NATIONS UNIES

ASSEMBLEE GENERALE

Distr. GENERALE
A/CN.9/266/Add.1
30 avril 1985
FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Dix-huitième session
Vienne, 3-21 juin 1985

PROJET DE GUIDE JURIDIQUE SUR LES TRANSFERTS ELECTRONIQUES DE FONDS

CHAPITRE RELATIF AU CARACTERE DEFINITIF DES TRANSFERTS DE FONDS

Rapport du Secrétaire général

(suite)

TABLE DES MATIERES

	Paragraphes	Page
Note d'introduction	1 - 3	4
A. Quand les transferts de fonds deviennent-ils définitifs ?	4 - 22	4
1. Virements	5 - 20	4
a) Débit du compte du transférant	5 - 7	4
b) Crédit du compte de la banque bénéficiaire	8	5
c) Notification du crédit de la banque bénéficiaire	9	5
d) Décision de la banque bénéficiaire d'accepter le virement	10 - 11	6

V.85-22493 1144B

		Paragraphes	Page
e)	Crédit du compte du bénéficiaire	12 - 16	6
f)	Ecriture du crédit sous réserve de contre-passation	17	7
g)	Notification du bénéficiaire	18 - 19	7
h)	Paiement en espèces	20	8
2.	Prélèvements	21 - 22	8
B.	Rapport entre le caractère définitif des transferts de fonds entre clients et le caractère définitif des transferts de fonds entre banques	23 - 30	8
C.	Incidences des progrès techniques sur le caractère définitif des transferts de fonds	31 - 48	10
1.	Traitement individuel des ordres sur papier	32	10
2.	Traitement par lots	33	11
3.	Traitement des données en direct	34 - 37	12
4.	Terminaux-clients	38 - 40	13
5.	Garantie d'acceptation de la banque transférante	41 - 43	14
6.	Cartes à microcircuit	44 - 47	14
7.	Télécommunication entre ordinateurs d'ordres de transfert de fonds	48	16
D.	Conséquences liées à la question du caractère définitif des transferts	49 - 96	16
1.	Règles générales donnant la priorité au transfert de fonds	49 - 50	16
2.	Conflits de priorité	51 - 68	16
a)	Effets du transfert de fonds sur les droits de tiers	51 - 61	16
i)	Décès du transférant	53	17
ii)	Ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant	54	17
iii)	Incapacité juridique du transférant	55	18

		Paragraphes	Page
iv)	Saisie du compte du transférant	56 - 59	18
v)	Retrait d'un ordre de transfert de fonds par le transférant	60 - 61	18
b)	Notifications données à une banque	62 - 68	19
3.	Contre-passation de transferts de fonds erronés	69 - 80	20
a)	Contre-passation du débit sur la demande du transférant	71 - 73	21
b)	Récupération d'un crédit sur la demande de la banque transférante en cas de prélèvement	74 - 76	22
c)	Récupération d'un crédit en cas de virement	77 - 78	22
d)	Droit qu'a la banque de récupérer le crédit par contre-passation	79 - 80	23
4.	Disponibilité des fonds	81 - 91	23
5.	Libération de l'obligation sous-jacente	92 - 96	26
E.	Règles sur le caractère définitif du transfert et risques liés du système	97 - 99	27
Annexe	La réduction des risques liés au système : expérience de certains pays		28

Note d'introduction

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

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

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

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

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

1. Virements

a) Débit du compte du transférant

5. Dans un pays (France), il est établi que les virements assurés par une seule banque ou par deux banques sont définitifs, pour autant que l'ordre de transfert de fonds ne peut plus être retiré par le transférant, une fois que le compte de ce dernier a été débité. On a émis l'opinion que le transfert de fonds devrait également être considéré comme définitif si une procédure de déclaration d'insolvabilité est entamée ultérieurement contre le transférant.

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

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

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

b) Crédit du compte de la banque bénéficiaire

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

c) Notification du crédit de la banque bénéficiaire

9. Les observations ci-dessus valent si le virement entre les banques est considéré comme définitif lorsque la banque bénéficiaire a été avisée que son compte a été crédité; par conséquent, le transfert de fonds serait considéré comme définitif vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire une fois qu'un tel avis aurait été donné à la banque bénéficiaire.

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

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

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

e) Crédit du compte du bénéficiaire

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

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

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

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

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

f) Ecriture du crédit sous réserve de contre-passation

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

g) Notification du bénéficiaire

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

19. Cette règle est basée sur la pratique qui consiste à envoyer un avis de crédit à la fin de la journée ou le jour suivant chaque fois que le compte du

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

h) Paiement en espèces

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

2. Prélèvements

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

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

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

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

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

25. Dans le cas des virements traités individuellement et en particulier des transferts internationaux portant sur des sommes élevées, jusqu'à six ou sept banques peuvent avoir à intervenir. Toutes ces interventions peuvent s'enchaîner comme le montre la figure 4, ou bien correspondre à des opérations de remboursement dans certains cas. Chaque phase d'un virement revêt la plupart des caractéristiques d'un transfert de fonds séparé entre les deux banques participant à cette phase. Ces phases sont appelées "transactions de transferts de fonds" dans la norme DIS 7982. Un ordre de virement et un moyen de règlement séparés sont nécessaires pour chaque transaction de transfert de fonds. Toutefois, les règles interbanques régissant le caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre banques n'ont pas la prétention de régir l'ensemble du transfert de fonds dont cette transaction constitue un élément.

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

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

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

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

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

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

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

1. Traitement individuel des ordres sur papier

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

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

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

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

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

2. Traitement par lots

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

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

- Afin d'obtenir des lots homogènes présentant les caractéristiques nécessaires, les ordres peuvent être rassemblés et acheminés périodiquement à l'installation de traitement des données, dans certains cas seulement à la fin de la journée. Les ordres de transfert de fonds qui doivent être exécutés à date fixe peuvent être envoyés avant la date d'écriture à une chambre de compensation automatique ou à une banque bénéficiaire en vue d'être traités à l'avance. Il n'existe plus de relation fixe entre les moments où un

ordre précis de transfert de fonds est reçu par la banque, où des décisions cruciales sont prises de façon explicite ou implicite pour l'accepter, où les écritures sont passées au compte et où le transfert de fonds devient effectif. Il en résulte que les règles concernant le caractère définitif du transfert qui étaient basées sur cette relation sont difficiles à appliquer.

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

3. Traitement des données en direct

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

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

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

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

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

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

4. Terminaux-clients

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

39. Bien que les terminaux-points de vente en ligne permettent de créditer immédiatement le compte du commerçant (bénéficiaire) et de débiter le compte de l'acheteur (transférant), certains systèmes qui permettent de vérifier en direct l'authenticité de l'ordre de transfert de fonds et le solde du compte du transférant diffèrent le débit du compte du transférant d'un ou plusieurs jours afin d'accorder à ce dernier un délai identique à celui qui serait intervenu antérieurement s'il avait réglé par chèque. Un certain délai, qui peut être identique à celui qui s'écoule avant que le compte du transférant soit débité, peut intervenir avant que le compte du commerçant soit crédité. De ce fait, dans le plupart des systèmes juridiques, l'application des règles habituelles conduirait à la conclusion que le transfert de fonds n'est pas définitif avant la date d'écriture pertinente.

40. Si seul le débit est différé, en application de certaines règles concernant le caractère définitif des transferts, le transfert de fonds sera considéré comme définitif dans le cas d'un virement, mais non dans le cas d'un prélèvement. Si seul le crédit a été différé, c'est l'inverse qui se produit. Pour pouvoir déterminer si l'on a affaire à un prélèvement ou à un virement, il peut également être nécessaire de savoir si l'ordre de transfert

de fonds provenant du terminal-point de vente a transité d'abord par la banque de l'acheteur (virement) ou par la banque du commerçant (prélèvement). Toutefois, si l'ordre de transfert de fonds a transité par un commutateur qui a transmis simultanément le crédit à la banque du commerçant et le débit à la banque de l'acheteur, le transfert de fonds ne peut plus être classé ni comme un prélèvement ni comme un virement, et on ne peut plus se baser sur ce critère pour en déterminer le caractère définitif.

5. Garantie d'acceptation de la banque transférante

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

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

43. Cependant, lorsque la garantie de la banque transférante est complète et irrévocable, on pourra considérer que la situation juridique est similaire à celle faisant suite à l'acceptation d'une lettre de change (ou la certification d'un chèque dans les pays où la certification est autorisée). En outre, la situation serait similaire à celle rencontrée dans de nombreux systèmes juridiques, lorsqu'un transfert de fonds est définitif au moment où la banque transférante s'engage irrévocablement à procéder au règlement avec la banque bénéficiaire, par exemple en émettant en sa faveur son propre ordre irrévocable de transfert de fonds, notamment un chèque bancaire ou un instrument de paiement bancaire. Si l'on fait une telle comparaison, on peut envisager d'autres conséquences liées au caractère définitif du transfert en cas de garantie de paiement : par exemple, le montant du compte du transférant pouvant être saisi serait réduit du montant du transfert garanti, même si le compte n'a pas encore été débité.

6. Cartes à microcircuit

44. Les cartes à microcircuit n'étant pas encore très répandues pour les transferts de fonds, l'étude des effets de cette nouvelle technique sur les règles relatives au caractère définitif du transfert ne peut être que spéculative. Il semble cependant que, si ces cartes ne sont utilisées que pour permettre d'identifier le transférant plus sûrement qu'à l'heure

actuelle, la législation régissant les transferts de fonds, y compris les règles concernant leur caractère définitif, ne sera pas directement affectée. Cela, que le transfert de fonds se fasse en direct ou en différé. De même, dans un système en différé, si la carte est programmée pour autoriser un montant donné d'achats (sans aucun doute avec une garantie d'acceptation de la part de la banque transférante), mais que le débit du compte du transférant et le crédit du compte du bénéficiaire ne sont effectués qu'après l'achat, les règles concernant le caractère définitif du transfert seront sans doute celles normalement applicables lorsqu'il y a garantie d'acceptation.

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

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

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

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

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

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

1. Règles générales donnant la priorité au transfert de fonds

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

50. Selon une règle générale d'application plus limitée, la banque transférante ou une banque intermédiaire doit être autorisée à achever le transfert de fonds si elle s'est irrévocablement engagée à accepter l'ordre du transférant. Cela peut être le cas par exemple d'une banque acceptant une lettre de change (ou certifiant un chèque si la législation applicable le permet). Cela peut également être le cas lorsqu'une banque transférante règle un transfert de fonds en émettant sa propre promesse de paiement irrévocable, sous forme notamment d'un chèque bancaire ou d'un instrument de paiement bancaire. Cette règle est fondée sur le principe que la banque s'engageant à accepter l'ordre de transfert de fonds ou à le régler doit pouvoir se rembourser sur le compte du transférant même si des tiers acquièrent des droits sur ce compte. Cette méthode semblerait également applicable aux transferts de fonds effectués par l'intermédiaire de chambres de compensation si la banque expéditrice garantit le règlement à la banque réceptrice et aux systèmes de garantie d'acceptation comme suite à un ordre de prélèvement (voir les par. 41 à 43).

2. Conflits de priorité

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

51. Les règles juridiques régissant les effets sur le compte du transférant de son décès, de l'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à son encontre ou de la saisie de son compte se situent dans une large mesure, ou même entièrement, hors du cadre des règles régissant les transferts de

fonds. Ces règles juridiques créent en faveur de tiers des droits pouvant concurrencer les prétentions du bénéficiaire. Aussi est-il souvent difficile de concilier la législation régissant les droits des tiers et celle régissant le transfert de fonds lui-même.

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

i) Décès du transférant

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

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

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

iii) Incapacité juridique du transférant

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

iv) Saisie du compte du transférant

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

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

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

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

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

60. Conformément à des principes juridiques généraux, une personne peut retirer (ou révoquer) les instructions ou les pouvoirs qu'elle a donnés à quelqu'un tant que les instructions n'ont pas été suivies ou que les pouvoirs

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

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

b) Notifications données à une banque

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

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

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

65. Une notification d'un transférant tendant à ne retirer qu'un ou plusieurs ordres de transfert donnés doit être plus précise, car elle doit décrire l'ordre ou les ordres visés avec suffisamment de précision et identifier le compte. Cette exigence peut poser des problèmes épineux lorsqu'un compte fait l'objet d'un grand nombre d'ordres ou lorsque les comptes sont gérés sur ordinateur. Une notification comportant une erreur typographique ou une autre erreur peut néanmoins être suffisante pour alerter un employé de banque travaillant sur des comptes tenus sous forme visible. Cependant, du fait de

la similarité des données dans de nombreux ordres de transfert de fonds, si la notification du retrait telle qu'introduite dans l'ordinateur n'est pas exactement conforme avec l'ordre de transfert de fonds dans tous ses détails matériels, l'ordinateur peut être dans l'incapacité de situer l'ordre en question, sinon en commençant par rejeter tous les ordres de transfert de fonds similaires à celui qui est retiré et en les soumettant individuellement à un examen du personnel de la banque. Cette procédure peut être extrêmement coûteuse.

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

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

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

3. Contre-passation de transferts de fonds erronés

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

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

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

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

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

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

bénéficiaire, cette obligation persisterait et devrait faire l'objet d'un transfert de fonds ultérieur. Aussi, selon une deuxième approche, bien que la banque transférante doive en principe contre-passer le débit du compte du transférant, elle pourrait confirmer ce débit si elle démontrait que le bénéficiaire était autorisé vis-à-vis du transférant à conserver les fonds.

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

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

75. En outre, dans la majorité des cas où la banque transférante aurait pu refuser un ordre de prélèvement sur papier, elle est en droit de récupérer le crédit auprès de la banque présentatrice (et donc auprès du bénéficiaire), même si le transfert de fonds est devenu définitif. Il y a une exception importante à cette règle : dans la plupart des pays, la banque transférante ne peut pas récupérer un crédit devenu définitif au motif que le solde du compte du transférant était insuffisant lorsque ledit compte a été débité. En outre, dans la plupart des pays de common law, ainsi que dans certains pays de tradition romaine, la banque transférante ne peut pas contre-passer le crédit porté au compte de certaines parties de bonne foi pour honorer un chèque ou une lettre de change portant la signature contrefaite du client en tant que tireur. Dans ces pays, le mécanisme de non-échange des chèques avec présentation électronique pose le problème suivant : la banque transférante sera-t-elle liée par cette règle générale ou la législation devra-t-elle être modifiée afin de libérer la banque transférante de cette responsabilité ?

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

c) Récupération d'un crédit en cas de virement

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

78. Dans plusieurs pays où le virement ne constitue pas la méthode normale de transfert de fonds interbanques, des doutes ont été exprimés sur la question de savoir s'il existe des théories juridiques permettant à la banque

bénéficiaire de récupérer auprès du bénéficiaire un crédit porté par erreur à son compte. Des crédits sont par exemple portés en compte par erreur lorsque la banque bénéficiaire crédite le compte d'un montant supérieur au montant correct, opère le même transfert deux fois ou ne crédite pas le bon compte. Néanmoins, dans la plupart des systèmes juridiques, il est clair qu'en général, les crédits portés en compte par erreur peuvent être récupérés par la banque bénéficiaire. Dans certains systèmes juridiques, une banque a le droit de rectifier un crédit porté par erreur en débitant le compte du bénéficiaire, même si le crédit est devenu définitif, mais elle ne peut rectifier les erreurs faites par un transférant ou une banque expéditrice qu'avec l'autorisation expresse du bénéficiaire.

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

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

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

4. Disponibilité des fonds

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

82. On peut supposer que toute règle relative à la disponibilité des fonds donnera à la banque bénéficiaire suffisamment de temps pour traiter l'ordre de transfert. Ainsi, même un dépôt en espèces sur un compte peut ne pas donner le droit de retirer le crédit correspondant avant le jour suivant si le récépissé de dépôt n'est pas reporté avant la fermeture des bureaux. Le recours aux terminaux en ligne pour un grand nombre d'activités liées au

transfert de fonds, y compris la réception des dépôts, supprimera sans doute ce motif de retard dans certaines banques. Cependant, un dépôt en espèces à un guichet automatique de banque, même s'il est enregistré en direct par le déposant, ne sera normalement pas disponible immédiatement, le personnel de la banque devant compter et vérifier le dépôt.

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

84. Bien que la question de la disponibilité des fonds soit d'une importance primordiale pour le bénéficiaire, elle présente également parfois un intérêt pour le transférant qui, pour diverses raisons, peut vouloir s'assurer que les fonds sont à la libre disposition du bénéficiaire à un moment donné. Le transférant peut difficilement influer sur le moment où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire dans le cas d'un prélèvement, car c'est le bénéficiaire qui met en marche le processus de transfert auprès de sa banque. Il exerce un contrôle plus grand en cas de virement, puisqu'il choisit la date à laquelle le transfert de fonds commence et qu'il peut préciser une "date de disponibilité".

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

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

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

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

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

90. Les prélèvements électroniques posent des problèmes quelque peu différents en ce qui concerne l'estimation de délai avant que l'avis de refus soit reçu par la banque bénéficiaire. En général, comme il est indiqué au paragraphe 88, la présentation électronique des ordres de prélèvement permettrait de réduire le délai de présentation. En outre, le système doit être conçu de manière à faciliter le renvoi rapide des ordres refusés. Cependant, lorsque le prélèvement électronique fait suite à une opération de non-échange, ou est effectué comme suite à une autorisation de prélèvement automatique, si cette autorisation est déposée auprès du bénéficiaire ou de la banque bénéficiaire, la banque transférante n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de l'ordre. Aussi, tant que le transférant n'a pas reçu le

relevé de compte pertinent et que le délai d'opposition à un débit non autorisé n'est pas écoulé, il est possible que le transférant affirme que l'ordre n'était pas autorisé ou qu'aucune autorisation d'accepter l'ordre n'avait été donnée. Dans certains pays où seule l'expiration du délai de prescription empêche le transférant d'objecter que le débit de son compte n'était pas autorisé, il peut y avoir incertitude pendant plusieurs années. Aussi serait-il bon, dans la mesure du possible, que l'autorisation de prélèvement soit déposée auprès de la banque transférante.

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

5. Libération de l'obligation sous-jacente

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

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

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

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

96. Lorsque l'obligation sous-jacente doit être éteinte au moyen d'un prélèvement, le bénéficiaire ne considérera sans doute pas que l'obligation n'a pas été respectée si c'est lui qui est à même d'engager la procédure de prélèvement. Aussi la question de savoir quand l'obligation sous-jacente est éteinte se pose-t-elle rarement dans le cas de prélèvements où c'est le bénéficiaire qui émet l'ordre de prélèvement, par exemple dans le cas de lettres de change tirées par le bénéficiaire sur le transférant ou sur la banque du transférant ou de prélèvements effectués comme suite à une autorisation de prélèvement automatique. De même, dans le cas d'un chèque, le bénéficiaire peut ne pas considérer que l'obligation n'a pas été respectée une fois qu'il entre en possession du chèque. Dans certains pays, la question se pose de savoir si le transférant peut devoir des intérêts au bénéficiaire lorsque le chèque a été remis avec suffisamment de retard pour que le bénéficiaire ne puisse être crédité qu'après la date où le paiement était dû. Cependant, dans tous les cas de prélèvement, c'est le bénéficiaire qui supporte vis-à-vis du transférant le risque de retard ou d'erreur dans le processus de transfert de fonds. Bien que l'ordre de prélèvement doive être accepté pour que l'obligation sous-jacente soit irrévocablement éteinte, le moment où l'ordre est accepté n'est pas un fait pertinent en ce qui concerne ladite obligation.

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

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

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

99. Cette question a avant tout été traitée aux Etats-Unis où fonctionnent plusieurs systèmes traitant des montants importants en ligne. Ces systèmes appliquant des règles différentes en ce qui concerne le caractère définitif des transferts, différentes possibilités et techniques sont utilisées pour limiter les risques liés au système. Cette question a également été traitée au Royaume-Uni où la nature du système bancaire a conduit à apporter d'autres solutions au problème. Comme il est nécessaire de traiter cette question séparément pour chaque pays, on en trouvera l'examen à l'annexe du présent chapitre.

Annexe

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

A. Nature du problème

1. Considérations générales

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

2. Règlement effectué par le truchement de banques correspondantes

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

3. Selon le type de relations existant entre les banques correspondantes, la banque réceptrice est tenue parfois de créditer de manière irrévocable le bénéficiaire avant de recevoir le montant du transfert. C'est le cas, par exemple, lorsque le mécanisme de transfert de fonds exige que certaines

banques envoient davantage d'ordres de transfert de fonds qu'elles n'en reçoivent en début de journée et en reçoivent davantage qu'elles n'en envoient en fin de journée. Ces banques, qui peuvent enregistrer régulièrement d'importants soldes créditeurs en fin de journée, peuvent tout aussi régulièrement enregistrer d'importants soldes débiteurs au cours de la journée. Dans ce cas, l'acheminement de virements de sommes élevées par le canal de banques correspondantes peut comporter un risque sérieux pour le système.

3. Règlement net

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

4. Règlement "net-net"

5. Si un réseau de transfert de fonds assure le règlement des transferts de fonds du jour sur une base nette-nette, c'est-à-dire en fixant pour chaque banque participante un solde débiteur ou créditeur unique pour le montant total de tous les ordres de transfert de fonds qu'elle a envoyés à toutes les autres banques participantes, ou reçus de ces dernières, mais répartit les pertes en cas de défaut de règlement d'une banque sur la base du solde débiteur ou créditeur net de cette banque vis-à-vis de chacune des autres banques participantes, le risque pour le système est le même que dans le cas d'un réseau de règlement net. Toutefois, si l'on considère que les pertes encourues concernent l'ensemble du réseau et qu'elles devront être supportées par les différentes banques participantes, selon différentes formules applicables à la répartition des pertes, il est souvent difficile, avant la conclusion du règlement, d'estimer les pertes qui seront imputées aux autres banques. Toutefois, selon certaines formules, une banque enregistrant un solde créditeur dans ses transactions bilatérales avec la banque défaillante

pourrait néanmoins devoir assumer une partie des pertes. Cela signifie par conséquent que les banques qui auraient pu aisément effectuer le règlement si celui-ci avait été achevé dans des conditions normales n'ont pas été en mesure de le faire parce qu'elles ont dû prendre en charge les pertes résultant du défaut de règlement de la première banque. Cet effet cumulatif résultant du défaut de règlement d'une banque accroît les risques liés au système.

5. Moyens disponibles pour réduire les risques liés au système

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

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

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

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

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

non-règlement. Cette mesure offre une protection à la banque réceptrice en faisant peser le risque de perte non plus sur cette dernière, mais sur le bénéficiaire, dans la mesure où celui-ci a la surface suffisante.

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

B. Expérience de certains pays

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

1. France

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

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

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

11. A la fin d'un jour ouvrable, par exemple à 17 h 30, les jours de travail normaux, les opérations de débit et de crédit effectuées par le canal de SAGITTAIRE qui apparaissent au "pseudo-compte" pour cette date d'écriture, sont portées au compte de chacun des participants aux opérations de la Banque de France, ainsi que les débits et crédits liés à d'autres opérations bancaires passés au compte de la banque. Toutefois, étant donné que la Banque de France ne permet pas à une banque d'avoir auprès d'elle un solde débiteur,

les écritures ne sont pas effectuées si, ce faisant, le compte d'une banque accuse un solde débiteur. Si le solde débiteur n'est pas couvert à 11 h 30 le matin suivant, la Banque de France est autorisée à contre-passer les écritures de débit résultant de transactions SAGITTAIRE, ainsi que les crédits correspondants, en suivant un ordre inverse à celui de la réception des ordres, jusqu'à ce que le solde débiteur ait été éliminé.

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

2. Royaume-Uni

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

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

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

- Participation équitable aux dépenses d'exploitation;

- Paiement d'un droit d'entrée raisonnable; et

- Capacité d'offrir un volume minimal d'opérations de compensation.

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

14. Les banques recevant des ordres de virement par l'intermédiaire du CHAPS sont priées de mettre le même jour les fonds à la disposition du bénéficiaire. Cette règle a pour objet d'accroître l'efficacité de CHAPS pour les milieux commerciaux et financiers. A son tour, la banque de règlement

expéditrice a l'obligation de rembourser à la banque de règlement réceptrice le montant des fonds transférés, même si la banque expéditrice n'est pas remboursée par la partie ayant ordonné le transfert. Un transfert de fonds par l'intermédiaire du système CHAPS est inconditionnel et irrévocable.

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

3. Etats-Unis

16. Quatre réseaux pour le virement en ligne de sommes importantes fonctionnent actuellement aux Etats-Unis. Ces réseaux peuvent être classés en deux catégories. La première catégorie est constituée par Fedwire, réseau géré par le Federal Reserve System. Fedwire permet à toutes les banques des Etats-Unis (soit 14 000) et aux autres établissements de dépôt qui ont un compte auprès de l'agence régionale de la Federal Reserve Bank de transférer des fonds à d'autres banques ou établissements de dépôt. En fait, Fedwire remplit les fonctions de service bancaire correspondant pour tout le système bancaire.

17. Le second groupe de réseaux de virement en ligne se compose de trois réseaux privés. CHIPS est contrôlé par la New York Clearing House Association, qui en assure la gestion. Plus de 100 banques participantes sont autorisées à soumettre des ordres de virement à des fins de règlement aux autres banques participantes, dont un certain nombre d'agences new yorkaises de banques étrangères. Le Clearing House Electronic Settlement System (CHESS) est contrôlé par la Chicago Clearing House Association, qui en assure la gestion. Six grandes banques participent à ce système. CashWire fait partie du réseau national de télécommunications BankWire, contrôlé par un consortium de 180 banques américaines, dont 17 utilisent le mécanisme de règlement de CashWire. En outre, les transferts de sommes importantes sont effectués grâce au mécanisme des banques correspondantes, qui est très répandu aux Etats-Unis pour les transactions tant nationales qu'internationales.

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

a) FedWire

18. Les statuts de FedWire stipulent qu'un virement entre la banque expéditrice et la banque réceptrice acquiert un caractère définitif et que les fonds sont mis à la disposition de la banque réceptrice lorsque cette dernière est avisée du virement par l'agence régionale de la Federal Reserve Bank. L'avis de crédit est envoyé par télécommunication aux banques qui sont reliées directement à FedWire et la notification peut également être faite par téléphone, télex ou par courrier dans le cas des banques qui ne sont pas directement reliées au réseau. Les statuts de FedWire disposent que la banque réceptrice doit créditer promptement le bénéficiaire après réception de l'avis, mais ne fixent pas de délais à cet effet et ne tentent pas non plus de déterminer le moment à partir duquel le transfert acquiert un caractère définitif pour le bénéficiaire.

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

20. L'application des statuts FedWire conduirait à la même conclusion dans le cas de toute banque correspondante assujettie à une réglementation identique en ce qui concerne le caractère définitif des transferts : en effet, la banque correspondante serait tenue pour responsable si elle acceptait de manière irrévocable un ordre de virement d'une banque expéditrice dont le compte, auprès de la banque correspondante, accuserait ainsi un solde débiteur. Toutefois, si une banque expéditrice n'est pas en mesure de rembourser une banque correspondante appartenant au secteur privé, cette dernière risque également de ne pas pouvoir faire face à ses obligations, ce qui entraînerait toute une série de conséquences pour l'ensemble du système bancaire. Ce risque n'existe pas dans le système FedWire puisque, en l'occurrence, la banque correspondante est la banque centrale.

b) Réseaux privés

i) Procédures de règlement dans les réseaux privés

21. Dans ces trois réseaux, le règlement s'effectue par notification à la Federal Reserve Bank régionale des soldes débiteurs et créditeurs nets-nets pour toutes les transactions des participants. Les banques qui ont un solde débiteur transfèrent des fonds sur un compte de compensation spécial de ce

réseau, généralement par le truchement d'un transfert FedWire à partir de leur compte auprès de la Federal Reserve Bank. Une fois que toutes les banques qui se trouvent en position débitrice ont procédé au transfert du montant dû, la Federal Reserve Bank transfère les sommes appropriées par le canal de FedWire sur les comptes des banques en position créditrice. Le compte de compensation spécial ne reporte pas de soldes débiteurs ou créditeurs une fois que le règlement est effectué. Une des conditions posées par les Federal Reserve Banks à la mise en place d'un mécanisme de règlement avec les trois réseaux était qu'elles n'assumeraient pas de risques liés au règlement pouvant découler de l'existence du compte de compensation.

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

23. Les statuts du système CHESS sont identiques à ceux du système CHIPS en ce sens qu'ils permettent à un participant d'effectuer le règlement par le truchement d'une banque de règlement plutôt qu'au moyen de son compte à la Federal Reserve Bank.

ii) Défaut de règlement

24. Si une banque se trouve, en fin de journée, dans l'incapacité de régler son solde débiteur par suite de transferts effectués par l'intermédiaire des systèmes CHIPS ou CHESS, toutes les transactions réalisées en direction et à partir de cette banque sont décomptées de l'opération de règlement et de nouveaux soldes sont calculés pour les autres banques participantes. Si les autres banques ne sont pas en mesure de régler leur nouveau solde débiteur, on applique la procédure de dernier recours prévue dans les statuts en "défaisant" l'ensemble du règlement. Dans ce cas, le règlement prévu pour les transactions de la journée doit être défini par les banques participantes de manière bilatérale, en dehors du champ d'application des statuts actuels. CHESS assimile ce type de procédure à un moyen administratif permettant de maintenir à flot les établissements qui ont des créances impayées.

25. Bien que, dans le système CashWire le règlement s'effectue normalement sur la base du solde créditeur ou débiteur net-net de chaque banque pour l'ensemble des transactions de la journée effectuées par l'intermédiaire de ce système, si une banque se trouve dans l'incapacité de procéder au règlement, le reste de l'opération est effectué par paire de banques sur la base d'un règlement net. Ainsi, chaque banque court le risque de ne pas être remboursée de la différence entre le montant net des ordres de virement qu'elle a reçus ce jour-là d'une autre banque, par l'intermédiaire du système CashWire et le montant des ordres de virement qu'elle a envoyés à cette banque.

iii) Règles relatives au caractère définitif des transferts dans les réseaux privés

26. Les transferts opérés par CHIPS acquièrent un caractère définitif lorsqu'ils sont mis à la disposition de la banque réceptrice, en ce sens que la banque expéditrice ne peut plus retirer l'ordre de virement. Toutefois, puisque la banque réceptrice risque de ne pas recevoir le règlement des transferts effectués par l'intermédiaire de CHIPS, comme c'est parfois le cas, elle n'est pas tenue d'accepter les ordres de transfert de fonds ou d'accorder un crédit à caractère irrévocable au bénéficiaire ou à toute autre partie à créditer, tant que le règlement n'a pas acquis un caractère définitif.

27. Les transferts effectués par l'intermédiaire de CHESS et de CashWire acquièrent un caractère définitif pour la banque expéditrice comme pour la banque réceptrice lorsque cette dernière en accuse réception. La banque expéditrice ne peut pas retirer l'ordre de virement.

c) Méthodes envisagées pour réduire les risques liés au système

28. La communauté bancaire américaine a cherché à limiter les risques auxquels le système est exposé du fait de l'accroissement du nombre de faillites enregistré récemment dans le secteur des banques. S'agissant du défaut de règlement, le Conseil d'administration du Federal Reserve System a demandé, le 29 mars 1984, que des observations soient formulées au sujet des différentes propositions visant à réduire les risques que peuvent présenter pour le système les réseaux utilisés pour le transfert de sommes élevées. Plus de 200 observations ont été formulées. Les principales méthodes proposées par la Federal Reserve ou par ceux qui ont soumis des observations pour réduire les risques liés au système sont exposées dans les paragraphes ci-après.

i) Limites bilatérales pour le crédit net

29. Selon cette méthode, chaque banque fixerait le montant maximal du crédit quotidien net qu'elle est disposée à accorder à toute autre banque dans le cadre d'un transfert de fonds opéré à l'intérieur du réseau. Cette limite serait flexible, chaque banque pouvant ajuster la limite du crédit net qu'elle accorderait aux autres banques en fonction de considérations liées à la conjoncture économique, de l'image qu'elle a de la situation financière de l'autre banque ou d'impératifs commerciaux immédiats. Etant donné qu'une banque qui est en position débitrice, dans des limites raisonnables, par rapport à chacune des banques du système peut de ce fait avoir un solde débiteur total dépassant ses capacités, il y a peu de chances que cette méthode permette de réduire le risque de défaillance d'une banque. Toutefois, en réduisant les incidences de cette éventualité sur les autres banques participantes, les limites bilatérales fixées pour le crédit net peuvent atténuer les risques liés au système.

30. Les trois réseaux privés utilisés pour le transfert de sommes élevées exigent que les banques participantes fixent des limites bilatérales de crédit net applicables à chacune des autres banques participantes pour les transferts de fonds réalisés au moyen de ces réseaux. Ces limites sont contrôlées en temps réel par les ordinateurs du réseau. Si une banque donnée souhaite fixer pour une autre banque une limite bilatérale de crédit applicable dans tous les réseaux, elle doit se charger elle-même des opérations de contrôle.

31. Les limites bilatérales fixées pour le crédit net ne s'appliquent pas en tant que telles au système FedWire ou aux relations entre banques correspondantes privées. Cependant, le même résultat peut être obtenu en fixant des limites au solde débiteur que toute banque est autorisée à avoir en cours de journée auprès de la Federal Reserve Bank ou de toute banque correspondante privée.

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

32. Le plafonnement du débit net de la banque expéditrice permet de limiter l'écart entre les ordres de virement que cette banque peut envoyer à toutes les autres banques et le montant qu'elle reçoit de ces dernières. Des plafonds de débit net représentant 50 % du capital sont actuellement

applicables à l'intérieur du système CashWire. CHIPS envisage sérieusement l'application de plafonds fixés sur la base d'un pourcentage de l'ensemble des limites bilatérales de crédit établies pour une banque donnée par chacune des autres banques participantes.

33. Le fait de limiter la mesure dans laquelle une banque peut envoyer des ordres de virement d'un montant supérieur aux montants reçus et d'appliquer strictement cette restriction tout au long de la journée permet de réduire les cas de défaut de règlement et d'en atténuer les conséquences. Toutefois, il a été observé que si les plafonds fixés pour le débit net de la banque expéditrice étaient appliqués séparément dans chacun des trois réseaux privés, le montant total net qu'une banque serait autorisée à envoyer pourrait être trop élevé. Une autre solution serait donc de fixer un plafond unique pour le débit net de la banque expéditrice, applicable à l'ensemble des réseaux.

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

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

35. Le caractère définitif de l'acceptation est assuré pour le bénéficiaire une fois que le transfert interbancaire effectué par le truchement des banques correspondantes (soit transfert de fonds entre deux banques, soit transfert de fonds entre trois banques comme dans le système FedWire) est achevé, puisque la banque bénéficiaire a automatiquement reçu la contre-valeur. Le caractère définitif de l'acceptation est assuré pour le bénéficiaire dans un réseau de règlement net si la banque réceptrice est obligée de créditer le bénéficiaire, qu'elle ait ou non obtenu le règlement, comme le stipulent les statuts de CashWire et de CHESS.

36. La garantie du caractère définitif de l'acceptation par la banque réceptrice met le secteur économique non bancaire à l'abri des conséquences d'un défaut de règlement, protège par là même les marchés financiers et l'économie en général. On pourrait s'attendre à ce que les banques réceptrices réduisent automatiquement les risques encourus vis-à-vis des banques expéditrices jugées peu fiables en abaissant la limite bilatérale fixée pour le crédit net. D'autre part, on a avancé que la garantie du caractère définitif pourrait inciter les banques réceptrices à relever la commission qu'elles demandent pour se prémunir contre des risques trop importants et dissuader les banques d'accepter certains transferts de fonds.

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

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

v) Assurance visant à garantir les soldes débiteurs

38. Les soldes débiteurs apparaissant dans les réseaux de règlement pourraient également être garantis par une caisse d'assurance publique ou privée, semblable aux caisses qui garantissent les petits dépôts effectués auprès de banques ou autres établissements de dépôt. Selon certaines estimations, le montant de la prime serait approximativement de 1,90 dollar par million de dollars tranférés.