



NATIONS UNIES
ASSEMBLEE
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/221
17 mai 1982

FRANCAIS
Original : ANGL

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Quinzième session
26 juillet-6 août 1982

TRANSFERTS ELECTRONIQUES DE FONDS

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1- 3	3
I. DESCRIPTION DES SYSTEMES DE TRANSFERT ELECTRONIQUE DE FONDS	4-25	3
A. Virements	8-13	4
B. Recouvrements	14-21	6
C. Transmission directe, correspondants et chambres de compensation	22-23	8
D. Règlement	24-25	8
II. PROBLEMES JURIDIQUES	26-81	9
A. Moment où le paiement devient définitif	28-48	10
1. Considérations générales	28-30	10
2. Notification du transfert à la banque cessionnaire	31-33	10
3. Décision selon laquelle le règlement offert est acceptable	34	11
4. Inscription du crédit ou notification au cessionnaire	35	11
5. Disponibilité des fonds pour le cessionnaire	36	12
6. Recouvrements	37	13

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
7. Passation d'écritures avant la vérification	38-40	13
8. Critères permettant de déterminer le moment où le paiement est définitif	41-43	14
9. Effet sur les transferts effectués par l'intermédiaire de chambres de compensation	44-47	15
10. Conclusion	48	16
B. Responsabilité en cas de perte due à un ordre de paiement tardif ou incorrect	49-69	16
1. Facteurs pouvant être cause de préjudice	50-55	16
a) Messages non normalisés	50-52	16
b) Recréation des messages	53	17
c) Procédures non normalisées	54-55	18
2. Nature de la perte	56-62	18
a) Perte du principal	56-57	18
b) Perte d'intérêts	58-59	19
c) Modifications des taux de change	60-61	20
d) Dommages indirects	62	21
3. Normalisation et responsabilité	63-64	21
4. Responsabilité de la banque pour des actes de tiers	65-68	22
5. Conclusion	69	23
C. Valeur juridique des documents d'ordinateur	70-81	23
1. Historique	70-71	23
2. Mesures prises à l'échelon international pour faciliter le recours au traitement automatique des données	72-75	24
3. Mesures prises à l'échelon international en ce qui concerne l'admission en preuve des documents d'ordinateur	76-79	25
4. Conclusion	80-81	27
III. TRAVAUX FUTURS	82-88	27
ANNEXE I	Conseil de l'Europe, Recommandation No. R (81)20	
ANNEXE II	Commission nationale d'arbitrage de l'URSS Utilisation de documents établis par des moyens informatiques à titre de preuves dans les procédures d'arbitrage	

INTRODUCTION

1. A sa onzième session, la Commission a inscrit sur sa liste de priorités la question des transferts électroniques de fonds^{1/}. A sa douzième session, consciente du caractère technique complexe de cette question, elle a demandé au Secrétariat de poursuivre ses travaux préparatoires dans le cadre du Groupe d'étude de la CNUDCI sur les paiements internationaux, organe consultatif composé de représentants d'institutions bancaires et commerciales^{2/}.
2. A sa treizième session, la Commission a prié le Secrétariat de lui présenter à une prochaine session un rapport intérimaire sur cette question, de manière qu'elle puisse donner des directives sur le champ des travaux futurs après avoir examiné les conclusions du Groupe d'étude^{3/}.
3. Le présent rapport, dont le projet a été établi par le Secrétariat, a été examiné par le Groupe d'étude lors d'une réunion qu'il a tenue à La Haye, du 26 au 28 avril 1982.

I. DESCRIPTION DES SYSTEMES DE TRANSFERT ELECTRONIQUE DE FONDS

4. Ce qui distingue les transferts électroniques de fonds, c'est que l'ordre de paiement est transmis à une banque ou entre deux banques sous une forme électronique, plutôt que sous la forme matérielle d'un ordre de paiement sur papier^{4/}. Ce remplacement du papier par des impulsions électroniques vise à accélérer la transmission de l'ordre de paiement entre les parties au paiement et à faciliter la "manutention" de ces messages, et donc d'en réduire le coût.

^{1/} Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément No 17 (A/33/17), paragraphes 48 et 67 c) ii) b). Cette question est traitée dans le Rapport du Secrétaire général sur le programme de travail de la Commission (A/CN.9/149/Add.3).

^{2/} Ibid., Trente-quatrième session, Supplément No 17 (A/34/17), paragraphes 55 et 56.

^{3/} Ibid., Trente-cinquième session, Supplément No 17 (A/35/17), paragraphe 163.

^{4/} Dans le présent rapport, le terme "banque" désigne toute institution offrant un service de transfert de fonds, qu'il s'agisse ou non d'une banque aux termes de la législation applicable. Outre les institutions d'épargne et autres institutions financières fournissant de tels services, les postes assurent dans de nombreux pays un service de transfert de fonds. Voir Payment Systems in Eleven Developed Countries (Bâle, Banque des règlements internationaux, 1980).

5. Certains systèmes de transfert électronique de fonds sont entièrement électroniques, de l'enregistrement des données par la banque d'origine jusqu'à leur traitement par la banque destinataire. Ces systèmes peuvent faire entrer en jeu des réseaux d'ordinateurs connectés, des systèmes autonomes de traitement par lots, ou l'échange matériel de bandes magnétiques ou d'autres supports de mémoire électronique. Les clients des banques disposant des équipements voulus peuvent être autorisés à soumettre leurs ordres de transfert ou à recevoir des données sous forme électronique, les opérations purement électroniques ne se limitant alors plus aux activités des banques.

6. Cependant, dans la plupart des systèmes de transfert électronique de fonds en usage à l'heure actuelle, les instructions que reçoit de son client la banque chargée du transfert et les données fournies par la banque destinataire à son client sont sur papier. Très souvent, seul le message entre les banques et le stockage des données par les banques sont sous forme électronique.

7. Le terme "transfert électronique de fonds" est donc équivalent au terme "transfert de fonds sur papier", en ce sens qu'il décrit le moyen de communication, mais non les aspects bancaires ou juridiques d'un paiement.

A. Virements

8. En cas de virement, le cédant donne l'ordre à sa banque de payer une certaine somme au cessionnaire^{5/6/}. Si le cessionnaire n'a pas de compte dans la banque du cédant, celle-ci charge la banque du cessionnaire de payer ce dernier. Dans certains pays, le virement est le principal moyen de paiement autrement qu'en espèces.

9. L'un des principaux avantages du virement est que la banque du cessionnaire peut donner suite à l'ordre de paiement sans s'inquiéter de la solvabilité du cédant. La banque du cédant est tenue de rembourser la banque du cessionnaire lorsque cette dernière aura effectué le paiement. Les questions de solvabilité du cédant sont laissées à la banque de ce dernier.

^{5/} Dans le présent rapport, le terme "cédant" désigne la personne payant une somme en débitant son compte dans une banque. Le terme "cessionnaire" désigne celui qui reçoit une somme créditée à son compte dans une banque. Le cédant peut également verser la somme en espèces à sa banque et le cessionnaire recevoir la somme en espèces de sa banque.

^{6/} Dans un souci d'uniformité, on a supposé dans le présent rapport que le transfert de fonds est effectué par la banque pour le compte d'un client qui n'est pas une banque, bien que, dans les faits, de nombreux transferts électroniques internationaux de fonds soient effectués par des banques pour leur propre compte ou pour le compte d'autres banques.

10. Le virement est particulièrement bien adapté aux moyens de communication électroniques. Normalement, ni le cédant ni le cessionnaire n'ont de raison de s'opposer à l'utilisation de moyens électroniques de transmission. Puisque l'on n'utilise pas d'effets de commerce pour les virements, il ne se pose pas de problèmes juridiques dus au recouvrement de tels effets sous une forme électronique^{7/}.

11. Les virements sous forme électronique sont largement utilisés pour les paiements internationaux depuis plus d'un siècle, sous la forme des transferts télégraphiques. Les ordres de paiement par télescripteur et les communications entre ordinateurs ne sont que des versions modernes de ce système ancien^{8/}. Même dans les pays où la majorité des transferts nationaux entre banques sont effectués par le recouvrement de chèques, on recourt souvent, pour les paiements commerciaux, aux transferts télégraphiques. Dans certains de ces pays, les systèmes de transfert télégraphique se sont nettement améliorés ces dernières années et la majorité des paiements commerciaux importants sont effectués de cette manière^{9/}.

12. Depuis peu, des obligations telles que salaires, pensions et prestations mensuelles de sécurité sociale sont créditées au compte en banque du cessionnaire, service qui n'est possible que parce que de plus en plus de gens ont des comptes bancaires courants^{10/}. Ce type de virement est particulièrement bien adapté à l'ordinateur. Les cédants importants, possédant un équipement compatible avec celui utilisé par les banques, peuvent être encouragés à préparer eux-mêmes à l'intention de leur banque les bandes magnétiques sur lesquelles sont portés les ordres de paiement nécessaires.

13. Un nouveau procédé est déjà expérimenté dans plusieurs pays, celui des "services bancaires à domicile". Grâce à un terminal d'ordinateur relié à un poste de télévision et à un ordinateur central par le biais des lignes électriques ou téléphoniques, une personne pourra transférer des fonds de son propre compte à celui d'une autre personne, dans la même banque ou dans une banque différente.

^{7/} Voir, par comparaison, les paragraphes 14 à 19 ci-après.

^{8/} La Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications S.A. (S.W.I.F.T.) dispose d'un réseau de commutation des messages d'ordinateurs pour divers types de communications entre banques.

^{9/} Voir les rapports relatifs à la France et aux Etats-Unis in Payment Systems in Eleven Developed Countries, note 4 ci-dessus.

^{10/} Dans certains pays, les traitements et salaires dépassant un minimum donné doivent être versés directement sur un compte en banque.

B. Recouvrements

14. En cas de recouvrement, le cessionnaire donne pour instruction à sa banque de recouvrer une somme donnée auprès du cédant. Il peut joindre à cette instruction un effet signé par le cédant, chèque ou effet de commerce payable à la banque du cédant, stipulant que cette banque doit payer la somme et débiter le compte du cédant. Le cessionnaire peut également joindre à cette instruction une lettre de change qu'il aura tirée lui-même, priant le cédant ou sa banque de payer la somme indiquée. Le tirage de la lettre de change par le cessionnaire aura normalement été préalablement autorisé par le cédant, par exemple, dans un contrat de vente ou par une lettre de crédit ouverte au bénéfice du cessionnaire.

15. Avant que la banque du cédant ne paie au cessionnaire la somme indiquée et débite le compte du cédant, elle demandera à recevoir des instructions expresses à cette fin. Le chèque ou le billet payable à la banque qui est présenté au paiement constitue une telle instruction, de même que la demande du cédant à sa banque d'ouvrir une lettre de crédit au bénéfice du cessionnaire. Les autres lettres de change, qui ne sont pas tirées en vertu d'une lettre de crédit, sont soumises par la banque du cédant au cédant afin que celui-ci autorise le paiement, à moins qu'il n'ait déjà donné une telle autorisation sous une autre forme^{11/}.

16. Puisque c'est le cessionnaire qui engage le recouvrement auquel il prétend avoir droit, sa banque, et tout autre banque participant audit recouvrement, cherchent à s'assurer que tout chèque, lettre de change ou billet est authentique et que le cédant aura suffisamment d'argent sur son compte pour payer la somme à recouvrer^{12/}. Une partie importante de la législation relative aux chèques, lettres de change, billets et autres formes de recouvrement traite de ces problèmes.

17. Le recouvrement de chèques, lettres de change et effets de commerce ne se prête pas aussi bien aux procédures de transfert électronique de fonds que les virements. En vertu de la législation de nombreux pays, ces effets doivent être présentés au tiré ou au souscripteur, ce qui exige un transfert matériel du document de la banque du cessionnaire à la banque du cédant, et peut-être au cédant lui-même.

^{11/} Dans les échanges entre Etats membres du Conseil d'assistance économique mutuelle, le paiement est effectué par la banque de l'acheteur sans autorisation préalable de l'acheteur, sur réception de la demande de paiement du vendeur, accompagnée des documents nécessaires. L'acheteur, dans un délai de 14 jours à compter du jour où sa banque a reçu la facture du vendeur, a le droit d'exiger la restitution, en totalité ou en partie, de la somme payée, si le paiement n'était pas conforme au contrat. Conditions générales régissant la fourniture de marchandises, applicables par les organismes d'importation des pays membres du Conseil d'assistance économique mutuelle, 1968/1979, articles 49 et 52 à 55.

^{12/} Dans le présent document, on n'a pas fait de distinction entre un effet escompté par la banque et un effet mis en recouvrement.

18. Dans certains pays, la loi stipule qu'un chèque peut être présenté à une chambre de compensation, ou retenu par la banque dépositaire d'origine, c'est-à-dire la banque du cessionnaire. Dans ces deux cas, les renseignements pertinents relatifs au paiement peuvent alors être transmis à la banque du cédant par des moyens de communication électriques^{13/}.

19. Afin d'éviter les problèmes que pose le recouvrement des lettres de change, problèmes dus non seulement au régime juridique des effets de commerce, mais à des questions de droit de timbre et autres, une part de plus en plus importante des recouvrements, dans le cadre des échanges internationaux, consiste en une créance présentée par le vendeur - cessionnaire, sans recours à une lettre de change. Ces créances peuvent être transmises par des moyens électroniques, dans la mesure où elles ne sont pas accompagnées de documents commerciaux sur papier^{14/}. Des expériences sont actuellement en cours pour remplacer les documents de transport traditionnels par des messages électroniques. Le problème le plus difficile sur le plan institutionnel a été de trouver le moyen d'effectuer les transactions relatives aux lettres de crédit et au financement bancaire, mais plusieurs solutions ont été proposées et l'on peut compter que, dans les quelques années à venir, ces procédures seront passées du stade expérimental au stade opérationnel^{15/}.

20. Le recouvrement par des moyens électroniques a également été favorisé par certains systèmes de cartes de crédit, ainsi que par l'introduction de cartes de débit utilisables dans des distributeurs automatiques de billets ou dans des points de vente. Bien que certaines sociétés de cartes de crédit transmettent au titulaire une copie du reçu signé par lui, d'autres retiennent ce reçu au premier point de dépôt et transmettent électroniquement les données nécessaires relatives au paiement.

^{13/} En Belgique et en Suède, les chèques sont retenus par la banque dépositaire et présentés électroniquement au paiement. Voir les rapports sur la Belgique et la Suède dans Payment Systems in Eleven Developed Countries, note 4 ci-dessus.

^{14/} La lettre de change payable à terme est une forme traditionnelle de crédit-fournisseur. Le recouvrement de ces lettres exige beaucoup de travail et est donc coûteux. Après plusieurs expériences visant à remédier à cette situation, on a mis au point une nouvelle forme de lettre de change, la lettre de change relevé, qui peut être soit sur papier, soit sous forme électronique. Dans les deux cas cependant, la transmission de la lettre entre les banques se fait électroniquement. La lettre originale sur papier, s'il en existe une, est conservée par la banque cessionnaire. On trouvera une description de ce mécanisme et une discussion des problèmes juridiques en jeu dans M. Vasseur, La lettre de change relevé, 28 Rev. tr. dr. com., 203 (1975). Voir également Trib. com. de Roubaix, 2 juillet 1980, D.S. 1980. Jur. 519, note Y. Letartre.

^{15/} Voir par exemple, K. Grönfors, Cargo Key Receipt and Transport Document Replacement (Göteborg, 1979).

21. Outre les recouvrements découlant de transactions données, que l'on a décrits ci-dessus, on peut mettre sur pied des opérations de "débit automatique" à l'intention de cessionnaires auxquels un grand nombre de personnes doivent régulièrement de l'argent. Ce débit direct se prête particulièrement bien au traitement électronique et les clients importants disposant de leur propre système d'ordinateur peuvent préparer eux-mêmes les bandes magnétiques qui seront introduites dans le système.

C. Transmission directe, correspondants et chambres de compensation

22. Les ordres de paiement, qu'il s'agisse de virements ou de recouvrements, sur papier ou électroniques, peuvent être transmis de trois manières différentes entre la banque du cédant et la banque du cessionnaire. Ils peuvent l'être directement entre les deux banques. Si les deux banques n'ont pas de relations bancaires directes, la banque du cédant peut envoyer l'ordre de paiement à une banque correspondante ayant une relation bancaire directe avec celle du cessionnaire. Il se peut naturellement que l'ordre de paiement passe par plusieurs banques correspondantes. Si les ordres de paiement entre banques sont très nombreux, on peut créer une chambre de compensation.

23. Un ordre de transfert international par télégramme ou par télex, forme classique des transferts électroniques de fonds, est transmis soit directement entre les banques intéressées, soit par l'intermédiaire de banques correspondantes. Les transferts par le biais de la S.W.I.F.T. se font de la même manière, de même que de nombreux transferts individuels d'une grande valeur dans les systèmes nationaux de paiement électronique^{16/}.

D. Règlement

24. Le règlement entre banques des transferts électroniques de fonds se fait de la même manière que pour les transferts sur papier. En cas de transferts individuels, le règlement est effectué normalement par un équilibrage des débits et crédits des comptes mutuels des deux banques, ou des comptes qu'elles ont à la banque centrale ou dans une de leurs banques correspondantes. Dans le cas des chambres de compensation, seuls les débits et crédits nets des banques apparaissant après la compensation ou à la fin de chaque jour ouvrable doivent être réglés par des débits et crédits correspondants sur les comptes voulus.

^{16/} Dans ce cas, une banque centrale exploitant un service de transfert télégraphique - dans lequel, pour chaque transaction, le compte de la banque cédante auprès de la banque centrale est débité et le compte de la banque cessionnaire crédité - fait office de banque correspondante des banques cédantes et cessionnaires.

25. Pour ce qui est du moment du règlement, les dispositions n'ont pas à être différentes qu'il s'agisse de transfert électronique ou de transfert sur papier. Cependant, la plus grande rapidité du transfert électronique entraîne une augmentation du volume des transferts. Ainsi, le risque que court une banque ayant effectué un paiement à la demande d'une autre banque, mais n'ayant pas encore obtenu le règlement de ce paiement peut devenir dangereusement élevé^{17/}. L'introduction des transferts électroniques de fonds a donc accru les pressions en vue d'un règlement rapide. Simultanément, l'ordinateur a facilité le passage au règlement le même jour et même, dans certains cas, au paiement et au règlement simultanés.

II. PROBLEMES JURIDIQUES

26. Les transferts électroniques de fonds posent trois types de problèmes juridiques : ceux liés au paiement, ceux portant sur la nature électronique de la communication et de l'enregistrement et ceux relatifs à la structure institutionnelle du système de transfert électronique de fonds. Tout système national doit traiter ces problèmes, soit explicitement, soit implicitement.

27. Ces questions juridiques se posent également en cas de transferts électroniques internationaux. Nombre d'entre eux sont si étroitement liés aux transferts nationaux qu'il ne serait pas possible de les traiter séparément. Cependant, il se pose plusieurs questions juridiques intéressant particulièrement les transferts internationaux. Il s'agit notamment des questions suivantes : A. Moment où le paiement devient définitif et conséquences de l'irréversibilité du paiement^{18/}

B. Responsabilité en cas de perte due à un ordre de paiement tardif ou incorrect et C. Admission en preuve d'un reçu sous forme électronique.

^{17/} Avant le passage du règlement le jour suivant au règlement le même jour, le 1er octobre 1981, on estimait que les 11 principales banques de règlement du Système de compensation interbanques de New York (New York Clearinghouse Interbank Payment System, CHIPS) comptaient en moyenne de 14 à 28 milliards de dollars des Etats-Unis de risques de crédit d'un jour sur l'autre. International Herald Tribune, 24 septembre 1981, page 11.

^{18/} La question de l'irréversibilité du paiement de certains transferts électroniques internationaux de fonds a été au coeur d'une procédure contentieuse au Royaume-Uni et aux Etats-Unis à la suite de la faillite de la Herstatt Bank en 1974. Momm v. Barclays Bank International Ltd., /1976/ 3 All E.R. 588 (Q.B.); Delbrueck and Co. v. Manufacturers Hanovers Trust Co., 464 F. Supp. 989 (S.D.N.Y. 1979), aff'd 609 F.2d 1047 (2d Cir. 1979).

A. Moment où le paiement devient définitif

1. Considérations générales

28. Peu de systèmes juridiques comportent des règles établies précisant le moment où le paiement d'un transfert devient définitif et les conséquences de l'irréversibilité^{19/}. Dans la plupart des cas, lorsqu'il existe des règles formelles, on les trouve dans les accords interbanques, le règlement des chambres de compensation et les conditions générales des banques^{20/}. Ces sources ne traitent cependant que de quelques-uns des problèmes qui peuvent se poser.

29. La notion de paiement dans un transfert interbanques est complexe. Il n'y a pas un acte **unique** que l'on puisse considérer avec certitude comme l'acte de paiement. Celui-ci consiste plutôt en un processus d'une certaine durée et, si certaines procédures de base sont suivies dans tous les transferts de fonds, les mécanismes effectifs varient d'un pays à l'autre, d'une banque à l'autre et au sein d'une même banque, selon le type du transfert.

30. Ainsi, le moment où le paiement devient définitif varie selon les contextes. On trouvera aux paragraphes suivants certaines des principales possibilités en cas de virement.

2. Notification du transfert à la banque cessionnaire

31. On peut considérer que le plus tôt, pour qu'un paiement soit effectif en cas de virement interbanques, est le moment auquel notification est envoyée à la banque cessionnaire. C'est le cas aux Etats-Unis pour les virements effectués par l'intermédiaire du Système fédéral de réserve. La Réserve fédérale dispose d'un service de virement très rapide permettant aux banques de transmettre des fonds à d'autres banques des Etats-Unis. Ce service est utilisé par les banques pour virer des fonds sur leur propre compte et pour effectuer des transferts pour le compte de leurs clients. Néanmoins, du point de vue de la Réserve fédérale et

^{19/} On a traité dans le présent rapport la question du moment où le **paiement** devient définitif et non celle du moment où le paiement de la somme due est effectué. Ces deux questions sont parfois liées, mais des critères différents peuvent s'appliquer dans les deux cas.

^{20/} Dans un questionnaire envoyé par le Groupe d'études aux banques centrales, au printemps 1980, il était demandé quelle loi ou accord régissait la question de savoir quand le paiement était définitif. L'Autriche, le Canada, le Koweït, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas et le Royaume-Uni ont indiqué qu'il n'y en avait pas. L'Allemagne (République fédérale d'), l'Australie, la France et le Portugal ont mentionné divers accords interbanques traitant de certains aspects de ce problème. Les Etats-Unis se sont référés à une règle régissant le service de transfert télégraphique du Système fédéral de réserve. La Tchécoslovaquie a cité une disposition de son Code économique.

de la réglementation du système, les seules parties au transfert sont les banques^{21/}. Le paiement est effectué en créditant le compte de la banque cessionnaire et en débitant celui de la banque cédante auprès de la Banque fédérale de réserve.

32. Les règles régissant ces transferts stipulent que le paiement est définitif pour les deux banques et peut être utilisée immédiatement après l'envoi de la notification du transfert à la banque cessionnaire^{22/}. Lorsque la banque cessionnaire est le dernier cessionnaire, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de client pour le compte duquel le transfert a été effectué, cette règle est complète. La réglementation n'indique pas si le paiement est également définitif à ce moment-là pour ce qui est du paiement de la banque cessionnaire au cessionnaire, ou de celui effectué entre le cédant et le cessionnaire.

33. Néanmoins, dans un tel cas, lorsque la banque cessionnaire a reçu un crédit irrévocable auprès de la banque centrale au moment, ou avant le moment où l'ordre de virement lui a été envoyé et lorsque le crédit est immédiatement disponible à la banque cessionnaire, on peut raisonnablement considérer que le paiement est alors également définitif pour le cessionnaire^{23/}. Dans ce cas, à la différence des cas ci-après, l'achèvement du processus, consistant à créditer la somme transférée au compte du cessionnaire, serait un acte mécanique sans signification juridique.

3. Décision selon laquelle le règlement offert est acceptable

34. Il serait moins acceptable de considérer le paiement comme définitif pour la banque cessionnaire au moment de l'envoi à cette banque de l'ordre de virement si le règlement est effectué par tout autre moyen qu'un crédit irrévocable auprès de la banque centrale, immédiatement disponible. Dans ce cas, le plus tôt pour que le paiement soit considéré comme définitif pourrait être le moment où la banque cessionnaire décide que le moyen de règlement proposé par la banque cédante est acceptable. Lorsqu'il s'agit de transferts individuels importants, cette décision peut être prise et indiquée par un acte objectif d'un fonctionnaire de la banque cessionnaire.

4. Inscription du crédit ou notification au cessionnaire

35. Dans les transferts de routine, on ne prend pas une telle décision "consciente" et le premier acte objectif sur lequel on puisse se fonder consiste en l'écriture de crédit au compte du bénéficiaire. C'est cet acte objectif qui est considéré

^{21/} "Le terme "cédant" désigne une banque membre ...". 12 Code of Federal Regulations, paragraphe 210.26(g).

^{22/} Ibid., paragraphe 210.36.

^{23/} La réglementation stipule également que la banque cessionnaire doit "créditer promptement le compte du bénéficiaire ou mettre de toute autre manière le montant à sa disposition". Ibid., paragraphe 210.30(b) (1).

comme l'acte de paiement dans de nombreux systèmes juridiques^{24/} Dans certains autres systèmes juridiques, le paiement n'est considéré comme ayant eu lieu que lorsqu'une notification du transfert est **envoyée** au cessionnaire par la banque cessionnaire. On notera que cette méthode est une application de la méthode indiquée ci-dessus à propos du paiement à la banque cessionnaire dans le cadre du Système fédéral de réserve des Etats-Unis.

5. Disponibilité des fonds pour le cessionnaire

36. Puisque du point de vue du bénéficiaire, le paiement a pour objet de lui donner accès aux fonds transférés, on peut considérer que le paiement est définitif lorsque celui-ci peut utiliser ses fonds sans réserve. Dans de nombreux systèmes de transfert, le règlement entre banques est une opération de routine, effectuée en un à deux jours, ou même plus, après que l'ordre de paiement a été reçu par la banque cessionnaire^{25/}. Dans de tels cas, il serait normal que la banque cessionnaire impose des restrictions à l'utilisation de ces fonds par le cessionnaire tant qu'elle n'en aura pas elle-même reçu règlement, même si cette banque n'a pas de raison de considérer la banque cédante comme un facteur de risque^{26/}. Ce serait donc à la banque cessionnaire de décider si la date de valeur du crédit serait la date prévue du règlement ou si elle retarderait l'inscription de crédit jusqu'à réception du règlement.

^{24/} Dans le questionnaire envoyé par le Groupe d'études aux banques centrales, au printemps 1980, il était demandé quand le paiement devenait définitif. Plusieurs ont répondu que la réponse n'était pas claire. Plusieurs autres ont indiqué que "normalement", le paiement se produisait à un moment précis. La plupart ont répondu, que, en cas de virement, le paiement était effectué lorsque le crédit était inscrit au compte du bénéficiaire. Selon une réponse "le paiement devient probablement définitif lorsque l'argent est transféré entre les banques participant au règlement de la transaction".

^{25/} Aux termes du règlement de la S.W.I.F.T. la "date de paiement", à laquelle la banque cédante prie la banque cessionnaire "de porter au crédit du client bénéficiaire ou de lui payer ne peut pas précéder la date de valeur" à laquelle le montant du virement est fourni à la banque cessionnaire.

^{26/} Dans l'affaire "Chikuma" [1981] 1 Lloyd's Rep.371 (H.L.), une banque correspondante a fourni les fonds quatre jours après avoir envoyé par télescripteur l'ordre de paiement à la banque cessionnaire. Le fait de retenir le règlement pendant quatre jours "semble ... produire une situation qui, si elle est conforme à la législation et la pratique bancaire italiennes, semble, aux yeux d'un banquier ou d'un juriste anglais des plus inusitée." Ibid., page 374. La Chambre des Lords, appliquant la législation anglaise, a jugé que, compte tenu des conditions particulières du contrat, le paiement n'était pas effectif tant que la banque cessionnaire n'avait pas reçu règlement. En raison de ce paiement tardif, un navire a été retiré d'une charte-partie aux frais de l'affrèteur norvégien, frais que l'on a évalués à plus de trois millions de dollars des Etats-Unis.

6. Recouvrements

37. Les mêmes possibilités se présentent pour ce qui est du moment du paiement d'un chèque, d'une lettre de change ou de tout autre moyen de recouvrement. Cependant, en cas de recouvrement, c'est la banque cédante qui effectue les actes constituant le paiement et non la banque cessionnaire, comme dans le cas d'un virement. La banque cédante reçoit le moyen de paiement et en vérifie l'authenticité apparente^{27/}. Les dossiers sont consultés afin de noter si le paiement est autorisé, le compte est vérifié pour déterminer si le solde créditeur est suffisant pour effectuer le paiement, ou si une ligne de crédit a été autorisée, et le montant est débité du compte du cédant. Parallèlement à ce qui a été suggéré à propos du virement, le moment où le paiement devient définitif peut être celui où la banque cédante a achevé les vérifications voulues et décidé de payer en débitant le compte du cédant, ou le moment où l'écriture de débit est passée. Comme il est suggéré ci-dessous, le paiement peut également devenir définitif après que le compte du cédant a été débité.

7. Passation d'écritures avant la vérification

38. Les actes pouvant être considérés comme constituant paiement des virements et des moyens de recouvrement ont jusqu'ici été présentés dans l'ordre chronologique habituel. Cependant, dans certains pays, la procédure bancaire normale veut que les écritures qui arrivent, qu'il s'agisse de crédits ou de débits, soient inscrites aux comptes pertinents avant que l'on ne procède à une vérification de l'écriture elle-même, du compte à débiter en cas de recouvrement ou du moyen de règlement en cas de virement. Dans ces pays, les opérations comptables journalières peuvent être achevées durant la nuit. Le matin suivant, les écritures douteuses sont portées à l'attention de la direction de la banque. Si on décide de ne pas les payer, les écritures sont alors contrepassées^{28/}.

^{27/} Plutôt que d'examiner, soit le moyen de paiement en vue d'en vérifier l'authenticité apparente, soit les dossiers afin de vérifier l'autorisation de paiement, la banque cédante peut, dans de nombreux systèmes de recouvrement, se fonder sur un accord conclu avec la banque cessionnaire, aux termes de laquelle celle-ci indemniserait la banque cédante, si le moyen de paiement n'est pas authentique ou si le paiement n'est pas autorisé par le cédant.

^{28/} Cette pratique est très courante aux Etats-Unis. Voir le Code de commerce uniforme, paragraphe 4-301, Official Comment No 1. On trouvera une description de la pratique néo-zélandaise dans A. Tyree, Electronic Funds Transfer in New Zealand, 8 N.Z. Univ. L.R. 139 (1978)

39. Cette procédure revêt une importance particulière en cas de recouvrement lorsque, après la passation d'écritures, on constate que le débit n'a pas été autorisé par le cédant ou que l'autorisation a été retirée à temps, que le solde créditeur du cédant était insuffisant ou que, pour d'autres raisons, le paiement ne pouvait être effectué. Cependant, lorsque la banque a mis en place un tel mécanisme comptable pour le recouvrement, elle peut juger pratique de l'appliquer aux virements. Ce n'est qu'après que la banque cessionnaire aura inscrit le crédit au compte du cessionnaire qu'elle décidera si le règlement offert par la banque cédante est approprié. Lorsque la banque cessionnaire n'est pas certaine d'obtenir règlement de la banque cédante, elle peut alors contrepasser l'écriture de crédit et renvoyer l'ordre de paiement à la banque cédante.

40. Dans les pays où cette procédure comptable est admise, les règles relatives aux paiements doivent donner à la banque l'autorisation juridique de contrepasser les écritures comptables qu'elle n'aurait pas effectuées si elle avait suivi l'ordre chronologique habituel. Un des moyens d'arriver à ce résultat consiste à ne considérer le paiement comme effectué que lorsque la banque cessionnaire décide de ne pas contrepasser les écritures constituant le paiement. Il faudrait donc qu'un délai déterminé se soit écoulé sans que les écritures aient été contrepassées. Par exemple, on pourrait considérer que le paiement a été effectué à minuit, le jour après réception de l'écriture, si les écritures comptables n'ont pas été contrepassées dans ce délai.

8. Critères permettant de déterminer le moment où le paiement est définitif

41. Il ressort de l'étude du moment où le paiement est considéré comme définitif que la principale considération est le fait que la banque cessionnaire, dans le cas d'un virement, ou la banque cédante en cas de recouvrement, décide que l'écriture est authentique, que le paiement a été autorisé et qu'elle sera remboursée pour ce paiement. On a noté que des moments différents peuvent être retenus pour mettre en pratique cette idée dominante, selon la nature du règlement proposé et les procédures comptables normales suivies par les banques. Cependant, dans cet ordre d'idée, il semblerait que le moment auquel le paiement est juridiquement considéré comme ayant été effectué devrait être retardé jusqu'à ce que le risque de non-remboursement de la banque effectuant le paiement soit réduit au minimum.

42. Cette position aurait par contre pour corollaire de retarder le moment du paiement à toutes autres fins. Jusqu'à ce moment-là, les fonds appartiendraient au cédant et non au bénéficiaire et pourraient faire l'objet d'actions judiciaires des créanciers du cédant et le cédant pourrait revenir sur ce paiement. On pourrait en outre considérer que l'exécution par le cédant de son obligation contractuelle à l'égard du cessionnaire n'a pas eu lieu, tant que le paiement des fonds transférés n'a pas été effectué conformément à ces critères.

43. Ces considérations peuvent conduire à une autre conclusion, à savoir qu'il serait mieux de considérer qu'à toutes fins utiles, le paiement est définitif à un moment antérieur, étant entendu cependant que, si la banque cessionnaire n'a pas obtenu règlement de l'écriture dans un délai donné, elle peut révoquer le paiement au cessionnaire et renvoyer l'écriture à la banque cédante.

9. Effet sur les transferts effectués par l'intermédiaire de chambres de compensation

44. Il est particulièrement important de disposer d'une règle claire en ce qui concerne les conséquences qu'à le défaut de paiement par la banque cédante d'une écriture qui a été "payée" au cessionnaire par la banque cessionnaire, lorsque le transfert a été effectué par l'intermédiaire d'une chambre de compensation où le règlement des soldes débiteur ou créditeur nets de chaque banque participante est effectué périodiquement, par exemple à la fin de la journée, plutôt qu'à chaque opération de compensation.

45. Si une banque ne peut niveler son solde débiteur net, cela signifie en général qu'elle est insolvable. Puisque le défaut de règlement porte sur un solde débiteur net, on ne peut l'imputer à un ordre de paiement précis présenté à la banque insolvable ou par elle. Aucun risque cessionnaire n'est à même de savoir, lorsqu'elle reçoit l'ordre de paiement par l'intermédiaire d'une chambre de compensation, si une autre banque aura, à la fin du jour, un solde créditeur net ou un solde débiteur net ou quelle sera l'ampleur de ce solde net. Elle ne peut donc se protéger en refusant de recevoir et de traiter le transfert, comme elle le ferait si l'ordre de transfert avait été reçu directement par télescripteur ou de toute autre manière similaire^{29/}.

46. Il existe divers mécanismes pouvant être mis en oeuvre pour compenser cette perte. L'un d'entre eux consiste à payer des activités du jour toutes les transactions avec la banque insolvable et à les renvoyer à la banque remettante^{30/}.

^{29/} Ce problème ne se pose pas pour les chambres de compensation exigeant le règlement de tous les soldes débiteurs nets en espèces ou une écriture de crédit immédiate sur le compte de la banque centrale avant que l'opération de compensation ne soit achevée. Les inconvénients de cette procédure n'entrent pas dans le cadre du présent rapport.

^{30/} L'Article 13 du règlement interne de l'ordinateur de compensation de la Banque de France, daté du 29 juillet 1977, stipule ce qui suit :

"Si, pour une raison quelconque, le compte courant à la Banque de France d'un participant débiteur n'a pas la provision suffisante pour niveler son solde à la clôture des opérations, et si la couverture n'est pas produite, la Banque de France en avise les autres participants autant que possible le jour même, et au plus tard le lendemain de la compensation avant 11 h 30.

Les participants doivent alors considérer comme nulles et non avenues les opérations destinées à l'établissement défaillant (et à ses sous-participants) ou en provenance de ce dernier (et de ses sous-participants).

Au vu des éléments en sa possession, la Banque de France détermine les nouveaux soldes de compensation et adresse aux participants un avis rectificatif."

On comparera ces dispositions au règlement du système CHIPS, examiné dans H. Lingl, Risk Allocation in International Inter-bank Electronic Fund Transfers : CHIPS and SWIFT, 22 Harv. Int. L.J. 621, 643-648 (1981).

47. Cette procédure semble indiquer soit que le paiement entre banques n'est pas définitif tant que le règlement n'est pas effectué, soit que, même s'il est définitif, ce paiement peut être révoqué si l'une des banques ne règle pas son solde auprès de la chambre de compensation. Le biffage des transactions du jour entre la banque insolvable et les autres banques de la chambre de compensation peut avoir pour conséquence la suppression de ces transactions pour les clients de la banque insolvable et de toutes les autres banques de la chambre de compensation ayant reçu ou envoyé des ordres de transfert le jour en question.

10. Conclusion

48. Les règles relatives au moment où le paiement est définitif ne sont pas claires. Il existe peu de règles écrites et les divers accords interbanques ne portent que sur les aspects limités du problème. Il n'y a pas de règles convenues pour les paiements internationaux.

B. Responsabilité en cas de perte due à un ordre de paiement tardif ou incorrect

49. Les clients et leurs banques peuvent les uns et les autres subir un préjudice si un transfert de fonds n'est pas exécuté comme prévu. De par leur caractère particulier, les transferts électroniques de fonds posent des problèmes qui sont soit inconnus, soit peu importants dans le cas des transferts sur papier.

1. Facteurs pouvant être cause de préjudice

a) Messages non normalisés

50. Au contraire des transferts sur papier pour lesquels on utilise des formulaires relativement similaires, il n'existe pas de formulaire reconnu pour les messages de transferts électroniques de fonds. Chaque télégramme ou télex est rédigé individuellement et contient les renseignements que l'expéditeur estime pertinents^{31/}. Les risques d'erreur de composition de la part de l'expéditeur et de compréhension de la part du destinataire s'en trouvent donc accrus.

51. Des messages non structurés ne se prêtent pas au traitement par ordinateur. C'est pourquoi, afin de faciliter le recours aux systèmes de transfert électronique de fonds par ordinateur, on a créé des formulaires standard. Ceux-ci, une fois adoptés, doivent obligatoirement être utilisés au sein d'un même système.

^{31/} Au 31 décembre 1981, le Comité technique bancaire de l'Organisation internationale de normalisation avait établi un avant-projet de formulaire standard de téléscripneur pour les ordres de paiement interbanques.

52. Chaque système de traitement par ordinateur a mis au point ses propres formulaires destinés à tel ou tel usage. Lorsqu'une banque reçoit, par le biais d'un système international, un ordre de transfert qu'elle doit transmettre par l'intermédiaire d'un système national, ou l'inverse, le message doit être converti du modèle utilisé dans le premier système à celui utilisé dans le second. Il est possible d'utiliser un programme d'interface pour effectuer automatiquement cette opération lorsque les deux formulaires ont un champ équivalent, ce qui n'est pas toujours le cas^{32/}. Ainsi, tant que l'on n'aura pas normalisé les modèles utilisés dans les systèmes de transfert nationaux et internationaux, les messages électroniques continueront d'être reçus sous forme lisible par l'homme et recomposés pour d'autres systèmes.

b) Recréation des messages

53. La recomposition d'un message est source d'erreurs. Ces erreurs 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 électronique 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. Les transferts par téletype, par l'intermédiaire d'une banque correspondante, exigent que cette banque transmette un nouveau message dont le contenu est quelque peu différent. Les messages envoyés par le biais de systèmes de commutation par paquets sont divisés en segments d'une longueur uniforme transmis par des circuits séparés, puis 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 destinataire. Chacune de ces opérations fait courir le risque d'une modification par inadvertance du contenu de l'ordre de paiement, à la suite d'une erreur humaine, d'une erreur dans le programme

^{32/} La Procédure administrative No 6 du système CHIPS, donne des instructions pour l'établissement d'un interface CHIPS/S.W.I.F.T. ou S.W.I.F.T./CHIPS. La méthode utilisée pour cela par une grande banque américaine est décrite par A. Cacchioli, Vice-Président de la Chase Manhattan Bank, dans Our Solution - High Volume Users, S.W.I.F.T. International Banking Operations Seminar 1980 (SIBOS'80), pages 112-113. I. Silfvast, Directeur à la Banque d'Helsinki, a critiqué la conversion automatique S.W.I.F.T./CHIPS dans The Impact on European Banks of the Differences in the Banking Practice Concerning International Transfers in the USA, SIBOS'81, page 125, car, selon lui, les modèles S.W.I.F.T. et CHIPS n'étant pas compatibles, les résultats sont faussés.

d'ordinateur ou d'une panne ou d'un défaut matériel. Cependant, ces erreurs peuvent être détectées avant qu'elles ne passent dans le système, si le système et les opérations de chaque banque sont soumis aux mécanismes de contrôle nécessaires et si ces derniers fonctionnent de manière rigoureuse.

c) Procédures non normalisées

54. 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 cédante. Ce message est parfois peu clair, surtout s'il est composé en un langage télégraphique non structuré^{33/}.

55. Cette confusion peut encore être aggravée lorsque les pratiques bancaires du pays destinataire sont différentes de celles du pays expéditeur. Les prévisions quant au moment où les fonds deviendront disponibles peuvent se révéler incorrectes si, en raison d'une pratique locale, une banque correspondante retarde le règlement de plusieurs jours, ce qui lui permet d'augmenter son capital disponible^{34/}, ou si la remise est effectuée dans un endroit éloigné par la poste ou par chèque, bien que les instructions relatives aux paiements internationaux stipulent que la plus haute priorité doit être donnée au paiement^{35/}.

2. Nature de la perte

a) Perte du principal

56. Lorsqu'un transfert électronique de fonds est crédité à un compte qui n'est pas le bon, crédité au bon compte pour un montant incorrect ou effectué deux fois, le cédant risque de perdre le principal du transfert incorrect. Dans la plupart des cas, l'erreur peut être rectifiée par le débit du compte du cessionnaire par erreur et l'inscription d'un crédit correspondant sur le compte du cédant ou du véritable bénéficiaire, selon le cas. La banque cessionnaire peut être autorisée

^{33/} Voir les exemples donnés par I. Silfvast, *ibid.*, et R. Polo, Directeur du Département des transferts internationaux de fonds, Banca Commerciale Italiana, The Quality of Today's International Transfers, *ibid.*, page 117.

^{34/} Voir l'affaire "Chikuma", note 26 ci-dessus. La Cour d'appel a estimé que la banque correspondante avait gagné de 70 à 100 dollars en intérêts sur un paiement de 68 863 dollars des Etats-Unis en retardant le règlement de quatre jours.

^{35/} Voir I. Silfvast, note 32 ci-dessus, page 126.

à débiter le compte du cessionnaire par erreur sans son autorisation préalable^{36/}. Ce n'est que lorsqu'il est impossible de récupérer la somme auprès du cessionnaire par erreur que se pose la question de la répartition de la perte.

57. La fraude est probablement la plus importante source de perte du principal dans les transferts électroniques de fonds. Tous les importants systèmes de transferts électroniques de fonds prennent des précautions contre la fraude, qui vont de l'adjonction d'un numéro personnel d'identification aux cartes de débit utilisées dans les distributeurs automatiques de billets, jusqu'aux clefs de vérification et au chiffrement pour les transferts électroniques de fonds inter-banques^{37/}. Le degré de sécurité qu'offrent ces procédures est dans une certaine mesure fonction des efforts et de l'argent qui leur sont consacrés.

b) Perte d'intérêts

58. Les demandes d'intérêts en cas de paiement tardif, qui étaient pratiquement inconnues il y a 20 ans, sont maintenant monnaie courante. Les taux d'intérêt sont élevés. Les transferts de fonds importants sont moins souvent qu'auparavant effectués sur papier, méthode lente et incertaine quant au temps nécessaire. 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.

59. Les banques ont le même souci, la S.W.I.F.T., par exemple, a adopté des règles relatives à la répartition des pertes d'intérêts en cas de paiements tardifs effectués dans le cadre de ce système^{38/}. Ces règles ne sont pas novatrices du point

^{36/} En République fédérale d'Allemagne, l'article 4 (3) des Conditions générales des banques stipule que "lorsque des ouvertures de crédits sont effectuées à la suite d'une faute ou d'une erreur de plume ou pour toute autre raison la banque peut, sans que les instructions voulues aient été données, les contrepasser par simple écriture". On comparera cette stipulation aux règles régissant aux Etats-Unis les virements par le biais du Système fédéral de réserve, qui stipulent qu'en cas d'erreur, la Banque fédérale de réserve prie le cessionnaire de rendre les fonds. 12 Code of Federal Regulations, paragraphe 210.35 b).

^{37/} Voir Security and Reliability in Electronic Systems for Payments (Bâle, Banque des règlements internationaux, Edition révisée 1978).

^{38/} Ces règles ont été publiées à l'origine dans le document No 185 du Conseil de la S.W.I.F.T., Responsability and Liability, et ont été réimprimés dans le Bulletin de la S.W.I.F.T. d'avril 1979. Le document No 185 a été inclus dans le Manuel de l'utilisateur de la S.W.I.F.T.

de vue théorique. Elles ont pour principal avantage d'énoncer en détail les procédures à suivre par la banque expéditrice, la banque destinataire et le système S.W.I.F.T. afin d'éviter toute responsabilité quant aux intérêts dus en cas de paiement tardif^{39/}.

c) Modifications des taux de change

60. Sous le régime des taux de change fixes issu de Bretton Woods, les pertes dues aux taux de change étaient des péripéties consécutives à la dévaluation ou la réévaluation d'une monnaie. Les taux de change fluctuant aujourd'hui quotidiennement, les demandes de remboursement en raison d'une perte sur les taux de change due à un paiement tardif sont plus fréquentes.

61. Aucun système de transfert électronique international de fonds ne dispose de règles stipulant la répartition des responsabilités pour ces pertes^{40/}. On a proposé que les règles de la S.W.I.F.T. relatives à la répartition des pertes d'intérêts servent de modèle pour la répartition des pertes dues aux taux de change en cas de faits similaires^{41/}.

^{39/} La banque expéditrice est responsable dans cinq cas : a) lorsque la S.W.I.F.T. n'accuse pas réception d'un message; b) lorsque la S.W.I.F.T. accuse réception, mais que le message apparaît dans la liste des messages non délivrés; c) lorsque la banque expéditrice envoie un message urgent mais ne reçoit pas de notification de réception de la S.W.I.F.T.; d) lorsqu'elle envoie un message sous une forme non appropriée, ou e) lorsqu'elle ne réagit pas promptement lorsque la S.W.I.F.T. lui notifie qu'un organe de traitement bancaire régional ou un centre d'exploitation ne fonctionne pas.

La banque destinataire est responsable dans quatre cas : a) lorsqu'elle n'exécute pas les instructions relatives à la date de paiement figurant sur le message; b) lorsqu'elle ne réagit pas promptement aux messages envoyés par le système; c) lorsqu'elle ne traite pas comme il convient les messages qu'elle reçoit selon leur ordre numérique; ou d) lorsqu'elle ne se conforme pas à la politique de la S.W.I.F.T. en matière de connexion des terminaux.

La S.W.I.F.T. est responsable dans trois cas : a) lorsqu'elle accuse réception d'un message au destinataire, mais ne le place pas sur la liste des messages non délivrés et ne le délivre pas; b) lorsque la S.W.I.F.T. ou son personnel n'effectuent pas leur tâche correctement, ou c) lorsqu'elle ne notifie pas promptement ses membres de tout défaut des banques, des centres d'exploitation ou des organes de traitement régionaux.

^{40/} On notera par comparaison les articles 71 et 72 du projet de convention sur les lettres de change international et les billets à ordre internationaux (CN.9/211) et les articles 64 et 65 du projet de convention sur les chèques internationaux (A/CN.9/212) relatifs au taux de change à appliquer en cas de refus de l'effet. Voir également les commentaires des deux projets de convention (A/CN.9/213 et A/CN.9/214 respectivement).

^{41/} R. Polo, note 33 ci-dessus, page 117; New S.W.I.F.T. Rules on the Liability of Financial Institution for Interest Losses Caused by Delay in International Fund Transfers, 13 Cornell Int. L.J. 311, 325 (1980).

d) Dommmages indirects

62. Le préjudice le moins fréquent, mais qui peut être le plus sérieux, consiste en les 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^{42/}. Lorsque de tels cas se produisent, les dommages peuvent facilement représenter plusieurs fois le montant du transfert. Vu la rareté des cas dont il est fait état, il semble que les cédants prévoient normalement une marge de sécurité pour leurs paiements lorsque les conséquences peuvent être aussi sérieuses^{43/}.

3. Normalisation et responsabilité

63. Les mesures prises actuellement par la communauté bancaire internationale afin de normaliser les messages et, de manière plus hésitante, les procédures bancaires, ne permettront pas seulement de réduire les cas de transferts tardifs et incorrects, elles faciliteront également la répartition des pertes éventuelles. A ce propos, les règles de la S.W.I.F.T. relatives aux pertes d'intérêts sont révélatrices. Il aurait été impossible de répartir la responsabilité entre les trois participants à un transfert S.W.I.F.T. en se fondant sur le fait qu'une des règles de procédure du système n'a pas été suivie, s'il n'avait pas existé de règles de procédure que les banques participantes étaient tenues de respecter.

64. Ces règles révèlent également que, même dans le cadre de la S.W.I.F.T., les accords internationaux de procédure ne vont pas au delà des aspects techniques du transfert. Ces règles rendent la banque destinataire responsable si le message lui a été adressé de la manière appropriée et qu'elle l'a reçu avant la date limite, mais qu'il n'a pas été traité pour la valeur voulue à la "date du paiement" indiquée sur le message, date qui ne peut être antérieure à celle à laquelle le montant est

^{42/} Voir par exemple *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, 522 F. Supp. 820 (N.D. Ill, 1981), rev. 673 F.2d 951 (7th Cir. 1982), où le tribunal a jugé que la banque correspondante défenderesse était responsable a concurrence de plus de deux millions de dollars des Etats-Unis pour avoir fait preuve de négligence en ne transmettant pas un ordre de paiement de 27 000 dollars des Etats-Unis à la banque cessionnaire à la date du paiement.

^{43/} Voir par exemple H. Schroder, Directeur général, *Skandinavisk Tobakskompagni, Fulfilling the Client's Needs*, SIBOS'80, page 170, où il se plaint du fait qu'en raison de la longueur et de l'imprécision des délais entre le moment où l'ordre de paiement est transmis et celui où il est reçu dans un autre pays, "nous devons très souvent prévoir une marge considérable si nous nous sommes engagés contractuellement auprès de nos fournisseurs à ce que le paiement soit versé sur leur compte à une date donnée". La Cour d'appel, lorsqu'elle a révoqué la décision du tribunal dans l'affaire *Evra Corp. v. Swiss Bank Corp.*, note 42 ci-dessus, page 957, a notamment indiqué "qu'il était imprudent pour le demandeur ... d'attendre jusqu'à ce qui semblerait être le dernier jour avant l'échéance du paiement pour donner l'ordre à sa banque de transférer les fonds nécessaires à l'étranger".

mis à la disposition de la banque cessionnaire^{44/}. La "date de paiement" n'est cependant que "le jour auquel la banque destinataire ou une banque tierce est tenue de créditer le compte du bénéficiaire (personne privée ou toute institution non bancaire), sous réserve des conventions nationales et de la réglementation des changes, le cas échéant"^{45/}. La S.W.I.F.T. donne deux explications à cette règle. La première est qu'"il est possible que la banque destinataire ne puisse respecter la "date de paiement" parce que le délai entre la "date de valeur" et la "date de paiement" n'est pas suffisant, compte tenu des pratiques bancaires normales"^{46/}. La seconde, qui est liée à la première, mais indépendante, est que "de toute évidence, chaque banque a ses propres règles pour ce qui est de ses relations avec ses correspondants".^{47/} Ces règles ne reflètent donc pas toute "convention nationale" ou "règlement" d'une banque, qui limiteraient l'obligation qu'a la banque cessionnaire de mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire à la date du paiement indiqué sur le message de la banque cédante.

4. Responsabilité de la banque pour des actes de tiers

65. Il y a deux manières d'aborder la question de la responsabilité d'une banque à l'égard de son client en cas de perte due à des faits se produisant à tel ou tel niveau du système. Selon le premier, chaque banque n'est responsable à l'égard du cédant que pour les pertes dues à une faute de sa part. Selon le deuxième, la banque cédante est responsable à l'égard du cédant des pertes se produisant à n'importe quel niveau du système. Normalement, la banque cédante s'efforcera ensuite d'obtenir remboursement de la partie fautive^{48/}.

66. Dans la première méthode, il est admis qu'une banque n'exerce aucun contrôle sur les activités d'une autre banque. Si une banque peut donner des instructions lorsqu'elle envisage des problèmes, on ne saurait attendre d'elle qu'elle ait connaissance de toutes les pratiques bancaires étrangères. Une banque ne peut exclure la possibilité qu'une autre banque fasse preuve de négligence, à condition que cette dernière ne soit pas négligente de manière si constante qu'elle ne puisse être considérée comme la voie appropriée pour transmettre des ordres de paiement.

^{44/} Document No 185 du Conseil de la S.W.I.F.T., paragraphe 5(a). Bien que les nouvelles règles sur la responsabilité soient fondées sur les règles de procédure existantes et n'aient donc pas modifié les procédures de la S.W.I.F.T., on a jugé nécessaire, afin de déterminer les responsabilités, de préciser les termes "date de valeur" et "date de paiement", utilisés dans ces règles de procédure.

^{45/} Ibid., (paragraphe 2 b).

^{46/} Ibid., Observations.

^{47/} Ibid.

^{48/} Ce second moyen, axé sur la responsabilité immédiate de la banque cédante, à l'égard du cédant, n'interdit pas une action directe du cédant lésé à l'encontre de la partie réputée fautive.

67. La deuxième méthode met l'accent sur la responsabilité qu'a une banque à l'égard de son client de s'acquitter d'un service exigeant la participation d'autres banques, chambres de compensation et moyens de communication. A de rares exceptions près, la banque prend toutes les décisions pratiques concernant le transfert. Elle transforme les ordres de paiement reçus du client en des messages transmis électroniquement, choisit le système de communication (télescripteur ou S.W.I.F.T.) et les banques correspondantes. Le client compte que sa banque aura constitué un réseau de banques étrangères à même d'exécuter l'ordre de paiement de la manière requise, ou se sera associé à un tel réseau.

68. Cette méthode incite les banques participant à des systèmes internationaux de transfert électronique de fonds à favoriser les modifications des procédures de transfert visant à réduire la fréquence des pertes.

5. Conclusion

69. Les règles adoptées par la S.W.I.F.T. font apparaître que l'on ressent le besoin de directives quant aux responsabilités en cas de perte lors de transferts électroniques de fonds. Ce qui n'était auparavant qu'un problème occasionnel, pouvant être réglé de manière satisfaisante en se référant à la législation nationale applicable en vertu des doctrines traditionnelles relatives aux conflits de loi, est maintenant un problème quotidien. L'aspect le moins satisfaisant de la situation actuelle est l'incertitude quant aux droits du client lorsqu'un paiement n'est pas effectué comme prévu dans un pays étranger.

C. Valeur juridique des documents d'ordinateur

1. Historique

70. Des états bancaires portant sur des sommes énormes sont stockés sur ordinateur. Dans les transferts électroniques internationaux, il ne peut exister aucun document sur papier prouvant la transaction, si ce n'est ceux produits par l'ordinateur lui-même^{49/}. Cette situation n'est cependant pas unique aux transferts électroniques de fonds, qu'ils soient internationaux ou nationaux, car l'ordinateur devient la principale machine comptable utilisée par les milieux d'affaires du monde entier.

71. Bien que l'ordinateur soit largement utilisé dans tous les domaines de l'activité commerciale, certains pays continuent d'hésiter à admettre en preuve devant des tribunaux et des tribunaux d'arbitrage des documents d'ordinateur. On estime que

^{49/} Néanmoins, un système bien conçu laissera une trace comptable qui permettra de détecter fraudes ou erreurs.

les techniques d'enregistrement sur ordinateur, dans leur état actuel, n'offrent pas suffisamment de garanties contre la falsification^{50/}. En outre, il existe des barrières juridiques classiques à l'admission en preuve de ces enregistrements, notamment dans les pays de tradition romaniste^{51/}.

2. Mesures prises à l'échelon international pour faciliter le recours au traitement automatique des données

72. Si la question de l'admission en preuve des documents d'ordinateur dans les procédures contentieuses est pour l'essentiel un problème national, le recours de plus en plus fréquent à l'ordinateur dans le commerce international a conduit à la rédaction de dispositions pertinentes dans certains textes juridiques internationaux. Les Règles de Hambourg, aux termes desquelles un connaissance signé doit être émis si le chargeur le demande, stipulent que :

"La signature apposée sur le connaissance peut être manuscrite, imprimée en fac-similé, appliquée par perforation ou par tampon, se présenter sous forme de symbole ou être portée par tout autre moyen mécanique ou électronique, si le procédé n'est pas incompatible avec la loi du pays où le connaissance est émis." ^{52/}

On trouvera une disposition identique dans la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises^{53/}.

73. Le Protocol de Montréal No 4 portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, daté du 25 septembre 1975, stipule que "l'emploi de tout autre moyen constatant les indications relatives au transport à exécuter peut, avec le consentement de l'expéditeur, se substituer à l'émission de la lettre de transport aérien"^{54/}.

74. Afin de faciliter les échanges, l'Organisation de l'aviation civile internationale a recommandé que les Etats contractants "prennent des dispositions pour permettre d'utiliser les documents commerciaux exigés pour le congé des marchandises transportées par voie aérienne lorsque ces documents sont établis par des techniques

^{50/} Voir le paragraphe 17 de l'Exposé des motifs relatif à la Recommandation No R (81) 20 du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des Ministres le 11 décembre 1981.

^{51/} Voir A/CN.9/149/Add.3, paragraphes 16 à 20.

^{52/} Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, No 78, Hambourg, 31 mars 1968, article 14(3).

^{53/} Genève, 24 mai 1980, article 5(3). Ces textes constituent un assouplissement de l'exigence selon laquelle un document et son contenu devraient être authentifiés par une signature manuscrite sur papier. Voir à cet égard la recommandation No 14 du Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international, intitulée "Authentification des documents commerciaux par des moyens autres que la signature". Ces textes font également apparaître une perte d'importance de la notion de négociabilité.

^{54/} Article 5(2) de la Convention, tel que modifié par la section III du Protocole.

de traitement électronique des données sous une forme lisible, compréhensible et acceptable"^{55/}. De même, l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime, que l'on appelle maintenant Organisation maritime internationale, a recommandé que "les documents produits, sous une forme lisible et compréhensible, par l'application de techniques de traitement électronique et d'autres techniques de traitement automatique des données, [soient] acceptés"^{56/}.

75. Le Conseil de coopération douanière a recommandé aux Etats, membres ou non du Conseil :

- "1. D'offrir aux déclarants, aux conditions fixées par les autorités douanières, la possibilité de transmettre à la douane par des moyens électroniques ou d'autres automatiques, les déclarations de marchandises destinées à être traitées automatiquement. Cette transmission des déclarations peut être effectuée soit par liaison directe entre les systèmes informatiques de la douane et ceux des déclarants, soit au moyen de supports de données magnétiques ou autres supports de données TAI;
- "2. D'accepter, aux conditions fixées par les autorités douanières, que des déclarations de marchandises qui sont transmises à la douane par des moyens électroniques ou d'autres moyens automatiques soient authentifiées autrement que par la signature manuscrite"^{57/}.

3. Mesures prises à l'échelon international en ce qui concerne l'admission en preuve des documents d'ordinateur

76. Cette méthode, consistant à établir par secteur des textes législatifs et recommandations d'organisations internationales en vue de faciliter le recours au traitement électronique et à d'autres formes de traitement automatique des données dans le commerce international, peut cependant se révéler insuffisante, à moins qu'elle ne soit complétée par une autre visant à faire en sorte que les documents d'ordinateur soient admis comme preuves dans les procédures contentieuses. C'est ce qu'a noté le Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international lorsqu'il a recommandé au Conseil de coopération douanière d'établir une "étude des modifications à apporter aux législations nationales pour que les données stockées

^{55/} Recommandation 4.4., chapitre 4 de l'annexe 9 ("Facilitation") à la Convention C relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 1944), septième édition, avril 1974, reproduit dans TRADE/WP.4/INF.63, annexe II/I, TD/B/FAL/INF.63, annexe II/I.

^{56/} Norme 2.15, telle que modifiée par l'Acte final de la Conférence des Gouvernements contractants organisée pour modifier l'annexe à la Convention visant à faciliter le trafic maritime international, 1965 (novembre 1977), reproduit dans TRADE/WP.4/INF.63, annexe II/II, TD/B/FAL/INF.63, annexe II/II.

^{57/} Recommandation du 16 juin 1981 du Conseil de coopération douanière concernant la transmission et l'authentification des déclarations de marchandises qui sont traitées par ordinateur, reproduit dans TRADE/WP.4/R.148/Add.1.

sur ordinateur puissent être admises comme preuve"^{58/}, ce que le Conseil a décliné, considérant que cette question ne concernait pas uniquement les activités de la douane^{59/}.

77. La seule organisation internationale à avoir étudié la question de l'admission en preuve des documents d'ordinateur est le Conseil de l'Europe. Le Comité d'experts chargé d'étudier la question "est arrivé à la conclusion qu'il était utile, compte tenu, d'une part, de l'inexistence dans la plupart des Etats d'une réglementation générale en la matière et, d'autre part, du besoin d'une telle réglementation en raison des développements de la pratique, d'arriver à des solutions harmonisées entre les Etats qui se justifiaient en raison du caractère international du problème, étant donné que, de plus en plus, les documents ou leurs reproductions produits dans un Etat étaient susceptibles d'être présentés comme preuve dans un autre Etat"^{60/}.

78. Comme suite à l'étude effectuée par le Comité d'experts, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, sur la recommandation du Comité européen de coopération juridique, a adopté une Recommandation adressée à ses Etats Membres stipulant notamment que chaque Etat Membre devrait indiquer "les livres, documents et données pouvant être enregistrés sur ordinateur"^{61/}. Ces documents, à condition qu'ils soient établis conformément à la Recommandation, seraient admis en preuve dans une procédure judiciaire et "présumés être une reproduction ou un enregistrement fidèle et complet des documents originaux ou des informations qui y sont relatées, sauf preuve contraire"^{62/}.

79. La Recommandation du Conseil de l'Europe constitue une reconnaissance, sur le plan international, du fait qu'il est important, pour les entreprises commerciales, que les enregistrements de leurs transactions stockées sur ordinateur

^{58/} TRADE/WP.4/INF.62, paragraphe 22 x), TD/B/FAL.INF.62, paragraphe 22 x).

^{59/} TRADE/WP.4/R.148, paragraphe 19.

^{60/} Paragraphe 3 de l'Exposé des motifs de la Recommandation du Conseil de l'Europe, note 50 ci-dessus.

^{61/} Recommandation No R (81) 20, annexe, article 1 1), adoptée par le Comité des ministres le 11 décembre 1981.

^{62/} Ibid., article 2. Pour ce qui est des conditions d'admission en preuve d'enregistrements d'ordinateur, voir l'annexe I du présent rapport.

puissent être admis en preuve et que, en raison des ramifications internationales de nombre de ces transactions, dont les transferts électroniques internationaux de fonds constituent un des principaux exemples, une solution harmonisée soit apportée à ces problèmes.

4. Conclusion

80. Les transferts électroniques de fonds sont effectués de plus en plus souvent par des liaisons entre ordinateurs. L'admissibilité en preuve des enregistrements de ces transactions fait l'objet de doutes dans certains Etats. En outre, peu d'Etats disposent de règles précises stipulant les conditions à remplir dans l'établissement de ces enregistrements pour que ceux-ci puissent être admis en preuve^{63/}. Lorsqu'il existe de telles règles, elles ne sont pas toujours conformes, ce qui fait que les enregistrements établis conformément aux exigences d'un Etat peuvent ne pas être admis en preuve dans des procédures contentieuses ayant lieu dans un autre Etat.

81. Ce problème, s'il revêt une importance particulière pour les transferts électroniques internationaux de fonds, intéresse également tous les aspects du commerce international. Il serait donc souhaitable de trouver des solutions d'ensemble.

III. TRAVAUX FUTURS

82. Les systèmes de transferts électroniques de fonds se sont développés dans un vide juridique relatif. Dans certains pays, on a supposé que la législation relative aux transferts sur papier s'appliquait également, du moins en partie, aux transferts électroniques de fonds. Cependant, la mesure dans laquelle c'est le cas, est rarement bien définie^{64/}. En outre, la législation élaborée pour les

^{63/} On trouvera les règles en vigueur en Union soviétique dans le document TRADE/WP.4/R.126, reproduit à l'annexe II du présent rapport, qui contient les règles que la Commission nationale d'arbitrage de l'URSS a proposées à l'intention des organismes d'arbitrage, ainsi que dans le document TRADE/WP.4/R.178, qui contient les instructions provisoires relatives aux conditions à observer pour conférer une valeur juridique aux documents établis par ordinateur, sur bande magnétique et sur papier.

^{64/} Les réponses au questionnaire envoyé par le Groupe d'étude au printemps de 1980 sont particulièrement révélatrices à cet égard. On ne peut en déduire aucune indication claire quant à l'application générale de la législation relative aux transferts de fonds sur papier.

transferts de fonds sur papier peut ne pas être adaptée à tous les aspects des transferts électroniques de fonds, même lorsque, au vu de ses dispositions, cette législation semble applicable.

83. Les problèmes que posent les incertitudes quant aux règles juridiques applicables aux transferts électroniques de fonds prennent encore plus d'ampleur lorsque le transfert de fonds a un caractère international. Quand des problèmes se posent, il n'existe pas de cadre juridique approprié permettant de les régler.

84. Il semblerait cependant prématuré de s'efforcer d'ores et déjà d'unifier la législation relative aux transferts électroniques de fonds. Les systèmes de transferts électroniques de fonds, notamment ceux fondés sur des liaisons entre ordinateurs, n'en sont qu'à leurs débuts. Les techniques et pratiques bancaires pertinentes évoluent rapidement, risquant de rendre dépassée avant même qu'elle n'entre en vigueur, toute nouvelle règle juridique. Dans le même temps, on peut également prévoir que les systèmes de transfert électronique de fonds joueront bientôt un rôle dominant dans les transferts internationaux avec la participation de plus en plus importante des pays en développement^{65/}.

85. Ce qui semble nécessaire à ce stade, c'est d'établir un guide des problèmes juridiques que posent les transferts électroniques de fonds. Ce guide préciserait les problèmes juridiques, décrirait les diverses méthodes adoptées, en indiquant les avantages et les inconvénients, et proposerait différentes solutions.

86. Le guide juridique intéresserait tous les organes législatifs envisageant de s'attaquer aux problèmes juridiques particuliers aux transferts électroniques de fonds ou d'ajuster la législation en vigueur pour les transferts sur papier afin de résoudre les problèmes particuliers que posent les transferts électroniques. Il serait également utile à ceux qui souhaitent réglementer certains des problèmes juridiques que posent ces transferts par le biais d'accords contractuels entre les participants.

^{65/} Par exemple, en 1981, la S.W.I.F.T. a élargi ses services à quatre pays d'Amérique latine (Chili, Equateur, Mexique et Uruguay) et elle s'apprêtait à le faire dans trois autres (Argentine, Brésil et Colombie).

87. Si la Commission convient d'établir un tel guide, elle souhaitera peut-être prier le Secrétariat, en consultation avec le Groupe d'étude des paiements internationaux de la CNUDCI, d'établir un projet de chapitre relatif à l'irréversibilité du paiement et un autre relatif à la responsabilité, ainsi qu'une liste des autres problèmes juridiques essentiels dont il faudrait tenir compte dans le cadre des transferts électroniques de fonds. Si la Commission en convient, le Secrétariat fera en sorte qu'il soit tenu compte de manière appropriée des avis des banques et associations commerciales de toutes les régions du monde.

88. Il est nécessaire d'élaborer des règles harmonisées stipulant les conditions auxquelles des documents d'ordinateur peuvent être admis en preuve, ainsi que la valeur de preuve de ces documents, afin d'assurer une certaine sécurité juridique aux transferts électroniques internationaux de fonds. Ce problème dépasse cependant les transferts électroniques et touche tous les domaines du commerce international dans lesquels il est fait appel à l'ordinateur. Puisque les règles relatives à la preuve font partie du droit procédural et sont liées à la structure juridique d'un Etat, il serait difficile d'arriver maintenant à l'uniformité voulue. Cependant, si l'on établit des directives quant aux conditions auxquelles un document de l'ordinateur peut être admis en preuve, celles-ci pourraient exercer une influence sur l'évolution juridique de cette question. La Commission souhaitera donc peut-être prier le Secrétariat de lui soumettre à une session ultérieure un tel projet de directives.

ANNEXE I

CONSEIL DE L'EUROPE

RECOMMANDATION No. R (81) 20

adoptée le 11 décembre 1981

Annexe

Article 3

1. Les reproductions ou enregistrements effectués sous la responsabilité [de commerçants ou de toute autre personne définie par la loi nationale] doivent satisfaire aux règles générales suivantes :

- a) Correspondre fidèlement soit aux documents originaux, soit à l'information qui est à l'origine de l'enregistrement;
- b) Etre effectués de façon systématique et sans lacune;
- c) Etre effectués selon des instructions de travail, établies conformément à la législation nationale et conservées aussi longtemps que les reproductions ou enregistrements;
- d) Etre conservés avec soin, dans un ordre systématique, et protégés contre toute altération.

2. Lorsque le document qui a fait l'objet d'une reproduction ou qui est à l'origine d'un enregistrement est détruit, les indications suivantes doivent être conservées avec l'enregistrement et sur la reproduction, si possible, ou, à défaut, avec elle :

- a) L'identité des personnes responsables de la reproduction ou de l'enregistrement et de celles les ayant effectués;
- b) Nature du document;
- c) Lieu et date de la reproduction ou de l'enregistrement;
- d) Les défauts éventuels constatés pendant la reproduction ou l'enregistrement.

Article 5

1. Les règles suivantes s'appliquent aux programmes informatiques :
 - a) La documentation de programme, les descriptions de fichiers et les instructions de programme doivent être directement lisibles et tenues soigneusement à jour sous la responsabilité [du commerçant ou de toute autre personne définie par la loi nationale];
 - b) Les documents définis à l'alinéa a) ci-dessus doivent être conservés sous une forme communicable aussi longtemps que les enregistrements auxquels ils se réfèrent.
2. Si, pour une raison quelconque, les données enregistrées sont transférées d'un support informatique à un autre, [le commerçant ou la personne définie par la loi nationale] doit démontrer leur concordance.
3. Les règles suivantes s'appliquent aux systèmes informatiques dans leur ensemble :
 - a) Les systèmes doivent comporter les sécurités nécessaires pour éviter une altération des enregistrements;
 - b) Les systèmes doivent permettre de restituer à tout instant les informations enregistrées sous une forme directement lisible.

ANNEXE II

COMMISSION NATIONALE D'ARBITRAGE DE L'URSS

UTILISATION DE DOCUMENTS ETABLIS PAR DES MOYENS INFORMATIQUES
A TITRE DE PREUVES DANS LES PROCEDURES D'ARBITRAGE

(Texte tiré du document TRADE/WP.4/R.126)

Afin d'uniformiser la procédure arbitrale dans les affaires où des documents établis par des moyens informatiques sont utilisés à titre de preuves, la Commission nationale d'arbitrage de l'URSS a proposé aux organes d'arbitrage d'observer les principes suivants :

1. Dans l'exposé de leurs prétentions et objections, les parties à la procédure d'arbitrage sont en droit de soumettre à l'arbitrage des documents établis par des moyens informatiques. Ces documents, pour autant qu'ils contiennent des données relatives aux circonstances de l'affaire, doivent être acceptés par les organes d'arbitrage en qualité de preuves écrites, au même titre que d'autres documents. Une fois acceptés par le tribunal, les documents établis par des moyens informatiques doivent être étudiés et évalués conformément à la législation générale relative à l'examen des différends en matière économique. Les parties peuvent présenter à l'arbitrage tout exemplaire de document établi par des moyens informatiques. Si la décision ne peut être prise que sur la base d'un original, le premier exemplaire doit être présenté.
2. Pour déterminer si les relations des parties sont de nature contractuelle, on partira du principe qu'une opération dont les conditions ont été communiquées ou fixées par des moyens informatiques équivaut à une opération effectuée sous forme écrite.
3. Dans le règlement des différends relatifs aux conditions des contrats, on partira du principe que les contrats peuvent prévoir l'établissement de comptes et le prélèvement de compensations par les parties à l'aide de moyens informatiques. Dans ce cas, le contrat doit spécifier la forme des bordereaux ou autres documents qui doivent être établis à l'aide de moyens informatiques.

4. On exigera des parties que les documents établis à l'aide de moyens informatiques soient présentés dans les formes voulues. Les documents doivent porter des mentions indiquant par quel centre de calcul ils ont été établis et à quelle date. La désignation du centre et la date d'établissement du document peuvent être inscrites soit automatiquement, à l'aide de moyens informatiques, soit par tout autre moyen. Si les règles auxquelles doivent se conformer les parties ou les dispositions du contrat prévoient que le document établi à l'aide de moyens informatiques doit être signé par une personne habilitée à le faire, le tribunal exigera la présentation de documents présentant la signature requise.

5. Les documents établis à l'aide de moyens informatiques et présentés à l'arbitrage à titre de preuves doivent être soumis de telle façon que leur contenu puisse être élucidé. Ils doivent comprendre les mentions nécessaires, les titres de colonnes et de lignes, etc.

6. Les documents établis à l'aide de moyens informatiques qui contiennent des rectifications faites manuellement, doivent porter des indications sur les motifs des corrections et sur la date à laquelle elles ont été faites, ainsi que la signature du responsable qui les a inscrites.

7. Si le tribunal demande la vérification des comptes, la partie qui a présenté à titre de preuve les documents établis à l'aide de moyens informatiques doit permettre à l'autre partie de procéder à cette vérification et, si nécessaire, d'organiser dans un centre de calcul approprié une telle vérification.

8. En cas de nécessité, l'organe d'arbitrage, sur sa propre initiative ou à la demande des parties, peut désigner des experts à l'examen desquels les questions relatives à la vérification du programme de calculs dans le centre informatique pourront être soumises.

9. Les données enregistrées sur support technique (bandes magnétiques, disques magnétiques, etc.) ne peuvent être utilisées à titre de preuve que si elles sont présentées sous une forme compatible avec les modes courants d'enregistrement et de classement dans le dossier.