ОБЪЕДИНЕННЫЕ НАЦИИ

ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
GENERAL

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

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Семнадцатая сессия
Нью-Йорк, 25 июня - 11 июля 1984 года

ПРОЕКТ ПРАВОВОГО РУКОВОДСТВА ПО ЭЛЕКТРОННОМУ ПЕРЕВОДУ СРЕДСТВ

Доклад Генерального секретаря

(продолжение)

Глава

об

ОБМАНЕ, ОШИБКАХ, НЕПРАВИЛЬНОЙ ОБРАБОТКЕ ИНСТРУКЦИЙ ПО ПЕРЕВОДУ СРЕДСТВ И СВЯЗАННОЙ С ЭТИМ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

СОДЕРЖАНИЕ

	Пункты	Страница
Введение	1 - 3	4
A. Обман	4 - 28	4
1. Возможности для обмана	4 - 23	4
a) Нечестность служащих организаций, являющихся клиентами банка	5 - 12	5
b) Использование терминалов ЭВМ, находящихся у клиентов, в целях обмана	13 - 21	6

V.84-85185

		Пункты	Страница
	c) Поручение, передаваемое клиентом с помощью перфорированного текста	22	8
	d) Мошенничество со стороны служащих банка	23	8
	e) Обман с помощью перехвата телекоммуникационных сообщений	24	9
	2. Случаи, когда фальшивое поручение дебетовать чей-либо счет может быть оправдано	25 - 30	9
B.	Ошибки	31 - 46	10
	1. Обычные причины ошибок при использовании ЭВМ	31 - 36	10
	2. Причины ошибок в области электронного перевода средств в настоящее время	37 - 41	12
	a) Отсутствие стандартизации в составлении сообщений	37	12
	b) Повторное воспроизведение сообщений	38 - 39	12
	c) Нестандартизированные структуры	40 - 41	12
	d) Поломки ЭВМ и ошибки в программах	42	13
	3. Возможные меры по предотвращению ошибок	43 - 46	13
C.	Необходимость проверки состояния финансовых счетов со стороны клиентов	47 - 55	14
	1. Выписки о состоянии счета	47 - 50	14
	2. Проверка клиентом выписки из счета	51 - 54	15
	3. Обязанность банка исправлять проводки	55	16
D.	Ответственность направляющего банка в отношении своего клиента за ошибки или обман, допущенные при межбанковском переводе средств; концепция коллективной ответственности	56 - 60	16
E.	Допустимость освобождения от ответственности	61- 77	18
	1. Технические недостатки предметной части и математического обеспечения ЭВМ	64 - 67	18

		Пункты	Страница
2.	Служба передачи информации	68 - 73	19
3.	Должен ли направляющий банк освобождаться от ответственности за задержку или недоставку инструкции о переводе средств после ее отправки	74 - 77	20
F.	Поломка оборудования в электронной расчетной палате или в переключательном центре связи, принадлежащем или используемом группой банков; распределение убытков между банками-участниками	78 - 81	21
G.	Неправильная обработка инструкций по переводу средств	82 - 88	22
1.	Неправомерное опорочивание инструкций со стороны банка переводящего лица и ущерб, причиняемый переводящему лицу	82	22
2.	Непринятие мер в связи с инструкциями по дебетованию со стороны банка переводящего лица в пределах обусловленного периода времени	83 - 88	23
a)	Общие правила относительно оборотных документов	83 - 85	23
b)	Задержка в выполнении инструкции о переводе дебета	86	24
c)	Задержки, связанные с опорочиванием инструкции по переводу дебета	87 - 88	24
H.	Убытки, подлежащие возмещению	89 - 100	24
1.	Потеря основной суммы	90 - 91	25
2.	Потеря процентов	92 - 95	25
3.	Убытки в результате изменения валютных курсов	96 - 97	26
4.	Косвенные убытки	98 - 100	27

Введение

1. Сам объем электронного перевода средств и размеры сумм, подлежащих переводу, наводят на мысль о том, что возможные убытки при этом могут превышать убытки, имеющие место при переводе средств бумажными документами. В то же самое время клиенты банков озабочены, что переход от перевода средств бумажными документами к электронному переводу средств приведет к распределению между ними еще больших убытков, возникающих в результате ошибок или обмана. Вследствие попыток определить соответствующие основания для определения убытков в многочисленных новых и быстро меняющихся ситуациях положение в области законодательства по этим проблемам стало еще более неясным. Даже если бы речь шла лишь о банковских законах, регулирующих ответственность различных сторон в отношении перевода средств, то и в этом случае проблемы были бы достаточно сложными. Несмотря на то, что такого рода проблемы рассматривались в течение многих лет в связи с переводами средств бумажными документами, все еще существует значительное число вопросов, на которые невозможно найти ответы во многих правовых системах. Более того, изменения в процедурах, вызванные использованием электронного перевода средств, поднимают вопрос относительно того, должны ли распространяться правила об ответственности при переводе средств бумажными документами на электронный перевод средств.

2. Положение усугубляется быстро меняющейся ролью телекоммуникационных компаний и теми трудностями, перед которыми стоят законы, регулирующие вопросы ответственности. Если ранее вследствие общей монополии на средства связи телекоммуникационные средства представляли собою внешнюю сферу по отношению к банкам, то сегодня банковское оборудование во многих банках органично связано с системой связи, отделения банков связаны специальными линиями связи, а банки направляют все большее число своих сообщений о переводе средств в другие банки с помощью телекоммуникационных средств. Телекоммуникационные средства более не являются чем-то внешним по отношению к банкам, они стали неотъемлемым вспомогательным средством их деятельности так же, как и во многих других сферах экономической жизни. В результате стирания грани между ЭВМ и телекоммуникацией монополия, ранее принадлежавшая телекоммуникационным компаниям, в некоторых странах уже нарушена или находится под угрозой. В связи с таким развитием событий возникают вопросы относительно того, является ли прежнее и во многих случаях все еще действующее освобождение от ответственности, предоставляемое телекоммуникационным компаниям, разумной политикой в новых условиях.

3. В начале этой главы рассматриваются некоторые факторы, которые способствуют появлению ошибок или обмана при электронном переводе средств, и те действия, которые могут быть предприняты, для того чтобы свести подобные явления к минимуму. Во-вторых, в этой главе рассматривается распределение убытков между различными сторонами, осуществляющими перевод средств. Помимо этого, здесь обращается внимание на то, в какой мере и за чей счет клиент банка в качестве переводящего лица или получателя может возместить понесенные убытки в результате неправильной обработки инструкции по переводу.

A. Обман

1. Возможности для обмана

4. Средствами обмана при электронном переводе средств являются несанкционированные инструкции, изменение счета, в которые должна быть произведена запись, или изменение суммы записи. В целях предотвращения убытков, возникающих в

результате обмана, должны предприниматься соответствующие меры той стороной, которая в состоянии не допустить появления несанкционированных инструкций, которые выдаются за санкционированные инструкции.

a) Нечестность служащих организаций, являющихся клиентами банка

5. Во многих случаях убытки, связанные с обманом при электронном переводе средств, причиняются операциями, которые хорошо известны в связи с переводом средств бумажными документами. Три обычных случая связаны с нечестностью служащих организаций, являющихся клиентами банка.

6. Служащий, ответственный за подготовку платежных ведомостей или оправдательных документов, санкционирующих платеж поставщику, может подделать платежную ведомость или оправдательные документы, с тем чтобы платеж был произведен в пользу фиктивного лица. Если платеж производится чеком, то недобросовестный служащий, заполучив чек и индоссировав его на имя фиктивного лица, депонирует его на счет, который он заранее открыл на имя этого лица. Если платеж осуществляется с помощью перевода кредита электронными средствами или бумажными документами, средства кредитуются на счет фиктивного лица соответствующим образом. Этот обман завершается последующим снятием средств со счета недобросовестным служащим.

7. Если недобросовестный служащий имеет право санкционировать передачу средств от имени вышестоящего лица, а не просто облечен доверием подготавливать подтверждающую документацию, то в этом случае он подписывает чеки или указания о передаче кредита бумажными документами или санкционирует передачу данных банку в электронной форме. Обман завершается таким же образом, путем снятия средств недобросовестным служащим.

8. В обоих случаях указание о передаче средств выглядит с точки зрения банка подлинным и санкционированным, хотя в действительности оно является фиктивным. Эти случаи вызывали значительные трудности в некоторых странах, когда указание о передаче средств осуществлялось в форме чека, так как завершение обмана требует индоссирования чека недобросовестным служащим на имя фиктивного получателя денег. Хотя, как правило, гражданское право защищает интересы банка, который выплачивает по чеку добросовестным образом в случае поддельной индоссации, тем не менее согласно нормам обычного права банк может уплатить по чеку лишь тогда, когда все необходимые операции по индоссированию являются подлинными. Тем не менее в некоторых случаях в силу каких-то рассуждений или в силу особых правовых предписаний индоссация со стороны недобросовестного служащего (или его сообщника) обычно была достаточна для того, чтобы санкционировать действие банка в отношении уплаты по чеку.

9. Назначение убытка клиенту банка вызывает меньше сомнений, когда фиктивный платеж осуществлялся с помощью передачи кредита бумажными документами или электронными средствами, так как такой обман не требует какого-либо эквивалента фиктивной индоссации.

10. Третий вид обмана со стороны недобросовестного служащего, имеющего право санкционировать указания о передаче средств от имени вышестоящего лица, заключается в том, что электронный терминал, имеющийся у клиента банка, может быть использован для передачи средств. Указание будет выполнено банком в том случае, если недобросовестный служащий имеет возможность получить доступ к терминалу и знает, как пользоваться инструкцией по передаче средств, включая и то, как пользоваться необходимым кодом или другими средствами, связанными с обеспечением безопасности. Для многих стран такая форма обмана является новой; она не могла существовать раньше при передаче средств бумажными документами. Однако в некоторых странах, в которых допускается пользование

механическими устройствами для подписывания чеков или инструкций по передаче кредита бумажными документами, возникает аналогичная проблема в связи с тем, что недобросовестный служащий (или третье лицо) получает доступ к механическому устройству, делающему подписи, и, используя его, выписывает чеки или указания о передаче кредита на свое имя или на имя фиктивного лица.

11. В тех странах, где не запрещается делать подписи с помощью механических средств, по-видимому, существует общее правило, часто основанное на соглашении между банками и их клиентами, заключающееся в том, что банк, производящий оплату чека или платеж по инструкции о переводе кредита, подписанных обманным образом законным аппаратом, производящим подписи, может дебитовать счет своего клиента. Несмотря на то, что для поддержания этого тезиса можно использовать различные юридические теории, тем не менее основные причины заключаются в том, что банк не может отличить законное использование аппарата, производящего подпись, от незаконного использования его, при этом клиент банка обязан бдительно охранять эту аппаратуру, которая может быть так легко использована в целях обмана, а клиент банка может проявить халатность в том, что допускает использование этого механизма в целях обмана.

12. Соображения, по которым банку дается право дебетовать счет своего клиента в случае, если механическим образом ставится подпись в целях обмана, равным образом относятся к праву банка дебитовать счет своего клиента на сумму, указанную в инструкции о переводе средств, составленной обманным образом и переданной путем использования электронных терминалов, имеющихся у клиента. Однако следует заметить, что ответственность за безопасность терминала, находящегося у клиента банка, разделяется как клиентом банка, так и самим банком, что приводит к распределению ответственности между ними за неспособность осуществить операцию соответствующим образом.

b) Использование терминалов ЭВМ, находящихся у клиентов, в целях обмана

13. Терминалы, находящиеся у клиента банка, а также автоматические кассиры, автоматы по выплате наличных с банковского счета, терминалы торговых точек и банков клиента, характеризуются тем, что они приводятся в действие клиентом. Одна из целей создания терминалов, приводимых в действие клиентами, заключается в том, чтобы исключить необходимость участия человека в операциях со стороны служащих банка. Это ведет к уменьшению возможности ошибок со стороны банка при обработке указаний о переводе средств. Однако в то же время использование терминалов, приводимых в действие клиентами, увеличивает возможность для осуществления обманных операций.

14. Все терминалы ЭВМ, которые санкционируют перевод средств, функционируют в сущности одинаково. Для того чтобы пользоваться терминалом, следует прежде всего получить санкцию на такое пользование. Банковский служащий может, например, зарегистрировать свое имя один раз в течение дня, для того чтобы получить санкцию на пользование терминалом в течение всего этого дня. Обычно терминал, используемый клиентами, требует специальной санкции для осуществления каждой операции, если клиенты не пользуются им постоянно. Как сам клиент, так и данный терминал могут иметь определенные ограничения в отношении производимых ими операций, которые могут быть санкционированы, счетов, которые могут быть дебетованы или кредитованы, а также в отношении денежных сумм, которые определяются для каждой операции на каждый день или каким-либо другим соответствующим образом.

15. Банк определяет процедуру регистрации или санкционирования, которая необходима для того, чтобы пользоваться терминалом, находящимся в ведении клиента. Определяя эту процедуру, банк (или сеть электронной передачи средств,

частью которой является банк) должен учитывать вопросы безопасности, стоимости и приемлемости для клиентов. В обычном случае чем более безопасна система санкционирования, тем дороже обходится банку введение такой системы, эксплуатация ее и тем труднее для клиентов использовать такую систему. Исходя из коммерческих соображений, возможно желательно, чтобы терминал, имеющийся у клиента, мог бы использоваться и другими, имеющими на это санкцию, но такого рода терминал может быть использован и лицами, не имеющими санкции. Это деликатный вопрос для банка, вопрос, который видоизменяется по мере технологического прогресса.

16. Ограничения, накладываемые на те виды операций, которые могут быть санкционированы, или счета, которые могут быть дебитованы или кредитованы, являются эффективным средством уменьшения вероятности фиктивных операций. Ограничения в отношении размеров денежных сумм не дают большого эффекта в плане ликвидации возможности осуществления обмана, но они могут быть важным средством для ограничения финансовых последствий обмана. Последнее, однако, имеет смысл лишь в сетях, ориентированных на потребителя, так как верхний предел сетей, ориентированных на торговлю, может быть настолько высок, что допускается достаточная возможность для крупного обмана.

17. Современные модели автоматов по выплате наличных с банковского счета, автоматические кассиры и терминалы, находящиеся в торговых точках, требуют соблюдения двух условий для санкционирования операции: наличие пластиковой карточки с магнитным слоем, содержащим определенную информацию, и введение клиентом банка своего личного опознавательного номера (ЛОН). Новые и более надежные формы пластиковых карточек все еще проходят стадию эксперимента. При принятии некоторых проектов внутренних банковских систем было бы невозможно предусматривать использование пластиковых карточек для санкционирования, поэтому процедура санкционирования целиком и полностью зависит от ЛОН или кода. Терминал, находящийся в какой-либо организации, может определять более сложную и, возможно, более надежную процедуру, но все процедуры, в сущности, обычно сводятся к использованию кодовых слов и пластиковых карточек.

18. В настоящее время в целях защиты ЛОН банки используют два метода. Один метод сводится к тому, чтобы исключить возможность того, чтобы служащий банка или системы передачи средств мог узнать ЛОН. ЛОН выдается компьютером благодаря использованию определенного алгоритма и некоторых основных данных, относящихся к клиенту. Получаемое в этом случае четырех- или шестизначное число вводится компьютером в запечатываемый конверт и отсылается по почте или каким-либо другим образом доставляется клиенту. Этот метод, используемый правильно, может обеспечить безопасность ЛОН каждого клиента. Но поскольку это число представляет собой абстракцию и трудно для запоминания, многие клиенты банков считают необходимым иметь при себе этот номер всякий раз, когда они хотят использовать свои пластиковые карточки, и, таким образом, серьезно подвергают риску сохранение ЛОН в тайне.

19. При другом подходе к этому вопросу делается попытка облегчить клиентам банка запоминание ЛОН, разрешив им выбирать номер по своему усмотрению. Нередко клиент выбирает номер, который основан на цифрах его собственного дня рождения или дня рождения его супруги, на цифрах, связанных с домашним адресом, телефоном или любым другим номером, уже хорошо известным ему. Хотя такой метод выгоден, потому что снижает вероятность того, что клиент банка будет иметь этот номер при себе в письменной форме, тем не менее он имеет недостаток, состоящий в том, что при этом сводится к минимуму возможная комбинация цифр, выбранная каким-либо лицом, и это, в свою очередь, облегчает определение ЛОН данного лица. Более того, ЛОН известен, по крайней мере, нескольким служащим банка, и поскольку ЛОН более не выдается ЭВМ, его фиксируют в личном досье клиента, причем он может быть получен любым лицом, имеющим доступ к этому досье.

20. Необходимость сохранения в тайне кода, используемого при операциях на терминалах, которые расположены в различных организациях и по месту жительства, приводит к той же самой проблеме. Код не должен быть настолько очевидным, чтобы его можно было легко угадать,или настолько сложным, что пользующийся им будет вынужден иметь его в письменной форме, причем эта запись не всегда находится под строгим контролем. Терминал, с помощью которого производятся различного рода операции по переводу крупных средств, должен быть объектом дополнительного контроля. При получении санкции может потребоваться согласие двух различных лиц, имеющих различные коды. Коды могут меняться через довольно короткие промежутки времени, хотя это создает трудности для передачи их от банка клиенту и от клиента банку. Банк может автоматически отменить код, если он не используется в течение определенного периода времени, так как в этом случае, очевидно, лицо, получившее код, отсутствует.

21. Из этого следует, что меры, предпринимаемые против обмана при использовании терминалов клиентов, являются общей заботой банка и его клиентов. Банк должен создать и поддерживать такую систему безопасности, которая практически осуществима, принимая во внимание расходы и те трудности, с которыми это может быть связано. Один из факторов, обеспечивающих надежность системы безопасности, зависит от того, в какой степени клиенты банка, нередко являющиеся непрофессионалами в вопросах использования ЭВМ и перевода средств, следуют тем инструкциям по соблюдению безопасности, которые они получают от банка.

c) Поручение, передаваемое клиентом с помощью перфорированного текста

22. Нечто подобное существует и в случае, когда клиент передает банку или автоматической расчетной палате поручение о переводе средств партиями с использованием ЭВМ или перфорированного текста. Хотя за подготовку соответствующим образом поручений, включая использование механизмов внутреннего контроля, во избежание как мошенничества, так и ошибки отвечает клиент, со своей стороны банк или платежная палата ответственны за проверку того, чтобы количество поручений и суммы, указанные в них, совпадали, что они не выходят за рамки разрешения клиента на эти партии поручений и что, другими словами, эта партия поручений оказывается свободной от изменений после ее подготовки. Эти операции по контролю могут быть легко осуществлены банком или платежной палатой в период, когда они проводят проверку аппаратуры прежде чем запустить ее.

d) Мошенничество со стороны служащих банка

23. Служащие банков и других учреждений в системе перевода средств также имеют доступ к терминалам, с помощью которых они могут осуществить фиктивные операции. Обман со стороны таких лиц особенно трудно обнаружить, если в банке не существует хорошо организованной системы. Очень много говорилось о том, что недобросовестный служащий имеет возможность запрограммировать компьютер с целью кредитования своего счета и после этого уничтожить все следы этой операции. Это, однако, вряд ли возможно, так как программа ЭВМ банка может предусматривать полную проверку всей деятельности, в том числе и команды об уничтожении следов какой-либо операции. Для того чтобы эта программа действовала эффективно, механизм проверки должен быть запрограммирован лицами, которые не участвуют в подготовке программ обращений к банку, и он должен подлежать независимому контролю.

e) Обман с помощью перехвата телекоммуникационных сообщений

24. Не существует большой трудности в том, чтобы организовать подслушивание сообщений, передаваемых по телекоммуникационной системе, которая может быть использована для электронной передачи средств. Стоимость обеспечения полной физической безопасности системы перевода настолько высока, что является неприемлемой в коммерческих целях. В силу этого проект любой системы электронного перевода средств не должен исключать возможности того, что сообщения могут перехватываться, прочитываться, изменяться и вводиться ложные сообщения. Первое средство для борьбы против всякого рода обмана - использование криптограмм. Если уровень криптограмм достаточно высок, то не существует опасности перехвата, изменения сообщения или введения ложных сообщений. Однако если сегодня система кодирования является весьма надежной, то через несколько лет она может стать уязвимой в результате создания более мощных компьютеров и новой техники декодирования больших чисел, на которых основано современное кодирование. Более того, реализация исходящих из некоторых стран предложений о том, чтобы все ключи кодирования, используемые для передачи данных за границу, находились у какого-либо правительственного учреждения, создаст в системе безопасности потенциально слабое звено, над которым участники не будут иметь никакого контроля. Введение строгой системы регистрации всех поступающих и отсылаемых указаний о переводе средств и фиксирование всех входящих и исходящих номеров являются средством контроля времени получения и отсылки сообщения, а также причастности кого-либо к этому сообщению. Эти процедуры увеличивают вероятность того, что ложные инструкции могут быть опознаны, причем эти процедуры являются существенным средством для последующего определения ложности инструкций, вызывающих подозрения.

2. Случаи, когда фальшивое поручение дебетовать чей-либо счет, может быть оправдано

25. Хотя в обычном случае банк имеет право дебетовать счет клиента только на сумму, указанную в санкционированной инструкции, тем не менее он может также дебетовать счет клиента на сумму, указанную в некоторых несанкционированных инструкциях, особенно в тех случаях, когда обман стал возможен вследствие недостаточного контроля со стороны клиента. Например, не существует больших сомнений в отношении того, что счет клиента может быть дебетован на сумму, указанную в фиктивном переводе средств, осуществленном теми служащими, которые имеют право действовать от имени клиента, если, разумеется, такая операция не выглядит столь необычно, что может вызвать подозрения со стороны банка.

26. Не совсем ясно, однако, банк или клиент должен нести убытки за обман, совершенный в результате использования терминала, имеющегося в распоряжении клиента. Поскольку банк вводит процедуры, связанные с соблюдением основных мер безопасности и санкционирования, а клиент выполняет их, то один из подходов к этому вопросу заключается в том, чтобы определять убытки на основании той степени халатности, которая была проявлена в каждом отдельном случае той или иной стороной. Такого рода подход может быть приемлем лишь только в тех случаях, когда очевидно, что обман стал возможным в результате явно неадекватной процедуры соблюдения безопасности и санкционирования или в результате того, что клиент был весьма халатен, выполняя эти процедуры. Это, однако, не является достаточным средством для распределения убытков, особенно в случаях обмана, имеющих место в системах, ориентированных на потребителей, где индивидуальные убытки нередко не так уж велики, для того чтобы начать судебное разбирательство.

27. В связи с таким положением наметилась тенденция к поиску формул, приемлемых для решения вопросов в большинстве случаев. Контракты между банками и их клиентами, обычно имеющие стандартную форму контрактов, подготавливаемых банками, как правило, дают право банку дебетовать счет клиента в связи с любым переводом средств, произведенным с помощью определенного типа терминала, находящегося у клиента, когда используются соответствующие ЛОН, код или пластиковая карточка, если таковые имеются. В случае систем, при которых переводы санкционируются частично путем использования пластиковых карточек, ответственность клиента в обычном случае прекращается, как только клиент известил банк об утрате или воровстве карточки, и банк, таким образом, имел возможность ввести информацию в соответствующее досье, содержащее компрометирующую информацию. Это имеет место сразу же после платежа, если платеж производится в банке, или на следующий день после платежа, если он производится вне банка.

28. Другой возможный подход, который был особенно очевиден в отношении некоторых систем, ориентированных на потребителей, заключался в том, чтобы разрешить банкам дебетовать счет клиента в связи с фиктивным переводом, однако лишь на относительно небольшую сумму. Клиент рискует достаточно большой суммой, для того чтобы это обстоятельство побуждало его сообщать об утрате или краже пластиковой карточки, несохранении в тайне кода, ЛОН или процедуры, связанной с безопасностью, а банк рискует основной суммой, что, таким образом, побуждает его стремиться к созданию более надежной процедуры санкций. Такого рода подход может быть дополнен правилом о том, что банк может дебетовать счет клиента на полную сумму, указанную в фиктивных переводах, если они являются результатом определенных действий клиента. Такими действиями могут быть временная передача карточки с магнитным слоем третьему лицу или сообщение ему ЛОН или написание ЛОН на карточке, а также хранение их вместе, так что утрата или кража одного из предметов равносильна утрате или краже обоих.

29. Третий способ приписывания убытков во многих случаях заключается в том, чтобы заставить банк или клиента банка представить свидетельства в отношении того, как был совершен обман, так как во многих случаях то лицо, которое обязано представить доказательства, обычно и проигрывает. Представляется особенно трудным доказать, что обман, совершенный третьим лицом, которое не подверглось аресту, был вызван самими действиями клиента, который, например, оставил код в ящике письменного стола или написал свой ЛОН на пластиковой карточке. В обычном случае клиенту значительно труднее доказать, что банк имеет недостаточную систему безопасности или что он не смог выполнить введенной им процедуры в области санкционирования и обеспечения безопасности.

30. Страхование можно также использовать, чтобы избавить как банк, так и клиента от убытков. Так или иначе, крупные или периодические потери вскоре отражаются в более высоких страховых премиях.

B. Ошибки

1. Обычные причины ошибок при использовании ЭВМ

31. Когда ЭВМ начали впервые широко использоваться в коммерческой практике некоторых стран, опыт, связанный при этом с большим числом ошибок, отнюдь не был ободряющим для фирм, которые использовали ЭВМ, и был весьма разочаровывающим для их клиентов. Речь шла не только о большом числе ошибок, в то время представлялось также трудным фирмам исправить многие из этих ошибок. Однако отрицательный опыт ошибок многих фирм тех лет в использовании ЭВМ был обусловлен отчасти качеством эксплуатации предметной части ЭВМ и неопытностью в составлении программ. Эти факторы, однако, более не являются причиной постоянного разочарования, предметная часть ЭВМ очень надежна, а их математическое

обеспечение, все еще создавая определенные трудности, отличается тем не менее гораздо лучшим качеством. Учитывая общий объем всех операций, ошибки, которые имеют место в результате дефектов предметной части или математического обеспечения ЭВМ, совершенно незначительны.

32. Первый отрицательный опыт объясняется также теми неправильными процедурами, которые были приняты многими фирмами на ранней стадии эксплуатации систем ЭВМ. В целях максимальной загрузки основной ЭВМ нередко создавался главный центр по обработке данных, который организационно и физически был отделен от оперативных отделов, получавших, выдававших и использовавших эти данные. Центр по обработке информации часто находился в отдельном здании, и в том случае, если организации имели свои филиалы в других городах, он по необходимости оказывался расположен в другом городе вдали от многочисленных филиалов. Персонал оперативных отделов довольно часто не понимал требований отдела по обработке информации в отношении представления данных в соответствующей форме; отделы по обработке информации находились в ведении специалистов, которые часто не понимали операций и потребностей фирм; действия по устранению ошибок не всегда требовали такого же внимания и поддержки, как например, установка нового оборудования; часто случалось так, что клиентам, поставщикам и служащим в одинаковой степени было трудно найти человека с достаточными полномочиями, для того чтобы разрешить те проблемы, которые возникали.

33. Хотя эти проблемы далеки от разрешения и сегодня, можно сказать с определенной уверенностью, что ошибки, возникавшие в связи с отделением центра по обработке информации от оперативных секторов фирмы, а также в результате неправильных внутренних процедур вообще, более не являются причиной для беспокойства, как это было раньше. В настоящее время оперативный персонал лучше знаком с теми процедурами, которые необходимы для эксплуатации ЭВМ, а персонал по обработке информации лучше научился определять технологические потребности и возможности ЭВМ, с тем чтобы удовлетворять потребности, возникающие в коммерческой и административной деятельности в рамках той организации, в которой они работают.

34. Децентрализация входных устройств систем ЭВМ в равной степени была важна, особенно с точки зрения деятельности банков. В настоящее время во многих странах мира терминалы, как правило, находятся в различных оперативных отделах. ЭВМ могут использовать как кассиры, имеющие дело со своими клиентами непосредственно в банке, так и оперативный персонал, получающий указания о переводе средств или какие-либо другие банковские указания по почте, по телефону или каким-либо другим путем.

35. Децентрализация входных устройств ЭВМ в банках сократила вероятность ошибок во многих отношениях. Ввод данных в ЭВМ в оперативных отделах, ответственных за операции, накладывает на персонал, вводящий эти данные, полную ответственность за всю операцию. Эти лица, вероятно, чувствуют большую ответственность за точность данных, они получают ответный сигнал ЭВМ немедленно и узнают о том, принято ли поручение; они в большей степени осознают ту ситуацию, в которой появились такие данные, и это дает им возможность лучше понимать трудности и разрешать их быстро и правильно, при этом данные следует фиксировать в досье банка лишь один раз, а не два или более раз, как это иногда случалось при централизованной системе обработки информации или при системе, основанной на оперировании бумажными документами.

36. Введение в эксплуатацию клиентами своих собственных терминалов, способных передавать сообщения об обычном переводе средств, еще в большей степени сокращает вероятность ошибок со стороны банка, так как указание о переводе средств будет в обычном случае обрабатываться автоматически без какого-либо вмешательства со стороны персонала банка. Существует меньшая вероятность ошибочных действий, если система электронной передачи средств полностью автоматизирована по сравнению с тем случаем, когда система автоматизирована лишь наполовину или

основана на операциях с бумажными документами. Однако ошибки, которые могут иметь место при этом, оказываются гораздо более серьезными, так как ЭВМ производит очень большое число операций. Более того, существуют постоянные опасения в отношении совершения крупной ошибки, не идущей ни в какое сравнение с теми ошибками, которые имели место раньше.

2. Причины ошибок в области электронного перевода средств в настоящее время

a) Отсутствие стандартизации в составлении сообщений

37. В связи с тем, что пока еще нет общепризнанной стандартной формы для поручения о переводе средств электронным путем, увеличивается возможность допуска ошибки в составлении сообщения отправителем или его восприятия получателем. Более того, если поля для сообщения в двух электронных системах полностью не совпадают, позволяя автоматически принимать сообщения этого формата на другую систему посредством математического обеспечения, то поручение о переводе средств, полученное от одной системы, должно быть полностью или частично перекодировано для отправки его через другую систему.

b) Повторное воспроизведение сообщений

38. Перекодирование сообщения о переводе создает возможность ошибок. Она в какой-то степени неизбежна при любом электронном переводе средств. В отличие от переводов средств бумажными документами, когда первоначальный документ, заполненный клиентом, обычно можно направить через банковскую систему таким образом, что платежную инструкцию можно изменить лишь путем обмана, сообщение при электронном переводе средств воспроизводится на каждом этапе обработки. Платежные инструкции, поступающие в банк в виде бумажного документа, преобразуются в электронные сообщения, которые после этого снова могут воспроизводиться на бумаге при получении. Для перевода по телетайпу через банк-корреспондент необходимо, чтобы банк-корреспондент послал новые сообщения с несколько иным содержанием. Сообщения, которые посылаются через системы упакованных записей, разбиваются на части одинаковой длины, которые идут по отдельным каналам и вновь собираются в пункте назначения. Инструкции о переводе, подаваемые на магнитных лентах в автоматическую расчетную палату, сортируются и записываются на новые магнитные ленты, прежде чем их посылают банку-получателю.

39. Каждый из этих процессов создает возможность непроизвольного изменения содержания платежной инструкции вследствие ошибки человека, неправильной программы ЭВМ или поломки оборудования. Однако эти ошибки можно выявить, прежде чем они будут введены в систему, если в системе, а также в операциях каждого банка запрограммированы необходимые контрольные действия и если эти действия неукоснительно выполняются.

c) Нестандартизированные структуры

40. Банкам труднее осуществлять международные переводы средств электронной техникой и бумажными документами по сравнению с внутренними переводами, не совершая при этом ошибок, ввиду отсутствия международного соглашения о применяемых процедурах. Каждое сообщение о переводе необходимо тщательно прочитывать, чтобы точно знать процедуру, которую использует банк переводящего лица. Такое сообщение может быть неясным, особенно если оно составлено нестандартизированным телеграфным языком.

41. Эта путаница еще может усугубляться и тем, что местная банковская практика в получающей стране отличается от практики посылающей страны. Предположения относительно времени, когда будут представлены переводимые средства банку получателя и самому получателю, могут оказаться неправильными вследствие местной практики, согласно которой банк-корреспондент может задерживать урегулирование в течение нескольких дней, или будет осуществляться перевод в отдаленные места по почте или с помощью чека, несмотря на то, что в международных платежных инструкциях содержалась просьба о производстве платежа в кратчайшие сроки.

d) Поломки ЭВМ и ошибки в программах

42. Одна из причин ошибок в области электронного перевода средств, не существующая в переводах средств бумажными документами, непосредственно связана с самим электронным оборудованием. Здесь имеется в виду сама предметная часть ЭВМ банков телекоммуникационных компаний, расчетных палат или других посредствующих звеньев и математическое обеспечение программ ЭВМ, благодаря которым они функционируют. Хотя ошибки, связанные с этими источниками, относительно немногочисленны по сравнению с тем числом ошибок, которые имели место всего лишь несколько лет назад, они тем не менее особенно серьезны. Ошибка, возникающая в результате неправильного кодирования инструкции о переводе средств и введения ее в систему ЭВМ, сказывается на одном каком-либо сообщении. Однако дефект, имеющийся в предметной части ЭВМ или ее программе, может отрицательно сказаться на всей серии посылаемых инструкций. Более того, сам характер неправильного функционирования предметной части или математического обеспечения ЭВМ может привести к ошибке, связанной с проверкой правильности, которая предусмотрена в большинстве программ ЭВМ. Самое важное, с юридической точки зрения, заключается в том, что ошибки, возникающие в результате дефектов предметной и математической части ЭВМ, ставят серьезные вопросы в отношении ответственности за убытки, которые при этом имеют место.

3. Возможные меры по предотвращению ошибок

43. К счастью, каждый банк может осуществить большинство тех мер, которые необходимы для сокращения числа ошибок, возникающих при электронном переводе средств. Некоторые другие меры, однако, можно осуществить совместными усилиями всех банков. Следует, в частности, установить стандартизированные формы сообщений и банковских операций как для внутренних, так и для международных переводов средств. Соглашение на международном уровне может быть в некоторых отношениях более важным и более трудным. Огромные средства переводятся с помощью систем, связанных с международной оптовой торговлей, а международные системы электронного перевода средств, связанные с потребителями, приобретают все большую важность. Более того, соглашение на международном уровне должно заложить твердую основу для достижения соглашений внутри отдельной страны.

44. Международный финансовый мир в настоящее время занят разработкой нескольких проектов в рамках Технического комитета Международной организации по стандартизации (ИСО), что должно привести к выработке общеприемлемых форм для наиболее типичных сообщений, посылаемых в ходе международного перевода средств. Проект международного стандарта ИСО (DIS) 7982 в части 1 содержит словарь и данные, необходимые при описании, обработке и придании соответствующей формы инструкциям о переводе средств. ИСО/DIS 7746 содержит стандартные формы телексов, для инструкций по межбанковскому переводу средств. Эти

стандартные формы, основанные на образцах сообщений СВИФТ, предназначены 1) не допустить неправильного понимания со стороны банка-получателя инструкции, полученной от банка-отправителя, и 2) обеспечить средство, на основе которого можно было бы разработать системы для автоматической обработки инструкций о переводе средств с помощью телексов. Другая деятельность Технического комитета 68 ИСО по таким проблемам как контрольные ключи, технические характеристики магнитного слоя карточек и спецификация процедур обмена сообщениями о дебетовании и кредитовании, будет также способствовать более эффективному, безошибочному и безопасному электронному переводу средств.

45. Постепенное принятие стандартных форм ИСО для передачи средств с помощью телексов, находящихся в полном соответствии с формами сообщений СВИФТ и соглашением в отношении словаря, используемого при передаче инструкции о переводе средств, а также их принятие и использование во всем мире для передачи средств как внутри одной страны, так и между различными странами, уменьшит вероятность ошибок, возникающих как следствие необходимости перекодирования инструкций о переводе средств. Стандартная форма телекса с числовым опознавательным символом, а также словесное описание позволит банку-получателю вводить инструкцию в свою систему ЭВМ для хранения в досье банка и для ее повторной передачи в случае необходимости без того, чтобы эту инструкцию переводить. Это обстоятельство особенно важно в тех случаях, когда банк-получатель и банк-отправитель принадлежат к зонам различных языков.

46. Можно также надеяться и рассчитывать на то, что с течением времени международные банки, используя соответствующие институты, смогут договориться в отношении процедур, которым должен следовать получающий банк, особенно в том случае, когда он не является банком получающего лица. Следует признать, однако, при этом, что когда получающий банк должен передать инструкцию о переводе средств через внутреннюю систему перевода средств, то соглашение в отношении действий, которые он должен предпринимать, потребует значительной гармонизации техники, с помощью которой передача средств осуществляется в каждой отдельной стране, а также гармонизации соответствующих банковских законов и процедур. В качестве временной меры в области создания основы для будущих усилий по гармонизации может послужить более четкое определение действий, которые предпринимает получающий банк в каждой из различных стран в обычных ситуациях, и более четкое определение времени, которое требуется для осуществления этих различных действий.

c) Необходимость проверки состояния финансовых счетов со стороны клиентов

1. Выписки о состоянии счета

47. Несмотря на самые серьезные усилия со стороны всех заинтересованных лиц, в счета вносится определенное число неправильных записей. После того, как эти записи прошли различные контрольные инстанции, создаваемые банком с целью недопущения ошибок и обмана, они могут в большинстве случаев быть обнаружены и исправлены лишь только после предъявления жалобы со стороны клиента. Для того, чтобы клиент мог обнаружить какие-либо ошибки в своем счете, он должен иметь средства для сопоставления записи в банке с записями по сделкам в этом счете.

48. Существуют две традиционные формы представления клиенту выписки из счета. В некоторых странах, возможно, особенно в тех из них, в которых переводы кредита являются обычным средством межбанковских переводов средств для коммерческих и потребительских целей, банк направляет извещение в каждом случае, когда в счет включается запись дебета или кредита. Извещение может, как это часто

действительно имеет место, указывать на открытие баланса, записи в дебет и кредит, произведенные в тот день, и на закрытие баланса. Квартальная или годовая выписка может быть выслана для того, чтобы отразить процент, на который дебетован или кредитован счет,и констатировать официально данные банка о балансе этого счета. В некоторых странах выписка из счета периодически высылается владельцу этого счета. Выписки из обычных счетов могут даваться ежемесячно, поквартально или раз в год, а выписки из активных коммерческих счетов могут производиться еженедельно или даже ежедневно. Хотя ежедневная выписка из активного счета может показаться тем же, что и ежедневное извещение, посылаемое клиенту о состоянии дебета и кредита по его счету, эта операция тем не менее представляет собой совершенно иную меру.

49. В том случае, когда счет не является активным, клиент может не получать выписки из счета в течение длительного времени. В тех странах, где извещения высылаются клиенту каждый раз, когда сделана дебетовая или кредитовая проводка по счету, это означало бы, что в течение данного периода не производилось каких-либо операций. В тех странах, в которых выписки из счетов, как правило, высылаются периодически, банк и клиент могут договориться о том, что такая выписка не является необходимой в силу нерегулярности планируемых операций или желания клиента держать свой счет секретным. Однако эта практика является опасной, так как при этом остается возможность того, что фальшивые или ошибочные записи в счет могут быть не обнаружены в течение длительного периода времени.

50. Введение в практику использования терминалов, находящихся в распоряжении клиента, в известной степени сказывается на необходимости в выписке счета независимо от того, представляется эта выписка периодически или в качестве извещения о дебетовой или кредитовой проводке по счету. Если клиент имеет доступ к учетно-отчетной ведомости банка по своему счету, и особенно в том, если клиент имеет возможность получить копию с этой документации, возможно, не существует необходимости для банка нести издержки, связанные с отправлением выписки из счета своему клиенту. В настоящее время некоторые коммерческие клиенты многих больших банков имеют доступ к своим счетам именно в такой форме, и эта возможность активно поощряется банками, обслуживающими многонациональные корпорации, как часть программы управления наличностью. Эта возможность также осуществляется в виде эксперимента с внутрибанковскими операциями, однако автоматические бухгалтерские машины, дающие информацию о балансе, могут не дать информации в отношении счетов.

2. Проверка клиентом выписки из счета

51. Существует несколько аргументов в пользу того, чтобы клиент проверял выписки из счета, присылаемые ему банком, для того чтобы обнаружить неправильные записи, ошибки и другие несоответствия. Выписка из счета, особенно выписка, производимая периодически, может быть рассматриваема в качестве средства урегулирования между банком и его клиентом на основе этой выписки, и эта форма урегулирования фигурирует под различными названиями в различных юридических системах. Получатель выписки должен дать ответ в течение обусловленного периода времени или эта выписка рассматривается в некоторых странах как правильная на данный момент, в то время как в некоторых других странах бремя доказательства того, что правильна эта запись или нет,перекладывается с банка на клиента.

52. Политика, преследующая эту цель, может осуществляться непосредственно и в отношении банковских счетов. Для сторон целесообразно периодически рассматривать состояние своих взаимоотношений, с тем чтобы в конце длительного периода времени не возникало необходимости выяснять вопрос в отношении каждой

проводки, внесенной в счет, после того, как прошло уже много времени, детали забыты, а учетно-отчетная документация, возможно, уже не существует. Более того, неправильная запись по одному счету, сделанная либо по ошибке, либо в целях обмана,нередко находит отражение в неправильной записи по другому счету. Задержка в извещении банка о такой неправильной записи может уменьшить возможности банка исправить эту операцию или так или иначе снизить убытки.

53. Утверждают, что в некоторых странах клиент не обязан знакомиться с выписками из счета, и он может представить возражения в отношении неправильной проводки в любое время до истечения исковой давности или срока права давности. Это правило больше защищает права клиента, и это может быть особенно оправдано в тех случаях, когда клиенты либо не знакомы с банковской системой и поэтому не знают о необходимости проверять выписки из счетов или не в состоянии этого сделать, либо в тех случаях, когда клиенты часто меняют место своего местонахождения или живут в отдаленном месте и поэтому испытывают трудности в отношении своевременного получения выписки из счета. Однако и при таких положениях это может оказаться своего рода неосторожностью клиента, когда он не проверяет записи по своему счету и выдвигает претензии в отношении неправильных записей.

54. Следует признать,тем не менее, что каким бы ни было правило, неправильная проводка по счету, который прошел контрольные инстанции банка, может быть нередко обнаружена лишь в том случае, если клиент согласовывает свою выписку из счета, полученную им из банка, и извещает банк о неправильной проводке. Это особенно важно, когда чеки оформляются в банке, где имеется вклад, и существенные данные, относящиеся к переводу средств, представляются с помощью электронных машин, потому что такая практика уменьшает вероятность того, что банк переводящего лица (банк трассата) обнаружит фиктивную подпись индосанта (трассанта). Практически разница в правилах заключается прежде всего в том, что у клиента меньше времени, в течение которого он может известить банк о неправильной проводке, когда клиенту говорят, что он юридически обязан проверять счет, чем тогда, когда клиенту говорят, что он не обязан делать это.

3. Обязанность банка исправлять проводки

55. Очевидно, что банк обязан исправлять неправильные проводки по счету немедленно по получении извещения об этом со стороны клиента, если не возникает законного вопроса, является ли такая проводка неправильной. Обстоятельные правила, регулирующие исправление ошибок банками в их отношениях с клиентами при электронном переводе средств, были приняты или предложены в некоторых странах. 1/ Необходимость или желательность иметь такие правила зависят от опыта каждой отдельной страны.

D. Ответственность направляющего банка в отношении своего клиента за ошибки или обман, допущенные при межбанковском переводе средств; концепция коллективной ответственности

56. Как это принято в данном обсуждении, направляющий банк - это банк, который получает инструкцию о переводе средств от своего клиента и направляет ее через соответствующие каналы в банк назначения. При переводах кредита направляющий банк является банком получателя (или депозитным банком), а при

1/ Право банка вносить исправления в проводки по счету клиента, когда ошибка сделана в пользу клиента, рассматривается в главе "Завершающие операции".

переводе кредитов направляющий банк является банком переводящего лица. Направляющее лицо - это лицо, которое направляет инструкцию о переводе средств в направляющий банк. По-видимому, не существует особой разницы в отношении того вопроса, который обсуждается в этом разделе и относится к области законов, регулирующих перевод средств бумажными документами между банком получателя как направляющим банком при переводе дебета и банком получающего лица в качестве направляющего банка при переводе кредита.

57. Основная проблема связана с любым видом экономической деятельности, при которой клиент вступает в договорные отношения с какой-либо фирмой для достижения результата, что требует также участия и со стороны других фирм. Первая фирма может нести ответственность за свои собственные действия, включая выбор соответствующих партнеров, или она может нести ответственность перед клиентом за действия всех партнеров, необходимые для достижения результата, оговоренного в соглашении, т.е. здесь осуществляется концепция ответственности за произведенные переводы средств. Наиболее близкой аналогией ситуации перевода средств является перевозка товаров с помощью обычных транспортных средств, когда перевозка товаров от места отправки до места назначения может потребовать участия экспедиторов по отправке товаров и операторов на месте назначения, а также участия и некоторых подобных же или совершенно других перевозчиков.

58. Доводы в пользу ответственности за переводы: хотя направляющая сторона определяет общий тип перевода средств и банк назначения, однако за малым исключением она не определяет ни вид средств связи между банками, ни посреднические банки. Выбор нужного канала связи предоставляется самому банку. В банке с высокой автоматизацией операций этот выбор по запрограммированным данным может быть сделан компьютером. При наличии альтернативы средств связи или посреднических банков, банк должен проявить необходимую осторожность в выборе соответствующих средств связи.

59. Когда перевод средств осуществлен неправильно, часто затруднительно определить, где, когда и почему была совершена ошибка. Любой банк, расчетная палата, посредник или телекоммуникационная компания заинтересованы в том, чтобы утверждать, что такой проблемы не возникало в пределах их компетенции. Клиент, который является посторонним лицом по отношению к этой системе и не имеет постоянных связей с ними, за исключением связи со своим собственным банком, может оказаться в весьма затруднительном положении с точки зрения расследования и определения виновного. Если окажется, что виновник, против которого может быть возбуждено дело, находится в отдаленной части страны или в другой стране, то истец сталкивается с дополнительными трудностями и расходами в части, касающейся предъявления претензий. В то же время если посылающий банк взял на себя ответственность или считается в соответствии с существующим законодательством, что он взял на себя ответственность за успешное завершение перевода средств, что зависело от того, что убытки не имели места по обусловленным оправдывающим мотивам, то он окажется в лучшем положении для получения компенсации от банка или какой-либо другой организации, допустившей ошибку. При таком подходе направляющий банк, а не направляющее лицо понесет убытки, если невозможно определить причины этих убытков. Рост расходов на функционирование банковской системы в целом без учета повышения или снижения расходов по судопроизводству выразится в сумме, которую ранее клиенты не могли компенсировать из-за отсутствия возможности доказать, где и как произошла эта ошибка.

60. В случае с выпуском банком дебетных и кредитных карточек эти же соображения привели к противоположным результатам, т.е. к принятию банка назначения (здесь часто на него ссылаются как на банк, выпускающий карточки) в качестве единственного банка, ответственного перед клиентом за любое неправильное дебетование его счета, происшедшее вследствие использования этой карточки. Если какая-либо ошибка или мошенничество произойдет в связи с использованием этой карточки или заранее направленного поручения о переводе средств, за которое клиент не может нести ответственности, система банков оперирующих карточками, распределяет убытки между собой в соответствии с существующим соглашением.

E. Допустимость освобождения от ответственности

61. Положения об освобождении от ответственности включаются в контракты, заключаемые между направляющим банком и его клиентом, а также между банками, расчетными палатами, посредниками, телекоммуникационными компаниями и другими сторонами, которые могут участвовать в переводе средств. Положение об освобождении от ответственности может предусматривать, что освобождаемая от ответственности сторона не рассматривается ответственной за убытки, причиненные третьими лицами, за убытки, причиненные некоторыми или всеми действиями или неправильными операциями стороны, освобождаемой от ответственности, а также за определенные виды убытков, в частности за косвенный ущерб.

62. Вопрос о том, в какой мере положения об освобождении от ответственности, содержащиеся в контрактах, регулирующие электронный перевод средств, будут применяться, зависит отчасти от общего подхода принятой юридической системы в отношении такого рода положений и отчасти от того, в какой степени законы, регулирующие переводы средств, рассматриваются в качестве обязательных или необязательных. Можно ожидать, что положения об освобождении от ответственности, непосредственно относящиеся к правам и обязанностям в отношении оборотных документов, не будут осуществляться, в то время как положения, относящиеся к их получению или относящиеся к электронному переводу средств, ни одно из которых не отражено во всеобъемлющих юридических положениях в большинстве стран, могут быть применены с большей долей вероятности. Там, где существует свод законов, защищающих права потребителей при электронном переводе средств, как это имеет место в Соединенных Штатах, такие права могут быть изменены лишь в ограниченной степени договорными положениями.

63. Положения об освобождении от ответственности, содержащиеся в договорах между банками, между банками и другими организациями для осуществления электронного перевода средств и между банками и поставщиками компьютеров и программного обеспечения, не имеют никакой официальной силы для отношений между банками и его клиентами. Клиент как сторона, возбуждающая иск, может предъявить свой иск организации, чьи действия или чье бездействие причинило убыток, безотносительно к положениям об освобождении от ответственности, содержащимся в договорах, которые он не заключал.

1. Технические недостатки предметной части и математического обеспечения ЭВМ

64. Многие контракты, заключаемые между банком и клиентами, прямо или косвенно предусматривают, что банк освобождается от ответственности за свою неспособность выполнить инструкцию о переводе средств соответствующим образом, если он может указать на технические недостатки предметной части и математического обеспечения ЭВМ. 2/ Однако такое освобождение от ответственности по указанным причинам должно быть в значительной степени ограничено.

2/ Проблемы, связанные с этим вопросом, рассматриваются в пунктах 68-73 и 78-81, в которых излагается вопрос, должен ли банк быть освобожден от ответственности за неудачи, происходящие во время передачи инструкции телекоммуникационной компанией, которая сама освобождена от ответственности, или во время передачи инструкции расчетной палатой или каким-либо посредствующим звеном, принадлежащим или действующим от имени группы банков.

65. Хотя ЭВМ стали значительно более надежными по сравнению с прошлым временем, простои компьютеров случаются довольно часто. Банки, использующие ЭВМ для перевода средств, а также в других целях, должны иметь и обычно имеют достаточное количество дополнительного оборудования, находящегося либо в их собственном помещении, либо в помещении других организаций (то есть поставщика ЭВМ, бюро обслуживания ЭВМ, другого банка или другой фирмы, имеющих соответствующее оборудование), для того чтобы осуществлять операции в тот период, когда их собственные ЭВМ бездействуют, возможно, с некоторым ущербом для дела. Именно поэтому простои компьютеров предполагаемой длительности, которые должны быть компенсированы за счет использования дополнительных возможностей, не должны с готовностью приниматься в качестве оправдания неспособности выполнить инструкцию по переводу средств в приемлемый иными словами отрезок времени. С другой стороны, некоторая задержка допустима. Кроме того, простои компьютеров, выходящие за рамки ожидаемого масштаба, особенно если они связаны с общей аварией или нехваткой электроэнергии в том месте, где расположен банк, или если они связаны с крупной аварией, относящейся к банку, как, например, пожар, то они могут служить основанием для снятия ответственности с банка.

66. Банки, которые не имеют достаточного числа дополнительных ЭВМ, должны сохранить существующие у них возможности для получения и отправки инструкций по переводу средств, используя другие соответствующие каналы.

67. По-видимому, не будет особых юридических трудностей для представления возражений против снятия ответственности, если неспособность выполнить инструкцию по переводу средств была вызвана программой, неправильно составленной служащими банка. Неправильно составленная программа будет, по-видимому, представляться всего лишь тем средством, которое помешало банку выполнить свои обязательства. Решение проблемы в этом случае будет одинаковым, даже если причиной является сам источник или неправильно разработанное математическое обеспечение, приобретенное у постороннего поставщика. В общем ни банк, ни какая-либо другая организация не должны освобождаться от ответственности автоматически только потому, что оборудование или какое-либо устройство по математическому обеспечению, которые он использует в своих операциях, являются неадекватными для решения поставленной задачи.

2. Служба передачи информации

68. В большинстве случаев электронного перевода средств между банками в пределах одной страны или между банками различных стран должна использоваться служба передачи информации. По существующей традиции, телекоммуникационные компании часто были освобождены от ответственности за ущерб, нанесенный в результате задержки или недоставки сообщения или за какое-либо изменение содержания самого сообщения.

69. Аргумент в пользу освобождения от ответственности на том основании, что телекоммуникационная компания не могла предвидеть последствий запоздалой доставки сообщения или его недоставки, или последствий изменения его содержания, потому что она не знала содержания, не всегда являлся удовлетворительным в отношении телеграфной и телетайпной служб связи, когда клиент вручает сообщение компании, для того чтобы она осуществила передачу этого сообщения. В большинстве случаев обслуживающий персонал компании полностью осознает значение посылаемого сообщения. В любом случае, когда ущерб нельзя было предвидеть, вид и размеры ущерба могли бы быть максимально ограничены, но и в этом случае нет оснований для полного освобождения от ответственности.

70. Телекоммуникационная связь, осуществляемая с помощью компьютеров обычными компаниями связи, на первый взгляд, представляется типичным примером того положения, когда компания не знает содержания сообщения, особенно если сообщение закодировано. Если установлены интегрированные электронно-вычислительные системы, компания может даже не знать, передает ли она цифровые данные, письменные сообщения, голос или образы - все это будет передаваться в виде строчек цифр. В то же время, однако, компании более не ограничивают себя лишь предоставлением основных телекоммуникационных услуг. По мере стирания различий между ЭВМ и телекоммуникационными средствами телекоммуникационные компании предлагают более совершенные услуги, а поставщики компьютеров и оборудование для учреждений превращают эту свою технику в системы связи. Во многих случаях банк или какой-либо другой клиент может получить одинаковые или эквивалентные услуги от поставщика ЭВМ или от телекоммуникационной компании. Способность передавать сообщения входит в число тех услуг, которые осуществляются во многих странах, и это более не является исключительной монополией телекоммуникационных компаний. По этой причине, даже если освобождение от ответственности какой-либо компании является рациональной политикой общества в отношении основных внешних телекоммуникационных услуг, тем не менее, освобождение от ответственности за эти основные услуги должно быть ограничено теми услугами, которые невозможно получить из других источников, не обладающих тем же правом на освобождение от ответственности.

71. Во многих странах телекоммуникационные услуги предоставлялись государством часто через те же министерства, которые осуществляют почтовую связь. По этой причине телекоммуникационные службы получили преимущества вследствие общего освобождения государства от ответственности. В тех случаях, когда это необходимо, это общее освобождение подкреплялось специальным законодательством, защищавшим телекоммуникационные службы. В тех странах, где телекоммуникационные услуги предоставлялись частными компаниями, юридические рамки, в пределах которых эти компании действовали, позволяли ограничивать ответственность в части, касающейся тарифов.

72. Однако прежнее монопольное положение телекоммуникационных компаний более не является безоговорочным, и возникает вопрос в отношении того, следует ли и впредь сохранять принцип освобождения от ответственности. Уже само сокращение государственного контроля в отношении компаний, находящихся в Соединенных Штатах, ликвидировало юридическую основу освобождения от ответственности на территории этой страны. Все еще не ясно, будут ли суды учитывать оговорки, включаемые в контракты компаниями, в которых говорится об ограниченной ответственности в случаях проявления ими халатности.

73. Аспекты, относящиеся к ответственности, представляют собой второстепенную проблему в рамках более широкого рассмотрения организационной формы общественных телекоммуникационных услуг. Однако по мере того, как основные частные потребители, такие как банки, организуют частные системы связи, в рамках которых они осуществляют контроль над средствами связи и берут на себя риск в случаях, когда сообщения приходят с опозданием, не доставляются или изменяются в ходе передачи, на государственные телекоммуникационные компании будет оказываться все большее давление, с тем чтобы они принимали на себя такой же риск.

3. Должен ли направляющий банк освобождаться от ответственности за задержку или недоставку инструкции о переводе средств после ее отправки

74. Поскольку невозможно привлекать к ответственности телекоммуникационную компанию за убытки, причиненные в результате недоставки сообщения соответствующим образом, то стороны, пользующиеся средствами связи, до сих пор действовали

таким образом, чтобы разделить между собой понесенные в результате этого убытки. При переводе средств телеграфом или по телетайпу банки в обычном случае в своих договорах с клиентами оговаривали, что банк не несет какой-либо ответственности за такого рода убытки. В результате такого положения клиенты банков принимали на себя полный риск на случай, если сообщение о переводе средств не было получено или если оно было получено в измененном виде. Разумность включения в контракт такой оговорки основывалась на неспособности банка осуществлять какой-либо контроль над сообщением, после того как оно было передано телекоммуникационной компании для передачи.

75. Разумность такой договорной оговорки представляется менее очевидной в том случае, если сообщение послано банком с использованием своего собственного телетайпа непосредственно для приема по телетайпу банка-получателя. Компания предоставляет лишь линию связи и переключатель для соединения этих двух устройств. Банк, направляющий сообщение, может затребовать ответ, для того чтобы проверить, соответствующим ли образом установлена связь, он может направить контрольный текст, для того чтобы установить подлинность отправителя и проверить, не были ли по ошибке изменены основные положения сообщения. В тех случаях, когда имеются какие-либо сомнения относительно того, правильно ли было принято сообщение, или в тех случаях, когда сообщение является особенно важным, за счет повторной передачи банк-отправитель может потребовать, чтобы банк-получатель повторил все сообщение полностью.

76. Все те же возможности, связанные с проверкой получения и содержания инструкций по переводу средств, направленные по телетайпу, существуют также и для банка-отправителя при отправке сообщения по линии связи ЭВМ. Дополнительные меры принимаются в таких закрытых сетях, как СВИФТ, где все операции в пределах системы утверждаются, для того чтобы удостовериться в том, что они идут от соответствующего терминала, отвечают обязательным требованиям по форме и утвержденным стандартизированным текстам и что они адресованы одному из получателей, принадлежащему к системе СВИФТ. Сообщения, отправляемые банком, получают исходящие порядковые номера, сообщения, получаемые банком, имеют входящие порядковые номера, и, таким образом, сокращается до минимума возможность того, что сообщение будет потеряно. Запоминающее устройство уменьшает вероятность того, что сообщение не будет доставлено, а доклады о недоставленных сообщениях информируют банк-отправитель, что любое сообщение, которое было не доставлено, учитывается. Хотя существуют и другие каналы перевода средств на тот случай, если центры связи вышли из строя и банкам дается указание, как получить доступ к сети СВИФТ через государственную переключательную систему связи в случае поломки оборудования регионального значения.

77. Не все меры по обеспечению безопасности, имеющиеся в закрытых сетях типа СВИФТ, доступны для банка, использующего государственную переключательную систему связи. Тем не менее существуют процедуры, сводящие до минимума вероятность поломок в системе связи без того, чтобы это прошло незамеченным и неисправленным со стороны банка-отправителя. Наличие такого рода техники для избежания ошибок, которые могут возникнуть во время передачи инструкции об электронном переводе средств, приводит к постановке серьезных вопросов в отношении того, должны ли банки освобождаться от ответственности за такого рода ошибки даже в том случае, если они не могут получить возмещение от телекоммуникационной компании.

F. Поломка оборудования в электронной расчетной палате или в переключательном центре связи, принадлежащем или используемом группой банков; распределение убытков между банками-участниками

78. Расчетная палата является составной частью системы перевода средств. Она может использоваться центральным банком, другим крупным банком или

банковской ассоциацией. В качестве альтернативы расчетная палата может быть организована группой банков. В некоторых странах были организованы связные системы электронного перевода средств, в которых переключательный центр связи по передаче сообщений, не выполняющий функции по чистому урегулированию, используется в интересах банков - участников компании, которая не является ни банком, ни расчетной палатой, ни телекоммуникационной компанией. Эта компания может быть бюро по обслуживанию ЭВМ производственной сетью или другой подобной организацией.

79. Во многих случаях расчетная палата или переключательный центр связи оговаривает в контрактах, заключаемых с банками-участниками, что она не несет никакой ответственности или имеет ограниченную ответственность за те ошибки и обман, которые могут иметь место в расчетной палате. Если расчетная палата используется центральным банком, то ответственность расчетной палаты или центрального банка может быть ограничена или исключена по закону правовыми нормами или общими юридическими доктринами, применимыми для учреждений и агентств государства. Однако,поскольку расчетная палата действует от лица банков, освобождение от ответственности, возможно, не вызывает такой же заинтересованности, как в случае с телекоммуникационными компаниями.

80. Тем не менее важно то, что расчетная палата является неотъемлемой частью системы перевода средств. Нельзя отрицать того, что банковская система в целом не должна освобождаться от ответственности перед своими клиентами за ошибки, допускаемые в расчетной палате, как это имеет место в случае с телекоммуникационными компаниями. Представляется очевидным, что сторона, возбуждающая иск, должна в принципе располагать убедительными доводами для предъявления каких-либо претензий, возникающих в связи с такого рода ошибками.

81. В то же время коллективный характер расчетной палаты или переключательного центра связи для банковских операций может потребовать распределения убытков между банками-участниками. Существуют несколько путей распределения убытков, включая страхование, создание компенсационного фонда или обложение налогом всех банков-участников. Убытки, которые могут быть отнесены на счет расчетных палат или переключательных центроав связи и которые поэтому должны быть распределены, могут являться теми убытками, которые понес банк в результате исполнения процедур указанных для перевода средств через расчетные палаты или переключательные центры связи. Может быть целесообразным, в частности, распределять убытки в тех случаях, когда они объясняются слабостью системы безопасности, включая процедуры и алгоритм кодирования инструкции по переводу средств.

G. Неправильная обработка инструкций по переводу средств

1. Неправомерное опорочивание инструкций со стороны банка переводящего лица и ущерб, причиняемый переводящему лицу

82. Банк переводящего лица несет ответственность перед переводящим лицом за убытки, причиняемые банком в результате неправомерного опорочивания им

соответствующим образом составленной инструкции по переводу средств. Банк, опорочивающий инструкцию о переводе кредита, должен незамедлительно информировать переводящее лицо об этом и о причинах своих действий. Претензии переводящего лица в отношении убытков, причиненных неправомерным опорочиванием, должны быть рассмотрены и улажены, как и всякая другая претензия, возникающая в связи с задержкой при переводе средств. Неправомерное опорочивание инструкции по переводу кредита может иметь и более серьезные последствия. Когда получатель инструкции по переводу дебета извещается о том, что инструкция была опорочена со ссылкой или без ссылок на причины такого опорочивания, то,естественно, возникают сомнения в отношении платежеспособности и честности переводящего лица. Если опорочивание было неправомерным, то банк переводящего лица (то есть трассат чека или переводного векселя) должен также нести ответственность за убытки, причиненные в этой связи переводящему лицу.

2. Непринятие мер в связи с инструкциями по дебетованию со стороны банка переводящего лица в пределах обусловленного периода времени

а) Общие правила относительно оборотных документов

83. Если банк переводящего лица не принимает мер в течение обусловленного периода времени в связи с выполнением или невыполнением инструкции по переводу дебета или не уведомляет о ее опорочивании, то получатель имеет право предъявить претензии банку переводящего лица.

84. За исключением Франции и других стран, в которых действует принцип, состоящий в том, что оборотный документ передает держателю в собственность фонды (обеспечение), то есть право по счету на определенную сумму, указанную в документе, обычный принцип в отношении чеков и переводных векселей заключается в том, что документ не является актом о передаче имущества или права и что получатель (лицо, получающее платеж, или другой держатель) не имеет никакого права по документу в отношении банка переводящего лица (трассата), до тех пор пока документ не был акцептован. Однако,как только документ был предъявлен банку переводящего лица для оплаты, банк может иметь обязательство по отношению к получателю или к банку-получателю действовать в пределах определенного времени, для того чтобы акцептовать или опорочить документ. Если документ опорочен, банк переводящего лица имеет обязательство перед получателем незамедлительно известить об опорочивании. Сторона, которая должна или может быть извещена об опорочивании, определяется по-разному в различных странах, и в некоторых странах извещение передается в виде официального протеста.

85. Эти правила из законоположений, относящихся к бумажным оборотным документам и их сбору,должны обычно применяться к переводу дебета в электронной форме. Однако, поскольку эти правила обычно фигурируют в законоположениях, регулирующих вопросы, связанные с оборотными документами, либо в законах или соглашениях, регулирующих их сбор, возможно будет необходимо распространить их на электронные переводы дебета.

b) Задержка в выполнении инструкции о переводе дебета

86. Если банк переводящего лица выполняет инструкцию о переводе дебета, но делает это позже того времени, которое предусмотрено действующими правилами, то последствия такой задержки зависят от тех средств, с помощью которых производилось урегулирование. Если банк переводящего лица в предварительном порядке решил бы подойти к представленной инструкции, например, с точки зрения чистого урегулирования через расчетную палату, то задержка в данном случае не имела бы никаких практических последствий. Если урегулирование в связи с инструкцией было задержано, до тех пор пока по инструкции не были произведены операции, то представляющий банк должен получить отказ в доступе к средствам на период задержки. Возможно, что в свою очередь получателю не был выдан кредит по переводу до тех пор, пока банк получателя не получил кредита. Задержка, возможно, может быть причиной для иска за убытки, связанные с потерей процентов, или при международном переводе с потерями, связанными с валютными курсами.

c) Задержки, связанные с опорочиванием инструкции по переводу дебета

87. Задержка, связанная с опорочиванием инструкции по переводу дебета со стороны банка переводящего лица, иногда возникает в связи с тем, что переводящее лицо находится на грани неплатежеспособности. В некоторых случаях, когда на счету переводящего лица нет достаточных средств, для того чтобы выполнить инструкцию, банк переводящего лица может пожелать дать переводящему лицу время для восполнения счета, с тем чтобы он был в состоянии произвести платеж по неоплаченной инструкции. В других случаях банк может, когда это возможно, пожелать иметь время для того, чтобы решить вопрос о включении в счет переводящего лица других обязательств, связанных с задолженностью переводящего лица, до того как он произведет операции в соответствии с инструкцией о переводе средств. В любом случае инструкция впоследствии может быть опорочена.

88. В подобных случаях инструкция по переводу дебета может считаться выполненной или получателю может быть разрешено получить возмещение за задержку. Однако получателю может быть трудно в этих обстоятельствах представить доказательство о точной сумме своих убытков. Видимо, было бы возможно решить эту проблему путем обязывания банка переводящего лица, вызвавшего задержку, доказать, что получатель не понес каких-либо убытков в результате этой задержки. Другой путь для достижения того же результата заключался бы в том, чтобы дать возможность получателю получить нарицательную сумму по инструкции от банка переводящего лица и предоставить банку права получателя в ходе разбирательства дела о неплатежеспособности переводящего лица. 3/

H. Убытки, подлежащие возмещению

89. Неправильно выполненный перевод может привести к потере части или всей основной переводимой суммы, а также к косвенным убыткам. С точки зрения перевода средств под косвенными убытками понимается потеря процентов, изменение валютных курсов и непрямые убытки в результате потери деловых возможностей и пр.

3/ Период времени, в течение которого банк переводящего лица должен акцептировать инструкцию о переводе дебета и должен прислать уведомление об отказе в акцепте, обсуждается в главе о соглашениях по переводу средств и инструкциях по переводу средств, A/CN.9/250/Add.3, пункты 77 и 78.

1. Потеря основной суммы

90. Если средства, переводимые электронной техникой, кредитуются не на соответствующий счет, кредитуются на соответствующий счет, но на чрезмерную сумму или обрабатываются дважды, переводящее лицо или банк переводящего лица может потерять основную сумму неправильно выполненного перевода. В большинстве случаев ошибку можно исправить путем дебетования счета ошибочного получателя и соответствующего кредитования счета переводящего лица (в этом случае перевод сторнируется) или соответствующего получателя (в этом случае перевод был осуществлен правильно). 4/

91. Если ошибочный получатель изымает средства и использует их, зная об ошибке или будучи в неведении об этом, а впоследствии не в состоянии возместить истраченную сумму, то потеря основной суммы должна быть распределена между переводящим лицом и банком или банками, где эта ошибка имела место. Аналогичным образом, если перевод был произведен в преступных целях, последующая потеря основной суммы должна быть распределена между переводящим лицом, чей счет был дебетован, и банком или банками, где, возможно, имел место обман. В случаях потери основной суммы редко возникают споры относительно размеров убытков, которые должны быть распределены. Чаще всего конфликт возникает по вопросу определения лица, которое должно нести основное бремя возмещения убытков, что составляет проблему, решаемую на основании общих правил об ответственности, которая рассмотрена выше.

2. Потеря процентов

92. Одна из форм косвенных убытков, обычно признаваемых законодательством, заключается в потере процентов в том случае, когда выплата причитающейся суммы была задержана. Претензии по процентам в связи с задерживаемым переводом средств со стороны коммерческих клиентов банка являются в настоящее время обычным явлением. Отчасти это объясняется тем, что процентные ставки являются высокими и сумма процентов, накапливающаяся в течение одного дня, весьма ощутима и вызывает претензии. В то же время отчасти это объясняется теми возможностями перевода средств, которые стали доступны казначеям частных компаний с помощью новой техники электронного перевода средств. Когда коммерческие платежи производятся посредством медленного процесса перевода кредитов бумажными документами, переводящее лицо не может задерживать свою инструкцию о переводе средств до того самого последнего момента, когда должен быть произведен платеж. Очевидно, что период времени между дебетованием счета переводящего лица и кредитованием счета получателя может быть значительным и в известной степени непредсказуемым по своей длительности. Однако теперь, когда банки широко рекламируют свою способность переводить средства незамедлительно, многие коммерческие клиенты пытаются удерживать свои наличные средства до самого последнего момента,перед тем как послать инструкции о переводе средств. Техника управления наличностью со всей очевидностью показывает общественности и казначеям частных компаний во всем мире потенциальные возможности получения процентов с остатков кассы.

93. Иногда именно получатель, а не переводящее лицо приобретает право на проценты. В типичной ситуации электронного перевода кредита счет переводящего лица дебетуется до или во время осуществления перевода средств. Если

4/ Право банка дебетовать счет ошибочного получателя без его предварительного согласия обсуждается в главе об окончательности акцепта.

перевод задержан, то не переводящему лицу, а получателю отказывают в использовании средств. Тем не менее в настоящее время существует мнение, что получатель не имеет права взыскивать проценты из-за задержки в осуществлении перевода средств с какого-либо банка, за исключением, возможно, своего собственного. 5/ Если по действующему соглашению платеж производится с опозданием, то претензии получателя в отношении процентов из-за задержанного платежа будут направлены против переводящего лица. Переводящее лицо в свою очередь может иметь право на возмещение со стороны своего банка или банка, допустившего ошибку. Проблема, однако, заключается в определении точного времени, в течение которого должен осуществляться перевод средств. По этому вопросу существует мало согласованных правил.

94. Что касается разрешения конфликтов между банками в отношении процентов, то существует несколько сводов правил, регулирующих распределение процентов, когда задержка в переводе средств произошла по вине той или иной стороны. Многие из правил, регулирующих возмещение потерянных процентов, разрешают возмещение лишь только в случае, если претензия относится к сумме, превышающей оговоренную сумму. Примечательная черта наиболее популярного свода правил, действующего в Соединенных Штатах в отношении компенсации, производимой между банками, когда претензии возникают в связи с ошибкой, имевшей место при межбанковском переводе средств, заключается в том, что банк, который получает средства по ошибке из другого банка, обязан выплатить банку, который выслал деньги по ошибке, проценты по существующим ставкам за вычетом суммы за услуги, оказанные получающему банку. Рациональный момент этого положения заключается в том, что банк, получающий деньги, будет иметь выгоду от их использования.

95. Существующие правила, однако, ограничены в своем применении двусторонними отношениями между любыми двумя банками или в случае межбанковских систем связи или расчетных палат, таких как СВИФТ или ЧИПС, определенными убытками, вызванными самой системой. Они, в частности, не распространяются на убытки, причиненные третьими сторонами или третьим сторонам.

3. Убытки в результате изменения валютных курсов

96. Сейчас, когда валютные курсы колеблются ежедневно, требование клиентов о возмещении убытков, связанных с изменением валютных курсов в результате просроченного платежа, стали более частым явлением. Вследствие самого характера этих убытков претензии, связанные с убытками, вызванными неблагоприятным изменением валютных курсов в связи с запаздыванием платежа, будут в обычном случае предъявляться только лицом, переводящим крупные суммы. Однако в случае девальвации на значительный процент можно также ожидать претензий со стороны клиентов в связи с международными потребительскими операциями или потребительскими переводами. Трудности, связанные с установлением соответствующего периода времени, в течение которого должен был быть осуществлен перевод, относятся в одинаковой степени к убыткам, вызванным неблагоприятным изменением валютных курсов, и к потере процентов.

5/ По аналогии с законом, регулирующим провоз товаров, когда грузополучатель имеет право предъявить претензии в связи с ущербом, даже если договаривающимися сторонами являются отправитель и грузополучатель, возможно также рассмотреть вопрос о предоставлении получателю соответствующих средств для предъявления претензии в отношении потери процентов в соответствующих случаях.

97. Однако претензии в отношении убытков, причиненных неблагоприятным изменением валютных курсов, в обычном случае не представляются как таковые. Вместо этого обычно заявляется, что дата перевода одной валюты в другую должна быть датой, когда перевод имел бы место, если бы перевод средств был произведен соответствующим образом. Предоставление клиенту права выбора между валютным курсом на день, когда конверсия должна быть осуществлена, и валютным курсом на тот день, когда она действительно имела место, составляет существо политики, сформулированной в статьях 71 и 72 проекта конвенции о международных переводных и международных простых векселях, подготовленного Рабочей группой Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, который предусматривает, что в случае опорочивания векселя неплатежом "суммы исчисляются по усмотрению держателя по курсу, действующему на день предъявления или на день фактического платежа". Этот выбор предоставляется держателю "с тем, чтобы защитить его от любого ущерба, который он может понести в результате спекулятивных действий стороны, несущей ответственность". (A/CN.9/213, статья 71, комментарий, пункт 8).

4. Косвенные убытки

98. Наименее частыми, но потенциально наиболее серьезными являются убытки в результате косвенного ущерба, который наносится при потере договора, штрафований или вывода судна из чартер-партии вследствие того, что требуемый платеж был произведен неправильно. Если это имеет место, то сумма ущерба вполне может во много раз превосходить сумму перевода. В большинстве случаев электронного перевода кредитов стороной, обычно несущей убытки, является переводящее лицо, которое не выполнило обязательство по контракту в отношении своевременного платежа или которое упустило деловую возможность, требовавшую наличие средств в определенном месте и в определенное время. В некоторых случаях ущерб может причиняться получателю, который не имеет наличных средств, когда это необходимо, и не может найти какие-либо другие средства.

99. В некоторых существующих системах банк не рассматривается ответственным за косвенные убытки, которые он не мог предвидеть в то время, когда получил инструкцию о переводе средств от переводящего лица, если банк при этом преднамеренно не задержал перевод средств или не проявил явную халатность. Это правило является практическим применением общих принципов договорного права. Однако ограничение в отношении косвенных убытков, которые могут быть предвидимы, не вполне удовлетворительно с точки зрения электронного перевода средств. Представляется особенно трудным для переводящего лица сообщить необходимую информацию соответствующим сторонам в условиях таких юридических систем, где не признается принцип коллективной ответственности. Даже если банк переводящего лица, вероятно, имел необходимую информацию, с тем чтобы предвидеть возможные косвенные убытки, часто случается так, что информация не передается банку-посреднику или банку получателя, где и допускаются ошибочные действия. Ни формы, принятые СВИФТ для переводов клиентов, ни проекты форм стандартных международных телексов, принятые ИСО для переводов клиентов (DIS 7746), не представляют возможности для информации банка-посредника о вероятных последствиях неспособности кредитовать счет получателя ко дню платежа, хотя такого рода информация могла в любом случае быть добавлена к инструкции, посылаемой направляющим банком. В одном недавнем и часто обсуждаемом случае банк-посредник проявил халатность, не выключив телетайп в тот момент, когда в нем уже не было бумажной ленты. Может представлять интерес и то, что такого же рода халатность, вызвавшая невыполнение инструкций по переводу средств, лишила возможности банк-посредник получить информацию, которая позволила бы ему предвидеть возможные убытки.

100. Нередко указывают на то, что если бы банки обычно рассматривались ответственными за косвенные убытки, то плата, взимаемая за перевод средств, должна была бы возрасти в несколько раз. Однако передающее лицо, осуществляющее особенно важный перевод средств, могло бы пожелать оплатить премию за гарантированный перевод, осуществленный банком. По этой причине следует обратить внимание на новую категорию "гарантированных сообщений" в дополнение к существующим категориям. Неспособность выполнить гарантированную операцию ставила бы банк перед ответственностью за связанные с этим косвенные убытки.