

Les Cahiers de droit



BENJAMIN GEVA, *Bank Collections and Payment Transactions : A Comparative Analysis*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, 575 p., ISBN 0198298536.

Marc Lacoursière

Volume 43, Number 4, 2002

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043729ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043729ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Lacoursière, M. (2002). Review of [BENJAMIN GEVA, *Bank Collections and Payment Transactions : A Comparative Analysis*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, 575 p., ISBN 0198298536.] *Les Cahiers de droit*, 43(4), 777–780. <https://doi.org/10.7202/043729ar>

Chronique bibliographique

BENJAMIN GEVA, *Bank Collections and Payment Transactions: A Comparative Analysis*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2001, 575 p., ISBN 0198298536.

Spécialiste mondialement reconnu dans le domaine des paiements par chèque et des paiements électroniques, le professeur Benjamin Geva enseigne le droit commercial, le droit bancaire et l'histoire de la common law à Osgoode Hall Law School depuis 1977. *Bank Collections and Payment Transactions: A Comparative Analysis*, le plus récent ouvrage du professeur Geva, s'inscrit dans le prolongement de ses recherches regroupées dans un ensemble d'articles juridiques publiés au cours des sept dernières années.

Comme l'indique l'auteur, les banques représentent une forme d'intermédiation dans la transmission des ressources économiques, transférant les surplus engendrés par les épargnants vers les besoins des emprunteurs. En plus de cette fonction économique, les banques doivent honorer les ordres de paiement de leurs clients. Ainsi qu'il appert, le rapport économique entre les dépôts, les prêts et les instructions de paiement « is economically rationalized by the quest for efficiency gains » (p. 8). La transmission des ressources se fait donc soit par la gestion du crédit effectué par les institutions financières, soit par les transferts de fonds. L'ouvrage *Bank Collections* s'intéresse à cette seconde forme de transfert de l'argent, c'est-à-dire les systèmes de paiement par chèque et par transfert électronique de fonds.

Nul ne peut nier l'apport du droit britannique au développement du droit bancaire canadien et, par extension, à la croissance des institutions financières et du système de paie-

ment canadien. Une analyse approfondie des mécanismes de paiement de quelques pays de tradition romano-germanique et de common law permet de mettre en exergue ses particularités. La première partie de l'ouvrage traite de cette question, laquelle est analysée dans de plus amples détails dans les parties suivantes. Il importe de rappeler que le droit des paiements, que ce soit les transferts de débit – chèque – ou de crédit – transferts électroniques de fonds –, nécessite d'abord une étude de la relation client-banque. Le compte en banque, les dépôts et la gestion des paiements représentent des éléments dont il faut tenir compte. Cette question fait l'objet de la deuxième partie. Au regard des paiements par chèque et par transfert électronique de fonds, la relation entre les intervenants a souvent été décrite comme une relation de mandat. Les modalités diffèrent, toutefois, selon les régimes juridiques en vigueur. La troisième partie s'intéresse à ce volet. Enfin, il arrive parfois qu'une partie soit victime d'une fraude, que ce soit lors de la falsification de la signature d'un tireur ou d'un endosseur d'un chèque ou encore lors d'un transfert électronique de fonds. Le cas échéant, puisque le fraudeur est habituellement insolvable ou introuvable, le droit bancaire prévoit des solutions pour la répartition des pertes. La quatrième et dernière partie s'intéresse à cette question.

La relation bancaire, discutée en deuxième partie de l'ouvrage, repose d'abord sur la prémisse que les paiements par chèque et par transfert électronique de fonds nécessitent l'existence d'un compte en banque, car c'est par celui-ci que transitent les fonds. Dans le cas d'un paiement par chèque, par exemple, lorsqu'un débiteur (tireur) paie un créancier (bénéficiaire), il transmet cet effet

de commerce à celui-ci, qui le dépose à sa banque (banque du bénéficiaire) pour que son compte soit crédité. Par la suite, sa banque transmet le chèque – de nos jours, seulement l'information encodée – à la banque du tireur (appelée « banque tirée »), laquelle débite le compte de ce dernier. En common law comme en droit civil, la liberté contractuelle est reconnue lors de l'ouverture d'un compte bancaire, sous réserve de discrimination dans le choix des clients. Ce contrat existe sous deux formes, comprenant des clauses expresses et des clauses implicites, lesquelles sont fondées sur l'usage et la jurisprudence. Au Canada, l'Association des banquiers canadiens et certains groupes consommateurs se sont entendus en 1992 pour élaborer le *Code de pratique canadien des services de cartes de débit* afin de régir les relations entre les banques et leurs clients. Après une dizaine d'années d'existence, les principales clauses de ce code ont été insérées explicitement dans les contrats de cartes de débit, ce qui représente un progrès certain par rapport aux premières années alors que plusieurs banques refusaient d'appliquer ce code sous prétexte qu'il n'avait aucune force contraignante.

Contrairement au compte bancaire, le dépôt bancaire a fait l'objet d'une sérieuse discussion en droit romain, en common law et en droit civil. Après avoir fait un historique approfondi de la nature du dépôt bancaire, l'auteur rappelle qu'en common law la jurisprudence britannique a associé ce type de dépôt à une relation débiteur-crédancier, tandis que les civilistes optent plutôt pour la théorie du dépôt irrégulier, déjà discutée en droit romain. Au Québec, le point de vue anglo-saxon domine parmi les autorités. L'auteur rappelle également que la nature du compte courant diffère du simple compte en banque, car, outre qu'il permet les retraits et les dépôts, le compte courant admet, selon les juridictions, l'extinction d'une dette et l'ajustement de comptes par l'entremise de la compensation. Plus précisément, plusieurs juridictions de droit civil, telles que la France et le Québec, consacrent la compensation automatique entre deux comptes – débiteur et cré-

dent dans d'autres juridictions. Par exemple, les droits suisse, allemand et japonais exigent qu'il y ait notification avant d'exercer la compensation. Puisqu'aux yeux des Anglo-Saxons le droit à la compensation n'est pas automatiquement reconnu mais est habituellement utilisé en demande reconventionnelle, la compensation entre des dettes bancaires n'existe pas dans le but d'éteindre une dette mais plutôt comme « merely a convenient mode of settling mutual accounts » (p. 108).

Les systèmes de paiement par chèque et par transfert électronique de fonds impliquent une relation de mandataire entre les parties, comme l'explique l'auteur en troisième partie. Le traitement réservé aux chèques diffère selon les juridictions. Le chèque, instrument de paiement développé principalement au cours du XVII^e siècle, est régi au Canada par la *Loi sur les lettres de changes*, laquelle représentait, dès son origine à la fin du XIX^e siècle, une importation britannique. Bien que cette loi ait subi quelques influences américaines au cours du XX^e siècle, la *Loi uniforme concernant le chèque*, conclue à Genève en 1931 et servant de modèle aux pays de droit civil, n'a jamais réussi à s'imposer dans le corpus législatif canadien. Ce dualisme juridique a toutefois convergé dans le droit québécois, juridiction de droit mixte, en ce qui concerne la responsabilité des banques dans le traitement des chèques – non prévu statutairement. Les lettres de change, les chèques et les billets promissoires, en règle générale appelés « effets de commerce », sont régis par une seule loi dans les pays de common law, tandis que, dans les juridictions de droit civil, les chèques sont habituellement sous la gouverne d'une loi particulière. Cependant, tous les pays reconnaissent que les chèques sont des effets de commerce. Plus concrètement, l'usage couramment répandu au Canada de postdater un chèque est presque inexistant en France. De même, contrairement à la *Loi sur les lettres de change* qui permet au tireur d'arrêter le paiement d'un chèque, cette pratique est ordinairement interdite en France, sous réserve de quelques exceptions très limitées ; d'ailleurs, tirer un chèque sans fonds en France est punissable, non seulement d'un délit pénal, mais de la

perte du droit de posséder un chéquier ; cela explique la grande tendance des commerçants français à accepter les paiements par chèque, en dépit de leur ouverture à l'égard des cartes de paiement.

Une question épineuse concerne la possibilité pour un tireur d'intenter un recours contre sa banque si cette dernière ne respecte pas les règles de la compensation interbancaire. En principe, ces règles sont de nature privée et ne lient que les banques, mais l'auteur rappelle qu'une ancienne décision australienne, suivie d'une décision de la Cour d'appel du Québec, a confirmé cette possibilité, bien qu'un courant de jurisprudence canadien encourage la solution inverse. Il aurait été souhaitable que l'auteur favorise une réponse positive à cette question dans l'optique de forcer la banque tirée à mieux respecter son obligation de diligence envers le tireur.

Le fonctionnement des transferts électroniques de fonds est l'inverse de celui des chèques. Lorsqu'un débiteur (donneur d'ordre) désire payer un créancier (bénéficiaire), il fait parvenir un ordre de paiement à sa banque, laquelle débite immédiatement le compte et transmet l'ordre de paiement à la banque du bénéficiaire pour créditer le compte de ce dernier. L'auteur mentionne à juste titre que ce processus, simple en apparence, cache une panoplie de questions délicates, en particulier lors de transferts de fonds internationaux. Un problème d'importance majeure concerne la gestion des risques. Ainsi, dans un transfert de fonds ayant pour objet la livraison de devises étrangères, le risque d'une défaillance bancaire, à la suite d'une faillite, par exemple, hante les cambistes depuis le 26 juin 1974, alors que la faillite de la banque allemande Herstatt a entraîné dans son sillon des millions de dollars de pertes. Le risque Herstatt, comme il est nommé de nos jours, se produit durant la période où une banque a transféré des fonds sans avoir reçu la contrepartie (*delivery lag*). Il est intéressant de constater que non seulement l'auteur soulève ce problème, mais aussi qu'il fait part des solutions proposées par les chambres de compensation interbancaire de grande valeur. Cette discussion est suivie par la présentation de quelques points de comparaison

entre les différents systèmes de transferts de fonds.

Un autre point essentiel concerne la nature du transfert électronique de fonds. L'Article 4A du *Uniform Commercial Code* (UCC) américain – les États-Unis sont le seul pays à posséder une loi sur les transferts électroniques de fonds – et la *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur les virements internationaux* assimilent un transfert électronique de fonds à une transaction globale. Tel n'est pas le cas pour les droits français et québécois, qui, en vertu de l'application de la théorie du mandat, considèrent plutôt qu'il s'agit d'une série de transactions séparées. L'importance de déterminer la nature du virement se reflète dans les règles de choix de lois et de juridictions. Par ailleurs, il est nécessaire de rappeler que les juridictions de droit civil prévoient que l'obligation sera éteinte lorsque le paiement aura été effectué et non lorsque l'ordre de paiement est donné. La finalité du transfert a lieu, sous l'égide du droit américain et de la CNUDCI, lors d'un paiement au bénéficiaire, tandis que le droit français préfère le crédit au compte du bénéficiaire ; en pratique, le paiement a lieu au même moment dans tous ces cas, ce qui laisse cette question purement théorique. La révocabilité de l'ordre de paiement est possible en vertu de l'Article 4A et de la loi type jusqu'à ce que la banque du donneur d'ordre ait commencé l'exécution de l'ordre ou, pour les transferts internationaux régis par le droit français, jusqu'à ce que les fonds soient disponibles pour le bénéficiaire. Enfin, le problème soulevé par le recours du donneur d'ordre envers sa banque pour manquement au respect des règles des chambres de compensation fait également l'objet d'une discussion dans les transferts électroniques de fonds.

Une étude du droit cambiaire et du droit des transferts électroniques de fonds est nécessairement menée en fonction de la répartition des pertes en cas de fraude, comme nous le présente l'auteur en quatrième et dernière partie de l'ouvrage. Les règles énoncées plus haut, notamment ce qui a trait à la nature et à la finalité du paiement, deviennent

nécessaires en l'espèce. Ainsi, en ce qui concerne la falsification de la signature du tireur d'un chèque lorsque ni le client ni la banque n'ont commis de faute, la perte doit être supportée par le tireur en Suisse, en Italie et au Japon, tandis qu'en France et en Allemagne la faute sera supportée par la banque tirée. Au Canada, par contre, l'usage bancaire est d'imposer au client la vérification des états de compte bancaire dans un délai de 30 ou 45 jours, par exemple, pour limiter les risques de fraude. Une telle obligation a été confirmée à quelques reprises par la Cour suprême du Canada, bien que son interprétation demeure très restrictive.

Lorsqu'une fraude concerne la falsification d'un endossement, comme c'est le cas lors du vol d'un chèque, la question demeure extrêmement complexe. En principe, le droit canadien tient la banque tirée responsable puisque cette dernière a le devoir de vérifier les signatures, sous réserve que le tireur avertisse sa banque dans l'année qui suit la connaissance de la fraude. Cette protection accordée au tireur contre la banque tirée est une spécificité de la common law canadienne et n'existe pas en droit britannique. Toutefois, la common law accorde un recours en conversion au tireur contre la banque négociatrice ; quelques décisions de la Cour suprême du Canada – d'ailleurs très controversées – n'ont pas réussi à clore le débat, lequel consiste à se demander s'il faut considérer l'intention du tireur « fraudeur » ou de la personne en autorité qui a été amenée à signer un chèque sous un faux prétexte. En droit civil – excluant le Québec, régi ici par les règles de la common law –, les règles sont également complexes, mais en principe la perte est supportée par le tireur ou le vrai bénéficiaire du chèque, selon que le vol a eu lieu avant ou après la réception du chèque par ce dernier.

Enfin, les transferts électroniques de fonds sont également susceptibles d'entraîner quelques problèmes, notamment lors d'un transfert non autorisé ou d'une erreur de paiement. En pratique, les banques utilisent des mesures de sécurité respectant les règles de l'art. Un client qui ne s'y conforme

pas sera tenu responsable, bien sûr, mais, dans le cas contraire, il pourra s'exonérer s'il a suivi le processus d'authentification prévu par la banque. Cette responsabilité est fondée sur l'Article 4A du UCC ou sur les règles générales de la common law. En Suisse, par exemple, les règles du mandat s'appliquent et permettent à une banque d'être exonérée si elle agit sans faute, situation généralement répandue dans les autres juridictions de droit civil. En réalité, les banques invoquent des clauses d'exonération de responsabilité, lesquelles sont valides, sauf en cas de faute lourde. Il est également possible qu'une erreur survienne lors d'une divergence entre le nom et le numéro de compte d'un bénéficiaire. L'Article 4A du UCC, la loi type et les règles des chambres de compensation de grande valeur – montant habituellement supérieur à 50 000 \$ – permettent que le bénéficiaire soit désigné seulement par le numéro de compte. Cette situation a été entérinée par la jurisprudence canadienne, pourvu que la banque du bénéficiaire ne connaisse pas la divergence existant entre le nom et le numéro de compte.

En définitive, le volume *Bank Collections* représente un excellent ouvrage de droit comparé traitant des problèmes liés aux chèques et aux transferts électroniques de fonds. L'analyse comparative est minutieusement suivie, sauf en quelques rares endroits, comme pour les transferts erronés (*misdirected credit transfers*) où la présence du droit américain prédomine fortement. Il aurait également été intéressant que l'auteur intègre quelques exemples pratiques afin d'illustrer les concepts parfois arides, en particulier lorsque les exemples jurisprudentiels se font rares. Enfin, une conclusion générale permettrait de résumer l'ensemble de l'ouvrage. Malgré ces petites remarques, il va sans dire que nous considérons que cet ouvrage représente un incontournable pour quiconque s'intéresse au droit cambiaire et au droit des transferts électroniques de fonds.

Marc LACOURSÈRE
Université Laval