*, note 56.

61. *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, 609 F (2d) 1047.

a le droit de recouvrer la somme principale virée, quel que soit le motif de la défaillance (art. 11, al. b). Il a été décidé que la banque dont la responsabilité est engagée ne sera pas responsable des préjudices indirects, à moins que le demandeur ne prouve que la banque a causé le préjudice par un acte délibéré ou imprudent (art. 12).

Cette règle est également en accord avec l'article 4A-305 du *Uniform Commercial Code* qui dispose que, dans le cas d'une exécution tardive, la banque du donneur d'ordre est tenue de payer des intérêts soit au donneur d'ordre, soit au bénéficiaire. Pour les autres cas d'exécution incorrecte ou de non-exécution, la banque est responsable envers le donneur d'ordre des dépenses qu'il a engagées au moment du virement et des dépenses accessoires et pertes d'intérêts résultant de l'exécution incorrecte. Les autres dommages, y compris les dommages indirects, sont réparables uniquement dans la mesure prévue par un accord écrit exprès. L'article 4A les accorde dans deux cas seulement : quand, en vertu de l'article 307(3), la banque expéditrice a agi sans égard aux droits du client ; et quand, en vertu de l'article 307(1), la banque de destination a refusé, après demande du bénéficiaire, de payer les fonds dus au bénéficiaire.

2.2.1.4 Le droit de révocation ou de modification

Puisque les virements internationaux sont presque toujours expédiés par des moyens de télécommunication en direct et traités par ordinateur, l'expéditeur aura bien peu de chances de révoquer l'ordre de paiement avant que l'ordre soit exécuté par la banque réceptrice. Ni le système SWIFT ni le système CHIPS ne permettent la révocation d'un ordre de paiement entré dans le réseau. Malgré cela, le projet de la CNUDCI reconnaît le droit de l'expéditeur de révoquer un ordre de paiement (art. 10). Il doit le faire à la banque réceptrice qui n'est pas la banque du bénéficiaire. La révocation est efficace si elle est reçue suffisamment à temps avant l'exécution de l'ordre pour permettre à la banque réceptrice d'y donner suite. Si l'ordre de révocation est reçu par la banque réceptrice trop tard pour prendre effet, celle-ci révoque, aussi rapidement que les circonstances le permettent, l'ordre de paiement qu'elle a adressé à sa propre banque réceptrice. Toutefois, le projet de loi type prévoit que l'expéditeur et la banque réceptrice peuvent convenir que l'ordre sera irrévocable ou qu'un ordre de révocation ne prendra effet que s'il est reçu avant un délai déterminé.

Par ailleurs, le décès, la faillite ou l'incapacité de l'expéditeur ou du donneur d'ordre n'influent pas sur la validité juridique d'un ordre de paiement lancé avant qu'ils interviennent.

Ces dispositions sont conformes à l'article 4A-211 du *Uniform Commercial Code* qui reconnaît le droit de l'expéditeur d'annuler ou de modifier un ordre de paiement tant que celui-ci n'a pas été accepté par la banque bénéficiaire.

2.2.2 La relation entre la banque expéditrice et la banque réceptrice

Jusqu'ici des ententes privées individuelles entre la banque expéditrice et ses correspondants étrangers, ou dans le cas des réseaux SWIFT et CHIPS, les règles et les normes d'exploitation du réseau, déterminent la responsabilité des banques participant à un transfert.

Le système SWIFT a codifié les normes de diligence que chaque établissement doit avoir respecté avant de pouvoir se disculper de sa responsabilité. Le réseau détermine qui sera responsable pour les intérêts perdus dans diverses circonstances qui auront causé un délai ou la perte d'un message⁶².

62. Les règles de SWIFT attribuent les responsabilités de la façon suivante :

- 1) La banque expéditrice est responsable si :
 - SWIFT ne confirme pas le message ;
 - elle reçoit une confirmation, mais que le message apparaît sur le rapport des messages non livrés ;
 - elle a entré un message urgent, mais n'a pas reçu de SWIFT notification de livraison ;
 - elle a entré un message dans un format inapproprié ;
 - elle a fait défaut de réagir promptement à un avis de SWIFT parce qu'une banque, un centre de traitement régional, ou centre d'exploitation, ne fonctionnait pas ; ou
 - le message contient une mauvaise adresse ou une fausse adresse dans l'en-tête ou dans le texte.
 - 2) La banque réceptrice est responsable si :
 - elle a fait défaut d'exécuter les instructions de paiement à la date indiquée dans le message ;
 - elle a fait défaut de réagir promptement à des messages du système ;
 - elle a fait défaut de concilier adéquatement, selon les numéros de séquence, les messages qui arrivent ;
 - elle a fait défaut d'adhérer à la politique de connexion de terminaux de SWIFT ; ou
 - elle a fait défaut de suivre la pratique bancaire normale, par exemple, elle n'a pas fait de recherche rapidement quand un message ne se conformait pas aux normes de SWIFT et contenait une adresse de SWIFT non listée.
- SWIFT est responsable si :
- il confirme la réception d'un message à l'expéditeur, mais fait défaut de mettre le message sur la liste des messages non livrés et fait défaut de délivrer le message ;
 - lui ou son personnel fait défaut d'exécuter le message ;
 - il fait défaut d'aviser rapidement les membres des défaillances du système.
- Voir D.I. BAKER et R.E. BRANDEL, *supra*, note 8, 29.03(2)(b).

Quant au système CHIPS, il n'assume pas de responsabilité pour les erreurs causées par le système, sauf si la source est la fraude, comme nous l'avons indiqué dans la première partie. Ses règles ne déterminent pas les obligations des participants.

Le projet de loi type de la CNUDCI énonce dans son article 12 le principe de la responsabilité des diverses banques qui interviennent dans le transfert. Il fait supporter la perte à la banque où s'est produit l'incident. La banque du donneur d'ordre et chaque banque intermédiaire qui acceptent un ordre de paiement répondent envers le donneur d'ordre des préjudices résultant de la non-exécution ou d'une exécution incorrecte du virement au vu des instructions figurant sur l'ordre de paiement. Une banque intermédiaire n'est pas responsable si l'ordre de paiement reçu par la banque du bénéficiaire est conforme à l'ordre de paiement reçu par ladite banque intermédiaire et si cette dernière exécute l'ordre de paiement qu'elle a reçu dans le délai prescrit. Quant à la banque du bénéficiaire, elle est responsable envers le bénéficiaire et envers le donneur d'ordre de l'exécution incorrecte ou de la non-exécution d'un ordre de paiement.

L'article 4A-305 du *Uniform Commercial Code* est sensiblement au même effet. Il dispose qu'une banque réceptrice doit répondre d'une exécution incorrecte ou tardive ou de la non-exécution d'un ordre de paiement.

2.2.3 La relation entre le bénéficiaire et la banque expéditrice ou réceptrice

Si la relation juridique entre le donneur d'ordre et la banque expéditrice est qualifiée de mandat, nous devons conclure que le bénéficiaire est un tiers à la relation contractuelle du virement. En cas de non-exécution du transfert ou de retard, son seul recours est de nature délictuelle⁶³.

Diverses théories ont été avancées en droit américain pour qualifier la situation juridique du bénéficiaire. Selon certains, le bénéficiaire deviendrait créancier des banques émettrice et correspondante dès que l'ordre est donné. En vertu d'une autre théorie, le bénéficiaire devient un créancier de la banque réceptrice quand le contrat exécutoire entre la banque expé-

63. D. DESJARDINS, *supra*, note 51, p. 139.

ditrice et l'acheteur est exécuté⁶⁴. Selon d'autres, il y aurait stipulation pour autrui⁶⁵.

La majorité des tribunaux n'accordent pas de droits au bénéficiaire, du moins tant que la banque réceptrice n'a pas fait d'entrées au crédit dans le compte du bénéficiaire. À cette question se greffe celle de la détermination du moment du paiement et des montants que le bénéficiaire peut réclamer de la banque réceptrice qui n'aurait pas exécuté un transfert à temps.

2.2.3.1 La détermination du moment du paiement final

Les tribunaux américains ont eu beaucoup de difficultés à déterminer avec cohérence le moment précis du paiement. C'est un moment qu'il importe de préciser pour déterminer les droits et les responsabilités durant le processus de transfert et lorsqu'il s'agit d'établir les droits du bénéficiaire contre la banque responsable d'un retard ou d'une non-exécution. Il est également important de le préciser lorsque le moment du paiement sert de référence pour déterminer si les fonds ont atteint le destinataire dans le délai spécifié au contrat⁶⁶.

Diverses solutions ont été avancées par les tribunaux. Ainsi, on pourrait prendre en considération :

- le moment où la banque réceptrice reçoit l'instruction par télécommunication⁶⁷ ;
- le moment où la banque réceptrice décide de débiter le compte de la banque expéditrice et de créditer le compte du bénéficiaire ;
- le moment où la banque réceptrice a terminé seulement les écritures pour créditer le compte du bénéficiaire⁶⁸ ;

64. Le contrat devient exécuté au moment de l'établissement du crédit à la banque réceptrice en faveur du bénéficiaire. Si l'opération est vue comme un transfert de créance, la banque expéditrice et possiblement la banque réceptrice peuvent être responsables envers le bénéficiaire quand le bénéficiaire ou la banque réceptrice comme mandataire du bénéficiaire est avisé du fait de la cession. Voir D.I. BAKER et R.E. BRANDEL, *supra*, note 8, 29.03(2)(c).

65. Selon une théorie, le bénéficiaire est un tiers bénéficiaire dans une transaction à quatre parties. La banque expéditrice, pour considération valable, promet au donneur d'ordre qu'elle va créer un crédit pour le bénéfice du bénéficiaire. En vertu de cette théorie, le promettant (banque expéditrice), ou ses agents (banque réceptrice), devient directement endetté envers le bénéficiaire.

66. Cela est également important pour déterminer le moment où le montant du transfert fait partie du patrimoine du bénéficiaire.

67. *Buffalo Insulation Distrib. v. Marine Midland Bank*, (N.Y. Sup. Ct.) 11 avril 1972, voir H.F. LINGL, *supra*, note 2, p. 651 à la note 161.

68. *Tinax S.S. Co. v. The Brimnes*, (1973) 1 All E.R. 769, 784.

- le moment où la banque réceptrice avise le bénéficiaire du crédit porté à son compte⁶⁹ ;
- le moment où la banque réceptrice s'engage fermement à payer le bénéficiaire ; ou
- le moment où le bénéficiaire retire le crédit.

Dans un cas précis, le paiement devait, selon les modalités du contrat, être « acheminé » par voie de virement bancaire avant une date déterminée. La Cour d'appel du Québec indiqua que l'ordre de paiement ayant été donné avant la date d'expiration du délai le paiement avait été « acheminé », même si les écritures dans le compte du bénéficiaire ont été faites après l'expiration du délai⁷⁰.

Le système SWIFT précise le moment du paiement en clarifiant les conditions comme le temps de réception, la date de valeur⁷¹, la *pay date*⁷². Les dates et heures spécifiées deviennent plus importantes dans un système international avec l'accroissement du nombre et de la valeur de tels paiements.

Le projet de loi type précise (art. 9) que la banque réceptrice est tenue d'exécuter l'ordre de paiement le jour où elle le reçoit... sauf si une date postérieure est indiquée sur l'ordre, et elle doit alors aviser le bénéficiaire le jour où elle reçoit l'ordre. Les transferts étant effectués par l'électronique, souvent en direct (*on line*), il est légitime de s'attendre que la banque réceptrice agisse rapidement. Toutefois, les banques peuvent fixer des heures limites pour le traitement des ordres de paiement devant être exécutés le jour même. Les avis doivent être donnés le jour où est reçu l'ordre de paiement.

On s'est interrogé à savoir si les différents moments déterminés par les réseaux privés liaient les tribunaux. La décision dans *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co.*⁷³ peut apporter un peu de lumière. Dans ce cas, il s'agissait d'un transfert effectué dans le réseau CHIPS. Il a été décidé qu'en l'absence de stipulations contraires les règles de CHIPS disposant que les transferts sont définitifs et irrévocables quand la banque

69. *Guaranty Trust Co. v. Lyon*, 67 Misc. 334, 124 N.Y. (2d) 680 (Sup. Ct. 1953).

70. *Produits généraux de construction (1980) Ltée c. J. Raymond Dupuis Inc.*, J.E. 88-905 (C.A.).

71. L'expression *pay date* ne doit pas être confondue avec « date de valeur ». Dans un transfert par SWIFT, la *pay date* fait référence au moment où la banque réceptrice ou la banque tiers doit créditer ou payer le bénéficiaire. La « date de valeur » est celle du moment où la banque réceptrice a l'usage des fonds.

72. Que l'on traduit en France par « payment date ».

73. *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, *supra*, note 61.

expéditrice émet le message de transfert dans le système devaient avoir leur effet.

Le projet de loi type ne régit pas en principe les droits et les obligations du bénéficiaire. Il se contente d'énoncer les droits et les obligations des parties jusqu'au moment où la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. Il apporte toutefois plus de précision et de certitude quant à ce moment en précisant que le virement est exécuté lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre (art. 14(2)). La banque du bénéficiaire est alors redevable au bénéficiaire du montant de l'ordre de paiement qu'elle a accepté.

De plus, le projet de loi type prévoit une règle régissant l'acquiescement d'une obligation dans les cas où les parties ont convenu que l'obligation peut être acquittée par virement. L'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement (art. 14, par. 2). L'ordre de paiement accepté par la banque du bénéficiaire doit avoir été adressé au compte auquel il était destiné. Si l'ordre de paiement a été adressé à ce compte, mais que la banque du bénéficiaire n'a pas crédité le compte ou a crédité un autre compte, le donneur d'ordre est libéré de son obligation envers le bénéficiaire. Le bénéficiaire qui subit un préjudice résultant de cette imputation erronée doit s'adresser à sa banque pour obtenir réparation en vertu de la loi applicable à la relation de compte.

En somme, si le virement avait pour objet l'acquiescement d'une obligation, la créance du bénéficiaire sur le donneur d'ordre-débitéur est éteinte au moment et dans la mesure où naît la créance du bénéficiaire envers sa banque.

L'article 4A-406 du *Uniform Commercial Code* est au même effet en ce qui concerne le moment de l'acquiescement de la dette. Il dispose que l'obligation du donneur d'ordre est éteinte lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement. Le virement s'achève donc lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement au profit du bénéficiaire. L'article 4A-404 énonce que la banque du bénéficiaire est tenue de payer le montant d'un ordre qu'elle a accepté⁷⁴.

2.2.3.2 Les frais bancaires

Lorsque le virement passe par plusieurs banques, on pourrait s'attendre que le donneur d'ordre soit responsable de tous les frais jusqu'à la

74. Selon la *Regulation J*, le paiement est final quand la Federal Reserve Bank bénéficiaire envoie l'article de paiement de transfert au bénéficiaire ou envoie ou téléphone l'avis de crédit pour l'article de paiement au bénéficiaire. Il y a donc paiement final lorsqu'il y a avis au bénéficiaire.

banque du bénéficiaire. Lorsque les frais ne sont pas stipulés par le donneur d'ordre, la banque intermédiaire peut déduire ses frais du montant des fonds virés. Comme le donneur d'ordre ne peut savoir que de tels frais ont été déduits ni en connaître le montant exact, il ne peut prendre de dispositions pour parer à cette éventualité. Aussi le projet de loi type dispose-t-il que l'obligation est acquittée par le montant des frais qui ont été déduits ainsi que le montant reçu par la banque du bénéficiaire. Toutefois, le donneur d'ordre sera tenu d'en rembourser le montant au bénéficiaire à moins de convention contraire (art. 14(3)).

L'article 4A-302(d) va dans le même sens. Il interdit de percevoir des frais sur le montant du transfert à moins que l'expéditeur n'ait donné instruction de le faire. Si les frais ont été déduits par une ou plusieurs banques réceptrices, le montant versé au bénéficiaire est réputé correspondre au montant de l'ordre lancé par le donneur d'ordre, sauf si le donneur d'ordre ne verse pas au bénéficiaire le montant des frais qui ont été déduits (art. 4A-406(c) du *Uniform Commercial Code*).

Conclusion

Nous avons exposé les principaux aspects des relations entre les parties dans un virement de crédit international. D'autres aspects comme la procédure d'autorisation des ordres de paiement et la responsabilité relative aux ordres non autorisés⁷⁵ auraient mérités d'être discutés.

Cela nous a permis de constater que depuis peu se précise un cadre juridique pour les TEF internationaux, d'abord aux États-Unis avec l'article 4A du *Uniform Commercial Code* qui régit à la fois les transferts nationaux et les transferts internationaux, et ensuite avec le projet de loi type de la CNUDCI en voie d'être complètement rédigé.

Certains ont craint qu'une intervention législative sur le plan international ne se révèle paralysante si une certaine uniformité ne se manifestait pas d'abord entre les diverses lois nationales⁷⁶. Sur cet aspect, rappelons que le dernier rapport de la CNUDCI constate l'influence de l'article 4A du *Uniform Commercial Code* sur son projet de loi. Par ailleurs, si l'on examine l'effet de cet article 4A par rapport au projet de loi de la CNUDCI, on constate des différences de structure et de style : l'article 4A prévoit souvent un certain nombre de règles d'application subsidiaire très détaillées et énumère bon nombre d'exceptions. Mais, pour l'essentiel, les

75. On retrouve des définitions similaires d'authentification de l'ordre (art. 2) et de procédure de sécurité (art. 4A-201).

76. Voir D. DESJARDINS, *supra*, note 51, p. 141.

règles sont identiques. Il y a donc uniformisation du droit international et du droit national.

On a également fait valoir que la réglementation internationale devait avoir un caractère facultatif et supplétif. C'est un principe que le projet de loi type de la CNUDCI consacre en énonçant le principe général de la liberté contractuelle, sauf dispositions contraires (art. 16) : par exemple, les parties ne peuvent convenir d'une procédure d'authentification qui ne serait pas commercialement raisonnable (art. 4(2), commentaires, par. 8). Il reconnaît donc la possibilité d'en exclure l'application par des conventions particulières. Le même principe est reconnu dans l'article 4A-202(b) du *Uniform Commercial Code*.

De plus, le projet de loi type de la CNUDCI énonce des règles de portée générale sans s'immiscer dans la relation de compte entre le bénéficiaire et la banque de celui-ci. Il laisse aux autres règles de droit applicables le soin de déterminer les obligations de la banque du bénéficiaire envers son client et énonce plutôt les droits et les obligations des parties jusqu'au moment où la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement.

Par ailleurs, on constate que les règles proposées sont en harmonie avec le droit commercial international et les règles adoptées pour les autres contrats commerciaux internationaux. Le projet de loi type traduit le souci d'harmoniser la terminologie dans le domaine en employant les termes normalisés par l'Organisation internationale de normalisation ISO⁷⁷. Toutefois, la terminologie de l'ISO n'étant pas axée sur les aspects juridiques des virements, le projet de loi type s'en écarte parfois.

Il y a également correspondance du projet de loi type avec les travaux déjà réalisés dans le domaine des contrats internationaux.

La définition de « fonds » et de « somme d'argent » s'inspire de la définition de « monnaie » à l'article 5-1 de la *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux* (A/CN.9/318, par. 59).

Le droit du donneur d'ordre de tenir directement responsable une banque intermédiaire pour le préjudice subi rejoint certaines conventions sur le transport international de marchandises reconnaissant à l'expéditeur le droit de réclamer soit contre le transporteur qui a conclu le contrat initial, soit contre le transporteur chez lequel le dommage s'est produit.

Également à l'égard de la réclamation en matière de préjudice indirect le projet de loi type a repris la formule employée dans l'article 8 de la

77. Par le comité technique « Banque et services financiers liés aux opérations bancaires », norme ISO-7982-1.

Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg), qui dispose que, pour être dédommagé du préjudice indirect, le demandeur doit prouver que la banque a causé le préjudice par un acte délibéré et imprudent.

Le projet de loi de la CNUDCI, bien qu'il soit très avancé dans sa conception, n'est pas encore rendu à son stade final. Cependant, avec l'article 4A du *Uniform Commercial Code*, il contribue déjà à l'uniformisation et à l'harmonisation des règles applicables aux virements internationaux en servant de modèle aux pays en voie d'établir leurs propres normes. Son adoption, qui pourrait survenir dans un avenir rapproché, aura certainement un effet d'entraînement sur les lois internes des différents pays.