



NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/250/Add.4
19 avril 1984

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Dix-septième session
New York, 25 juin-11 juillet 1984

**PROJET DE GUIDE JURIDIQUE SUR LES TRANSFERTS
ELECTRONIQUES DE FONDS**

Rapport du Secrétaire général
(suite)

Chapitre
sur
LA FRAUDE, LES ERREURS, LE TRAITEMENT INAPPROPRIE
DES ORDRES DE TRANSFERT ET LA RESPONSABILITE

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Note d'introduction	1 - 3	4
A. Fraude	4 -28	4
1. Possibilité de fraude	4 -23	4
a) Employés malhonnêtes du client d'une banque	5 -12	5
b) Utilisation frauduleuse de terminaux clients	13-21	6
c) Ordres donnés par le client sous une forme assimilable par ordinateur	22	8

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
d) Fraude commise par les employés des banques	23	8
e) Fraude par captage de transmission de télécommunications	24	8
2. Ordre de transfert frauduleux justifiant le débit d'un compte par une banque	25-30	9
B. Erreurs	31-46	10
1. Principales sources d'erreurs dans l'utilisation d'ordinateurs	31-36	10
2. Sources d'erreurs courantes particulières aux transferts électroniques de fonds	37-41	11
a) Messages non normalisés	37	11
b) Recréation des messages	38-39	12
c) Procédures non normalisées	40-41	12
d) Pannes de l'ordinateur et erreurs dans le logiciel	42	13
3. Méthodes envisageables pour prévenir les erreurs	43-46	13
C. Nécessité pour le client de vérifier l'état de ses comptes	47-55	14
1. Relevés de compte	47-50	14
2. Examen des relevés par le client	51-54	15
3. Devoir qu'a une banque de rectifier les écritures	55	16
D. Responsabilité qu'a la banque donneur d'ordre à l'égard de son client en cas d'erreur ou de fraude lors d'un transfert interbanques; principe de la responsabilité pour tout le réseau	56-60	16
E. Possibilité de décliner toute responsabilité	61-77	17
1. Panne technique du matériel ou du logiciel	64-67	18
2. Services communs de télécommunication	68-73	19
3. La banque donneur d'ordre devrait-elle être exonérée en cas de retard ou de non-délivrance d'un ordre de transfert expédié ?	74-77	20

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
F. Panne d'une chambre de compensation électronique ou d'un commutateur appartenant à un groupe de banques ou géré en leur nom; répartition des pertes entre les banques affiliées	78-81	21
G. Traitement inapproprié des ordres de transfert	82-88	22
1. Refus injustifié d'ordres de la part de la banque transférante et préjudice subi par le transférant	82	22
2. Non-exécution par la banque cédante d'un ordre de prélèvement dans les délais requis	83-88	23
a) Règles générales applicables aux effets de commerce	83-85	23
b) Retard dans l'acceptation d'un ordre de prélèvement	86	23
c) Retard dans le refus d'acceptation d'un ordre de prélèvement	87-88	23
H. Pertes recouvrables	89-100	24
1. Perte du principal	90-91	24
2. Perte d'intérêts	92-95	25
3. Pertes dues au taux de change	96-97	26
4. Dommages indirects	98-100	26

Note d'introduction

1. Du fait du volume des transferts électroniques de fonds et des sommes en jeu, il semble que les pertes potentielles soient supérieures à celles enregistrées lors de transferts de fonds sur papier. Dans le même temps, les clients des banques craignent que le passage des transferts sur papier aux transferts électroniques n'ait pour conséquence de leur faire supporter une part plus importante des pertes dues à des erreurs ou à des fraudes. Aussi la législation applicable est-elle particulièrement instable, car les participants se sont efforcés de déterminer sur quelles bases répartir les pertes dans une multitude de situations nouvelles, en évolution rapide. Le problème serait déjà assez complexe si seule la législation bancaire régissant la responsabilité des diverses parties à un transfert de fonds était en jeu. Bien que de tels problèmes soient traités depuis de nombreuses années en ce qui concerne les transferts sur papier, il reste un nombre étonnant de lacunes dans de nombreux systèmes juridiques. En outre, du fait des modifications de procédures qu'exige le recours à l'électronique, on peut se demander si les règles relatives à la responsabilité en cas de transfert sur papier devraient être appliquées aux transferts électroniques de fonds.

2. Les problèmes sont encore compliqués par le rôle, en rapide évolution, des moyens de télécommunication et par les incidences qu'a cet état de fait sur la législation régissant la responsabilité. Alors qu'auparavant les télécommunications étaient un service extérieur à la banque, offert par un monopole public, aujourd'hui les équipements de bureau de nombreuses banques sont connectés pour constituer des réseaux locaux, les agences sont reliées entre elles par des lignes réservées et les banques transmettent par des moyens de télécommunication une proportion croissante de leurs messages de transfert de fonds adressés à d'autres banques. Les télécommunications ne sont plus extérieures à la banque; elles sont devenues un mécanisme interne essentiel, comme dans de nombreux autres domaines de l'activité économique. La séparation entre l'ordinateur et les moyens de télécommunication étant mal délimitée, l'ancien monopole des télécommunications a été brisé dans certains pays et subit des pressions dans d'autres. C'est pourquoi on peut se demander si l'ancienne exonération de responsabilité (toujours très répandue) accordée aux moyens de télécommunication a toujours sa raison d'être.

3. Le présent chapitre traite d'abord de certains des facteurs d'erreurs ou de fraudes dans les transferts électroniques de fonds et des mesures préventives qui peuvent être prises. Il envisage ensuite la répartition des pertes entre les diverses parties à un transfert de fonds, puis la mesure dans laquelle - et auprès de quelle partie - le client de la banque, en tant que transférant ou bénéficiaire, peut être dédommagé du préjudice subi du fait d'un traitement inapproprié de l'ordre de transfert.

A. Fraude

1. Possibilités de fraude

4. Dans le cas des transferts électroniques de fonds, la fraude suppose l'émission non autorisée d'un ordre, un changement du compte auquel doit être passée une écriture ou une modification du montant de l'opération. Afin de prévenir les fraudes, des mesures appropriées doivent être prises par la partie à même de le faire, afin qu'un ordre non autorisé ne puisse paraître avoir été autorisé.

a) Employés malhonnêtes du client d'une banque

5. Nombre des pertes imputables à une fraude lors d'un transfert électronique de fonds sont dues à l'application de techniques déjà utilisées dans les transferts de fonds sur papier. Trois exemples courants mettent en jeu des employés malhonnêtes du client d'une banque.

6. Un employé chargé d'établir les états de paie ou les bordereaux autorisant un paiement à un fournisseur peut falsifier ces états ou bordereaux afin que le paiement soit effectué au bénéfice d'une personne qui n'y a pas droit. Si le paiement est effectué par chèque, l'employé malhonnête prend possession du chèque et après l'avoir endossé au nom de cette personne fictive le dépose sur un compte qu'il a ouvert précédemment à ce nom. Si le paiement est effectué au moyen d'un virement sur papier ou électronique, les fonds sont crédités en temps voulu au compte de la personne fictive. La fraude est achevée par un retrait subséquent des fonds de ce compte par l'employé malhonnête.

7. Si l'employé malhonnête est habilité à autoriser le transfert de fonds au nom de son employeur, plutôt qu'à établir les pièces justificatives voulues, il signe les chèques ou ordres de virement sur papier ou autorise la transmission des données d'ordinateur à la banque. La fraude est achevée de la même manière, grâce à un retrait des fonds par l'employé malhonnête.

8. Dans les deux cas, l'ordre de transfert de fonds semble à la banque authentique et autorisé, bien qu'en fait frauduleux. De tels cas posent de sérieux problèmes dans certains pays, lorsque l'ordre de transfert de fonds prend la forme d'un chèque, car, pour que la fraude puisse être effectuée, le chèque doit être endossé par l'employé malhonnête au nom fictif du bénéficiaire. Néanmoins, on a en général considéré que les endossements effectués par l'employé malhonnête (ou son complice) autorisaient la banque à honorer le chèque.

9. L'imputation de la perte au client de la banque apparaît moins douteuse lorsque le paiement frauduleux est fondé sur un transfert de fonds sur papier ou électronique, car la fraude n'exige pas un endos contrefait.

10. Un troisième type de fraude est possible lorsque l'employé malhonnête n'est pas habilité à émettre un ordre de transfert de fonds au nom de l'employeur si un terminal d'ordinateur situé dans l'établissement du client d'une banque peut être utilisé pour effectuer des transferts de fonds. Si l'employé malhonnête peut accéder au terminal, apprend comment y introduire un ordre de transfert de fonds, et a connaissance des mots de passe et autres mécanismes de sécurité, l'ordre sera suivi par la banque. Pour de nombreux pays, il s'agit là d'une nouvelle forme de fraude qui était impossible dans le transfert sur papier. Cependant, dans certains pays qui autorisent l'apposition d'une signature par des procédés mécaniques sur les chèques ou sur les ordres de virement sur papier, il se pose un problème similaire lorsqu'un employé malhonnête (ou un tiers) a accès à l'appareil de signature mécanique et fait émettre des chèques ou des ordres de virement sur papier payables à lui-même ou à une personne fictive.

11. Dans les pays qui n'interdisent pas l'apposition d'une signature par des procédés mécaniques, il semble que la règle générale, souvent convenue entre les banques et leurs clients, soit qu'une banque qui honore de bonne foi un

chèque ou un ordre de virement signé frauduleusement au moyen d'un appareil authentique peut débiter le compte de son client. Bien que l'on puisse invoquer des théories juridiques différentes à l'appui de cette règle, les raisons en sont que la banque ne peut déterminer si l'appareil a été utilisé de manière autorisée ou non; aussi le client de la banque doit-il protéger soigneusement cet appareil si facile à utiliser de manière frauduleuse et il fait preuve de négligence dans le cas contraire.

12. Les raisons qui autorisent la banque à débiter le compte de son client en cas d'utilisation frauduleuse de cet appareil l'autoriseraient également à débiter le compte de son client du montant de l'ordre de transfert de fonds frauduleux émis au moyen d'un terminal d'ordinateur situé dans l'établissement du client. On notera cependant que le client de la banque et la banque elle-même sont tous deux responsables de la sécurité du terminal dans l'établissement du client; aussi faut-il répartir entre eux les pertes au cas où cette responsabilité n'aurait pas été exercée comme il convient.

b) Utilisation frauduleuse de terminaux clients

13. Les terminaux situés dans l'établissement du client d'une banque, ainsi que les guichets automatiques, les distributeurs de billets, les terminaux points de vente et les terminaux bancaires à domicile ont en commun d'être actionnés par le client. L'un des objets de ce type de terminal est d'éliminer toute intervention humaine de la banque. Les risques d'erreurs de la part de la banque dans le traitement de l'ordre de transfert de fonds en sont réduits, mais le recours à ces terminaux augmente par contre les risques de fraude.

14. Tous les terminaux d'ordinateurs pouvant autoriser un transfert de fonds fonctionnent pour l'essentiel de la même manière. Avant que quelqu'un puisse utiliser le terminal, il doit avant tout établir qu'il y est autorisé. Un employé de banque peut n'avoir à exécuter la procédure d'entrée qu'une seule fois pour être habilité à utiliser le terminal pendant une journée. Pour un terminal client, il faudra normalement une autorisation séparée pour chaque transaction, à moins qu'il ne soit utilisé constamment. Un terminal ou un client peuvent également se voir imposer des limites quant au type de transaction autorisé, aux comptes pouvant être débités ou crédités et au montant monétaire maximum autorisé par transaction, par jour, etc.

15. La procédure d'entrée ou d'autorisation à suivre avant qu'un terminal client puisse être utilisé est déterminée par la banque. Lorsqu'elle décide de la procédure à suivre, la banque (ou le réseau de transfert électronique de fonds auquel la banque est affiliée) doit trouver un équilibre entre les facteurs suivants : sécurité, coût et acceptabilité par le client. En général, plus la procédure d'autorisation est sûre, plus son installation et son application coûtent cher à la banque et plus elle est difficile à appliquer par le client. Pour des raisons de commercialisation, il peut être bon que le terminal client soit d'un accès aisé, mais il tend alors à être également aisément accessible aux intrus. Le juste milieu est difficile à trouver, compte tenu en particulier de l'évolution technologique.

16. Les restrictions quant aux types de transactions pouvant être autorisées, ou aux comptes pouvant être débités ou crédités sont sans doute un moyen efficace de réduire le risque de transactions frauduleuses. La limitation des montants monétaires n'a qu'un effet restreint sur la fréquence des fraudes,

mais elle peut être un moyen important d'en réduire les conséquences financières. Cela ne présente cependant un intérêt que pour les réseaux axés sur le consommateur, car, dans les réseaux commerciaux, le plafond doit en général être si élevé que des fraudes sérieuses restent possibles.

17. Pour utiliser les modèles courants de distributeurs de billets, guichets automatiques et terminaux points de vente, deux conditions sont nécessaires pour autoriser la transaction : une carte plastifiée à piste magnétique contenant certains renseignements et l'introduction par le client de la banque d'un code secret. On expérimente actuellement de nouvelles cartes plastifiées plus sûres. Dans certains systèmes de transactions bancaires à domicile, il ne serait pas possible de recourir à une carte plastifiée pour obtenir une autorisation; aussi celle-ci n'est-elle donnée que si l'on est en possession d'un code secret ou d'un mot de passe. Un terminal situé dans un établissement commercial peut exiger des procédures plus complexes et probablement plus sûres, mais celles-ci sont en général fondées pour l'essentiel sur l'utilisation de mots de passe et, éventuellement, de cartes plastifiées.

18. Actuellement, deux méthodes différentes sont utilisées par les banques pour protéger le code secret. La première méthode consiste à empêcher qu'un employé de la banque ou du système de transfert de fonds ne puisse avoir connaissance du code. Celui-ci est composé par un ordinateur au moyen d'un algorithme et de certaines données de base concernant le client. Le numéro à quatre ou six chiffres ainsi obtenu est introduit par l'ordinateur dans une enveloppe scellée et expédié ou communiqué de toute autre manière au client. Si elle est respectée, cette méthode permet de donner à chaque client un code sûr. Cependant, celui-ci étant abstrait et parfois difficile à retenir, de nombreux clients jugent nécessaire de porter le code sur eux lorsqu'ils ont l'intention d'utiliser leur carte plastifiée, ce qui en compromet gravement la sécurité.

19. Dans l'autre méthode, il est plus facile au client de la banque de retenir son code, car c'est lui qui le choisit. Un client s'inspire souvent pour cela de la date de son anniversaire ou de celui de son conjoint, de son adresse, de son numéro de téléphone ou tout autre nombre qu'il connaît bien. La méthode a un avantage : le client ne portera sans doute pas sur lui le numéro sous forme écrite, mais elle présente l'inconvénient de réduire à un minimum la combinaison de chiffres que choisira telle ou telle personne; il est donc plus facile de découvrir son code. En outre, celui-ci est connu d'au moins quelques employés de la banque et, comme il n'est plus déterminé par un ordinateur, il doit figurer dans le dossier du client et est donc à la disposition de toute personne ayant accès à ce dossier.

20. Les mots de passe des terminaux situés dans des établissements commerciaux ou à domicile posent le même type de problème de sécurité. Le mot de passe ne devrait jamais être si évident qu'il puisse être aisément deviné, ni si obscur que l'utilisateur soit obligé de le garder sur lui sous forme écrite, à moins que sa conservation sous forme écrite ne soit assortie de strictes mesures de sécurité. Un terminal à partir duquel peut être effectuée une vaste gamme de transfert de fonds portant sur des montants importants devrait faire l'objet de mesures de sécurité supplémentaires. La procédure d'entrée peut par exemple exiger la présence de deux personnes ayant chacune un mot de passe différent. Les mots de passe peuvent être modifiés relativement souvent, bien que cela pose des problèmes de transmission entre la banque et le client, ou vice-versa. La banque peut annuler le mot de passe automatiquement s'il n'est pas utilisé pendant un délai donné, car cela signifie sans doute que son utilisateur est absent.

21. La protection contre la fraude dans le cas de terminaux clients est donc l'affaire de la banque et du client. La banque doit installer et appliquer un système de sécurité aussi bon que possible compte tenu de son coût et de la gêne qu'il peut engendrer. On peut juger la qualité d'un système de sécurité à la mesure dans laquelle les clients de la banque qui, souvent, ne sont pas des spécialistes des ordinateurs et des transferts de fonds, suivent les instructions de sécurité que leur donne la banque.

c) Ordres donnés par le client sous une forme assimilable par ordinateur

22. On se trouve dans une situation comparable lorsque le client donne à la banque, ou à la chambre de compensation, des ordres de transfert de fonds en lots sur support de mémoire ou sur papier sous une forme assimilable par l'ordinateur. Même s'il incombe au client d'établir soigneusement les ordres de transfert, notamment en recourant à des mécanismes internes de contrôle en vue de prévenir la fraude et d'éviter toute erreur dans l'établissement des ordres de transfert, la responsabilité de s'assurer que le nombre d'ordres de transfert et leur valeur correspondent bien aux sommes indiquées, qu'ils sont dans les limites imposées par le client pour ces lots et que chaque lot n'a pas été altéré postérieurement à son établissement, devrait incomber à la banque, ou à la chambre de compensation. Ces contrôles peuvent aisément être effectués par la banque, ou la chambre de compensation, lorsqu'elle vérifie les supports avant le traitement.

d) Fraude commise par les employés des banques

23. Les employés des banques et autres agents du système de transfert de fonds ont également accès à des terminaux leur permettant d'effectuer des transactions frauduleuses. Une fraude de ces employés peut être particulièrement difficile à déceler, à moins que la banque ne dispose d'un système bien conçu. On a beaucoup parlé de la possibilité qu'a un employé malhonnête de programmer l'ordinateur afin que celui-ci crédite son compte et efface toute trace de la transaction. Cela ne devrait cependant pas être possible, car les ordinateurs bancaires peuvent être programmés pour conserver une trace comptable de toutes leurs activités, y compris les ordres d'effacer des transactions. Pour que cela soit efficace, il faudrait que la partie vérification des comptes soit programmée par d'autres personnes que celles qui rédigent les programmes d'application et qu'elle soit soumise à des vérificateurs indépendants.

e) Fraude par captage de transmission de télécommunications

24. Il est relativement facile de se brancher sur un système de télécommunication par lequel sont envoyés les ordres de transfert électronique de fonds. Il serait tellement coûteux d'assurer une sécurité intégrale du système de transmissions que cela n'est pas réalisable. Aussi, tout système de transfert électronique de fonds devrait-il être conçu compte tenu des possibilités d'interception et de lecture des messages, d'altération de messages authentiques et d'introduction de faux messages. La première ligne de défense contre de telles fraudes est le chiffrement. Si le mode de chiffrement utilisé est assez solide, il n'y a pas de danger d'interception, d'altération ou d'introduction de faux messages. Cependant, un mode de chiffrement parfaitement sûr aujourd'hui peut ne plus l'être quelques années plus tard avec la mise au point d'ordinateurs plus puissants et de techniques permettant

de décomposer les grands nombres sur lesquels est fondé le codage. En outre, les propositions faites dans certains pays visant à confier à un organisme public toutes les clés de codage utilisées pour les flux de données transfrontières créeraient un maillon faible potentiel dans le système de sécurité qui échapperait au contrôle des parties. En instituant un système rigoureux de consignation de tous les ordres de transfert de fonds expédiés et reçus et en affectant un numéro à toutes les entrées et à toutes les sorties, on peut vérifier le moment de la réception ou de l'expédition du message, ainsi que l'autre partie au message. Il est ainsi plus facile de reconnaître un ordre frauduleux et ces procédures sont essentielles pour découvrir ultérieurement et retracer un ordre que l'on suppose frauduleux.

2. Ordre de transfert frauduleux justifiant le débit d'un compte par une banque

25. Bien qu'une banque ne soit normalement habilitée à débiter le compte d'un client que du montant figurant sur un ordre autorisé, elle peut également débiter son compte d'un montant figurant sur un ordre non autorisé, notamment si la fraude est imputable à un contrôle insuffisant de la part du client. On ne saurait douter par exemple que le compte du client peut être débité du montant de transferts frauduleux effectués par des employés autorisés à agir pour le client, à moins que la transaction n'ait été à ce point inhabituelle qu'elle aurait dû éveiller les soupçons de la banque.

26. Cependant, il est plus difficile de déterminer si c'est la banque ou le client qui devraient se voir imputer la perte en cas de fraude commise au moyen d'un terminal client. La banque ayant elle-même déterminé les mécanismes essentiels de sécurité et les procédures d'autorisation, et le client s'y étant conformé, on peut par exemple répartir la perte en se fondant sur les négligences enregistrées dans chaque cas. Cette méthode est peut-être applicable lorsque, à l'évidence, la fraude a été rendue possible du fait d'une insuffisance flagrante des mécanismes de sécurité et des procédures d'autorisation ou parce que le client a fait preuve d'une négligence inhabituelle dans l'application de ces procédures. Il ne s'agit pas là cependant d'un moyen efficace de répartir la perte, notamment en cas de fraude dans des systèmes axés sur les consommateurs, lorsque la perte subie n'est souvent pas assez importante pour justifier une enquête judiciaire complète.

27. C'est pourquoi l'on tente de trouver des formules applicables à la grande majorité des cas. Les contrats entre une banque et un client, qui sont normalement des contrats standard établis par la banque, autorisent en général la banque à débiter le compte du client du montant de tout transfert effectué au moyen d'un type particulier de terminal client, lorsque le code secret ou le mot de passe, et la carte plastifiée le cas échéant, ont été utilisés. Dans le cas de système autorisant des transferts au moyen notamment d'une carte plastifiée, la responsabilité du client prend normalement fin une fois qu'il a informé la banque de la perte ou du vol de la carte et que la banque a eu la possibilité d'inclure la carte dans sa "liste noire", ce qui peut se faire immédiatement dans un système en ligne, ou le jour ouvrable suivant dans un système hors ligne.

28. Il existe une autre méthode, la plus évidente pour certains systèmes axés sur le consommateur, selon laquelle la banque est habilitée à débiter le compte du client du montant du transfert frauduleux, à concurrence d'une somme relativement peu élevée. Le client risque une perte suffisamment importante pour l'inciter à signaler la perte ou le vol de la carte plastifiée ou le fait

que le mot de passe, le code secret ou telle ou telle mesure de sécurité sont compromis, alors que la banque risque une perte sérieuse, ce qui l'incite à appliquer une procédure d'autorisation plus sûre. Cette méthode peut être complétée par une règle stipulant que la banque peut débiter le compte du client du montant total de transferts frauduleux qui sont la conséquence de certaines actions du client, qui, par exemple, prêterait sa carte magnétique à un tiers, lui dévoilerait son code secret, écrirait le code sur la carte ou transporterait les deux ensemble, de sorte que la perte ou le vol de l'un entraînerait automatiquement la perte ou le vol de l'autre.

29. Une troisième méthode de répartition des pertes, utilisée dans un grand nombre de cas, consiste à imposer à la banque ou au client la charge de prouver comment a été effectuée la fraude, car, c'est souvent la partie qui a la charge de la preuve qui perdra. Il est particulièrement difficile de prouver qu'une fraude commise par un tiers qui n'a pas été appréhendé est due par exemple au fait que le client a laissé son mot de passe dans un tiroir ou écrit son code sur la carte plastifiée. Il serait normalement plus difficile encore à un client de prouver qu'une banque a conçu un système de sécurité inapproprié ou n'a pas respecté ses propres procédures d'autorisation et de sécurité.

30. On peut aussi faire en sorte que les pertes subies par la banque et le client soient remboursées par une assurance. Toutefois, les pertes importantes ou répétées se traduisent très vite par une augmentation des primes.

B. Erreurs

1. Principales sources d'erreurs dans l'utilisation d'ordinateurs

31. Lorsque les ordinateurs ont commencé d'être utilisés sur une grande échelle à des fins commerciales dans certains pays, les entreprises possédant des ordinateurs étaient découragées par le grand nombre d'erreurs qui se produisaient et leurs clients en étaient mécontents. Non seulement les erreurs étaient nombreuses, mais il semblait difficile de les rectifier. Cependant, dans de nombreuses entreprises, cette expérience négative était due en partie au contrôle de la qualité du matériel lui-même et aux faiblesses de la conception du logiciel. Cela n'est plus maintenant une source constante d'échecs. Le matériel est des plus fiable et le logiciel, s'il pose toujours des problèmes, est d'une bien meilleure qualité qu'auparavant. Les erreurs dues à des défauts du matériel ou du logiciel sont minimales par rapport au nombre total de transactions.

32. Les nombreuses erreurs qui se produisaient naguère étaient également dues à l'inadéquation des procédures adoptées par de nombreuses entreprises pour leurs nouveaux systèmes d'ordinateurs. Afin d'obtenir le volume de transactions nécessaires pour justifier la présence d'une unité centrale, on créait souvent un centre de traitement des données qui était, administrativement et matériellement, séparé des services organiques qui recevaient, traitaient et utilisaient les données. Le centre de traitement était souvent dans un bâtiment séparé et, dans le cas d'organisations ayant des filiales dans plusieurs villes, il était nécessairement, pour un grand nombre de ces filiales, dans une ville différente. Le personnel des services organiques comprenait trop rarement que les données soumises au service du traitement des données devait avoir une présentation uniforme; le service du

traitement des données était quant à lui devenu le domaine réservé de spécialistes qui, trop souvent, ne comprenaient pas le fonctionnement et les besoins de l'entreprise; les méthodes d'élimination des erreurs ne recevaient pas toujours la même attention que l'installation de nouveaux équipements et il était souvent difficile aux clients, fournisseurs et employés de situer la personne à même de rectifier les problèmes qui se posaient.

33. Bien que ces problèmes soient loin d'avoir disparu, on peut affirmer sans grand risque d'être contredit que la séparation entre le service du traitement des données et les services organiques de l'entreprise, ainsi que l'application des procédures internes inadaptées ne sont plus la source de difficultés qu'elles étaient naguère. Le personnel des services organiques connaît mieux les procédures requises pour utiliser les ordinateurs et le personnel du traitement des données a appris comment adapter les besoins et possibilités techniques des ordinateurs aux exigences des services commerciaux et administratifs pour lesquels ils travaillent.

34. Toute aussi importante, notamment dans le secteur bancaire, a été la décentralisation de l'introduction des données dans les ordinateurs. Il est maintenant courant, dans de nombreuses régions du monde, de voir des terminaux installés dans les services organiques. Les caissiers en contact avec des clients de la banque peuvent introduire directement dans l'ordinateur des ordres de dépôt et de retrait, tout comme les opérateurs qui reçoivent des ordres de transfert de fonds et d'autres instructions bancaires par la poste, par téléphone ou par tout autre moyen.

35. La décentralisation de l'introduction des données dans la banque a, de plusieurs manières, réduit les risques d'erreur. Les données étant introduites dans le service chargé des transactions, ceux qui effectuent cette opération sont responsables de la totalité de la transaction. Ils se sentent donc davantage responsables de la précision des données; l'ordinateur leur répond immédiatement et leur indique si la transaction a été acceptée ou non; il sont mieux à même de comprendre le contexte dans lequel les données ont été créées, ce qui leur permet de remarquer d'éventuelles ambiguïtés et d'y remédier promptement et correctement; de plus, les données n'ont à être introduites qu'une fois dans les dossiers de la banque, plutôt que deux fois ou même plus comme c'était parfois le cas dans les systèmes centralisés de traitement des données ou dans les systèmes fondés sur le papier.

36. L'avènement des terminaux clients, capables d'ordonner des transferts de fonds de routine, réduit encore les possibilités d'erreur de la part de la banque, car l'ordre de transfert de fonds est normalement traité automatiquement, sans l'intervention du personnel de la banque. Les erreurs sont plus improbables dans un système de transfert électronique de fonds entièrement automatique que dans un système semi-automatique ou dans un système fondé sur le papier. Cependant, celles qui se produisent peuvent être plus sérieuses du fait du très grand nombre de transactions traitées par l'ordinateur. En outre, on peut toujours craindre une défaillance massive, hors de toute proportion.

2. Sources d'erreurs courantes particulières aux transferts électroniques de fonds

a) Messages non normalisés

37. Etant donné qu'il n'existe pas encore de structure normalisée universelle pour les ordres de transfert de fonds électroniques, les risques d'erreur dans la composition du message par l'expéditeur et dans l'interprétation du message

par le destinataire sont grands. En outre, si les zones qui composent le message dans deux réseaux de transfert de fonds d'ordinateur à ordinateur ne sont pas pleinement compatibles et, de ce fait, n'autorisent pas la conversion automatique d'une structure de message à une autre grâce à un logiciel d'interface, l'ordre de transfert de fonds reçu d'un système devra être totalement ou en partie recomposé pour pouvoir être acheminé par le deuxième réseau.

b) Recréation des messages

38. La recomposition d'un message est source d'erreurs. Celles-ci sont dans une certaine mesure inévitables dans tous les transferts électroniques de fonds. Au contraire des transferts sur papier, où le formulaire original rempli par le client peut en général être transmis par le système bancaire, ce qui interdit toute altération de l'ordre de paiement, sauf par fraude, un message de transfert électronique de fonds est recomposé à chaque point de traitement. Les ordres de paiement transmis sur papier à la banque sont transformés en messages électroniques qui peuvent être reproduits sur papier à la réception. Dans les transferts par téléscripteur, par l'intermédiaire d'une banque correspondante, cette dernière transmet un nouveau message dont le contenu est quelque peu modifié. Les messages envoyés par le biais d'un système de commutation par paquets sont divisés en segments d'une longueur uniforme, transmis par des circuits séparés et réassemblés à destination. Les ordres de transfert transmis sur bande magnétique à une chambre de compensation automatique sont triés et enregistrés sur de nouvelles bandes magnétiques avant d'être envoyés à la banque réceptive.

39. Chacun de ces procédés fait courir le risque d'une modification par inadvertance du contenu de l'ordre de paiement, du fait d'une erreur humaine, d'une erreur dans le programme d'ordinateur ou d'une panne ou d'un vice matériels. Cependant, ces erreurs peuvent être détectées avant qu'elles ne passent dans le système, si ce système et les opérations de chaque banque sont soumis aux procédures de contrôle voulues et si ces dernières sont appliquées rigoureusement.

c) Procédures non normalisées

40. Il est plus difficile aux banques de traiter sans erreur les transferts internationaux de fonds, qu'ils soient électroniques ou sur papier, que les transferts nationaux, faute d'un accord international sur les procédures à suivre. Chaque message doit donc être lu soigneusement afin de s'assurer de la procédure utilisée par la banque ayant envoyé le message. Ce message est parfois peu clair, surtout s'il est composé dans un langage télégraphique non structuré.

41. La confusion peut être encore aggravée lorsque les pratiques bancaires du pays destinataire sont différentes de celles du pays expéditeur. En particulier, les prévisions quant au moment où la banque bénéficiaire et le bénéficiaire pourront disposer des fonds peuvent se révéler incorrectes si, du fait d'une pratique locale, une banque correspondante retarde le règlement de plusieurs jours, augmentant ainsi son capital disponible, ou si la remise doit être effectuée dans un endroit éloigné, par la poste ou par chèque, bien que l'ordre de transfert international ait stipulé que la plus haute priorité devait être donnée au transfert.

d) Pannes de l'ordinateur et erreurs dans le logiciel

42. Une des sources d'erreurs dans les transferts électroniques de fonds, qui n'existait pas dans les transferts sur papier, est l'équipement électronique lui-même. Il s'agit du matériel des banques, des moyens de télécommunication et des chambres de compensation ou autres points de commutation, ainsi que le logiciel nécessaire. Bien que les erreurs provenant de cette source soient relativement plus rares qu'il y a quelques années, elles sont particulièrement graves. Une erreur dans l'introduction d'un ordre de transfert n'affecte qu'un seul message, mais, en cas de défaut du matériel ou du logiciel, toute une série d'instructions risquent d'être traitées de manière incorrecte. En outre, du fait de la nature même du problème, l'erreur risque de ne pas être détectée par les mécanismes de contrôle que comportent la plupart des programmes d'ordinateurs. Et plus important encore d'un point de vue juridique, les erreurs dues à des défauts du matériel ou du logiciel posent des problèmes difficiles quant à la responsabilité en cas de perte.

3. Méthodes envisageables pour prévenir les erreurs

43. La plupart des mesures nécessaires pour réduire les erreurs dans les transferts électroniques de fonds peuvent heureusement être prises séparément par chaque banque. Cependant, certaines ne peuvent être prises que par la communauté bancaire dans son ensemble. Il faut en particulier normaliser la structure des messages et les procédures bancaires pour les transferts nationaux et internationaux. A certains égards, le plus important, et sans doute le plus difficile, est de conclure un accord à l'échelon international. Des sommes importantes sont transférées par le biais de réseaux internationaux de commerce de gros et les systèmes internationaux de transfert électroniques de fonds axés sur les consommateurs prennent de plus en plus d'importance. En outre, la conclusion d'un accord à l'échelon international constituerait un point de départ solide pour d'éventuels accords nationaux.

44. Les milieux bancaires internationaux ont entrepris, dans le cadre du Comité technique bancaire (TC 68) de l'Organisation internationale de normalisation (ISO), plusieurs projets qui devraient permettre d'élaborer une structure reconnue pour les types de messages les plus courants dans les transferts internationaux de fonds. Le projet de norme internationale (DIS) 7982 de l'ISO contient dans sa première partie les mots et données utilisés pour décrire, traiter et présenter les ordres de transfert de fonds. Le projet de norme 7746 de l'ISO propose une structure standard pour la transmission par télécopieur d'ordres de transfert de fonds interbanques. Ces structures standard, fondées sur celles de SWIFT, visent 1) à éliminer les erreurs d'interprétation de la part de la banque recevant l'ordre provenant d'une autre banque et 2) à permettre la mise au point de systèmes de traitement automatique des ordres de transfert de fonds par télécopieur. Le Comité technique 68 de l'ISO étudie également des questions telles que les chiffres clefs, les caractéristiques techniques des cartes à piste magnétique et les spécifications des messages interbanques pour les cartes de débit et de crédit, afin de contribuer à la mise en place de systèmes de transfert électronique de fonds plus efficaces, comportant moins de risques d'erreurs et de fraudes.

45. Si l'ISO adopte une structure standard pour les transferts de fonds par télécopieur conforme à la présentation des messages de SWIFT, si l'on s'accorde sur le vocabulaire à utiliser dans les ordres de transfert de fonds

et si cette présentation et ce vocabulaire sont adoptés et utilisés dans le monde entier pour les transferts des fonds nationaux et internationaux, le risque d'erreurs dues au recodage des ordres de transfert de fonds s'en trouvera réduit. Une structure standard d'un message téléscripteur comportant des étiquettes de zone et des descripteurs de zone permettra à la banque destinataire d'introduire l'ordre dans son système d'ordinateur pour enregistrement, et retranscription si nécessaire, sans avoir à l'interpréter, ce qui présente un intérêt particulier lorsque les banques expéditrice et réceptrice n'utilisent pas la même langue.

46. On peut espérer et même compter que les milieux bancaires internationaux, par le biais des institutions voulues, pourront convenir des procédures que doit suivre la banque réceptrice, notamment quand elle n'est pas la banque bénéficiaire. On notera cependant que, lorsque la banque réceptrice doit retransmettre l'ordre de transfert de fonds par l'intermédiaire d'un système national de transfert, il faudrait, pour que l'on puisse s'accorder sur les mesures à prendre, que soient dans une large mesure harmonisés les moyens techniques utilisés dans chaque pays pour traiter les transferts de fonds ainsi que les règles et procédures bancaires connexes. En attendant, on pourrait jeter les bases d'une telle harmonisation en déterminant avec plus de précision les mesures prises selon les pays par les banques réceptrices dans des situations standard et le temps requis pour ces différentes mesures.

C. Nécessité pour le client de vérifier l'état de ses comptes

1. Relevés de compte

47. Aussi rigoureux que soient tous les intéressés, des écritures erronées seront toujours passées. Si ces écritures n'ont pas été filtrées par les divers mécanismes de contrôle mis en place par la banque, elles ne peuvent dans la plupart des cas être découvertes et rectifiées que si le client se plaint. Pour que ce dernier puisse découvrir une erreur sur son compte, il doit disposer d'un moyen de vérifier la concordance des relevés de la banque et de son propre relevé de ses transactions.

48. Il existe deux moyens classiques de fournir un relevé au client. Dans certains pays, peut-être notamment dans les pays où les virements sont un moyen normal de transfert de fonds interbanques pour le commerce et le grand public, un avis est envoyé par la banque à chaque fois qu'un compte est débité ou crédité. L'avis peut indiquer - et il le fait souvent - le solde antérieur, les opérations de débit et de crédit effectuées et le solde nouveau. Un relevé trimestriel ou annuel peut aussi être envoyé qui indique les agios débités et les intérêts crédités au compte et qui en atteste officiellement le solde. Dans d'autres pays, un relevé de compte est envoyé périodiquement au titulaire du compte. Pour les comptes ordinaires, les relevés sont en général mensuels, trimestriels ou annuels, alors que, pour les comptes commerciaux actifs, ils peuvent être hebdomadaires ou même quotidiens. Un relevé quotidien d'un compte actif peut sembler identique à un avis quotidien indiquant au titulaire d'un compte actif les opérations de débits ou de crédits effectuées sur son compte, mais la politique sous-jacente est différente.

49. Lorsque le compte est inactif, le titulaire peut ne recevoir aucun relevé pendant un délai relativement long. Dans un pays où des avis sont envoyés au titulaire à chaque fois que son compte est débité ou crédité, cela signifierait

qu'aucune opération n'a été effectuée sur son compte durant cette période. Dans un pays où des relevés de compte sont normalement envoyés périodiquement, la banque et le client peuvent convenir qu'il n'est pas nécessaire d'établir de relevés du fait de la rareté des transactions ou parce que le titulaire souhaite que le compte soit secret. Cette méthode n'est absolument pas à encourager, car c'est ainsi que des écritures frauduleuses ou erronées peuvent rester dissimulées pendant longtemps.

50. L'avènement des terminaux clients modifie quelque peu le rôle du relevé de compte, que celui-ci soit envoyé périodiquement ou qu'il s'agisse d'un avis de débit ou de crédit. Si le client peut vérifier l'état de son compte, et notamment s'il est à même d'obtenir une copie matérielle de cet état, la banque n'aura pas à lui envoyer de relevé. A l'heure actuelle, certains clients commerciaux de grandes banques peuvent ainsi avoir accès à leur compte et cette possibilité est activement encouragée par les banques ayant pour clients des sociétés transnationales dans le cadre d'activités de gestion de trésorerie. Cela est également possible dans certaines expériences d'activités bancaires à domicile, mais les guichets automatiques permettant de connaître le solde d'un compte ne donnent pas toujours de renseignements sur l'activité du compte.

2. Examen des relevés par le client

51. Plusieurs arguments sont avancés en faveur de la thèse selon laquelle le client doit examiner le relevé que lui envoie la banque afin de vérifier si des écritures frauduleuses, des erreurs ou autres anomalies s'y sont glissées. Le relevé, et notamment le relevé périodique, peut être considéré comme une offre d'apurement du compte entre la banque et son client, forme d'apurement qui revêt un nom différent dans la doctrine des divers systèmes juridiques. Le destinataire doit répondre dans un délai donné, ou le relevé est considéré, dans certains pays, comme présentant un état correct du compte à ce moment-là, alors que dans d'autres pays, il incombe au client, dès lors qu'il n'a pas répondu, d'apporter la preuve que le relevé est incorrect, le cas échéant.

52. La politique qui sous-tend cette méthode peut être appliquée directement à la gestion d'un compte courant dans une banque. Il est utile aux parties de s'accorder périodiquement sur l'état de leurs relations, de sorte qu'à la fin d'une période relativement longue, il ne soit pas nécessaire de vérifier chaque opération effectuée, longtemps après que les détails en ont été oubliés et que les traces en ont disparu. En outre, à une écriture incorrecte portée sur un compte, qu'elle soit due à une erreur ou à une fraude, correspond souvent une autre écriture incorrecte sur un autre compte. Si l'on tarde à en informer la banque, il est plus difficile à cette dernière de rectifier la transaction ou de limiter la perte.

53. Dans certains pays, on estime que le client n'est pas tenu d'examiner son relevé de compte et peut faire objection à une écriture incorrecte à tout moment, jusqu'à ce que le délai de prescription prévu soit écoulé. Cette règle protège davantage le consommateur et peut être particulièrement justifiée dans le cas de personnes qui n'ont pas l'expérience du système bancaire et ne sont donc pas conscientes de la nécessité d'apurer leur compte ou ne sont pas à même de le faire, ou également dans le cas de personnes qui voyagent beaucoup ou vivent en un lieu éloigné et éprouvent des difficultés à recevoir rapidement leurs relevés. Cependant, même dans ces pays, le client a une part de responsabilité s'il n'examine pas le relevé et signale des écritures incorrectes.

54. Il faut cependant noter que, quelle que soit la règle appliquée, une écriture entachée d'erreur ou de fraude qui n'a pas été filtrée par les mécanismes de contrôle de la banque ne sera souvent découverte que si le client vérifie son relevé de compte et signale cette écriture à la banque. Cela est particulièrement important lorsque les chèques sont conservés par la banque dépositaire et que les données essentielles relatives au transfert de fonds sont présentées électroniquement, car il est alors peu probable que la banque transférante (banque tirée) puisse détecter par exemple une signature contrefaite du transférant (tireur). La différence pratique entre ces règles tient avant tout au fait que le client dispose d'un délai plus court pour notifier à la banque l'écriture erronée lorsqu'il est tenu d'examiner son compte que dans le cas contraire.

3. Devoir qu'a une banque de rectifier les écritures

55. De toute évidence, une banque doit rectifier promptement une écriture incorrecte après en avoir été notifiée par le client, à moins que l'on ne puisse se demander légitimement si l'écriture était ou non incorrecte. Des règles détaillées régissant la correction des erreurs par les banques lors de transferts électroniques de fonds "grand public" ont été adoptées par certains pays et proposées dans d'autres ^{1/}. Chaque pays détermine selon son expérience s'il est nécessaire ou seulement souhaitable d'adopter de telles règles.

D. Responsabilité qu'a la banque donneur d'ordre à l'égard de son client en cas d'erreur ou de fraude lors d'un transfert interbanques; principe de la responsabilité pour tout le réseau

56. Au sens du présent document, la banque donneur d'ordre est la banque qui reçoit l'ordre de transfert de fonds de son client et le transmet par les voies appropriées à la banque destinataire. Dans un prélèvement, la banque donneur d'ordre est la banque bénéficiaire (ou banque dépositaire) et, dans le cas d'un virement, c'est la banque transférante. Le donneur d'ordre est la partie qui soumet l'ordre de transfert de fonds à la banque donneur d'ordre. Pour ce qui est de la question examinée dans la présente section, il semble qu'il n'y ait pas de différence particulière dans la législation régissant les transferts sur papier entre la banque bénéficiaire en tant que banque donneur d'ordre en cas de prélèvement et la banque transférante en tant que banque donneur d'ordre en cas de virement.

57. Le problème essentiel, que l'on rencontre dans tout domaine de l'activité économique, se pose lorsqu'un client charge une entreprise d'une tâche exigeant la participation d'une ou plusieurs autres entreprises. Soit la première entreprise ne peut être tenue responsable que pour ses propres actes, y compris le choix de ses collaborateurs, soit elle est tenue pour responsable à l'égard du client des actes de toutes les parties ayant collaboré à l'exécution du contrat; il s'agit dans le second cas du principe de la

^{1/} Le droit qu'a une banque de rectifier une écriture passée au compte d'un client lorsque l'erreur était en faveur du client est examiné au chapitre relatif au moment où le paiement devient définitif.

responsabilité pour la transaction. L'analogie la plus proche est celle du transport de marchandises par un transporteur commun, lorsque le transport, de son origine à sa destination, exige la participation de transitaires et d'opérateurs de terminaux, ainsi que de plusieurs transporteurs, d'un type similaire ou différent.

58. Arguments en faveur de la responsabilité pour la transaction : bien que le donneur d'ordre indique le type de transfert de fonds choisi et le nom de la banque destinataire, à quelques exceptions près, il ne stipule ni le moyen de communication, ni les banques intermédiaires. Le choix des filières appropriées est laissé à la banque. Dans une banque hautement automatisée, ce choix peut être exercé par un ordinateur programmé à cet effet. Lorsqu'il existe différents moyens de communication, ou différentes banques intermédiaires, la banque doit choisir judicieusement les moyens appropriés.

59. Si le transfert n'est pas effectué correctement, il est souvent difficile de déterminer où, comment et pourquoi une erreur s'est produite. Chaque banque, chambre de compensation, commutateur et service de télécommunication ont intérêt à affirmer que le problème leur est étranger. Le client, étant extérieur au système et n'ayant pas de relation permanente avec eux, sinon avec sa propre banque, éprouvera de grandes difficultés à enquêter et déterminer qui semble être en faute. S'il apparaît que la partie en faute ne peut être poursuivie que dans une région éloignée du pays ou dans un pays étranger, le donneur d'ordre connaîtra de nouvelles difficultés et devra consentir des dépenses supplémentaires s'il veut donner suite à sa plainte. Cependant, si la banque donneur d'ordre a accepté ou est tenue par la loi d'accepter la responsabilité de l'exécution du transfert de fonds, sous réserve que le préjudice subi ne soit pas dû à des circonstances exonératoires spécifiées, le donneur d'ordre sera mieux à même d'obtenir remboursement de la banque ou de toute autre entité en faute. Selon cette méthode, la banque donneur d'ordre subirait le préjudice plutôt que le donneur d'ordre lui-même s'il n'est pas possible de déterminer quelle est la cause de préjudice. L'augmentation des coûts pour le système bancaire dans son ensemble, hormis toute augmentation ou diminution des dépenses de contentieux, correspondrait aux sommes que les clients étaient auparavant dans l'impossibilité de recouvrer faute de pouvoir prouver où et comment l'erreur avait été commise.

60. S'agissant des cartes de débit et de crédit délivrées par une banque, ces mêmes considérations ont abouti au résultat contraire, à savoir l'acceptation par la banque destinataire (souvent appelée banque émettrice de la carte dans ce domaine) de l'entière responsabilité vis-à-vis du client pour débit incorrect de son compte lié à l'utilisation de la carte. Si une erreur ou une fraude a eu lieu dans le cadre de l'utilisation de la carte ou de l'expédition de l'ordre de transfert de fonds qui ne peut être imputée au client, les banques du réseau se répartissent la perte conformément aux dispositions de l'accord instituant le réseau.

E. Possibilité de décliner toute responsabilité

61. On trouve des dispositions permettant de décliner toute responsabilité dans les contrats entre la banque donneur d'ordre et son client et entre les banques, chambres de compensation, opérateurs de commutateurs, systèmes de télécommunication et autres parties pouvant participer au transfert de fonds. Une telle disposition peut stipuler que la partie s'en prévalant ne sera pas tenue responsable en cas de préjudice causé par des tiers, de préjudice

imputable à certaines ou à la totalité des actions ou omissions de ladite partie ou pour certains types de préjudice, et en particulier en cas de dommages indirects.

62. La mesure dans laquelle seront appliquées les dispositions exonératoires de responsabilité dans les contrats régissant les transferts de fonds dépend en partie de l'attitude générale du système juridique à l'égard de telles clauses et en partie également de la mesure dans laquelle la réglementation des transferts de fonds est considérée comme impérative ou non impérative. On pourrait s'attendre à ce que des dispositions exonératoires affectant directement les droits et obligations afférents à un effet de commerce ne soient pas appliquées, alors que des dispositions concernant le recouvrement d'un effet ou le transfert électronique de fonds le seront plus probablement, ces opérations n'étant pas régies dans la plupart des pays par des règles détaillées. Lorsqu'une règle a été adoptée pour protéger les droits des consommateurs dans un transfert électronique de fonds, comme aux Etats-Unis, ces droits ne peuvent être modifiés que dans une certaine mesure par des dispositions contractuelles.

63. Les dénis de responsabilité dans les contrats entre les banques, entre les banques et d'autres agents du transfert de fonds, entre les banques et leurs fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels n'ont pas de conséquences formelles sur les relations entre une banque et son client. Le client, en tant que donneur d'ordre, devrait être à même d'intenter une action à l'encontre de l'entité dont les actes ou omissions ont entraîné un préjudice, sans tenir compte d'éventuelles dispositions exonératoires de responsabilité figurant dans des contrats auxquels il n'est pas partie.

1. Panne technique du matériel ou du logiciel

64. De nombreux contrats entre une banque et un client stipulent expressément ou implicitement que la banque est exonérée de toute responsabilité au cas où elle ne s'acquitterait pas d'un ordre de transfert de fonds de la manière appropriée, si elle peut démontrer que cela est dû à une panne technique du matériel ou du logiciel ^{2/}. Cependant, il faudrait soigneusement limiter de telles exonérations.

65. Bien que les ordinateurs soient maintenant beaucoup plus fiables, des pannes se produisent régulièrement. Les banques qui recourent à l'ordinateur pour des transferts de fonds et à d'autres fins devraient avoir - et ont en général - suffisamment de matériel de remplacement, soit dans leurs propres locaux, soit dans une autre entreprise (par exemple, fournisseur d'équipements d'informatique, service d'ordinateurs, banque ou autre entreprise ayant un équipement compatible) pour continuer de fonctionner pendant que leurs propres ordinateurs sont hors service même si certains services ne sont pas assurés; aussi, une panne d'ordinateur d'une ampleur prévisible, à laquelle il doit

^{2/} On trouvera aux paragraphes 68 à 73 et 78 à 81 une étude des questions connexes, consistant à déterminer si une banque devrait être exonérée en cas de panne se produisant alors que l'ordre transite par le moyen de communication qui est lui-même exonéré de toute responsabilité ou s'il transite dans une chambre de compensation ou dans un commutateur appartenant à un groupe de banques ou géré en leur nom.

être remédié au moyen de matériel de remplacement, ne devrait pas être considérée comme justifiant la non-exécution de l'ordre de transfert de fonds dans les délais applicables. D'un autre côté, un certain retard peut être toléré. Par contre, une panne d'une ampleur imprévisible, notamment si elle est due à une catastrophe ou à une panne d'électricité dans la zone où est située la banque, ou encore à un sinistre important dans la banque, tel qu'un incendie, peut justifier une exonération.

66. Les banques qui ne disposent pas de suffisamment de matériel de secours devraient conserver d'autres méthodes de réception et de communication d'ordres de transfert de fonds.

67. Il n'y aurait pas de difficultés juridiques particulières à refuser l'exonération si la non-exécution d'un ordre de transfert de fonds était due à un logiciel défectueux, mis au point par le personnel de la banque. Un tel logiciel ne serait, semble-t-il, que le moyen par lequel la banque ne s'est pas acquittée de son obligation. La réponse serait la même si le problème était dû à un logiciel défectueux ou inadapté, acheté à un fournisseur extérieur. En général, ni une banque ni aucune autre entreprise commerciale ne devraient normalement être exonérées parce que les équipements ou les logiciels qu'elles utilisent sont inadaptés aux tâches à effectuer.

2. Services communs de télécommunication

68. La plupart des transferts électroniques de fonds interbanques et un grand nombre des transferts au sein d'une même banque passent par un service de communication de données. Traditionnellement, les réseaux de télécommunication ont souvent été en grande partie exonérés en cas de préjudice dû à un retard ou à la non-délivrance d'un message ou à toute modification de la teneur du message.

69. L'argument en faveur de l'exonération de responsabilité, selon lequel le réseau de télécommunication ne pouvait prévoir les conséquences d'un retard ou de la non-livraison du message ou d'une modification de sa teneur puisqu'elle ne connaissait pas cette teneur, n'a pas toujours été jugé satisfaisant pour ce qui est des services télégraphiques ou des services télex, où le client communique au transporteur un message à transmettre. Dans un grand nombre de cas, le personnel du service de communication comprend parfaitement le sens du message envoyé. Quoi qu'il en soit, lorsque ces conséquences étaient imprévisibles, au mieux le type ou le montant des dommages-intérêts éventuels aurait pu être limité, mais cela ne justifiait pas une exonération totale de responsabilité.

70. Les télécommunications entre ordinateurs par le biais d'un service public semblent a priori être un excellent exemple de cas où le service n'a pas la moindre idée de la teneur du message, notamment lorsque celui-ci est codé. Une fois installés des réseaux numériques à intégration des services (RNIS), le service public ne saura sans doute même pas s'il transmet des données, des messages écrits, des messages verbaux ou des images, tout étant communiqué sous forme de chiffres. Cependant, dans le même temps, les réseaux de télécommunication ne se limitent plus à fournir un moyen de télécommunication de base. La ligne de démarcation entre les prestations informatiques et les télécommunications étant de moins en moins nette, ils offrent des services plus complexes et les fournisseurs d'ordinateurs et de matériel de bureau relient leurs équipements pour constituer des réseaux. Souvent, une banque ou

un autre utilisateur peuvent obtenir des prestations identiques ou équivalentes d'un fournisseur d'ordinateurs ou d'un service de télécommunication. Parmi les prestations offertes dans de nombreux pays qui ne sont plus exclusivement du ressort du service de télécommunication, on notera notamment la possibilité de commuter les messages. Aussi, même si l'exonération du service public reste une bonne politique pour ce qui est des services extérieurs de télécommunication de base, l'exonération de responsabilité de ces services de base ne devrait englober que ceux qui ne peuvent être offerts par d'autres sources ne jouissant pas de la même exonération.

71. Dans de nombreux pays, les télécommunications sont assurées par l'Etat, souvent par l'intermédiaire du Ministère des postes. Aussi, les services de télécommunication bénéficient-ils de l'exonération générale dont jouit l'Etat. Lorsque cela a été jugé nécessaire, cette exonération a été renforcée par une réglementation expresse protégeant le service de télécommunication. Dans les pays où de tels services sont fournis par des entreprises privées, la réglementation leur a permis de limiter leur responsabilité dans le cahier des charges qu'elles ont présenté.

72. Cependant, le monopole des télécommunications n'est sans doute plus aussi évident et l'on s'est demandé si l'on pouvait continuer de leur accorder cette exonération de responsabilité. La déréglementation des services nationaux aux Etats-Unis a déjà supprimé dans ce pays le fondement juridique de cette exonération. On ne sait pas encore avec certitude si les tribunaux continueront d'accepter des clauses contractuelles insérées par les services de télécommunication afin de limiter leur responsabilité en cas de négligence.

73. Les problèmes de responsabilité sont secondaires par rapport à la question plus générale de la forme que prendront les services publics de télécommunication. Cependant, au fur et à mesure que les principaux utilisateurs privés, tels que les banques, établiront leurs propres réseaux privés dont ils contrôleront les installations, assumant alors le risque qu'un message soit communiqué tardivement, ne soit pas délivré ou soit modifié durant sa transmission, les services publics de télécommunication devront davantage accepter d'assumer un risque équivalent.

3. La banque donneur d'ordre devrait-elle être exonérée en cas de retard ou de non-délivrance d'un ordre de transfert expédié ?

74. Puisqu'il n'était pas possible de tenir le service des télécommunications pour responsable des pertes dues à la non-délivrance d'un message dans les conditions voulues, les parties recourant à un tel service ont agi pour répartir les pertes entre elles. Dans le cas de transferts de fonds par télégramme ou télex, il est considéré comme normal que les banques prévoient dans les contrats qu'elles concluent avec leurs clients qu'elles ne seront pas responsables en cas de perte de cet ordre. Aussi les clients des banques supportent-ils le risque que l'ordre de transfert de fonds ne soit pas reçu ou soit reçu sous une forme modifiée. Une telle disposition contractuelle était justifiée par le fait que la banque ne pouvait exercer un contrôle sur le message une fois qu'elle l'avait communiqué au service de télécommunication.

75. Cette justification est moins évidente lorsque la banque envoie directement le message, sur son propre télex, au télex de la banque réceptive. Le service de télécommunication ne fournit que le circuit et le

commutateur permettant de relier les deux machines. La banque envoie le message, elle peut demander une réponse pour vérifier que la connection a été correctement établie et envoyer un chiffre clé afin de déterminer l'identité de l'expéditeur et de vérifier que les sections essentielles du message n'ont pas été modifiées par erreur. Lorsqu'elle craint pour quelque raison que ce soit que le message n'ait pas été reçu correctement ou que le message est particulièrement important, la banque expéditrice peut, au prix d'une deuxième transmission, demander à la banque réceptrice de répéter intégralement le message.

76. Une banque envoyant un message d'ordinateur à ordinateur a les mêmes possibilités de vérifier qu'un ordre de transfert de fonds a été reçu et que sa teneur est correcte. Des mécanismes de contrôle supplémentaires sont appliqués dans des réseaux à accès limité tels que SWIFT, où toutes les transactions introduites sont contrôlées afin de vérifier qu'elles proviennent d'un terminal autorisé, que la structure et le texte du message sont conformes aux normes obligatoires et qu'elles sont adressées à un destinataire reconnu par SWIFT. Les messages envoyés par chaque banque se voient affecter un numéro séquentiel de sortie et les messages reçus par chaque banque reçoivent un numéro séquentiel d'entrée, ce qui réduit à un minimum les risques de perte d'un message. Les possibilités de mémorisation temporaire diminuent les risques de non-délivrance d'un message et l'établissement des listes des messages ne pouvant être délivrés permettent à la banque expéditrice de s'assurer que tout message non délivré a été pris en compte. Lorsqu'un des centres de communication est hors d'usage, il existe des voies de déroutement et il est indiqué aux banques affiliées comment accéder au réseau SWIFT par le biais du réseau public commuté en cas de panne d'un centre régional de traitement.

77. Toutes ces mesures de sécurité prises dans un réseau à accès limité tel que SWIFT ne sont pas applicables par une banque branchée sur le réseau public commuté. Néanmoins, des procédures peuvent être appliquées afin de réduire à un minimum le risque qu'un défaut du système de communication ne soit pas détecté ni corrigé par la banque expéditrice. Le fait qu'il existe de telles techniques pour éviter les erreurs durant la transmission d'un ordre de transfert électronique de fonds permet de douter sérieusement qu'il soit justifié d'exonérer les banques en cas d'erreurs de cet ordre, même si elles ne peuvent être remboursées par le service de télécommunication.

F. Panne d'une chambre de compensation électronique ou d'un commutateur appartenant à un groupe de banques ou géré en leur nom; répartition des pertes entre les banques affiliées

78. Une chambre de compensation fait partie intégrante du système de transfert de fonds. Elle peut être gérée par la banque centrale, une banque importante ou une association bancaire. La chambre de compensation peut également être mise sur pied par un groupe de banques. Dans certains pays, on a constitué des systèmes de transfert électronique de fonds en ligne dans lesquels le commutateur de messages, qui ne fait pas office de mécanisme de règlement net, est géré pour les banques affiliées par une société qui n'est ni une banque, ni une chambre de compensation, ni un service de télécommunication. Il peut s'agir d'un prestataire de services informatiques, d'un réseau à valeur ajoutée ou d'un organisme apparenté.

79. Souvent, le règlement des chambres de compensation ou des commutateurs, ou les contrats conclus avec les banques affiliées, stipulent que ces mécanismes ne sont pas responsables ou qu'ils ne sont que partiellement responsables en cas d'erreurs ou de fraudes se produisant en leur sein. Si la chambre de compensation est gérée par la banque centrale, sa responsabilité, ou celle de la banque centrale peut être limitée ou exclue par la loi, par un règlement ou par la doctrine générale régissant les organismes ou agents d'Etat. Cependant, puisque la chambre de compensation est au service des banques, l'exonération ne posera sans doute pas des problèmes aussi sérieux que dans le cas des services de télécommunication.

80. Néanmoins, il faut noter qu'une chambre de compensation fait partie intégrante du système de transfert de fonds. On ne saurait affirmer que le système bancaire dans son ensemble ne devrait pas être tenu responsable à l'égard de ses clients en cas de défaut d'une chambre de compensation, comme cela pourrait être le cas pour un défaut du service de télécommunication. Il semble évident que le donneur d'ordre devrait en principe pouvoir effectivement faire valoir ses droits à la suite de tels défauts.

81. Dans le même temps, la propriété collective d'une chambre de compensation ou d'un commutateur de transactions bancaires peut exiger une répartition des pertes entre les banques affiliées. Cette répartition peut être effectuée de diverses manières, notamment par un système d'assurance, par la constitution d'un fonds de compensation et par un prélèvement effectué sur toutes les banques affiliées. Les pertes pouvant être attribuées à une chambre de compensation ou à un commutateur et devant donc être partagées seraient notamment les pertes subies par une banque qui se serait conformée aux procédures prévues pour les transferts effectués par le biais de la chambre de compensation ou du commutateur. En particulier, il serait sans doute bon que soient partagées les pertes attribuables à une faiblesse du système de sécurité, y compris les procédures et algorithmes nécessaires pour coder les ordres de transfert de fonds.

G. Traitement inapproprié des ordres de transfert

1. Refus injustifié d'ordres de la part de la banque transférante et préjudice subi par le transférant

82. La banque transférante est responsable envers le transférant pour tout préjudice subi au cas où elle refuserait de manière injustifiée un ordre de transfert de fonds. Une banque qui n'accepte pas un ordre de virement devrait en informer promptement le transférant et lui en indiquer les raisons. Toute demande de dommages-intérêts de la part du transférant du fait d'un refus injustifié serait évaluée et réglée de la même manière qu'une demande fondée sur un retard dans le transfert. Le refus injustifié d'un ordre de prélèvement peut avoir des conséquences plus graves. Dans un tel cas, lorsque le bénéficiaire est informé que l'ordre a été refusé, qu'une raison soit donnée ou non, il peut avoir des doutes quant à la solvabilité et à l'intégrité du transférant. Si le refus n'était pas justifié, la banque transférante (par exemple le tiré d'un chèque ou d'une lettre de change) devrait également être tenue responsable de tout préjudice subi de ce fait par le transférant.

2. Non-exécution par la banque cédante d'un ordre de prélèvement dans les délais requis

a) Règles générales applicables aux effets de commerce

83. Si la banque transférante n'agit pas dans les délais requis pour accepter ou refuser un ordre de prélèvement ou pour notifier son refus, le bénéficiaire peut intenter une action contre cette banque.

84. Sauf en France et dans d'autres pays qui appliquent la doctrine selon laquelle un effet de commerce transfère à son porteur la propriété de la provision, la doctrine standard à propos des chèques et des lettres de change stipule que l'effet ne constitue pas un tel transfert et que le bénéficiaire (ou autre porteur) n'a pas de droit sur l'effet à opposer à la banque transférante (tiré) tant que l'effet n'a pas été accepté. Cependant, une fois que l'effet a été présenté à l'acceptation de la banque cédante, celle-ci peut se devoir à l'égard du bénéficiaire ou de la banque bénéficiaire d'agir dans un certain délai soit en acceptant, soit en refusant l'effet. Si l'effet est refusé, la banque transférante doit notifier promptement le refus au bénéficiaire. La question de savoir à qui peut ou doit être notifié le refus n'est pas réglée de la même manière selon les pays et, dans certains, l'avis doit prendre la forme d'un protêt officiel.

85. Ces règles tirées de la législation régissant les effets de commerce sur papier et leur recouvrement devraient être dans l'ensemble applicables aux prélèvements sous forme électronique. Cependant, comme elles figurent en général dans les lois applicables aux effets de commerce ou dans la loi ou les accords régissant leur recouvrement, il sera sans doute nécessaire de les adopter une nouvelle fois pour les prélèvements électroniques.

b) Retard dans l'acceptation d'un ordre de prélèvement

86. Si la banque transférante accepte l'ordre de prélèvement mais le fait plus tard qu'elle n'aurait dû le faire en vertu des règles applicables, les conséquences du retard sont fonction du moyen de règlement utilisé. Si la banque transférante accepte provisoirement l'ordre lorsqu'il est présenté, par exemple en procédant à un règlement net par l'intermédiaire d'une chambre de compensation, le retard dans l'acceptation n'aura pas de conséquences pratiques. Si le règlement est retardé jusqu'à ce que l'ordre soit accepté, la banque présentant l'ordre se verra refuser l'utilisation de ces fonds tant que durera ce retard. Le bénéficiaire quant à lui n'aura sans doute pas été crédité du montant du transfert tant que la banque bénéficiaire ne l'aura pas été. Le retard peut donc donner naissance à une demande de dédommagements, notamment pour compenser la perte d'intérêts ou, dans un transfert international, les pertes dues aux taux de change.

c) Retard dans le refus d'acceptation d'un ordre de prélèvement

87. Un tel retard de la part de la banque transférante est parfois dû au fait que le transférant est à la limite de l'insolvabilité. Dans certains cas, lorsque le compte du transférant n'est pas suffisamment approvisionné pour honorer l'ordre, la banque transférante peut souhaiter lui donner un délai pour réapprovisionner son compte afin de pouvoir honorer la totalité de l'ordre. Dans d'autres cas, la banque peut se ménager un délai pour décider si elle déduira du compte du transférant d'autres obligations contractées envers elle par le transférant avant d'honorer l'ordre de transfert. Quoi qu'il en soit, l'ordre peut par la suite être refusé.

88. Dans un tel cas, l'ordre de prélèvement peut être réputé honoré ou le bénéficiaire peut avoir droit à des dommages-intérêts pour le retard. Cependant, il sera sans doute difficile au bénéficiaire de prouver l'ampleur de la perte dans de telles circonstances. On pourrait surmonter ce problème en imposant à la banque transférante, à l'origine du retard, la charge de prouver que le bénéficiaire n'a subi aucune perte du fait du retard. On pourrait également arriver à un résultat identique en autorisant le bénéficiaire à récupérer le montant inscrit sur l'ordre auprès de la banque transférante et de céder à la banque ses droits dans le cadre de la procédure de faillite du transférant 3/.

H. Pertes recouvrables

89. Un transfert mal exécuté peut entraîner la perte d'une partie ou de la totalité du montant principal transféré, ainsi que des pertes indirectes. Dans le cas d'un transfert de fonds, les pertes indirectes peuvent être dues à une perte d'intérêt, à une modification des taux de change, à la perte de possibilités commerciales, etc.

1. Perte du principal

90. Lorsqu'un transfert électronique de fonds est crédité à un compte qui n'est pas le bon, crédité au bon compte pour un montant excessif ou effectué deux fois, le transférant ou la banque transférante risque de perdre le principal du transfert incorrect. Dans la plupart des cas, l'erreur peut être rectifiée par le débit du compte du bénéficiaire par erreur et l'inscription d'un crédit correspondant au compte du transférant (auquel cas le transfert aura été inversé) ou du véritable bénéficiaire (auquel cas le transfert aura été rectifié) 4/.

91. Si le bénéficiaire par erreur retire et utilise les fonds, qu'il ait ou non connaissance de l'erreur, et qu'il ne peut plus par la suite restituer le montant utilisé, la perte du principal doit être répartie entre le transférant et la ou les banques ayant commis l'erreur. De même, si un transfert a été effectué frauduleusement, la perte du principal qui en résulte doit être répartie entre le transférant dont le compte a été débité et la ou les banques où la fraude a pu se produire. En cas de perte de principal, le problème tient rarement au montant à répartir. Il s'agit plutôt de déterminer quelle partie doit supporter la perte, question régie par les règles générales relatives à la responsabilité examinées ci-dessus.

3/ Les délais dans lesquels la banque transférante doit accepter un ordre de prélèvement ou aviser de son refus sont examinés dans le chapitre sur les accords de transfert de fonds et les ordres de transfert de fonds, A/CN.9/250/Add.3, par. 77 et 78.

4/ On trouvera au chapitre relatif au moment où le paiement est définitif une étude du droit qu'a la banque de débiter le compte du bénéficiaire par erreur sans son autorisation préalable.

2. Perte d'intérêts

92. La seule forme de dommages indirects qui a été en général admise par la loi est la perte d'intérêts en cas de paiement tardif d'une somme. Les demandes d'intérêts adressées en cas de transferts tardifs par les clients commerciaux des banques sont maintenant monnaie courante. En effet, les taux d'intérêts sont élevés et le montant de l'intérêt qui peut être accumulé même en un jour est mesurable et peut justifier une action. Cela tient également aux possibilités de transfert de fonds qu'offrent aux trésoriers des sociétés les nouvelles techniques de transfert électronique de fonds. Lorsque les paiements commerciaux sont effectués au moyen de méthodes lentes telles que les virements sur papier, le transférant ne peut pas retenir son ordre de transfert jusqu'au dernier moment avant que le paiement ne soit dû. Il est entendu que le délai entre le moment où le compte du transférant est débité et celui où le compte du bénéficiaire est crédité peut être important et relativement imprévisible. Cependant, maintenant que certaines banques se targuent de pouvoir transférer des fonds instantanément, de nombreux clients commerciaux s'efforcent de retenir leur argent jusqu'au dernier moment possible avant d'émettre l'ordre de transfert. Les techniques de gestion des fonds ont fait prendre conscience aux trésoriers des entreprises publiques et privées du monde entier que leurs liquidités pouvaient leur rapporter des intérêts.

93. Parfois, c'est le bénéficiaire plutôt que le transférant qui devrait pouvoir demander des intérêts. Dans le cas d'un virement électronique type, le compte du transférant est débité avant que les fonds ne soient transférés, ou simultanément. Si le transfert est retardé, c'est le bénéficiaire qui se voit empêché d'utiliser les fonds, et non le transférant. Néanmoins, on estime en général que le bénéficiaire ne peut réclamer à aucune banque, si ce n'est la sienne, des intérêts du fait du retard dans l'exécution du transfert ^{5/}. Si le paiement est effectivement tardif aux termes du contrat, c'est au transférant que le bénéficiaire pourrait demander des intérêts du fait du paiement tardif. Le transférant peut à son tour se faire rembourser par sa banque ou par la banque en faute. Le problème consiste cependant à déterminer le délai exact dans lequel le transfert de fonds devrait avoir lieu. Il existe peu de règles convenues sur la question.

94. Pour ce qui est de la répartition des intérêts entre les banques, il existe plusieurs ensembles de règles régissant cette question lorsque le retard dans le transfert de fonds est attribuable à une partie ou à l'autre. Nombre des règles concernant le remboursement des intérêts perdus n'autorisent un remboursement que si la somme demandée dépasse un montant spécifique. L'un des principaux règlements utilisés aux Etats-Unis pour la compensation entre banques présente une caractéristique intéressante : lorsque l'action est fondée sur une erreur lors d'un transfert de fonds interbanques, la banque

^{5/} Par analogie avec la législation régissant le transport de marchandises, où le destinataire des marchandises peut demander des dommages-intérêts même si les parties contractantes sont le chargeur et le transporteur, on pourrait envisager de donner au bénéficiaire un moyen pratique de réclamer dans les cas voulus l'intérêt perdu.

recevant par erreur l'argent d'une autre banque est tenue de verser à la banque ayant envoyé l'argent par erreur un intérêt au taux en vigueur, déduction faite d'une commission pour la banque ayant reçu l'argent. Cette disposition est fondée sur le raisonnement suivant : une banque recevant de l'argent pourra en jouir.

95. Les règles existantes sont cependant limitées dans leur application aux relations bilatérales entre banques ou, dans le cas de certains systèmes de télécommunication ou de chambres de compensation interbanques tels que SWIFT ou CHIPS, à certaines pertes causées par ce système. Elles ne s'appliquent pas expressément aux pertes causées par des tiers ou occasionnées à des tiers.

3. Pertes dues au taux de change

96. Les taux de change fluctuant quotidiennement, les demandes de remboursement de pertes dues au taux de change du fait d'un paiement tardif sont devenues plus fréquentes. Etant donné la nature de la perte, les demandes de remboursement justifiées par un mouvement défavorable des taux de change durant la période supplémentaire requise pour le transfert ne seront normalement présentées que par des personnes ayant transféré des grosses sommes. Cependant, en cas de dévaluation importante, on peut également s'attendre à ce que les clients demandent un remboursement dans le cadre d'une transaction ou d'un transfert "grand public". Le problème consistant à déterminer le délai dans lequel le transfert aurait dû être effectué se pose aussi bien en cas de pertes dues à des mouvements défavorables des taux de change qu'en cas de perte d'intérêt.

97. Cependant, une demande de remboursement du fait d'un mouvement défavorable des taux de change ne sera en général pas présentée en tant que telle. On avancera plutôt que la date de conversion d'une monnaie dans une autre devrait être celle à laquelle la conversion aurait été faite si le transfert avait été effectué de la manière voulue. Dans les articles 71 et 72 du projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, établi par un groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, on a donné aux clients le choix entre le taux de change à la date à laquelle la conversion aurait dû avoir lieu et le taux de change à la date à laquelle elle a effectivement eu lieu. Il est stipulé qu'en cas de refus de paiement de l'effet, "le porteur peut demander que celui-ci soit effectué au taux de change en vigueur à la date de l'échéance ou à la date du paiement effectif". Cette possibilité est offerte au porteur "de manière à le protéger contre toute perte qu'il pourrait subir du fait d'une spéculation de l'obligé" (A/CN.9/213, article 71, commentaire, par. 8).

4. Dommmages indirects

98. Le préjudice le moins fréquent, mais peut-être le plus sérieux, consiste en des dommages indirects subis lorsqu'un contrat est perdu, qu'une pénalité est encourue ou qu'un navire est retiré d'une charte-partie parce que l'ordre de paiement n'a pas été traité correctement. Lorsque de tels cas se produisent, les dommages peuvent facilement représenter plusieurs fois le montant du transfert. Dans la plupart des virements électroniques, la partie qui subit le préjudice est en général le transférant qui ne s'acquitte pas d'une obligation contractuelle consistant à verser une somme à une date donnée

ou qui manque une possibilité de transaction commerciale pour laquelle il aurait dû disposer de fonds en un lieu particulier à un moment donné. A l'occasion, le préjudice peut être subi par le bénéficiaire qui ne dispose pas des fonds nécessaires au moment voulu et ne peut trouver d'autres sources de financement.

99. Dans certains systèmes, la banque est considérée comme non responsable des dommages indirects qu'elle ne pouvait prévoir au moment où elle a reçu l'ordre de transfert de fonds du transférant, à moins qu'elle n'ait délibérément retardé le transfert ou n'ait fait preuve d'une négligence manifeste. Cette règle consiste en une application directe des principes généraux du droit des contrats. Cependant, cette limitation aux seuls dommages indirects qui pouvaient être prévus n'est pas entièrement satisfaisante en cas de transfert électronique de fonds. Il est particulièrement difficile au transférant de donner les informations voulues aux parties intéressées dans un système juridique ne reconnaissant pas ce principe de la responsabilité pour tout le réseau. Même si la banque transférante peut disposer d'informations permettant de prévoir un éventuel dommage indirect, ces renseignements ne sont pas communiqués à la banque intermédiaire ou à la banque bénéficiaire dans lesquelles se produisent les actes de négligence. Ni le modèle SWIFT de transfert client ni le projet de norme internationale de l'ISO relatif aux messages télex pour les transferts clients (DIS 7746) ne prévoient une zone pour informer la banque intermédiaire des conséquences éventuelles qu'aurait le fait de ne pas créditer le compte du bénéficiaire à la date du paiement, bien que ce renseignement puisse toujours être ajouté aux instructions envoyées par la banque expéditrice. Dans un cas récent auquel on se réfère souvent, la banque intermédiaire a fait preuve de négligence en laissant en service un télécopieur qui n'était plus approvisionné en papier. Il peut être intéressant de noter que la négligence ayant empêché l'exécution de l'ordre de transfert de fonds a également empêché la banque intermédiaire de recevoir les renseignements qui lui auraient permis de prévoir les dommages éventuels.

100. On remarque souvent que, si l'on tenait habituellement les banques responsables en cas de dommages indirects, les droits requis pour les transferts de fonds augmenteraient énormément. Cependant, les transférants effectuant des transferts particulièrement importants pourraient être disposés à verser une prime en échange d'une garantie de bonne exécution de la part de la banque. Aussi devrait-on envisager d'ajouter aux catégories actuelles une nouvelle catégorie de messages stipulant une "exécution garantie". Une banque qui ne s'acquitterait pas de son obligation conformément à la garantie pourrait être tenue responsable des dommages indirects subis de ce fait.