



Article scientifique

Article

1993

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le banquier, son client et l'ordinateur : réflexions sur la prestation de services en masse

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. Le banquier, son client et l'ordinateur : réflexions sur la prestation de services en masse. In: La Semaine judiciaire, 1993, vol. 115, n° 2, p. 17–52.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:6155>

Le banquier, son client et l'ordinateur

Réflexions sur la prestation de services en masse¹

par

Luc THÉVENOZ
docteur en droit, avocat
chargé de cours à la Faculté de droit de Genève

Après l'industrie, les services connaissent une tendance croissante à la standardisation, à l'automatisation et à la « production » en masse. Dans le secteur industriel, ce phénomène économique a suscité l'institution d'une responsabilité à raison du produit, création prétorienne avant d'avoir été consacrée par le législateur². Dans celui des services, où il est beaucoup plus récent, la réflexion juridique n'en est encore qu'à ses débuts.

1 Texte remanié d'une conférence présentée le 4 mai 1992 devant la Société genevoise de droit et de législation.

2 En Suisse, c'est l'art. 55 CO qui a servi de fondement à une interprétation créatrice du Tribunal fédéral autour du défaut dans l'organisation (*Organisationstehler*, ATF 110 II 456, rés. JdT 1985 I 378; Tribunal fédéral, JdT 1985 I 572). Six ans plus tard, le Parlement fédéral a concrétisé le droit de l'Espace économique européen en adoptant un arrêté fédéral sur la responsabilité du fait des produits (message Eurolex I. du 27 mai 1992, FF 1992 V 413-430).

Ordinateurs et télécommunications sont au coeur de cette évolution. Comme toute innovation technologique, ces nouveaux outils suscitent l'intérêt en même temps que la crainte. Ils interpellent également la communauté juridique: les avocats d'abord, qui conseillent leurs clients sur la teneur des contrats que ces changements appellent; les avocats toujours et les juges aussi, qui disputent et décident des prétentions que font naître certains dysfonctionnements; la doctrine enfin, qui tente de mesurer l'adéquation des anciens instruments juridiques aux nouveaux instruments technologiques. Les réactions sont variées, qui vont de la confiance dans les institutions héritées de notre tradition romaniste³ aux propositions d'introduire une responsabilité objective du fait du traitement électronique des données⁴.

I. Les services financiers, paradigme des prestations automatisées de services en masse

Cette étude propose un parcours fléché dans ces nouvelles contrées. Elle s'appuie sur deux exemples, tous deux pris dans les services financiers, plus précisément dans le domaine bancaire, plus spécifiquement encore dans le secteur du trafic des paiements. Je les ai ainsi choisis parce qu'il s'agit là de l'un des secteurs économiques

3 Voir notamment la thèse de Hans Caspar von der CRONE, *Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung*, Zurich (Schulthess) 1988, pp. 84-102.

4 Une «responsabilité du fait des ordinateurs» envisagée soit comme parallèle à la responsabilité du fait des auxiliaires humains (art. 55 et 101 CO), soit comme procédant de la même *ratio legis* que la responsabilité du fait des produits. Sur ces propositions, formulées à l'origine par la doctrine allemande, cf. notamment Wernhard MÖSCHEL, «Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs», *Archiv für die zivilistische Praxis* 1986 197-201 (avec un rappel historique); Marc SCHAUSS, «Issues of civil liability», in *Telebanking, Teleshopping and The Law* (Y. Poullet et G.P.V. VANDENBERGHE éd.), Deventer etc. (Kluwer) 1988, pp. 109 s.; Bernd STAUDER, «Le contrat entre l'émetteur des moyens d'accès au système de transfert électronique de fonds et le consommateur», in *Transfert électronique de fonds et protection du consommateur* (Th. Bourgoignie et M. Goyens, éd.), Bruxelles (Story Scientia) 1990, pp. 233-237.— L'éventuelle harmonisation de la responsabilité du prestataire de services, envisagée dans une proposition de directive du Conseil sur la responsabilité du prestataire de services (présentée par la Commission le 9 novembre 1990, JOCE n° C 12 du 18.1.1991, pp. 8-11), ne concerne pas les dommages purement patrimoniaux, mais seulement les atteintes à la santé, à l'intégrité physique et à celle des biens meubles ou immeubles.

où la *télématique*⁵, c'est-à-dire le recours aux technologies de l'informatique et à celles des télécommunications, connaît un succès remarquable, non seulement derrière les bureaux mais aussi au contact direct de la clientèle. Aujourd'hui, la télématique, parce qu'elle permet une automatisation massive des prestations susceptibles d'être standardisées et génère donc de substantielles économies d'échelle, est le facteur déterminant de la croissance, de la réduction des coûts et de la qualité des services de masse, ce dont le trafic des paiements offre une florissante illustration. Et si la banque fut pionnière, l'administration postale, par laquelle passe une partie substantielle des paiements des particuliers et des entreprises⁶, est bien obligée de suivre le mouvement.

A ce constat de fait s'ajoute une considération théorique. L'activité de l'avocat ou du médecin est facilitée par l'ordinateur, qui tient leur comptabilité, rationalise la production de textes, la tenue des dossiers, l'accès à la littérature spécialisée. Mais l'ordinateur ne peut pas fournir la prestation à la place de l'avocat ou du médecin. A l'inverse, dans le trafic des paiements, l'ordinateur peut fournir la prestation elle-même. Un transfert de fonds⁷ tel qu'un virement se résume à un transfert de monnaie scripturale d'une partie à une autre, du donneur d'ordre au bénéficiaire. Comptablement, le compte du donneur d'ordre est débité de sorte que soit crédité le compte du bénéficiaire auprès de sa propre banque. Juridiquement, le bénéficiaire acquiert une créance contre sa banque.

Comment naît cette créance ? Par une simple déclaration de volonté de la banque du bénéficiaire, déclaration dans laquelle le

5 Aujourd'hui consacré, ce néologisme est l'oeuvre de Simon NORA et Alain MINC dans leur rapport de 1978 au Président de la République française, *L'informatisation de la société*, Paris (Documentation française).

6 En 1991, les PTT ont reçu à leurs guichets 272 millions de versements totalisant 239 milliards de francs (versement moyen: 880 francs). En outre, ils ont opéré 236 millions de virements entre comptes postaux pour un montant de 2'084 milliards de francs (virement moyen: 8'830 francs). Source: ENTREPRISE DES PTT SUISSES, *Annuaire statistique 1991*, tableaux 18 et 19. On peut comparer ces chiffres, qui caractérisent des «petits paiements», à ceux du Swiss Interbank Clearing, *infra* note 29.

7 Un transfert de fonds peut être déclenché par le débiteur ou par le bénéficiaire du paiement. Dans le premier cas, le plus fréquent, on parle de *virement* (*Geldüberweisung*); dans le second, qui suppose naturellement une autorisation préalable de celui dont le compte sera débité, on parle de *recouvrement* ou de *prélèvement* (*Lastschriftverfahren*, LSV). Celui-ci est pour l'instant beaucoup moins étudié que celui-là, cf. cependant Gerd D. LEHMANN, *Zahlungsverkehr der Banken*, Zurich [Schw. Kaufmännischer Verband] 1986, pp. 81-86, et l'intéressant arrêté du Tribunal fédéral allemand, BGHZ 69 82, *Wertpapier-Mitteilungen* 1977 1042.

juriste voit l'acceptation d'une assignation au sens de l'art. 468 al. 2 CO⁸. Le linguiste y voit, pour sa part, un acte de langage particulier, un *acte perlocutoire*⁹. L'activité de la banque se réduit à une déclaration de volonté. Son obligation à l'égard du bénéficiaire s'accomplit et s'épuise dans la déclaration qu'elle se reconnaît sa débitrice, une déclaration que le bénéficiaire prend, littéralement, pour argent comptant¹⁰.

Ce qui est spécifique à la banque, c'est que cette déclaration est suffisamment simple pour qu'aujourd'hui elle puisse être produite par un ordinateur au terme d'un processus qui, dans certaines circonstances, ne requiert aucune décision humaine. Entre l'ordre de

-
- 8 Quoique le *moment* auquel l'assignation est acceptée reste controversé (conclusion de la convention de giro bancaire, inscription de la bonification dans les livres de la vente, réception de l'avis de bonification), un large consensus règne quant à la *qualification* de la déclaration de la banque qui se reconnaît débitrice du montant qu'elle a crédité au compte de son client comme étant l'acceptation d'une assignation au sens de l'art. 468 al. 1 CO, *sic* notamment ATF 100 II 373-374 c. 3, JdT 1976 I 307-309; ATF 105 II 107 c. 3a, JdT 1979 I 489; ATF 110 II 187 c. 2c, rés. JdT 1985 I 223; Beat KLEINER, *Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken - Giro- und Kontokorrentvertrag*, 2^e éd., Zurich (Schulthess) 1964, pp. 46 et 49; Daniel GUGGENHEIM, *Die Verträge der schw. Bankpraxis*, Zurich (Schulthess) 1986, p. 237; Herbert SCHÖNLE, «La responsabilité des banques et de leurs clients en cas d'utilisation abusive et frauduleuse des nouveaux moyens électroniques de paiement et de mauvais fonctionnement du système automatisé d'opérations bancaires», in *Les nouveaux moyens électroniques de paiement* (B. STAUDER éd.), Lausanne (Payot) 1986, p. 71; CRONE (n. 3), pp. 43-47; Jacques BISCHOFF, «Tatsächliche Bedeutung und rechtliche Regelung des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs in der Schweiz», [à paraître], II.2.a.cc; Martin HESS, «Rechtliche Aspekte der Banküberweisung u.B.B. des Interbankzahlungssystemes Swiss Interbank Clearing (SIC)», RSDA 1991 104.— La figure d'une reconnaissance de dette «globale» matériellement abstraite formulée sans indication de montant lors de la conclusion du contrat de giro bancaire et concrétisée dans son montant par l'inscription de chaque virement au crédit du compte courant du bénéficiaire est empruntée au droit allemand par Daniel HEINI (*Rechtsprobleme der bargeldlosen Zahlung*, thèse Zurich [Schulthess] 1991, pp. 21-22, 35-37) à la suite de Klaus HELBIG (*Die Giroüberweisung, deren Widerruf und Anfechtung nach deutschem und schw. Recht*, thèse Genève 1970, pp. 77-79). Elle est inutile en droit suisse, puisque 1° celui-ci offre précisément la base légale expressé (art. 468 al. 1 CO) qui fait défaut en droit allemand et 2° qu'il suffit, si l'on veut faire naître la créance *aus Gutschrift* au moment de l'écriture de bonification déjà, sans attendre la réception de l'avis de bonification par son destinataire, de constater que les parties au contrat de giro ont simplement renoncé à la condition de réception dont dépend l'efficacité des déclarations de volonté dans la théorie générale de l'acte juridique. Sur cette problématique, cf. Imogen BILLOTTE-TONGUE, *Aspects juridiques du virement bancaire*, thèse Genève [ronéotypée] 1991, NN. 117-133.
- 9 Au sens défini par J.L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Paris (Seuil) 1970, not. p. 115 [traduction de *How to do Things with Words*, Oxford Univ. Press 1962, p. 102].
- 10 Contrairement à la règle supplétive de l'art. 467 al. 1 CO, le créancier qui fait savoir expressément ou tacitement à son débiteur qu'il acceptera un paiement par virement postal ou bancaire sera satisfait (et son débiteur libéré) aussitôt que la somme due aura été inscrite à ce compte, *sic* Rolf H. WEBER, *Berner Kommentar*, 1983, N. 167 ad CO 84; *contra* ATF 105 II 107 c. 3a, JdT 1979 I 489.

paiement que je peux introduire directement dans l'ordinateur de ma banque depuis mon ordinateur personnel ou mon terminal Vidéotex et la production par la banque du bénéficiaire de l'avis de bonification sans signature, il n'y a en principe plus aucune intervention humaine si les indications que j'ai données étaient complètes.

II. La diligence du banquier, un critère obsolète ?

Aux yeux du droit suisse, le banquier fournit la plupart de ses prestations dans le cadre d'un mandat. Il peut s'agir du mandat au sens propre (art. 394 CO) – c'est le cas dans le trafic bancaire des paiements¹¹ – ou encore d'un mandat particulier tel que la commission de vente ou d'achat (art. 425 CO). A l'instar par exemple du médecin ou de l'avocat, le banquier doit à son client sa meilleure diligence dans la «bonne et fidèle exécution du mandat» (art. 398 al. 2 CO). S'il y manque, sa responsabilité pourra être engagée (art. 398 al. 1 CO¹²). Ainsi, presqu'immanquablement, la discussion d'une éventuelle responsabilité s'articulera autour de la recherche et de la qualification d'une faute, c'est-à-dire d'un manquement à la diligence due aux termes du contrat^{13,14}.

11 Le *contrat de giro bancaire*, par lequel la banque s'engage à l'égard de son client, titulaire d'un compte à vue, à recevoir et à effectuer pour lui les opérations relevant du trafic des paiements, est unanimement qualifié de mandat au sens des art. 394 à 406 CO, cf. notamment KLEINER (n. 8), p. 20; GUGGENHEIM (n. 8), p. 234. Chaque *ordre de virement* représente à la fois une *instruction* (art. 397 CO, et non un nouveau mandat, *contra* Cour de justice de Genève, SJ 1983 79), obligatoire pour le banquier dans la mesure où les conditions contractuelles sont réunies (notamment existence d'une couverture), et une *assignation* (art. 466 CO). Ce dernier aspect fait l'objet de diverses controverses (cf. *supra* note 8), notamment lorsque la banque du donneur d'ordre doit s'adresser à une ou plusieurs autres banques pour acheminer le virement à son destinataire, comp. notamment GUGGENHEIM (n. 8), pp. 237–240; CRONE (n. 3), pp. 44–47; HEINI (n. 8), pp. 19–21.

12 Le renvoi aux règles sur la responsabilité du travailleur (art. 321e CO) est une indication peu utile en raison des conditions différentes (subordination, caractère protecteur du droit du travail, et notamment de l'art. 321e auquel l'art. 362 CO ne permet pas de déroger, sinon en faveur du salarié) qui caractérisent l'activité dépendante du travailleur et celle, indépendante, du mandataire. Cf. Josef HOFSTETTER, *Schweizerisches Privatrecht*, t. VII/2, Bâle/Stuttgart (Helbing & Lichtenhahn) 1979, p. 95; Rolf H. WEBER, *Praxis zum Auftragsrecht...*, Berne (Stämpfli) 1990, p. 100.

13 Sur la difficile distinction entre violation de l'obligation contractuelle de diligence (*Sorgfaltspflicht*) et faute (*Verschulden*) au sens objectif et subjectif, cf. Fanz WERRO, «La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle», RDS 1989 I 268–272; Peter DERENDINGER, *Die Nicht- und die*

Il n'est pas excessif d'affirmer que cette diligence est la clé de voûte de tout l'édifice juridique qui régit l'activité bancaire¹⁵, le «*nucleus of the banking relationship*»¹⁶. C'est vrai non seulement du droit privé – comme on vient de le voir à propos du mandat – mais aussi du droit bancaire administratif au travers de la garantie «*d'une activité irréprochable*» qui figure à l'art. 3 al. 2 lettre c de la loi sur les banques et à laquelle la jurisprudence de la Commission fédérale des banques a donné une extension insoupçonnable à l'origine¹⁷. C'est encore vrai des nouvelles incriminations pénales relatives au blanchiment d'argent qui, à l'instar de la Convention de diligence¹⁸, imposent lors de l'acceptation de fonds l'emploi de la «*vigilance que requièrent les circonstances*»¹⁹.

Mais tant la diligence que son opposé, la négligence, ne peuvent qualifier que l'activité humaine. Un ordinateur n'est pas négligent: il subit une panne, ou il a été mal programmé, ou encore l'on y a introduit de mauvaises données. La diligence ne permet pas de mesurer son comportement, mais seulement celui des personnes qui le programment, l'entretiennent, le surveillent, le nourrissent de données. Ainsi, lorsqu'une prestation de services est entièrement automatisée, le critère de la diligence ne s'applique plus à un acte

nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, thèse Fribourg (Ed. Universitaires) 1988, NN. 339-347; Rolf H. WEBER, «Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?», RDS 1988 I 39-59; Hans GIGER, «Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden. Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtverletzung», in *Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg (Ed. Universitaires) 1982, 369-396.

14 La responsabilité pour faute du banquier-mandataire est tellement prégnante que, dans les quelques domaines où le législateur a statué une règle dispositive qui s'en écarte en mettant tel risque à la charge du banquier sauf à ce dernier à prouver la faute de son client, les contrats préformulés des banques ont renversé le système, remis le risque sur les épaules du client et réintroduit la faute, et souvent la seule faute grave d'un organe ou d'un auxiliaire de la banque, comme unique fondement d'une éventuelle indemnisation. On le verra plus *infra* sous IV.A à propos des art. 1132 et 402 CO.

15 Voir la belle étude de Peter NOBEL, «Die Sorgfaltspflicht des Bankiers», in *Cinquante ans de surveillance fédérale des banques* (U. ZULAUF éd.), Zurich (Schulthess), pp. 205-226.

16 Beat KLEINER, cité par NOBEL (n. 15), p. 206.

17 Cf. Bernhard MÜLLER, La pratique de la Commission fédérale des banques, Zurich (Schulthess) 1987, pp. 31-39; Charles-André JUNOD, «La garantie d'une activité irréprochable: de la surveillance à la tutelle des banques?», in *Beiträge zum schw. Bankenrecht* (R. von GRAFFENRIED éd.), Berne (Stämpfli) 1987, pp. 91-131.

18 Convention relative à l'obligation de diligence des banques entre l'Association suisse des banquiers et les banques signataires, dernière version du 1^{er} juillet 1992.

19 Art. 305ter du code pénal suisse.

humain concret et individualisé. S'il conserve quelque pertinence, ce ne peut être qu'en rapport avec la conception, l'organisation, la programmation et à la surveillance du traitement automatique.

Et c'est là que le bât blesse. Pour apprécier l'intervention individuelle, concrète, de l'organe ou de l'employé qui a traité ou maltraité tel ordre, telle opération, le juriste – le juge par exemple – peut dans une certaine mesure faire appel à son expérience personnelle que pour l'occasion il élève, non sans prétention, à la dignité de «cours ordinaire des choses» et d'«expérience générale de la vie». Mais son expérience ne lui permet presque jamais de porter la même appréciation sur la conception, la réalisation et la maintenance d'un système télématique. Le juge se retrouve sur ce terrain totalement dépendant de l'avis et des jugements de valeur des experts qu'il sollicite, avec les trois inconvénients que cela comporte: 1° Le recours à des experts augmente le coût de toute procédure en même temps qu'il la ralentit. 2° L'incertitude des faits, qui impose le recours à ces experts, accroît d'autant l'incertitude du sort de la procédure, rendant d'autant plus difficile une solution non contentieuse précoce et équitable. 3° Enfin, le principe du contradictoire expose dans le prétoire des faits, des technologies et des mesures de protection que la banque ne souhaiterait pas divulguer, car leur connaissance peut la rendre plus vulnérable à des actes malintentionnés.

Ces inconvénients incontournables rendent légitime une question: la diligence, respectivement la négligence ou la faute, sont-elles encore des conditions appropriées à l'application des normes civiles qui régissent ces prestations ? C'est pour y répondre que l'on va se pencher sur deux états de fait empruntés au domaine des paiements interbancaires.

III. Premier exemple: l'erreur d'acheminement dans un virement international

Les virements internationaux se caractérisent presque toujours par l'intervention, entre la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire, d'une ou plusieurs banques intermédiaires, correspondantes l'une de l'autre, par lesquelles transitent les fonds et

les instructions correspondantes. La multiplication des intervenants accroît d'autant le risque d'une erreur, et celle-ci aboutit parfois à ce que les fonds transférés, qui n'ont pas pu être bonifiés au bénéficiaire désigné par le donneur d'ordre, doivent donc faire retour à ce dernier.

Les possibilités d'erreurs sont diverses. L'un des cas les plus typiques se produit lorsque l'un des participants au transfert de fonds inverse deux chiffres dans le numéro du compte à créditer²⁰ ou dans le numéro de clearing d'un établissement financier.

L'erreur d'acheminement cause toujours une *perte d'intérêts*. Occasionnellement, elle provoque un *dommage plus considérable*, par exemple parce que le donneur d'ordre doit des dommages-intérêts de retard en raison de son paiement tardif, parce qu'il perd le bénéfice d'un contrat ou manque un investissement profitable²¹.

Nous ne nous intéresserons pas ici à ces dommages, quoique leur indemnisation fasse l'objet d'intéressantes controverses²², mais au *sort des fonds eux-mêmes*. Il arrive, c'est heureusement rare, que leur restitution au donneur d'ordre soit compromise. Ce peut être le cas parce que les fonds ont été crédités au compte d'un récipiendaire – qui en toute hypothèse n'est pas le bénéficiaire désigné par le donneur d'ordre –, lequel saisit l'aubaine, utilise les fonds et se trouve incapable de les restituer. Au plan pénal, le Tribunal fédéral, contre l'avis de la doctrine majoritaire, y voit un détournement de créance punissable au sens de l'art. 141 CPS²³.

L'acheminement ou la restitution des fonds peuvent également être compromis par l'insolvabilité de l'un des établissements financiers intervenant dans le transfert de fonds. Ce risque a été mis

20 En Suisse, ces situations ont donné lieu à la jurisprudence relativement au détournement de créances, inaugurée par l'arrêt *Nehmad*, ATF 87 IV 115, JdT 1962 IV 11; cf. ATF 116 IV 134, JdT 1991 IV 168; RSJ 1988 122. Au plan civil, les affaires dont j'ai eu connaissance ont toutes été transigées.

21 La jurisprudence suisse publiée est inexistante. J'ai cité de nombreux exemples tirés de la jurisprudence américaine aux notes 135 à 138 de mon étude, *Error and Fraud in Wholesale Funds Transfers*, Zurich (Schulthess) 1991.

22 En droit suisse, cf. notamment BILLOTTE-TONGUE (n. 8), NN. 504-613; HEINI (n. 8), pp. 79-104; Peter M. WETTSTEIN, *Home Banking – Die Beziehung zwischen Kunde und Bank aus juristischer Perspektive*, thèse Zurich (Schulthess) 1989, pp. 123-129. Pour un aperçu comparatif, cf. THÉVENOZ (n. 21), pp. 47-56.

23 Cf. *supra* note 20.

en évidence en 1974 lors de la retentissante faillite de la banque allemande Herstatt²⁴.

Certes, de tels problèmes pouvaient se présenter il y a cinquante ans déjà. Mais le phénomène s'est considérablement transformé. Les virements internationaux sont devenus une prestation de masse, même si celle-ci est davantage destinée aux entreprises et aux établissements financiers eux-mêmes qu'à la clientèle privée. Leur standardisation et leur automatisation passe par l'informatisation des banques et par la mise en place de réseaux spécialisés. On songe à SWIFT, un réseau mondial de télécommunications qui permet aux établissements bancaires et financiers de tous les pays d'échanger des messages de manière rapide et particulièrement sûre, mais qui n'inclut pas de mécanisme de clearing des ordres de paiement²⁵. Au plan national existent des réseaux spécialisés de transfert de fonds, qui non seulement transmettent les ordres mais gèrent également leur règlement, leur clearing. Il s'agit en Suisse de SIC, *Swiss Interbank Clearing*, géré par la Banque nationale²⁶. Ils s'appellent CHAPS en

24 Dans trois affaires distinctes relatives à des contrats sur devises, tranchées respectivement par les juridictions allemandes, anglaises et américaines, une banque s'est trouvée avoir fourni sa prestation tandis que la contreprestation qui lui était due par Herstatt ne lui est jamais parvenue en raison de la fermeture des guichets de cette dernière, ordonnée par les autorités allemandes le 26 juin 1974. *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust*, 464 F. Supp. 989 (S.D.N.Y. 1979), confirmé par 609 F.2d 1047 (2d Cir. 1979); *Momm v. Barclays Bank International*, [1977] 1 Q.B. 790. En Allemagne, cette faillite a donné l'occasion au Tribunal fédéral en matière civil de préciser les obligations de la banque centrale, la Bundesbank, à l'égard des banques participant au clearing interbancaire, cf. *Neue Juristische Wochenschrift* 1978 1852. Cf. aussi BECKER Joseph, «International insolvency: the case of Herstatt», *American Bar Association Journal* 62/1976 1290-1295.

25 Cf. notamment Jörg ETZKORN, *Rechtsfragen des internationalen elektronischen Zahlungsverkehrs durch S.W.I.F.T.*, Berlin, New York (de Gruyter) 1991; Herbert F. LINGL, «Risk allocation in international interbank electronic fund transfers: CHIPS & SWIFT», in *Harvard International Law Journal* 22/1981 621-660; Dieter JUETERBOCK, «Zehn Jahre S.W.I.F.T.-Netzwerk. Ein Meilenstein der Automation» et «S.W.I.F.T. II für die 90er Jahre», in *Die Bank* 1988 269-275 et 329-335. Autres références dans THÉVENOZ (n. 21), n. 127 p. 35.

26 Cf. notamment HESS (n. 8), pp. 107-114; *idem*, «Die Rechtsgrundlagen des Swiss Interbank Clearing», in *Wirtschaft und Recht* 1988, pp. 31-49; Christian VITAL, «Das elektronische Interbank-Zahlungsverkehrssystem SIC: Konzept und vorläufige Ergebnisse», in *Wirtschaft und Recht* 1988, pp. 9-31; Félix FISCHER / Willi HUANI, «Erste Erfahrungen mit dem Schweizerischen Interbank-Clearing-System aus der Sicht einer Grossbank», in *Wirtschaft und Recht* 1988, pp. 50-62; David K. MENGLE / Julie K. SEVERSON / Christian VITAL, *A comparison of FedWire and Swiss Interbank Clearing*, Richmond, Va. (Federal Reserve Bank of Richmond; ronéotypé). Voir aussi une série d'articles parus dans *Schweizer Bank* août 1988 (pp. 17-18), septembre 1988 (pp. 63-65), octobre 1988 (pp. 43-44) et novembre 1988 (pp. 45-48).

Grande-Bretagne, CHIPS et FedWire aux États-Unis, Sagittaire en France, etc.²⁷

Il est communément admis que ces systèmes, en éliminant certaines sources d'erreurs²⁸, ont réduit la fréquence statistique de telles erreurs. En même temps, la facilitation et l'accélération des transferts de fonds, la réduction du coût marginal de traitement, et bien sûr la mondialisation des marchés financiers ont provoqué une augmentation faramineuse du nombre et du montant de ces transferts de fonds. Pour ne parler que de la Suisse en 1990, le montant des virements interbancaires traités par le seul système SIC représentait, en moyenne pour *chaque jour ouvrable, presque 40% du produit intérieur brut annuel de la Suisse*²⁹. Si donc la fréquence statistique des cas d'erreur s'est réduite en valeurs relatives, ce n'est vraisemblablement pas vrai en valeurs absolues étant donnée l'augmentation du volume de ces opérations.

En outre, ce volume même a créé un nouveau risque, qui depuis quelques années a beaucoup occupé les banques centrales ainsi que la Banque des règlements internationaux. Il s'agit du risque systémique de crédit et de liquidité, c'est-à-dire de l'éventualité qu'un seul établissement financier qui se trouverait incapable, en fin de journée, de fournir la couverture des virements qu'il a émis

27 Ces systèmes ont fait l'objet d'une littérature abondante. Pour une présentation générale synthétique, cf. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, *Large-value funds transfer systems in the Group of ten countries*, Bâle 1990. Pour des références plus détaillées, outre MENGLE / SEVERSON / VITAL cité à la note précédente, cf. THÉVENOZ (n. 21), notes 11 et 12 p. 10.

28 Par la réduction des retranscriptions manuelles, le contrôle d'intégrité des messages, etc. En revanche, l'automatisation accroît certains risques, notamment parce que les fonds sont généralement crédités au compte dont le numéro est indiqué sans vérification préalable du nom du titulaire du compte par comparaison avec celui du bénéficiaire désigné par l'ordre. Cf. ATF 110 II 183, rés. JdT 1985 I 223, commenté par Beat KLEINER et Bernhard SCHMID in *Société anonyme suisse* 1985, pp. 175-177; Thorwald HELLNER, «Rechtsprobleme des Zahlungsverkehrs unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung», *Zeitschrift für Handelsrecht* 145/1981 124-135; Howard S. KOH, «Liability for lost or stolen funds in cases of name and number discrepancies in wire transfers: analysis of the approaches taken in the United States and internationally», *Cornell International Law Journal* 22/1989 91-113.

29 En 1991, les 65,2 millions d'ordres traités par SIC ont transféré quelque 30'430 milliards de francs entre comptes de virement auprès de la BNS (virement moyen: 466'400 francs). En 1991, le PIB de la Suisse s'est élevé à 332,7 milliards de francs. (Sources: Service de presse de la Banque Nationale Suisse; Office fédéral de la conjoncture, cité dans le *Bulletin mensuel* de la BNS, oct. 1992, tableau P1.)

déclenche, par un effet de dominos, les mêmes problèmes de trésorerie dans un grand nombre d'autres établissements financiers³⁰.

A. La situation au regard du droit suisse

Revenons à notre cas. Des fonds doivent faire retour au donneur d'ordre, mais ce retour est provisoirement ou définitivement paralysé parce que les fonds ont été détournés ou ont fait l'objet d'un acte d'appropriation, parce qu'ils sont bloqués par une décision de justice ou en raison d'une insolvabilité. Qui doit attendre ces fonds, déployer les efforts nécessaires pour en obtenir la libération totale ou partielle, souffrir le problème de trésorerie qui en résulte voire le risque de leur perte définitive ? Voici, très résumées, les réponses qu'y donne le droit suisse supplétif.

1° Si l'erreur provient du donneur d'ordre, qui a lui-même introduit des indications erronées dans son ordre³¹, c'est à lui que le risque incombe. En exécutant régulièrement l'ordre erroné qu'elle a reçu de son client, la banque du donneur d'ordre a acquis une créance en remboursement des fonds qu'elle a transférés (art. 402 al. 1 CO)³². Le donneur d'ordre dispose d'une prétention en enrichissement illégitime contre le récipiendaire, qui détient sans droit les fonds (art. 63 al. 1 CO)³³. Cependant, si les fonds sont restitués non pas

30 Parmi une littérature économique (plutôt que juridique) très abondante, cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *UNCITRAL Legal Guide on Electronic Funds Transfers*, New York (Nations Unies), pp. 93-102; BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, *Rapport du comité sur les systèmes de compensation interbancaires des banques centrales des pays du Groupe des dix*, Bâle 1990, et références in THÉVENOZ (n. 21), nn. 21 et 101.

31 ATF 116 et 87 cités *supra* note 20.

32 BILLOTTE-TONGUE (n. 8), N. 510; WETTSTEIN (n. 22), p. 134. La doctrine dominante n'admet pas qu'une invalidation de l'ordre erroné entraîne des effets sur la validité de la bonification au compte du récipiendaire, cf. HEINI (n. 8), pp. 53-55; GUGGENHEIM (n. 8), pp. 240-243; BISCHOFF (n. 8), II.3.b; *contra* CRONE (n. 3), pp. 65-67. A supposer même qu'on l'admette, le donneur d'ordre, à qui l'on pourra reprocher une négligence pour avoir émis un ordre erroné, doit néanmoins indemniser sa banque pour le dommage que cet ordre lui cause (art. 26 CO), et c'est donc bien lui qui se retrouve supporter le risque que les fonds ne soient pas récupérés, cf. BILLOTTE-TONGUE (n. 8), N. 511.

33 A juste titre, le Tribunal fédéral a confirmé à deux reprises que la prétention en enrichissement illégitime existe entre les parties au rapport (de base, de couverture ou d'assignation) qui est affecté d'un vice, cf. ATF 117 II 407-410 c. 3; ATF 116 II 691-692 c. 3b, JdT 1992 I 200-202. En l'espèce, c'est le rapport de base entre le donneur d'ordre et le récipiendaire (bénéficiaire erronément désigné) qui est

au donneur d'ordre mais à sa banque ou à l'une des banques en aval, chaque banque a l'obligation de les transmettre à son propre mandant, de qui elle les avait initialement reçus (art. 400 al. 1 *in fine* CO).

2° Lorsque l'erreur est celle de la banque du donneur d'ordre, la situation est certaine. En ne payant pas conformément aux instructions de son client, la banque n'a pas régulièrement exécuté son mandat au sens de l'art. 402 al. 1 CO et n'a donc pas acquis de droit à la couverture du paiement erroné qu'elle a transmis³⁴. Le débit au compte du client est injustifié et doit donc être extourné avec valeur au jour où du débit. Le risque du retour des fonds n'est pas supporté par le donneur d'ordre, mais bien par sa banque.

3° La solution est en revanche fort controversée lorsque l'erreur est le fait non de la banque du donneur d'ordre, mais d'une banque intermédiaire, qui intervient en aval dans le transfert de fonds, voire de la banque du bénéficiaire. La jurisprudence et une doctrine autorisée qualifient tout recours à une banque intermédiaire comme une substitution autorisée dans l'exécution du mandat de giro³⁵. La banque du donneur d'ordre ne répondrait envers son client que du soin avec lequel elle a choisi sa correspondante (art. 399 al. 2 CO). L'art. 399 al. 3 autoriserait le donneur d'ordre, mandant principal, à faire valoir contre la banque intermédiaire, sous-mandataire, tous les droits dont sa propre banque, mandataire principale, dispose contre celle-ci. A cette doctrine «traditionnelle», deux tendances récentes viennent opposer des solutions radicales.

défectueux, en fait inexistant. C'est donc entre eux seuls que les art. 62 ss CO s'appliquent pour rééquilibrer les patrimoines.

- 34 BILLOTTE-TONGUE (n. 8), N. 547. La portée des mots «*exécution régulière du mandat*» est controversée, comp. G. GAUTSCHI, *Berner Kommentar*, t. VI/2/4, Berne (Stämpfli) 1971, N. 7 ad CO 402, et Walter FELLMANN, *Berner Kommentar*, t. VI/2/4, Berne (Stämpfli) 1992, NN. 33-38 ad CO 402. Dans notre cas, les deux doctrines fournissent la même solution. Lorsque le virement n'est finalement pas exécuté, il y a tant exécution objectivement irrégulière du mandat (GAUTSCHI, N. 7a) que réparation de l'intérêt négatif (FELLMANN, N. 79). Lorsque le virement est répété et finalement exécuté, le client doit certes la couverture, mais une seule fois.
- 35 ATF 110 II 186 c. 2b, rés. JdT 1985 I 224 (pour le virement de lingots d'or); ATF 51 II 559, n.t. (dans l'accréditif); Herbert SCHÖNLE, «Ort und Zeit bargeldloser Zahlung», in *Festschrift Winfried Werner*, Berlin, New York (de Gruyter) 1984, n. 12 p. 823; CRONE (n. 3), pp. 57 (substitution dans le mandat) et 45-47 (substitution dans l'assignation); Christian THALMANN, «Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr», in *Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis*, Zurich (Schulthess) 1982, p. 142; GAUTSCHI (n. 34), NN. 7a ad CO 399 et 37a ad CO 400.

La première, soucieuse de préserver les banques d'une intervention directe – indésirable certes, mais bien hypothétique – du donneur d'ordre en cours d'exécution du transfert de fonds, refusent de voir dans le recours à une ou plusieurs banques intermédiaires une substitution au sens de l'art. 399 CO³⁶. L'art. 401 al. 1 CO opère cependant une cession légale des droits de la banque du donneur d'ordre en faveur de son client aussitôt que celui-ci a satisfait à ses propres obligations envers celle-là – ce qui est le cas dès lors qu'il dispose d'une provision suffisante auprès de la banque –, avec les mêmes effets que l'art. 399 al. 3 dont ces auteurs veulent obvier à l'application.

Le second courant s'appuie sur l'évolution récente de la jurisprudence fédérale relative à la distinction entre auxiliaire et substitut³⁷. Il qualifie les banques intermédiaires (mais non la banque du bénéficiaire, qui est imposée à la banque du donneur d'ordre) d'auxiliaires que la banque du donneur d'ordre met en oeuvre pour l'exécution de ses obligations, et dont elle répond aux conditions de l'art. 101 CO³⁸. Cette conception, récente et minoritaire, aboutit à protéger de manière étendue le donneur d'ordre en lui permettant de s'en prendre directement à sa propre banque, le dispensant ainsi de devoir rechercher la banque fautive.

Ces trois opinions offrent des réponses différentes à la question que l'on se pose ici. Si l'on considère que les banques intermédiaires sont les *auxiliaires* de la banque du donneur d'ordre³⁹, celle-ci doit

36 KLEINER / SCHMID (n. 28), pp. 179-180; HEINI (n. 8), pp. 43-44; BISCHOFF (n. 8), II/2/b/aa, qui suggèrent que la substitution de l'art. 399 CO suppose que le mandataire recourt à un sous-mandataire pour l'exécution d'une tâche qu'il serait lui-même en mesure d'exécuter, ce qui n'est pas le cas de la banque du donneur d'ordre lorsque le bénéficiaire du virement n'est pas titulaire d'un compte chez elle. En d'autres termes, à la différence de la substitution par commodité du mandataire, la substitution par nécessité ne relèverait pas de l'art. 399 CO. L'argument me paraît spécieux et je ne lui connais pas de fondement dans la littérature relative à cette disposition. Pour une bonne réfutation de cette conception: BILLOTTE-TONGUE (n. 8), NN. 90-92 et 208.

37 ATF 112 II 353-354 c. 2, rés. JdT 1987 I 30; cf. aussi ATF 103 II 61-62 c. 1a, JdT 1977 I 523-524; 107 II 244-245 c. 5b, JdT 1982 I 89-89; 117 II ... c. 3a = SJ 1992 304. Evolution discuté par BILLOTTE-TONGUE (n. 8), NN. 194-204.

38 HESS (n. 8), p. 106; BILLOTTE-TONGUE (n. 8), NN. 206-212. Les auteurs (*supra* note 4) suggérant une responsabilité objective des banques pour l'exécution des ordres au moyen de systèmes télématiques, que ce soient les leurs propres ou celui de tiers, aboutissent au même résultat.

39 Ce ne peut en revanche pas être le cas de la banque bénéficiaire, car celle-ci est désignée par le donneur d'ordre. On ne saurait (sauf convention contraire des parties) imputer à la banque du donneur d'ordre les actions ou les omissions d'une banque sur

se laisser imputer l'exécution irrégulière du mandat (au sens de l'art. 402 al. 1 CO) et ne peut donc débiter le compte du donneur d'ordre du montant des fonds qui ne sont pas parvenus au bénéficiaire. C'est la banque du donneur d'ordre qui supporte le risque que les fonds ne lui soient pas retournés ou lui soient retournés avec retard.

A l'inverse, si l'on considère que les banques intermédiaires sont de simples *sous-mandataires*, qu'il y ait ou non substitution au sens de l'art. 399 CO, la banque du donneur d'ordre peut se prévaloir pour elle-même d'une «exécution régulière» de son mandat pourvu qu'elle ait choisi avec soin la banque intermédiaire à laquelle elle a transmis l'ordre de virement et fait suivre les fonds⁴⁰. Elle peut donc maintenir le débit au compte de son client et n'encourt d'autres obligations que de céder au donneur d'ordre ses éventuelles prétentions contre la banque responsable⁴¹ et de lui recrediter les fonds sitôt qu'elle les aura reçus en retour. C'est donc bien le donneur d'ordre qui supporte les risques grevant le retour des fonds. Certes, en droit suisse comme au regard de nombreux droits nationaux, les atermoiements de la banque intermédiaire qui a mal exécuté l'ordre de paiement qu'elle avait reçu sont injustifiés. Elle n'a pas droit à la couverture et doit la restituer sans délai, indépendamment du sort des fonds dont elle s'est dessaisie à tort. En pratique, elle ne restitue le plus souvent pas les fonds avant de les avoir elle-même récupérés.

En résumé, et à moins de considérer que les banques intermédiaires interviennent dans le virement comme des auxiliaires de la banque du donneur d'ordre, dont celle-ci répond envers son client sur la base de l'art. 101 CO, l'obligation de la banque du donneur d'ordre s'arrête en quelque sorte avec le départ des fonds, dûment étiquetés, chez sa correspondante. Si une erreur d'acheminement se produit en aval, dans une banque intermédiaire, le donneur d'ordre n'a d'autre remède que de demander la restitution des fonds ou l'indemnisation de son préjudice *soit* à l'auteur de «l'erreur d'aiguillage» *soit* au détenteur des fonds.

laquelle elle n'a aucun choix. Cf. HESS et BILLOTTE-TONGUE, *loc. cit.* à la note précédente.

40 Art. 399 al. 2 CO si l'on admet la substitution; art. 398 al. 2 CO dans le cas contraire, cf. KLEINER (n. 8), p. 190 (à la n. 190).

41 En droit suisse, cette cession s'opère *ex lege*, cf. art. 401 al. 1 CO.

B. Les inconvénients de la solution majoritaire

L'existence en droit suisse d'une controverse sur un point aussi fondamental entraîne à l'évidence une insécurité juridique inquiétante. En outre, la solution majoritaire est insatisfaisante, tout particulièrement dans le contexte des virements internationaux.

Pour la simple restitution des fonds – on ne parle pas ici de dommages-intérêts –, renvoyer le donneur d'ordre à agir contre la banque où l'erreur s'est produite ou encore contre le récipiendaire des fonds n'est certes pas un régime favorable. Lorsqu'il s'agit d'un virement limité à la Suisse, cette solution reste jouable, notamment parce que tout virement interne en francs suisses passe au plus par deux banques (celles du donneur d'ordre et du bénéficiaire) et par un intermédiaire fiable et solvable: les PTT ou SIC, le système de clearing interbancaire de la Banque nationale suisse. La chaîne est donc relativement courte. La qualité des services bancaires dans notre pays ainsi que la solvabilité généralement bonne des banques suisses assurent que le risque de perte reste minime. Le for d'une éventuelle action contre la banque qui a reçu les fonds est en Suisse, ce qui n'est en revanche pas nécessairement le cas d'un éventuel procès contre le récipiendaire ultime de ces fonds s'il s'agit d'un client étranger.

Ce qui, à défaut d'être favorable, paraît encore praticable à l'intérieur des frontières suisses, ne l'est certes plus lorsqu'un virement les franchit. Et c'est le cas aussitôt qu'un transfert de fonds inclut une banque étrangère ou concerne une devise autre que le franc suisse. D'abord, les services financiers des banques étrangères sont de qualité très inégale. La solvabilité des institutions financières, si elle s'est un peu dégradée dans notre pays, a empiré bien davantage dans d'autres pays industrialisés aussi peu exotiques que les Etats-Unis d'Amérique ou le Japon. Une éventuelle action en répétition de l'indû ou en indemnisation devra être portée devant une juridiction étrangère. On ne sait pas d'avance quel sera le droit national applicable⁴². On sait encore moins à quelles conditions ce droit soumet l'exercice d'une telle action. On ignore en particulier s'il

42 Rappelons que, dans toutes ces hypothèses, il est question de fonds qui ne parviennent pas au bénéficiaire voulu par le donneur d'ordre, mais soit restent bloqués en chemin soit sont acheminés par erreur à un autre client, voire à une autre banque, éventuellement dans un autre pays.

reconnaît la subrogation en faveur du donneur d'ordre que prévoient les art. 399 al. 3 et 401 al. 1 CO.

Outre cette incertitude quant au droit de fond, les aléas et les coûts inhérents à toute procédure à l'étranger peuvent rendre prohibitive l'action du donneur d'ordre contre une banque ou contre le titulaire d'un compte avec lesquels il n'entretient aucune relation d'affaire, qu'il ne connaît en fait ni d'Eve ni d'Adam.

C. La loi modèle de la CNUDCI

C'est pour ces raisons qu'une solution différente de celle du code suisse des obligations est inscrite dans la *loi type sur les virements internationaux* adoptée en juin 1992 par la CNUDCI, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international⁴³.

Instituée en 1966 par l'Assemblée générale, la CNUDCI est l'organe spécialisé des Nations Unies qui contribue au développement et à la sécurité des échanges économiques internationaux par l'élaboration d'instruments juridiques appropriés⁴⁴. Ses travaux ont permis l'adoption de textes contraignants comme la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises, entrée en vigueur pour la Suisse au 1^{er} mars 1991⁴⁵, ou les Règles de Hambourg dans le domaine du transport maritime⁴⁶. Ils ont également permis la naissance de nombreux documents non

43 Son texte est reproduit dans le rapport de la CNUDCI à l'Assemblée générale sur les travaux de sa vingt-cinquième session (U.N. Doc. A/47/17), pp. 51-64. J'ai relaté les premiers travaux qui ont mené à cette législation modèle in THÉVENOZ (n. 21). Voir aussi Eric E. BERGSTEN, «Les aspects juridiques des transferts de fonds internationaux effectués par des moyens électroniques», *Revue de droit des affaires internationales* 1987 649-668; Carl FELSENFELD, «Strange bedfellows for electronic funds transfers: Proposed Article 4A of the Uniform Commercial Code and the UNCITRAL Model Law», *Alabama Law Review* 44/1991 ...; Ernest T. PATRIKIS, «UNCITRAL payments efforts», *Brooklyn Journal of International Law* 15 (1989) 46-58; Erich SCHINNERER, «Zum «Leitfaden»-Entwurf von UNCITRAL über den elektronischen Überweisungsverkehr», *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1985 226-240; Uwe H. SCHNEIDER, «Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr», *Wertpapier Mitteilungen* 43 (1989) 285-293. Les travaux ultérieurs sont relatés dans les rapports successifs de la CNUDCI à l'Assemblée générale.

44 Cf. Paul VOLKEN, «Fünfundzwanzig Jahre UNCITRAL», *RSDIE* 1992 133-134; *La Commission des Nations Unies pour le droit international*, New York (Nations Unies) 1987. La Commission publie un annuaire résumant ses travaux et reproduisant ses documents les plus intéressants, malheureusement avec un retard d'environ trois ans.

45 RS 0.221.211.1, RO 1991 307.

46 Une convention de 1988 sur la lettre de change et le billet à ordre internationaux ne semble pas, pour le moment, rencontrer le succès escompté.

contraignants tels que des guides juridiques⁴⁷ ou des lois modèles; certaines ont connu un succès remarqué comme celle sur l'arbitrage international, qui a inspiré plusieurs législations nationales récentes en la matière⁴⁸.

La loi modèle («loi type» dans le langage onusien) qui nous intéresse est le fruit d'une quinzaine d'années de recherches consacrées aux virements internationaux, dont les six dernières servirent à rédiger ce texte normatif proposé à l'adoption par les législateurs nationaux intéressés. Le résultat ne va pas sans réserves: la relative nouveauté des systèmes internationaux électroniques de transfert de fonds et les grandes disparités entre les systèmes de paiement des pays industrialisés et ceux des pays en voie de développement ne permettaient certes pas d'aboutir à une codification simple et précise d'un phénomène en pleine évolution. Mais sa genèse a permis une discussion approfondie de questions délicates et controversées. Les solutions retenues revêtent donc une valeur de persuasion que l'on ne saurait négliger.

Pour revenir à l'exemple qui nous occupe ici, l'article 14 de la loi modèle, intitulé «Remboursement», vise l'hypothèse où les fonds ne parviennent pas au bénéficiaire désigné par le donneur d'ordre. Il oblige la banque du donneur d'ordre à recrediter sans délai le montant du transfert et les intérêts au compte du donneur d'ordre. La banque du donneur d'ordre obtient le même droit contre la première banque intermédiaire, qui est sa correspondante, et ainsi de suite jusqu'à celle qui détient les fonds mal acheminés (art. 14 § 1)⁴⁹.

47 Outre un *Guide juridique sur les transferts électroniques de fonds* de 1987, on remarquera un *Guide pour les opérations internationales d'échanges compensés* adopté en mai dernier. Un groupe de travail se penche aujourd'hui sur les problèmes juridiques liés à l'échange de données informatisées.

48 Sont présentement en cours d'élaboration une loi uniforme sur les garanties et lettres de crédit *stand-by* ainsi qu'une loi type sur la passation des marchés publics, cf. Marc Wey, «UNCITRAL-Working Group «New International Economic Order» Öffentliches Beschaffungswesen», RSDIE 1991 501-512.

49 L'art. 14 § 1 dispose: «*Si le virement n'est pas achevé, la banque du donneur d'ordre est tenue de lui restituer tout paiement reçu de lui, accru des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour du remboursement. La banque du donneur d'ordre, et chaque banque réceptrice suivante, a droit au remboursement de toutes sommes qu'elle a versées à la banque réceptrice suivante, accrues des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour du remboursement.*» Cette règle ne peut être modifiée contractuellement que «*dans les cas où la banque du donneur d'ordre, par mesure de prudence, n'aurait pas, sans cela, accepté un ordre de paiement donné, en raison du risque important présenté par le virement*» (art. 14 § 2).

Lorsque les fonds égarés sont effectivement récupérés, ce qui représente la grande majorité des cas, ce mécanisme produit les mêmes effets que le droit suisse. Il est plus rapide cependant, puisque chaque partie qui a fourni une provision peut en exiger immédiatement la restitution, sans devoir attendre que la partie suivante ait effectivement reçu les fonds en retour.

La différence entre le droit suisse et la loi modèle se marque surtout lorsque les fonds sont devenus indisponibles, par exemple en raison d'une insolvabilité (faillite ou sursis bancaire) ou d'un blocage par une décision judiciaire ou administrative (par exemple en raison d'un problème de contrôle des changes). La règle est ainsi rédigée qu'elle fait supporter ce risque – le risque d'attendre les fonds, d'entreprendre des démarches pour les récupérer, voire peut-être d'en essayer la perte complète ou partielle – à la partie qui a décidé de recourir aux services de la banque où les fonds sont bloqués. Le plus souvent, c'est celle située immédiatement en amont. Plus rarement, c'est une autre banque, voire même le donneur d'ordre, qui a prescrit l'emploi de la banque où les fonds sont bloqués⁵⁰.

D. Appréciation

La philosophie de la loi modèle s'écarte indéniablement de notre droit du mandat. Là où celui-ci fait supporter la perte au donneur d'ordre, celle-là la met à la charge de la partie qui a choisi de faire transiter le virement par la banque qui se trouve incapable de les restituer. Notre Code des obligations traite le donneur d'ordre comme un mandant aux risques et périls de qui sa banque agit aussi longtemps qu'elle n'encourt aucune faute. La loi modèle objective cette notion de diligence en faisant garantir les fonds bloqués (les anglo-saxons parlent de *money-back guaranty*) par la banque qui a

50 L'art. 14 § 3 statue ainsi: «Une banque réceptrice n'est pas tenue au remboursement visé au paragraphe 1 si elle n'est pas en mesure de se faire rembourser parce qu'une banque intermédiaire qu'elle avait reçu pour instruction d'utiliser pour effectuer le virement se trouve en cessation de paiements ou que la loi interdit à la banque intermédiaire d'effectuer le remboursement. Une banque réceptrice n'est considérée avoir reçu pour instruction d'utiliser la banque intermédiaire que si elle prouve qu'elle ne sollicite pas systématiquement de telles instructions dans les cas similaires. L'expéditeur qui a le premier spécifié que cette banque intermédiaire devait être utilisée a le droit de réclamer le remboursement à la banque intermédiaire.»

choisi celle où ces fonds sont bloqués, indépendamment de toute faute au sens subjectif.

Cette différence entre droit suisse et loi modèle ne disqualifie pas cette dernière à mes yeux, d'autant moins que les art. 394 ss, qui remontent en fait au Code des obligations de 1881, ne pouvaient prendre en compte l'évolution remarquable du trafic des paiements. La question est bien plutôt: le mécanisme prévu par la CNUDCI est-il désirable ? Est-il économiquement judicieux ? Est-il équitable ?

La réponse est affirmative. D'abord parce que ce mécanisme assure qu'un éventuel différend sera réglé non pas entre le donneur d'ordre et une banque, généralement à l'étranger, qu'il ne connaît pas, qu'il n'a pas choisie et avec laquelle il n'entretient pas de relations d'affaires, mais à chaque maillon de la chaîne, «de proche en proche», entre deux banques correspondantes l'une de l'autre, qui ont donc un intérêt commun à trouver une solution ménageant leurs relations d'affaires à plus long terme.

Ensuite, comme je l'ai démontré ailleurs⁵¹, parce qu'il est non seulement *inéquitable*, mais surtout économiquement *inefficace* de faire supporter au donneur d'ordre le risque lié au choix d'une banque intermédiaire, car c'est un risque sur lequel il ne peut pas agir. Il n'a ni les connaissances ni les compétences professionnelles pour réduire la probabilité d'une perte en choisissant, mieux que sa banque, le chemin que devront suivre les fonds pour parvenir au bénéficiaire. Seule la banque qui a désigné celle où les fonds se trouveront bloqués pouvait agir sur ce risque. Le lui faire supporter, c'est l'inciter à le réduire, c'est-à-dire à faire un choix économiquement optimal⁵².

Le dernier argument est commercial. Suite à l'abrogation de leurs conventions tarifaires et à la rectification des dates-valeur dans le trafic des paiements, les banques ont revu à la hausse l'ensemble des frais qu'elles prélèvent pour la tenue des comptes et l'exécution des ordres de paiement⁵³. Pour cela, elles revalorisent ces services à l'égard de leur clientèle en les présentant comme de véritables prestations, qui doivent être rémunérés à un juste prix. Le client est

51 THÉVENOZ (n. 21), pp. 44-47.

52 Le plus souvent, ce sera la banque immédiatement en amont de celle où les fonds sont bloqués. Que la première supporte le risque d'insolvabilité de la seconde, c'est précisément le risque associé au choix d'un correspondant.

53 C'est l'un des principaux effets du rapport de 1989 de la Commission des cartels sur *Les effets de portée nationale d'accords entre banques*, cf. *infra* note 60 et IV.B.

capable de comprendre ce langage si sa banque s'engage sur la qualité du service qu'elle lui vend. Elle ne peut pas se laver les mains de ce qui se passe en aval de son intervention au motif qu'elle-même a fait «au mieux». Un importateur suisse qui paie son fournisseur français en dollars américains ne comprendrait certainement pas qu'on lui fasse supporter la perte des fonds d'un virement parce que la banque américaine par laquelle un virement en dollars doit nécessairement transiter aurait entretemps fait faillite. Et je doute qu'une banque suisse tienne ce raisonnement à son client, si le cas se présentait.

IV. Deuxième exemple: l'utilisation abusive d'une carte de paiement par un tiers non autorisé

Le premier exemple concernait un moyen de paiement principalement utilisé par les entreprises. J'ai donc choisi le second dans le *retail banking*, c'est-à-dire les services financiers aux consommateurs. Ceux-ci offrent plusieurs exemples d'automatisation intégrale d'un ordre de paiement. C'est notamment le cas de certaines prestations relevant de la banque à domicile (*telebanking*), où le client consulte son compte et donne ses ordres de chez lui, par exemple au moyen d'un terminal Videotex, le pendant suisse du Minitel français⁵⁴.

On se penchera ici sur la carte de paiement, ce petit rectangle de plastique pourvu d'une piste magnétique ou d'un microprocesseur («carte à puce»), qui permet notamment de retirer des coupures à une billetterie ou à un guichet automatiques et, de plus en plus souvent, peut être utilisée chez le commerçant, introduite dans un terminal au point de vente pour déclencher le transfert, immédiat ou en fin de journée, du montant des achats du compte bancaire ou postal de l'acheteur à celui du commerçant⁵⁵. Et l'on examinera une situation

54 Cf. Sven-Erik ZEIDLER, *Risikotragung und Haftung im Videotex-Telebanking*, thèse Berne (Stämpfli) 1991; WETTSTEIN, cité *supra* (n. 22); voir également Katrin ATIA-OFF, *Videotex - Zivilrechtliche Aspekte*, thèse Berne (Stämpfli) 1988.

55 Cf. Xavier FAYRE-BULLE, *Le droit communautaire du paiement électronique*, mémoire de D.E.S. Genève, Zurich (Schulthess) 1992; von der CRONE (n. 3), pp. 4-10, 120-127; COMMISSION FÉDÉRALE DE LA CONSOMMATION, *La monnaie de plastique*, février 1986 (reproduite in *Les nouveaux moyens électroniques de paiement* (n. 8), pp. 111-119; SCHÖNLE (n. 8); STAUDER (n. 4).

désagréable mais hélas relativement fréquente⁵⁶: l'utilisation abusive d'une carte de paiement par un tiers suite au vol, à la perte ou éventuellement à la contrefaçon de cette carte.

A. La solution (supplétive) du législateur suisse

Il résulte du droit dispositif que le risque de falsification d'un moyen de paiement est à la charge de la banque, sauf faute du titulaire du compte dont la signature a été contrefaite. Cette allocation des risques est explicite dans le droit du chèque, où l'art. 1132 CO dispose:

«Le dommage résultant d'un chèque faux ou falsifié est à la charge du tiré si aucune faute n'est imputable à la personne désignée comme tireur dans le titre; la faute du tireur consistera notamment dans le fait de n'avoir pas veillé avec assez de soin à la conservation des formulaires de chèques qui lui ont été remis.»

Le même principe vaut en fait pour l'ensemble du trafic des paiements en vertu de l'art. 402 al. 1 CO, qui n'autorise une banque (ou l'émetteur d'une carte de paiement) à débiter le compte de son client que pour les débours faits dans *«l'exécution régulière de son mandat»*. La jurisprudence, approuvée par la doctrine presque unanime⁵⁷, ne l'admet que lorsque la banque a exécuté un ordre de

56 Les émetteurs suisses de cartes de paiement sont extrêmement réticents à publier des statistiques relatives aux fraudes dont eux-mêmes et leurs clients sont les victimes. Le montant se chiffrerait en millions de francs pour chacune des principales cartes de crédit diffusées en Suisse (Visa, Eurocard, Diners Club, American Express). L'Association suisse des banquiers, qui administre un fonds d'indemnisation pour le *carte de garantie de chèque* et *carte de débit* eurochèque, enregistra 273 demandes d'indemnisation en 1989 et 440 en 1990 (*Rapports annuels 1988/1989* 181-182 et 1989/1990 198), avant de cesser de publier ces données. La police cantonale zurichoise recensa en 1988 quelque 700 retraits de billets non autorisés au moyen d'une carte de paiement pour le seul canton de Zurich (*Tages Anzeiger* du 17.5.1989, p. 17). Voir également l'enquête par sondage de Christoph MEIER, *Wirtschaftsdelikte im Bankengewerbe. Eine empirische Untersuchung über Entwicklung, Erscheinungsformen, Schadensfolgen und Risikoursachen bankbezogener Wirtschaftsstraftaten*, thèse de Fribourg, Berne/Stuttgart (Haupt) 1986, not. pp. 234-237.

57 ATF 51 II 187-188 c. 2, JdT 1925 I 461-462; 94 II 40 c. 5, rés. JdT 1969 I 349. Cf. SCHÖNLE (n. 8), n. 51 et ses très nombreuses références, et depuis lors: GUGGENHEIM (n. 8), pp. 246-248; CRONE (n. 3), pp. 61-63; Sabine KILGUS, *Haftung für Unterschriftenfälschung im Bankverkehr und die Zulässigkeit ihrer Wegbedingung durch AGB*, thèse Zurich (Schulthess) 1988, pp. 140-142; WETTSTEIN (n. 22), pp. 137-140;

paiement authentique, qui émane effectivement de son client ou d'un représentant autorisé. Lors de l'utilisation frauduleuse d'une carte de paiement par un tiers, le droit dispositif met la perte à la charge de la banque qui a émis la carte, et non à la charge du client à qui elle a été remise. Toutefois, si le client a fautivement contribué au dommage causé à la banque par la fraude, notamment parce qu'il a violé une obligation accessoire de diligence, il doit l'en indemniser partiellement ou complètement⁵⁸.

Ainsi, l'art. 1132 CO ne fait qu'explicitier à propos du chèque l'allocation des pertes telle qu'elle résulte déjà des règles supplétives du mandat applicables au contrat de compte-courant et de giro bancaire.

B. La signature falsifiée dans la pratique bancaire suisse

Tous les juristes savent pourtant que la solution légale, dispositive, est «*presque tombé[e] en désuétude*»⁵⁹, systématiquement renversée qu'elle est par les conditions générales des banques. La recommandation de 1966 par laquelle l'Association suisse des banquiers proposait à ses membres un modèle de

Ida HARDEGGER, *Über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*, thèse de St. Gall, Berne/Stuttgart (Haupt) 1991, pp. 120-121. L'opinion inverse de KLEINER – réitérée dans «Bankkonto und elektronische Transaktionen», in *Festschrift Max Keller*, Zurich (Schulthess) 1989, pp. 721-722 – a été réfutée de manière décisive par SCHÖNLE, *loc. cit.* — L'art. 402 al. 1 CO est étroitement lié au principe que le débiteur d'une somme d'argent ne se libère qu'en payant en mains de son véritable créancier ou d'un représentant autorisé, ATF 111 II 265 c. 1b, rés. JdT 1986 I 250 (et doctrine citée); 112 II 454 c. 3a; Erich RÜEGG, *Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger*, thèse Fribourg (Ed. Universitaires) 1990.

58 Admise dans son principe par le Tribunal fédéral (ATF 111 II 265, 112 II 457) et par les auteurs précités, cette indemnisation est controversée dans son fondement. On y voit souvent une violation positive du contrat, ou plus précisément la violation fautive (art. 97 al. 1, 402 al. 2 CO) d'une obligation accessoire de diligence qui procède des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) à défaut généralement de stipulations expressees, cf. notamment GUGGENHEIM (n. 8), p. 247; SCHÖNLE (n. 8), p. 86; STAUDER (n. 4), pp. 235-236. Contrairement à l'opinion isolée de GAUTSCHI (n. 34), NN. 21b et 22a ad CO 402, et apparemment de HOFSTETTER (n. 12), pp. 68-69, cette situation entre dans les prévisions de l'art. 402 al. 2 CO qui, à la différence de l'al. 1, n'exige pas l'«exécution [objectivement] régulière» du mandat par le mandataire (ce que l'exécution d'un ordre faux ou falsifié n'est pas, cf. *supra* n. 57. En cas de faute du mandant et du mandataire, les dommages-intérêts de l'art. 402 al. 1 CO seront réduits conformément à l'art. 44 al. 1 CO, cf. FELLMANN (n. 34), NN. 166-169 ad CO 402. L'indemnisation de la banque repose en outre sur la responsabilité extracontractuelle de son client si celui-ci a agi en collusion avec le fraudeur (ATF 112 II 457).

59 SCHÖNLE (n. 8), p. 79.

conditions générales comprenait un art. 4, intitulé «Vérification en matière de signatures et de légitimation», qui se lisait ainsi:

«Le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque.»⁶⁰

Cette répartition du risque de fraude résulte d'une clause contractuelle, acceptée en théorie par les deux parties. En réalité, les clients n'ont pas le choix dès lors que tous les établissements bancaires ont inclus une clause semblable dans leurs conditions générales et n'accepteraient pas d'ouvrir un compte à d'autres conditions. Cette clause s'est heurtée dès le début des années quatre-vingts à de fortes critiques de la doctrine juridique, des milieux de consommateurs, de la Commission des cartels et même du Tribunal fédéral.

a) Dans son arrêt de 1986 relatif à un client vietnamien⁶¹, le Tribunal fédéral s'est penché sur une reproduction quasi littérale de l'art. 4 des conditions modèles de l'ASB. Il a estimé que les art. 100 et 101 CO – qui *stricto sensu* ne visent que les clauses limitatives d'une responsabilité – s'appliquent par analogie à celles qui, en l'absence de toute responsabilité, font supporter une perte fortuite à une autre personne que celle dans le patrimoine de laquelle le dommage se produit (*Schadensabwälzungsklauseln*). Tirant ensuite argument de la loi sur les banques, qui les soumet à autorisation et à surveillance, le Tribunal fédéral a assimilé l'activité bancaire à «l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité» au sens des art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO. Il en résulte que les banques ne peuvent plus s'exonérer de leur responsabilité du fait de leurs auxiliaires qu'en cas de faute légère. Quant à leur responsabilité du fait de leurs organes⁶², l'art. 100 al. 2 CO permet au juge de «tenir pour nulle» la clause qui met le risque de fraude à la charge du

60 Reproduit in *Les effets de portée nationale d'accords entre banques*, Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix (PCCPr) 1989/3 311. Cette recommandation ne faisait que consacrer une pratique contractuelle antérieure, cf. déjà Harry ZIMMERMANN, «Über die „Allgemeinen Kontokorrentbedingungen“ der Banken», RSJ 17/1920 154–155, qui relève la responsabilité étendue que ce genre de clauses met à la charge le client.

61 ATF 112 II 450 (en français).

62 Au sens des art. 55 al. 2 CC, 718 CO.

client même en cas de faute légère d'un organe de la banque. Cette jurisprudence, déjà abondamment discutée dans la littérature⁶³, appelle deux remarques.

Primo, elle n'affecte pas la validité de la clause relative au contrôle des signatures en tant que celle-ci, *en l'absence de toute faute de la banque et de son client*, fait passer le risque de fraude et la perte qui en résulte de la banque au client, en dérogation aux art. 402 et 1132 CO. Au mieux, elle entrouvre la porte à un futur contrôle matériel du partage des risques entre la banque et son client au regard des art. 19 et 20 CO et 27 CC⁶⁴.

Secundo, en présence d'une faute légère d'un organe de la banque, le juge *peut* certes, mais il ne *doit* pas, priver cette clause de ses effets juridiques et mettre donc la perte à la charge de la banque. L'art. 100 al. 2 CO lui confère un pouvoir d'appréciation, que le Tribunal fédéral lui enjoint d'exercer, dans le cadre de l'art. 4 CC, en examinant «*la clause litigieuse en tenant compte des autres stipulations du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier*»⁶⁵. Cette intervention opportune de considérations tirées de l'équité crée une incertitude juridique pour toutes les parties à un éventuel différend.

b) La Commission des cartels, dans son rapport de 1989 relatif aux accords interbancaires⁶⁶, s'est également préoccupée de l'art. 4 des conditions modèles de l'ASB. Ce n'était clairement pas l'objet principal de son enquête, qui porte avant tout sur l'uniformisation du

63 Outre l'ensemble des monographies récentes déjà citées, cf. HARDEGGER (n. 57), pp. 128–132.

64 ATF 112 II 456, dernier alinéa avant le considérant 3b.— L'art. 8 de la loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241) se révélant totalement insuffisant à cette tâche en raison de l'adjonction par le Conseil des Etats des mots «*de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante*» au projet du Conseil fédéral, la doctrine récente recherche à nouveau le fondement d'un tel contrôle dans les normes générales du Code des obligations, en particulier dans la contrariété à «*l'ordre public*» de l'art. 19 al. 2 CO, cf. parmi beaucoup: Ernst A. KRAMER, *Berner Kommentar*, t. VI/1/2, Berne (Stämpfli) 1991, NN. 270–302; Bernd STAUDER, «*Les clauses abusives en droit suisse: situation actuelle et perspectives*», in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Paris (LGDJ) 1991, pp. 281 ss, not. 286–291. A ce jour, seul le Tribunal supérieur de Bâle-Campagne a explicitement examiné trois clauses des conditions générales d'une banque sous cet angle, clauses qu'il a trouvées en l'espèce matériellement justifiées, ce qui excluait «*eine krasse Unbilligkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit*». Appliquant ce raisonnement à la clause qui nous intéresse ici, SCHÖNLE (n. 8), p. 84, la tient pour nulle *de lege lata*.

65 ATF 112 II 455.

66 Cité *supra* note 60.

tarif de nombreuses prestations et sur les limitations de concurrence en matière de syndicats d'émission. La Commission consacra néanmoins trois brèves pages à la circulaire de 1966 contenant les conditions modèles, une recommandation que l'art. 2 al. 2 de la loi sur les cartels de 1985⁶⁷ assimile à un cartel dès lors que l'uniformisation des conditions générales qui en est résulté représente «à l'évidence une limitation notable de la concurrence». En faisant explicitement référence à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, la Commission des cartels conclut son examen en suggérant de remplacer la réserve d'une faute grave de la banque par une formulation qui n'exonérerait celle-ci qu'en tant qu'elle «a fait preuve de la diligence usuelle dans les affaires»⁶⁸.

Dire que les milieux bancaires ont accueilli fraîchement les recommandations de la Commission des cartels relève de la litote. Certaines furent acceptées⁶⁹, d'autres rejetées pour être ultérieurement confirmées par une décision du Département fédéral de l'économie publique⁷⁰. Quant à la recommandation relative aux conditions modèles, elle fut éludée. L'ASB déniait à la Commission des cartels toute légitimité pour examiner ces conditions générales. Afin cependant d'éviter que le Département fédéral de l'économie publique n'ait à trancher, l'Association fit une concession de forme en déclarant abroger sa recommandation relative aux conditions modèles. Cette abrogation purement formelle a supprimé la recommandation équivalant à un cartel au sens de l'art. 2 al. 2 LCart, mettant ainsi la Commission et le Département hors jeu. Elle n'a bien sûr entraîné aucune modification des conditions générales utilisées par les banques, dans lesquelles on continue de trouver une clause reproduisant la substance, et parfois même la lettre, des conditions modèles abrogées.

67 Loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, du 20 décembre 1985 (RS 251; abrégée LCart).

68 COMMISSION FÉDÉRALE DES CARTELS (n. 60), p. 201.

69 Cf. COMMISSION DES CARTELS, «Rapport annuel 1989», PCCPr 1990/1a 44-45; ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, *Rapport annuel 1988/89* 70-72, 1989/1990 67-83.

70 Décision du 10 septembre 1990, in «Rapport annuel 1990», PCCPr 1991/1a 32, Sur un seul objet (Convention IV relative aux droits de garde), celle-ci fut déférée au Tribunal fédéral qui, pour des motifs tenant au droit d'être entendu, l'a annulée et renvoyée au Département dans un arrêt du 25 octobre 1991, reproduit in PCCPr 1992/1a 161-173. Sur l'ensemble, voir notamment Walter A. STOFFEL, «L'application de la nouvelle LCart par la commission fédérale des cartels: un premier bilan», RSDA 1992 93-105.

C. Cartes de paiement: inadéquation d'une référence à la faute de l'émetteur

En matière de fraude dans le trafic électronique des paiements, ni la nouvelle jurisprudence ni les recommandations de la Commission des cartels ne me semblent apporter de solution appropriée. Aujourd'hui, dans la plupart des systèmes de paiement destinés au grand public, il n'y a plus d'intervention humaine individualisée – par exemple de contrôle des signatures – à propos de laquelle on puisse se demander si elle fut accomplie de façon diligente ou négligente.

Ainsi des chèques. Dans la plupart des cas, la banque chargée de l'encaissement ne les présente pas physiquement à la banque tirée, mais lui adresse un message électronique lui en demandant le paiement. C'est le système de la troncation des chèques, destiné à réduire leurs coûts de traitement. Il ne permet plus de contrôle des signatures. La banque tirée paie si le compte du tireur est provisionné ou si le chèque bénéficie de sa garantie (à hauteur de 300 francs suisses) par le mécanisme de la carte eurochèque⁷¹.

Ainsi encore des achats effectués au moyen d'une carte de crédit. C'est le commerçant qui compare la signature apposée sur la facture à celle figurant au verso de la carte, et non l'émetteur de la carte de crédit.

Pour certains moyens de paiement, la signature disparaît au profit d'un code personnel et secret (NIP, Numéro d'identification personnelle) que le titulaire de la carte s'engage contractuellement à ne révéler à personne. C'est ainsi que l'on procède aujourd'hui au retrait de coupures à une billetterie automatique, aux achats d'essence, voire au règlement d'autres achats au moyen d'un terminal situé chez le détaillant (ec-Direct)⁷².

Enfin, les ordres de paiement et les ordres de bourse donnés par le titulaire d'un compte depuis son domicile au moyen d'un clavier et

71 Cf. Brigitte von der CRONE-SCHMOCKER, *Das Checkinkasso und die Checktruncation*, thèse Zurich (Schulthess) 1986.

72 Cf. *supra* note 55.

d'un écran reposent sur le même principe, avec des précautions additionnelles⁷³.

Si elle ne relève plus de la diligence personnalisée d'un caissier ou d'un employé de banque chargé de traiter un ordre, la sécurité de ces systèmes dépend à deux égards de la banque ou plus précisément de l'émetteur de la carte de paiement⁷⁴. C'est l'émetteur, et non le client, qui détermine la sécurité et la fiabilité générales du système par le choix des moyens technologiques et des mesures administratives sur lesquels il repose. Ces mesures générales assurées, l'émetteur n'a pas de prise sur la sécurité de chaque carte, qui repose sur son titulaire. Tout au plus peut-on songer à une surveillance des transactions suspectes par leur montant ou leur fréquence⁷⁵. Le rôle de l'émetteur renaît au moment où on lui annonce la perte ou le vol d'une carte. Dès cette annonce, il appartient à l'exploitant du système d'assurer un blocage rapide et efficace de la carte en question.

Entre l'émission de la carte de paiement et son éventuel blocage, la sécurité dépend des précautions effectivement prises par le titulaire: la façon dont il conserve sa carte, le choix (quand il lui appartient) d'un code d'identification qui ne soit pas aisé à deviner, la mémorisation de ce code – plutôt que son inscription sur la carte elle-même, à proximité ou encore sa dissimulation plus ou moins heureuse dans un calepin d'adresses –, une demande de blocage aussitôt qu'il constate la disparition de son moyen de paiement, etc. Ces précautions ne sont pas triviales, et elles requièrent une diligence accrue du titulaire⁷⁶.

73 Outre un mot de passe que le titulaire (ou son fondé de procuration) choisit librement, celui-ci doit introduire un numéro de transaction, unique, qu'il tire soit d'une liste confidentielle que lui a remis sa banque, soit d'une calculatrice générant des nombres pseudo-aléatoires. Cf. WETTSTEIN (n. 22), pp. 74-79; ZEIDLER (n. 54), pp. 4-5.

74 Outre les émetteurs de carte de crédit (Eurocard, Visa, Diners Club, American Express), il s'agit pour la carte eurochèque de Telekurs SA, une société de services dont les actionnaires sont les banques, et des PTT pour la carte Postomat. En revanche, les prestations de banque à domicile sont propres à chaque banque, qui en choisit seule les modalités d'accès.

75 Une surveillance préventive semble émerger dans le domaine des cartes de crédit. Elle pourrait être facilitée par l'emploi de systèmes-experts.

76 En forçant à peine le trait, un auteur allemand pouvait écrire: «A lire plus attentivement les conditions contractuelles, on croirait presque qu'il faut [pour les satisfaire] un homme nouveau, un être insociable qui dispose d'une mémoire au-dessus de la moyenne, qui fait régner un ordre sans tache dans son ménage, proche de la police, familier sans limite du fonctionnement des automates, pleinement concentré sur le

A raison, les banques invitent leur client à conserver et manipuler leurs moyens de paiement avec les mêmes précautions qui s'imposent pour le numéraire. Mais c'est oublier que le porteur d'un portemonnaie définit exactement son risque maximal en choisissant la somme qu'il emporte sur lui. En transportant une carte de paiement, son risque s'étend à toute l'utilisation qu'il est techniquement possible de faire de cette carte, un montant qui peut dépasser son avoir en compte et parfois même celui du découvert que certaines banques autorisent tacitement sur les comptes-salaire⁷⁷ !

Pour revenir au régime des pertes causées par la fraude d'un tiers, la formulation suggérée par la Commission des cartels, qui invite le juge à rechercher si la banque a fait preuve de «*la diligence usuelle dans les affaires*»⁷⁸, le laisserait fort emprunté. Le mécanisme qui en résulterait se résume ainsi: le dommage serait à la charge du titulaire, sauf faute de l'émetteur en tant que fait générateur de responsabilité, mais sous réserve d'une faute concomitante du titulaire.

Au niveau de la preuve, les faits constitutifs d'une faute du titulaire peuvent être difficiles à établir. Si celui-ci ne les avoue pas et si la police n'a pu mettre la main sur le fraudeur, personne ne peut crédiblement contredire le titulaire qui, notamment, affirme n'avoir jamais consigné par écrit son mot ni l'avoir divulgué à quiconque. A l'inverse, présumer la faute du titulaire – comme le fait l'art. 402 al. 2 CO – met à la charge du titulaire prudent et précautionneux une preuve libératoire difficile à rapporter s'il n'est pas cru dans ses affirmations.

Mais cette difficulté de preuve quant au comportement du titulaire n'est rien à côté de l'appréciation que le juge devrait porter sur la diligence concrète de l'émetteur, c'est-à-dire sur la qualité et

trafic des paiements, en un mot un homo pecuniaris solus ipse (homo psi).» DERLEDER Peter, «Bargeldlos und elektronisch – Neue Anforderungen an den Zahler», *Juristen Zeitung* 1990 84 s.

77 Sur la licéité douteuse d'une ligne de crédit implicite, qui n'est souvent pas sollicité par le client lui-même, voir BILLOTTE-TONGUE (n. 8), N. 364; FAVRE-BULLE (n. 55), p. 165.

78 La Commission a suggéré cette formulation tant dans la Convention XV concernant la production, la distribution et l'utilisation de la carte eurochèque que dans les conditions modèles dont on a déjà parlé (*op. cit.* n. 60, pp. 196 et 201). L'Association suisse des banquiers est entrée en matière sur la seconde et a révisé la Convention XV et son annexe (*Conditions d'utilisation de la carte ec*) au 1^{er} novembre 1990, cf. *infra* IV.D.) et note 79.

l'effectivité des mesures de sécurité sur lesquelles repose le système de paiement dans son ensemble. Evidemment, si la banque a omis de bloquer la carte immédiatement après l'avis de perte reçu de son client, la cause est entendue. En revanche, le juge (comme l'avocat qui prépare son dossier) serait bien emprunté d'avoir à décider si la conception du système dans son ensemble, si le choix des technologies, si les mécanismes de sécurité incorporés dans le système sont adéquats, s'ils répondent à l'état actuel de la technologie, si l'on pouvait en attendre plus et si cela était économiquement supportable. L'on retrouve ici les remarques formulées plus haut sur les incertitudes d'une bataille d'experts et la révélation dans le prétoire de procédures et de dispositifs que la banque voudrait garder confidentiels.

Force est de constater que la diligence (ou la négligence) de la banque comme critère et comme mesure de l'allocation des pertes est inappropriée lorsque, du côté de la banque, on ne peut pas l'appliquer au comportement individuel d'un ou plusieurs employés ou organes, mais à la conception même d'un système de paiement incorporant des technologies avancées.

D. Mécanismes de socialisation partielle des pertes

On n'étonnera donc personne en constatant que toutes les règles contractuelles d'allocation des pertes en cas de fraude:

- font presque entièrement abstraction de la faute de l'émetteur,
- reposent, dans une mesure variable, sur la diligence concrète dont le titulaire de la carte a fait preuve,
- et pour le surplus mutualisent ces pertes entre tous les usagers (titulaires et/ou commerçants) de ces moyens de paiement en les faisant supporter par l'émetteur de la carte, lequel le répercute au travers du prix de sa prestation. En effet, le prix intègre l'ensemble des coûts de l'émetteur, y compris les dommages que subit celui-ci lorsque les mesures de sécurité sont prises en défaut.

Qu'il s'agisse des conditions d'utilisation de la carte ec⁷⁹, des contrats régissant les cartes de crédit offertes en Suisse ou encore des

79 Qui font l'objet de l'annexe 1 à la Convention XV de l'Association suisse des banquiers du 1^{er} novembre 1990.

prescriptions postales relatives à la carte Postomat⁸⁰, l'allocation des pertes repose sur deux paramètres principaux: utilisation abusive de la carte avant/après la notification de sa perte par le titulaire à l'émetteur; conformité du comportement du titulaire aux mesures de précautions stipulées par le contrat.

La similitude des paramètres pris en considération n'ôte rien à la diversité des réglementations concrètes, et donc au risque économique fort différent que ces divers moyens de paiement font supporter à leur titulaire. La diversité des réglementations rend leur compréhension d'autant plus opaque pour le non-initié que les contrats de certaines cartes de crédit émises en Suisse sont en train d'évoluer profondément dans le sens d'une augmentation de la responsabilité du titulaire. On citera quelques exemples, sans aucune prétention à l'exhaustivité.

i) Le titulaire d'une *carte eurochèque* supporte en principe toute utilisation abusive antérieure au blocage effectif de sa carte par l'émetteur, «*le laps de temps habituellement requis pour l'exécution d'une telle opération étant pris en considération*»⁸¹. Si toutefois le titulaire a observé toutes les précautions stipulées à sa charge (soin dans la conservation de la carte, interdiction de noter le numéro d'identification personnel sur la carte, etc.), son dommage est pris en charge par un fonds d'indemnisation sous déduction d'une franchise de 10% n'excédant pas 300 francs. Le fonds d'indemnisation est alimenté par les banques au moyen d'une fraction de la taxe prélevée lors de l'émission. Il est géré par une commission de l'Association suisse des banquiers. La pratique semble relativement souple: à une négligence partielle du titulaire répondrait une prise en charge partielle de son dommage⁸².

ii) Pendant postal de la carte eurochèque, la carte Postomat Plus connaît un régime très semblable. Dérogeant clairement à la loi sur

80 Art. 128b de l'ordonnance (1) relative à la loi sur le Service des postes (RS 783.01), introduit le 27 juin 1990 (RO 1990 1466); art. 449a à 449z^{quater} [sic!] des prescriptions de détail (RS 783.011), dans leur version du 27 juin 1990 (RO 1991 688).

81 Chiffre III.9 des conditions d'utilisation de la carte ec (n. 79).

82 L'Association suisse des banquiers reste excessivement discrète sur le nombre des dommages, leur montant et leur liquidation, cf. *supra* note 56.

le service des postes⁸³, mais dans un sens favorable au titulaire de la carte, l'art. 128b al. 9 de l'ordonnance sur le service des postes met à la charge des PTT les prélèvements abusifs intervenus après le blocage⁸⁴, mais aussi ceux qui, antérieurs à ce blocage, «*sont dus au risque accru inhérent au système Postomat Plus*». Aucune indemnité ne vient reconstituer le compte du titulaire en cas de faute grave de celui-ci, une indemnité partielle étant versée en cas de négligence de moindre gravité.

iii) Pendant longtemps, les cartes de crédit se sont distinguées des précédentes par un véritable mécanisme d'assurance financé au moyen d'une fraction de la commission débitée au commerçant pour chaque achat à crédit. Tous les contrats mettaient le risque de fraude à la charge de l'émetteur depuis le moment de l'annonce de la perte ou du vol de la carte, et ne laissaient qu'un montant forfaitaire (de l'ordre de 100 à 150 francs) à la charge du titulaire pour les utilisations abusives antérieures à cette annonce⁸⁵.

Un courant récent, probablement imputable au fait que les cartes de crédit peuvent désormais être munies d'un numéro d'identification personnel et servir au retrait de numéraire auprès de billetteries automatiques, a durci considérablement les conditions au détriment du titulaire. Nombreuses sont désormais les cartes qui déplafonnent la responsabilité du titulaire avant le blocage effectif de la carte en mettant tout prélèvement ou achat abusif intervenu avant ce blocage à la charge du titulaire à moins que celui-ci ne démontre avoir suivi en tout point les précautions que le contrat met à sa charge⁸⁶. Le

83 L'art. 54 al. 5 de la loi sur le service des postes (RS 783.0) dans sa version actuelle, qui date du 30 juin 1972 – c'est-à-dire antérieure à l'introduction des cartes Postomat, puis Postomat Plus –, met le risque d'un emploi abusif des formules de chèques postaux à la charge du titulaire du compte, sauf faute grave d'un fonctionnaire postal (cf. également l'al. 4 du même article). L'art. 128b OSP s'écarte donc résolument du texte et de l'esprit de la loi. Bien qu'on puisse regretter, au regard du principe de la légalité, que celle-ci n'ait pas encore été amendée, le dispositif prévu par l'ordonnance s'imposait, autant en raison de la concurrence que les PTT et les banques se livrent sur ce segment particulier du marché des paiements que pour des raisons d'équité.

84 Le délai ordinaire de blocage étant expressément fixé à 2 heures dès l'annonce de la perte par l'art. 449k des prescriptions de détail.

85 Cf. les conditions générales d'American Express, Diners Club, Eurocard et Visa (Finalba) reproduites in Hans GIGER, *Kreditkartensysteme – Eine ökonomisch-juristische Studie*, Zurich (Schulthess) 1985, pp. 397 ss.

86 C'est notamment le cas des cartes Visa de Finalba (dès mars 1990) et Cornèr (dès 1992). Apparemment, l'Eurocard émise par l'UBS fait répondre «*indéfiniment de toute utilisation abusive de la carte*», même après annonce de la perte et blocage, le titulaire qui «*agit frauduleusement, intentionnellement ou contrevient à l'obligation de discrétion*

phénomène devient moins transparent encore par la généralisation du *co-branding*, c'est-à-dire l'émission de cartes Eurocard par diverses banques ainsi que par des clubs sous leur propre marque, chaque carte étant soumise à des règles d'indemnisation propres.

Le cadre limité de cet exposé ne permet pas de comparer ces diverses réglementations. Il ne permet pas davantage de montrer que les législations récentes (Etats-Unis d'Amérique, Danemark, Israël, etc.) de même que les travaux en cours au sein de la Communauté européenne (recommandations et codes de bonne conduite) incorporent les mêmes critères⁸⁷. Cet aperçu n'a d'autre objet que de confronter la thèse énoncée plus haut à la pratique contractuelle des opérateurs économiques: la diligence de la banque, ou plus généralement du prestataire de services financiers, n'est pas critère adéquat pour allouer le risque d'une utilisation des cartes de paiement, de même qu'il ne l'est pas pour allouer la perte éventuelle des fonds faisant l'objet d'un virement qui n'est pas parvenu à son bénéficiaire.

V. Pistes pour une nouvelle approche

Les deux exemples que l'on vient d'examiner – le premier concernant davantage les paiements des entreprises, le second, ceux des particuliers – illustrent le même phénomène: la prestation en masse de services financiers impose une utilisation massive de technologies et de procédures combinant l'informatique et les télécommunications. La télématique y acquiert un statut particulier: elle n'est plus seulement l'auxiliaire d'une activité humaine, elle la remplace pour un nombre croissant de traitements. Au point qu'aujourd'hui, certains systèmes de paiement mettent le donneur d'ordre directement en contact avec un terminal et assurent le

ou diligence» stipulée par ailleurs. Si l'on doit interpréter littéralement cette clause, le fait que des clients choisissent cette carte plutôt qu'une autre assortie de règles moins drastiques démontre qu'ils ne mesurent pas le risque associé au choix entre ces divers moyens de paiement dématérialisés.

87 Deux monographies récentes examinent ces aspects: FAVRE-BULLE (n. 55), pp. 154-179; OBERSON, *Les moyens de paiement orientés vers le consommateur. L'exemple du système eurochèque*, thèse de Lausanne soutenue en novembre 1992, à paraître.

traitement de son ordre sans aucune décision ni intervention d'un employé ou d'un organe du prestataire de services.

Face à ce phénomène, notre droit du mandat paraît inadapté car il repose sur la diligence. Celle-ci nous est un critère familier pour qualifier l'activité du mandataire dans l'exécution concrète et individualisée de sa prestation. En revanche, elle se prête mal à l'appréciation générale de la fiabilité et de la sécurité d'un système à haute technologie.

Si l'on renonce à cette condition de diligence, comment assurer que les rapports entre les clients et les prestataires de ces services répondent néanmoins aux considérations d'équité et de justice commutative qui sous-tendent notre droit privé en même temps qu'aux impératifs d'efficacité économique qu'impose un environnement devenu plus compétitif que jamais ? On peut, il me semble, émettre quatre postulats sur lesquels une nouvelle approche normative des systèmes de paiement devrait reposer.

1° L'évolution des technologies autant que le changement des comportements interdit que l'on fige les techniques et les pratiques commerciales en leur état actuel. Toute solution normative doit être évolutive. C'est un truisme, qu'il est bon de réaffirmer avec force.

2° Toute solution doit permettre à chaque utilisateur une appréciation de son propre risque, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui. Jean Dupondt ou Hans Schmidt perçoit bien que la carte A lui coûte 20 francs de commission annuelle tandis que la carte B lui en coûte 80, ou que la carte C est plus largement acceptée que la carte D, qui offre pour sa part du crédit en permettant des remboursements par acomptes. En revanche, il est incapable de comparer les risques différents que lui font supporter les conditions générales propres à chacune de ces cartes. On sait les Suisses très soucieux de s'assurer à titre individuel contre toutes sortes de risques. Ceux liés à l'emploi des moyens de paiement sont aujourd'hui trop mal perçus pour permettre au grand public de faire des choix éclairés, c'est-à-dire des décisions économiquement rationnelles.

3° Il n'est pas satisfaisant que coexistent sur le même marché des services financiers deux cadres législatifs très différents. J'ai exposé plus haut certains aspects du droit privé, et plus spécifiquement du

mandat, qui s'appliquent au trafic des paiements. Pour rester dans le cadre limité de cet exposé, je n'ai fait qu'une brève allusion à une carte émise par les PTT. Lorsque, comme c'est le cas dans le trafic des paiements, la régie publique offre des prestations concurrentes de celles offertes par le secteur privé, il est indispensable que les règles du jeu soient égales pour tous. Le géant jaune le sait, et ses prescriptions de détail en matière de services financiers sont très largement alignées sur les contrats bancaires, même si c'est au prix d'une violation claire de la loi qui le régit⁸⁸.

4° Toute allocation des risques doit s'établir en un point optimal – qui n'est pas nécessairement le point médian – entre l'individualisation et la socialisation des pertes, autrement dit entre la responsabilité individuelle et la mutualisation des risques.

Si l'on individualise complètement les pertes, qu'elles tombent intégralement à la charge du client, on crée une incitation formidable (au sens étymologique) à un comportement prudent, au point que les intéressés, s'ils la perçoivent à sa juste mesure, pourraient renoncer à employer tel moyen de paiement. En même temps, on supprime toute motivation économique du prestataire de service à investir davantage dans la sécurité de son système en fonction des nouvelles technologies disponibles, des nouveaux risques et notamment de la sophistication croissante des fraudeurs.

A l'inverse, si les risques sont complètement mutualisés, c'est-à-dire que les pertes sont supportées par les prestataires de services qui les distribuent entre tous les participants sous la forme d'une augmentation du prix de la prestation, on permet à la concurrence – qui s'exerce d'abord sur les prix – d'agir sur la sécurité intrinsèque du système. En répercutant les pertes dans le prix de la prestation, on pousse le client à choisir le moyen de paiement qui lui offre le meilleur rapport prix/performance, ou prix/commodité, ce qui devrait avantager les systèmes où les pertes sont les moins considérables. Mais une trop forte distribution des pertes entre tous les participants supprime toute motivation individuelle des clients à se comporter de manière prudente et à prendre les précautions optimales.

Idéalement, le marché devrait finir par imposer le bon équilibre entre individualisation et distribution des pertes, entre précautions

88 Cf. *supra* note 83.

individuelles (dont le coût est à la charge de chaque client) et sécurité globale du système (dont le coût, répercuté dans le prix des prestations, est à la charge de l'ensemble des clients). Mais la théorie économique nous apprend aussi que seul un marché parfait tend vers ce point d'équilibre. Dans les systèmes de paiement, deux conditions au moins d'un marché parfait ne sont pas réalisées.

a) L'atomicité du marché, c'est-à-dire la condition qu'aucun opérateur économique ne détienne une part suffisante du marché pour pouvoir l'influencer par son seul comportement, paraît difficile à réaliser. La mise en place d'un système de paiement est fort coûteuse. Son attrait pour la clientèle tient notamment à une large diffusion. Ces deux facteurs imposent le regroupement d'un grand nombre d'opérateurs économiques, qui caractérise un marché oligopolistique où les systèmes de paiement sont en nombre restreint. Cette tendance, observée dans tous les pays industrialisés, est exacerbée par l'étroitesse du marché suisse.

b) Quant à la transparence du marché qui doit permettre aux clients de faire des choix informés, j'ai montré tout à l'heure qu'elle ne saurait se réaliser. En effet, une partie substantielle des coûts – le coût que représente pour chaque consommateur la probabilité d'une perte affectant son patrimoine – est difficile à percevoir au niveau individuel.

Si elle prend en compte ces divers paramètres, une évolution normative me paraît désirable et elle n'est pas improbable. Je doute que l'impulsion vienne des autorités fédérales qui, pour les années à venir, paraissent suroccupées par nombre de soucis plus immédiats et plus largement ressentis. En revanche, la Commission des Communautés européennes sera vraisemblablement un moteur de cette évolution. Elle a adopté deux recommandations relatives aux cartes de paiement, qu'elle espère fermement voir suivie par le secteur bancaire. En matière de virements internationaux, cette même Commission se penche actuellement sur la loi modèle de la CNUDCI afin de déterminer s'il est opportun d'en tirer une directive communautaire.

Vu les insuffisances de notre droit du mandat mais aussi les limites d'un marché oligopolistique, un nouvel encadrement normatif des systèmes de paiement paraît désirable dans son principe. La question porte sur les modalités: il faut qu'un tel encadrement soit

suffisamment souple pour permettre la coexistence de systèmes de paiement diversifiés et leur évolution technologique et commerciale. Il faut également qu'il ne contrecarre pas, mais au contraire favorise la recherche d'un équilibre optimal entre sécurité et commodité des moyens de paiement, entre individualisation et socialisation des pertes.

* * *

BIBLIOGRAPHIE

Nous avons reçus :

Paul Piolet, transferts de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires (Editions Staempfli & Cie SA, Berne 1992, 173 pages, Fr. 54.—).

C'est l'examen des expectatives réelles (et notamment celles de l'acheteur sous réserve de propriété), des problèmes qu'elles soulèvent et de leurs conséquences pratiques qui est l'objet principal de cet ouvrage, dans lequel l'auteur propose une théorie nouvelle.

* * *

Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome III (Editions Staempfli & Cie SA, Berne 1992, 434 pages, Fr. 88.—).

Avec ce volume, consacré aux servitudes personnelles, aux charges foncières et aux droits de gages immobiliers et mobiliers, s'achève la publication de cet ouvrage devenu indispensable tant aux étudiants qu'aux praticiens, car il comble une lacune dans la littérature juridique romande (cf. pour le deux premiers tomes, SJ 1991 p. 40, 1990 p. 527, 1987 p. 95).