

Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques



Pour obtenir des informations complémentaires, s'adresser à:

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060

Fax: (+43-1) 26060-5813

Site Web: www.uncitral.org

Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT
COMMERCIAL INTERNATIONAL

Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques



NATIONS UNIES
New York, 2018

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
eISBN 978-92-1-362735-8

Copyright © Nations Unies, juillet 2017. Tous droits réservés pour tous les pays.

Les appellations employées dans cette publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Cette publication n'a pas fait l'objet d'une mise au point rédactionnelle.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

Table des matières

Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 7 décembre 2017.....	3
Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).....	7
Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques.....	9
Chapitre premier. Dispositions générales.....	9
Article premier. Champ d'application.....	9
Article 2. Définitions.....	9
Article 3. Interprétation.....	10
Article 4. Autonomie des parties et relativité des contrats.....	10
Article 5. Obligation d'information.....	10
Article 6. Informations supplémentaires dans un document transférable électronique.....	10
Article 7. Reconnaissance juridique d'un document transférable électronique.....	11
Chapitre II. Dispositions sur l'équivalence fonctionnelle.....	11
Article 8. Forme écrite.....	11
Article 9. Signature.....	11
Article 10. Documents ou instruments transférables....	11
Article 11. Contrôle.....	12
Chapitre III. Utilisation des documents transférables électroniques.....	12
Article 12. Norme générale de fiabilité.....	12
Article 13. Indication de la date et de l'heure ou du lieu dans les documents transférables électroniques....	13

Article 14.	Établissement	13
Article 15.	Endossement.....	14
Article 16.	Modification	14
Article 17.	Remplacement d'un document ou instrument transférable papier par un document transférable électronique.....	14
Article 18.	Remplacement d'un document transférable électronique par un document ou instrument transférable papier	14
Chapitre IV.	Reconnaissance transfrontière des documents transférables électroniques	15
Article 19.	Non-discrimination à l'égard des documents transférables électroniques étrangers	15
Note explicative relative à la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques		17
I.	Introduction	17
A.	Objet de la présente note explicative.....	17
B.	Objectifs	17
C.	Champ d'application.....	20
D.	Structure	20
E.	Historique.....	21
II.	Commentaire par article	25
Chapitre I.	Dispositions générales	25
Article premier.	Champ d'application.....	25
Article 2.	Définitions.....	29
Article 3.	Interprétation	30
Article 4.	Autonomie des parties et relativité des contrats.....	32
Article 5.	Obligation d'information.....	33
Article 6.	Informations supplémentaires dans un document transférable électronique	34

Article 7.	Reconnaissance juridique d'un document transférable électronique	35
Chapitre II.	Dispositions sur l'équivalence fonctionnelle	37
	Techniques d'incorporation des articles 8 et 9	37
Article 8.	Forme écrite	38
Article 9.	Signature	39
Article 10.	Documents ou instruments transférables	40
Article 11.	Contrôle	45
Chapitre III.	Utilisation des documents transférables électroniques	49
Article 12.	Norme générale de fiabilité	49
Article 13.	Indication de la date et de l'heure ou du lieu dans les documents transférables électroniques ...	53
Article 14.	Établissement	55
Article 15.	Endossement	56
Article 16.	Modification	57
Article 17.	Remplacement d'un document ou instrument transférable papier par un document transférable électronique	58
Article 18.	Remplacement d'un document transférable électronique par un document ou instrument transférable papier	60
Chapitre IV.	Reconnaissance transfrontière des documents transférables électroniques	62
Article 19.	Non-discrimination à l'égard des documents transférables électroniques étrangers	62
III.	Autres points pertinents	65
A.	Notion d'« original »	65
B.	Émission de plusieurs originaux	66
C.	Stockage et archivage	67
D.	Tiers prestataires de services	67

**Loi type de la CNUDCI sur
les documents transférables
électroniques**

Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 7 décembre 2017

[sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/72/458)]

72/114. Loi type sur les documents transférables électroniques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et donnant à celle-ci pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, et particulièrement ceux des pays en développement, en favorisant un large développement du commerce international,

Rappelant également sa résolution 60/21 du 23 novembre 2005, par laquelle elle a adopté la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et invité tous les États à envisager de devenir parties à la Convention, et ses résolutions 51/162 du 16 décembre 1996 et 56/80 du 12 décembre 2001, dans lesquelles elle a recommandé que tous les États prennent dûment en considération la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques de la Commission,

Consciente du fait que, si elles sont d'une utilité certaine pour les États en ce qu'elles permettent et facilitent le recours au commerce électronique dans les échanges internationaux, la Convention, la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques ne couvrent pas l'intégralité des questions découlant de l'utilisation de documents transférables électroniques dans le commerce international,

Considérant que les incertitudes quant à la valeur juridique des documents transférables électroniques constituent un obstacle au commerce international,

Convaincue que la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale du commerce électronique se trouveront renforcées par l'harmonisation de certaines règles applicables à la reconnaissance légale des documents transférables électroniques sur une base technologiquement neutre et conformément à l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle,

Rappelant qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission avait chargé le Groupe de travail IV (Commerce électronique) d'entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques¹,

Notant que le Groupe de travail a consacré 10 sessions, de 2011 à 2016, à ces travaux et que la Commission a examiné, à sa cinquantième session, en 2017, un projet de loi type sur les documents transférables électroniques élaboré par le Groupe de travail, ainsi que des observations sur ce projet reçues de gouvernements et d'organisations internationales invitées aux sessions du Groupe de travail²,

Convaincue qu'une loi type sur les documents transférables électroniques complétera utilement les textes existants de la Commission dans le domaine du commerce électronique en aidant de façon appréciable les États à renforcer la législation régissant le commerce électronique, notamment le recours aux documents transférables électroniques, ou à légiférer lorsqu'une telle législation n'existe pas,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté la Loi type sur les documents transférables électroniques³;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier la Loi type et une note explicative, y compris sous forme électronique, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, et de les diffuser largement auprès des gouvernements et des organismes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États de tenir compte de la Loi type lorsqu'ils modifieront leur législation régissant le commerce électronique ou en adopteront une, et invite les États qui auront utilisé la Loi type à en informer la Commission;

4. *Recommande également* aux États de continuer à envisager de devenir parties à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux⁴ et de tenir compte de la Loi type sur le commerce électronique⁵ et de la Loi type sur les signatures électroniques⁶ lorsqu'ils modifieront leur législation régissant le commerce électronique ou en adopteront une;

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), par. 238.

² Ibid., soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17), chap. III.

³ Ibid., annexe I.

⁴ Résolution 60/21, annexe.

⁵ Résolution 51/162, annexe.

⁶ Résolution 56/80, annexe.

5. *Appelle* les organismes des Nations Unies concernés et les autres organisations internationales et régionales intéressées à coordonner leurs activités juridiques dans le domaine du commerce électronique avec celles de la Commission, notamment au sujet de la facilitation du commerce sans papier, pour éviter les doubles emplois et faire en sorte que la modernisation et l'harmonisation des législations en matière de commerce électronique se fassent de manière efficiente, homogène et cohérente.

*67^e séance plénière
7 décembre 2017*

Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)

« La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966, qui porte création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international dans l'intérêt de tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement,

Consciente du fait que, si elles sont d'une utilité certaine pour les États en ce qu'elles permettent et facilitent la mise en œuvre du commerce électronique dans les échanges internationaux, la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005)¹, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)² et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)³ n'abordent pas ou abordent de manière insuffisante les questions découlant de l'utilisation de documents transférables électroniques dans le commerce international,

Considérant que les incertitudes quant à la valeur juridique des documents transférables électroniques constituent un obstacle au commerce international,

Convaincue que la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale du commerce électronique se trouveront renforcées par l'harmonisation de certaines règles applicables à la reconnaissance juridique des documents transférables électroniques sur une base technologiquement neutre et conformément à l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle,

¹Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

²Résolution 56/80 de l'Assemblée générale, annexe.

³Résolution 51/162 de l'Assemblée générale, annexe.

Rappelant qu'à sa quarante-quatrième session, en 2011, elle avait chargé le Groupe de travail IV (Commerce électronique) d'entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques⁴,

Ayant examiné, à sa cinquantième session, en 2017, un projet de loi type sur les documents transférables électroniques élaboré par le Groupe de travail⁵, ainsi que des observations sur ce projet reçues de gouvernements et d'organisations internationales invitées aux sessions du Groupe de travail⁶,

Notant que le projet de loi type élaboré par le Groupe de travail traite de l'utilisation de documents transférables électroniques équivalents à des documents ou instruments transférables papier, mais non de l'utilisation de documents transférables n'existant que sous forme électronique ou de documents ou instruments transférables pour lesquels le droit matériel est neutre quant au support,

Convaincue qu'une loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques complétera utilement les textes existants de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique en aidant de façon appréciable les États à renforcer l'encadrement législatif du recours aux documents transférables électroniques ou à légiférer en la matière lorsqu'ils n'ont encore aucune législation,

1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques, qui figure en annexe au rapport sur les travaux de sa cinquantième session ;

2. *Prie* le Secrétariat de mettre la dernière main à la note explicative qui accompagnera la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques, en tenant compte des délibérations tenues et des décisions prises à sa cinquantième session en ce qui concerne le projet de note explicative qui figure dans les documents A/CN.9/920 et A/CN.9/922 ;

3. *Prie* le Secrétaire général de publier la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques et sa note explicative, y compris sous forme électronique, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, et de les diffuser largement auprès des gouvernements et d'autres organismes intéressés ;

4. *Recommande* à tous les États de tenir compte de la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques lorsqu'ils modifieront leur législation en la matière ou en adopteront une, et invite les États qui utilisent la Loi type à l'en informer. »

1057^e séance
13 juillet 2017

⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), par. 238.

⁵ A/CN.9/920.

⁶ A/CN.9/921 et additifs.

Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

1. La présente Loi s'applique aux documents transférables électroniques.
2. Rien dans la présente Loi, en dehors de ce qui y est disposé, n'a d'incidence sur l'application à un document transférable électronique d'une règle de droit régissant les documents ou instruments transférables papier, y compris d'une règle de droit applicable à la protection des consommateurs.
3. La présente Loi ne s'applique pas aux titres, tels que les actions et les obligations, ni aux autres instruments d'investissement, ni [...]¹.

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi :

Le terme « *document électronique* » désigne l'information créée, communiquée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, y compris, au besoin, toute l'information logiquement associée ou autrement jointe au document de façon à en devenir partie, qu'elle soit créée simultanément ou non ;

Le terme « *document transférable électronique* » désigne un document électronique qui satisfait aux exigences de l'article 10 ;

¹L'État adoptant peut envisager d'insérer une référence : *a*) aux documents et instruments qui peuvent être considérés comme transférables, mais qui ne devraient pas relever du champ d'application de la Loi type ; *b*) aux documents et instruments qui entrent dans le champ d'application de la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 1930) et de la Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 1931) ; et *c*) aux documents transférables électroniques qui n'existent que sous forme électronique.

Le terme « *document ou instrument transférable papier* » désigne un document ou instrument émis sur papier qui donne au porteur le droit d'exiger l'exécution de l'obligation qui y est spécifiée et de transférer ce droit en transférant ledit document ou instrument.

Article 3. Interprétation

1. La présente Loi découle d'une loi type d'origine internationale. Pour son interprétation, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.
2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 4. Autonomie des parties et relativité des contrats

1. Les parties peuvent déroger aux dispositions suivantes de la présente Loi ou les modifier par convention : [...] ².
2. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Article 5. Obligation d'information

Aucune disposition de la présente Loi n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant une personne à communiquer son identité, son établissement ou toute autre information, ni n'exonère une personne des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes, incomplètes ou fausses à cet égard.

Article 6. Informations supplémentaires dans un document transférable électronique

Aucune disposition de la présente Loi n'empêche d'inclure dans un document transférable électronique des informations en sus de celles qui figurent dans un document ou instrument transférable papier.

²L'État adoptant pourra déterminer à quelles dispositions, le cas échéant, les parties pourront déroger ou lesquelles elles pourront modifier par convention.

Article 7. Reconnaissance juridique d'un document transférable électronique

1. Le document transférable électronique n'est pas privé de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'il se présente sous une forme électronique.
2. Aucune disposition de la présente Loi n'exige qu'une personne utilise un document transférable électronique sans son consentement.
3. Le consentement d'une personne à l'utilisation d'un document transférable électronique peut être déduit du comportement de celle-ci.

Chapitre II. Dispositions sur l'équivalence fonctionnelle

Article 8. Forme écrite

Lorsque la loi exige que des informations soient sous forme écrite, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, si l'information qui y figure est accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement.

Article 9. Signature

Lorsque la loi exige ou permet la signature d'une personne, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, si une méthode fiable est employée pour identifier cette personne et pour indiquer sa volonté concernant l'information figurant dans le document transférable électronique.

Article 10. Documents ou instruments transférables

1. Lorsque la loi exige l'utilisation d'un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document électronique :
 - a) Si ce dernier contient les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier; et

- b) Si une méthode fiable est employée :
- i) Pour identifier ce document électronique comme le document transférable électronique ;
 - ii) Pour faire en sorte que ce document électronique puisse faire l'objet d'un contrôle depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable ; et
 - iii) Pour préserver l'intégrité de ce document électronique.

2. L'intégrité du document électronique s'apprécie en déterminant si l'information figurant dans ce document, y compris toute modification autorisée susceptible d'intervenir depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable, est restée complète et inchangée, exception faite de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, du stockage et de l'affichage.

Article 11. Contrôle

1. Lorsque la loi exige ou permet la possession d'un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, si une méthode fiable est employée :

a) Pour établir le contrôle exclusif d'une personne sur ce document transférable électronique ; et

b) Pour identifier cette personne comme la personne qui en a le contrôle.

2. Lorsque la loi exige ou permet le transfert de la possession d'un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, par le transfert du contrôle exercé sur ce document.

Chapitre III. Utilisation des documents transférables électroniques

Article 12. Norme générale de fiabilité

Aux fins des articles 9, 10, 11, 13, 16, 17 et 18, la méthode visée doit :

a) Être suffisamment fiable pour remplir la fonction pour laquelle elle est utilisée, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, qui peuvent englober :

- i) Toute règle de fonctionnement pertinente pour l'évaluation de la fiabilité ;
- ii) L'assurance de l'intégrité des données ;
- iii) L'aptitude à empêcher l'accès non autorisé au système et son utilisation non autorisée ;
- iv) La sûreté du matériel et des logiciels ;
- v) La régularité et l'étendue des audits réalisés par un organisme indépendant ;
- vi) L'existence d'une déclaration faite par un organisme de contrôle, un organisme d'accréditation ou un programme volontaire concernant la fiabilité de la méthode ;
- vii) Toute norme sectorielle applicable ; ou

b) Avoir démontré dans les faits qu'elle a rempli cette fonction à elle seule ou en conjonction avec d'autres preuves.

Article 13. Indication de la date et de l'heure ou du lieu dans les documents transférables électroniques

Lorsque la loi exige ou permet que la date et l'heure ou le lieu soient indiqués pour un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, si une méthode fiable est employée pour y indiquer cette date et cette heure ou ce lieu.

Article 14. Établissement

1. Un lieu ne constitue pas un établissement du seul fait qu'il s'agit de l'endroit :

- a) Où se trouvent le matériel et la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une partie en relation avec des documents transférables électroniques ; ou
- b) Où d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information.

2. Le seul fait qu'une partie utilise une adresse électronique ou un autre élément d'un système d'information associé à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.

Article 15. Endossement

Lorsque la loi exige ou permet l'endossement sous quelque forme que ce soit d'un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, si les informations nécessaires à l'endossement y sont insérées et si elles sont conformes aux exigences énoncées aux articles 8 et 9.

Article 16. Modification

Lorsque la loi exige ou permet la modification d'un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document transférable électronique, si une méthode fiable est employée pour modifier les informations figurant dans ce document de façon à ce que les informations modifiées apparaissent en tant que telles.

Article 17. Remplacement d'un document ou instrument transférable papier par un document transférable électronique

1. Un document transférable électronique peut remplacer un document ou instrument transférable papier si une méthode fiable est employée aux fins du changement de support.
2. Pour que le changement de support prenne effet, une mention indiquant ce changement est insérée dans le document transférable électronique.
3. Une fois le document transférable électronique émis conformément aux paragraphes 1 et 2, le document ou instrument transférable papier est rendu inopérant et cesse de produire des effets ou d'être valable.
4. Le changement de support visé aux paragraphes 1 et 2 n'a pas d'incidence sur les droits et obligations des parties.

Article 18. Remplacement d'un document transférable électronique par un document ou instrument transférable papier

1. Un document ou instrument transférable papier peut remplacer un document transférable électronique si une méthode fiable est employée aux fins du changement de support.

2. Pour que le changement de support prenne effet, une mention indiquant ce changement est insérée dans le document ou instrument transférable papier.
3. Une fois le document ou instrument transférable papier émis conformément aux paragraphes 1 et 2, le document transférable électronique est rendu inopérant et cesse de produire des effets ou d'être valable.
4. Le changement de support visé aux paragraphes 1 et 2 n'a pas d'incidence sur les droits et obligations des parties.

Chapitre IV. Reconnaissance transfrontière des documents transférables électroniques

Article 19. Non-discrimination à l'égard des documents transférables électroniques étrangers

1. L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'un document transférable électronique ne sont pas déniés au seul motif que celui-ci a été émis ou utilisé à l'étranger.
2. Aucune disposition de la présente Loi n'a d'incidence sur l'application aux documents transférables électroniques de règles du droit international privé régissant les documents ou instruments transférables papier.

Note explicative relative à la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques

I. Introduction

A. Objet de la présente note explicative

1. En élaborant et adoptant la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques (ci-après la « Loi type »), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la « CNUDCI ») avait conscience du fait que, pour les États qui modernisent leur législation, la Loi type serait un outil plus efficace si des informations générales et des explications étaient fournies. La présente note explicative, qui se fonde sur les travaux préparatoires de la Loi type, est destinée aux législateurs, aux fournisseurs et utilisateurs de services liés à des documents transférables électroniques, ainsi qu'aux universitaires.

2. Lors de l'élaboration de la Loi type, on est parti du principe qu'elle s'accompagnerait d'un texte explicatif. Il a donc été décidé de traiter certaines questions dans ce texte plutôt que dans la Loi type elle-même, de manière à fournir des orientations aux États adoptant cette dernière. Ces informations pourraient aussi aider les États à déterminer les dispositions de la Loi type qu'il faudrait éventuellement modifier pour tenir compte de leurs conditions nationales particulières.

B. Objectifs

3. L'usage accru de moyens électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, en permettant notamment de multiples utilisations et l'analyse des données, renforce les relations commerciales et offre de nouveaux débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international. Toutefois, il faut être certain de la valeur juridique de l'utilisation de ces moyens électroniques. Pour apporter cette certitude, la CNUDCI

a élaboré un certain nombre de textes destinés à éliminer les obstacles à l'utilisation de moyens électroniques dans les activités commerciales, tels que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique¹, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques² et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (la « Convention sur les communications électroniques »)³. Comme ces textes ont été adoptés dans un grand nombre de pays, un droit uniforme du commerce électronique s'est effectivement mis en place.

4. Les documents et instruments transférables sont des outils commerciaux essentiels. Leur disponibilité sous forme électronique peut grandement contribuer à faciliter le commerce électronique à l'échelle internationale, car elle pourrait permettre une transmission plus rapide et sécurisée de ces outils, entre autres avantages. Les équivalents électroniques des documents et instruments transférables papier peuvent jouer un rôle particulièrement important dans certains domaines tels que les transports et la logistique, ainsi que la finance. Par ailleurs, l'introduction des documents transférables électroniques peut être l'occasion d'examiner les pratiques commerciales existantes et d'en introduire de nouvelles. De plus, la mise en place d'un environnement commercial entièrement dématérialisé nécessite l'utilisation de tels outils. En même temps, la dématérialisation des documents et instruments transférables peut poser des difficultés particulières, car la pratique a été jusqu'à présent de prendre diverses précautions associées au papier afin de limiter les risques liés à une duplication non autorisée de ces documents et instruments.

5. La CNUDCI s'est déjà penchée sur le thème des documents et instruments transférables sous forme électronique avant l'adoption de la Loi type. L'article 14-3 de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (les « Règles de Hambourg »)⁴ peut être interprété comme impliquant l'utilisation éventuelle de connaissements électroniques. Les articles 16 et 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique contiennent des règles concernant les actes relatifs aux contrats de transport de marchandises et aux documents de transport qui autorisent la dématérialisation, notamment, des documents incorporant une demande de livraison des marchandises⁵. La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les « Règles de Rotterdam »)⁶ consacre un

¹Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et *Guide pour son incorporation* (New York, 1999), publication des Nations Unies, numéro de vente : F.99.V.4.

²Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et *Guide pour son incorporation* (New York, 2002), publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.V.8.

³Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

⁴Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215, p. 3.

⁵Ces dispositions ont été incorporées dans des législations nationales. On ne dispose toutefois pas de détails concernant leur application dans la pratique commerciale.

⁶Résolution 63/122 de l'Assemblée générale, annexe.

chapitre aux documents électroniques de transport. En particulier, l'article 8 prévoit l'utilisation et l'effet des documents électroniques de transport, l'article 9 indique les procédures d'utilisation des documents électroniques de transport négociables et l'article 10 énonce des règles pour la substitution d'un document de transport négociable par un document électronique de transport négociable et vice versa. En outre, les Règles de Rotterdam définissent à la fois la notion de document électronique de transport (art. 1-18)⁷ et celle de document électronique de transport négociable (art. 1-19)⁸.

6. Contrairement à ces instruments, la Convention sur les communications électroniques exclut de son champ d'application les « lettres de change, [les] billets à ordre, [les] lettres de transport, [les] connaissements, [les] récépissés d'entrepôt [ou tout] document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent » (art. 22). Cette exclusion se fondait sur l'avis selon lequel, pour trouver une solution aux difficultés posées par les conséquences possibles d'une duplication non autorisée de ces documents et instruments, il fallait recourir à une combinaison de solutions juridiques, technologiques et commerciales, qui n'étaient pas encore entièrement au point et éprouvées⁹.

7. En 2011, lorsque la Commission a décidé de mener des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques, on s'est déclaré favorable à de tels travaux, car il a été estimé que la formulation de normes juridiques uniformes dans ce domaine pourrait être utile pour promouvoir d'une manière générale les communications électroniques dans le commerce international, mais aussi pour l'application des Règles de Rotterdam et dans d'autres secteurs de transport en particulier¹⁰. La CNUDCI a décidé d'élaborer une loi type pour permettre l'utilisation de documents transférables électroniques sur la base de leur équivalence fonctionnelle avec les documents ou instruments transférables papier, en s'appuyant sur les principes fondamentaux sous-tendant les textes qu'elle avait déjà élaborés dans le domaine du commerce électronique, à savoir la non-discrimination à l'égard de l'utilisation de communications électroniques, l'équivalence fonctionnelle et la neutralité technologique.

⁷Règles de Rotterdam, art. 1-18: « Le terme "document électronique de transport" désigne l'information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d'une communication électronique par un transporteur en vertu d'un contrat de transport, y compris l'information qui est logiquement associée au document sous la forme de données jointes ou y est autrement liée au moment de son émission par le transporteur ou ultérieurement de manière à en faire partie intégrante, qui: a) Constate la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu du contrat de transport; et b) Constate ou contient le contrat de transport. »

⁸Ibid., art. 1-19: « Le terme "document électronique de transport négociable" désigne un document électronique de transport: a) Qui indique, par une mention telle que "à ordre" ou "négociable", ou toute autre mention appropriée reconnue comme ayant le même effet par la loi applicable au document, que les marchandises ont été expédiées à l'ordre du chargeur ou du destinataire, et qui ne porte pas la mention "non négociable"; et b) Dont l'utilisation répond aux exigences de l'article 9, paragraphe 1. »

⁹*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17)*, par. 27.

¹⁰*Ibid., soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*, par. 235.

8. Il est essentiel, sur le plan pratique, de faciliter l'utilisation transfrontière des documents transférables électroniques. À cet égard, il convient de noter que les législations nationales antérieures à l'adoption de la Loi type et traitant de certains types de documents transférables électroniques n'abordaient pas cet aspect transfrontière. De plus, ces législations peuvent avoir adopté certains modèles et technologies spécifiques dont l'emploi risque de créer des obstacles supplémentaires à l'utilisation transfrontière des documents transférables électroniques. La Loi type entend faciliter cette utilisation en fournissant non seulement un texte uniforme et neutre susceptible d'être adopté par tous les pays, mais aussi une disposition portant spécifiquement sur les aspects transfrontières des documents transférables électroniques.

9. La CNUDCI entend continuer de suivre l'évolution des aspects technique, juridique et commercial qui sous-tendent la Loi type. Elle pourra, si elle le juge approprié, décider d'y ajouter de nouvelles dispositions ou de modifier les dispositions existantes.

C. Champ d'application

10. La Loi type s'applique aux documents transférables électroniques qui sont des équivalents fonctionnels de documents ou instruments transférables papier. Le terme « document ou instrument transférable papier » désigne un document ou instrument émis sur papier qui donne au porteur le droit d'exiger l'exécution de l'obligation qui y est spécifiée, et dont le transfert permet de transférer ce droit. La législation de chaque État déterminera les documents ou instruments qui sont transférables. La Loi type ne s'applique pas aux documents transférables électroniques qui n'existent que sous forme électronique, car ceux-ci ne nécessitent pas d'équivalent fonctionnel pour opérer dans un environnement électronique. Elle n'a pas d'incidence sur le droit matériel neutre quant au support applicable aux documents transférables électroniques.

11. La Loi type n'entend pas affecter de quelque manière que ce soit la législation existante applicable aux documents ou instruments transférables papier, qui est désignée par le terme « droit matériel » et comprend les règles de droit international privé.

D. Structure

12. La Loi type est divisée en quatre chapitres. Le premier contient des dispositions générales concernant le champ d'application de la Loi type et certains principes généraux. Le deuxième traite de l'équivalence fonctionnelle, le troisième de l'utilisation des documents transférables électroniques et le quatrième de la reconnaissance transfrontière de ces documents.

E. Historique

13. C'est à la vingt-septième session de la Commission, en 1994¹¹, qu'a été évoquée pour la première fois la possibilité pour la CNUDCI d'entreprendre des travaux sur la négociabilité et la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement électronique. Cette question a été par la suite examinée à diverses sessions de la Commission et de ses groupes de travail, en particulier dans le cadre du commerce électronique et du droit des transports¹². Dans ce cadre, deux documents l'ont traitée du point de vue de ses aspects de droit matériel :

a) Le document A/CN.9/WG.IV/WP.69 portait sur les connaissements et autres documents de transport maritime dans un environnement papier et dans un environnement électronique. En particulier, il donnait un aperçu des initiatives prises pour traiter des questions liées aux connaissements dans un environnement électronique et présentait des dispositions législatives types qui ont finalement été adoptées en tant qu'articles 16 et 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ce document contenait par ailleurs une analyse préliminaire des conditions d'établissement de l'équivalence fonctionnelle des connaissements électroniques et des connaissements papier. À cet égard, il posait une question essentielle, à savoir la possibilité d'établir avec certitude l'identité du porteur du connaissement, qui aurait le droit de demander la livraison des marchandises. Cette question a mis en évidence la nécessité de garantir l'unicité du document électronique qui établit le droit de propriété des marchandises¹³; et

b) Le document A/CN.9/WG.IV/WP.90 examinait d'une manière générale les questions juridiques liées au transfert de droits sur des biens corporels et d'autres droits. Il décrivait en les comparant les méthodes utilisées pour le transfert de droits réels sur des biens corporels et pour la perfection des sûretés, et évoquait les difficultés que posait leur transposition dans un environnement électronique. Il faisait le point sur les efforts en cours pour assurer le transfert de droits sur des biens corporels par des moyens électroniques. Concernant les documents formant titre et les titres négociables, le document soulignait qu'il était souhaitable qu'il existe un moyen de pouvoir s'assurer le contrôle du document transférable électronique, qui serait équivalent à une possession matérielle, et proposait de mettre au point un système de registres associé à un procédé technique suffisamment sûr pour aider à résoudre les questions liées à l'unicité et à l'authenticité du document électronique¹⁴.

14. À ses quarante et unième et quarante-deuxième sessions, en 2008 et 2009 respectivement, la Commission a reçu des propositions d'États concernant les

¹¹Ibid., quarante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/49/17), par. 201.

¹²Ibid., cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17), par. 291 à 293. Voir aussi A/CN.9/484, par. 87 à 93. Pour un historique des sessions précédentes, voir A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 1 à 4.

¹³A/CN.9/WG.IV/WP.69, par. 92.

¹⁴A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 35 à 37.

travaux qui pourraient être menés dans le domaine des documents transférables électronique¹⁵. À l'issue de travaux préparatoires¹⁶, elle a chargé le Groupe de travail IV d'entreprendre des travaux dans ce domaine¹⁷.

15. Le Groupe de travail a travaillé dans ce domaine de ses quarante-cinquième (Vienne, 10-14 octobre 2011) à cinquante-quatrième (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2016) sessions¹⁸. À sa quarante-septième session (New York, 13-17 mai 2013), il est généralement convenu que ses travaux devraient être guidés par les principes de l'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique et ne devraient pas traiter de questions régies par le droit matériel¹⁹. À sa cinquantième session (Vienne, 10-14 novembre 2014), il est convenu de procéder à l'élaboration d'un projet de loi type sur les documents transférables électroniques²⁰, en donnant la priorité à l'élaboration de dispositions sur les équivalents électroniques des documents ou instruments transférables papier²¹. À sa cinquante-quatrième session (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2016), le Groupe de travail a achevé ses travaux d'élaboration d'un projet de loi type sur les documents transférables électroniques et d'un texte explicatif. Il a autorisé la distribution du texte a) aux gouvernements et aux organisations internationales invitées à ses sessions, pour observations, et b) à la Commission pour qu'elle l'examine à sa cinquantième session, en 2017, avec les observations qui pourraient être formulées par les gouvernements et les organisations internationales²².

16. De ses quarante-cinquième à quarante-neuvième sessions (2012 à 2016), la Commission a examiné les rapports d'activité du Groupe de travail, en confirmant son mandat et en approuvant sa décision d'élaborer une loi type accompagnée d'un texte explicatif²³. À sa quarante-neuvième session, en 2016, elle a noté que le projet de loi type en cours d'élaboration par le Groupe de travail mettait l'accent sur les aspects nationaux de l'utilisation des documents transférables électroniques équivalents aux documents ou instruments transférables papier, et que les aspects internationaux d'une telle utilisation, ainsi que l'utilisation de documents transférables n'existant que sous forme électronique, seraient examinés ultérieurement²⁴.

¹⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/63/17, Corr.1 et 2), par. 335; et *ibid.*, soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17), par. 338.

¹⁶ *Ibid.*, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17), par. 245 à 247 et 250; et *ibid.*, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), par. 232 à 235.

¹⁷ *Ibid.*, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17), par. 238.

¹⁸ En ce qui concerne les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ces sessions, voir A/CN.9/737, A/CN.9/761, A/CN.9/768, A/CN.9/797, A/CN.9/804, A/CN.9/828, A/CN.9/834, A/CN.9/863, A/CN.9/869 et A/CN.9/897.

¹⁹ A/CN.9/768, par. 14.

²⁰ A/CN.9/828, par. 23.

²¹ A/CN.9/828, par. 30.

²² A/CN.9/897, par. 20.

²³ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17 (A/67/17), par. 90; *ibid.*, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17), par. 230; *ibid.*, soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17), par. 149; *ibid.*, soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17), par. 231; et *ibid.*, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17), par. 226.

²⁴ *Ibid.*, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17), par. 226.

17. À sa cinquantième session, en 2017, la Commission était saisie : *a*) du rapport du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (Vienne, 31 octobre-4 novembre 2016)²⁵ ; *b*) d'un projet de loi type sur les documents transférables électroniques et de notes explicatives²⁶ ; *c*) d'une compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de loi type et les notes explicatives²⁷ ; et *d*) d'une note du Secrétariat contenant des propositions de modifications du projet de notes explicatives et d'autres questions à examiner par la Commission²⁸. À l'issue de ses délibérations, la Commission a adopté la Loi type²⁹ et approuvé la Note explicative³⁰.

²⁵A/CN.9/897.

²⁶A/CN.9/920.

²⁷A/CN.9/921 et Add.1 à 3.

²⁸A/CN.9/922.

²⁹*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17), annexe I.*

³⁰*Ibid.*, chapitre III, section A.

II. Commentaire par article

Chapitre I. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

Paragraphe 1

18. La Loi type prévoit des règles générales qui peuvent s'appliquer à divers types de documents transférables électroniques conformément au principe de neutralité technologique et à une approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle. Le principe de neutralité technologique implique l'adoption d'une démarche neutre vis-à-vis du système, ce qui permet l'utilisation de différents modèles qui peuvent être fondés sur un registre, des jetons, un registre distribué ou une autre technologie.

19. Le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur les communications électroniques a fourni un point de départ pour définir le champ d'application de la Loi type. Selon cette disposition, la Convention sur les communications électroniques ne s'applique pas « aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent ». Cette exclusion s'explique par le fait qu'au moment de l'adoption de la Convention, pour régler le problème [du traitement juridique des documents transférables électroniques], « il fallait recourir à une combinaison de solutions juridiques, technologiques et commerciales, qui n'étaient pas encore entièrement au point et éprouvées »³¹.

20. La Loi type met l'accent sur la transférabilité du document et non sur sa négociabilité, étant entendu que celle-ci est liée aux droits sous-jacents du porteur de l'instrument, qui relèvent du droit matériel.

21. Certains documents ou instruments, qui sont généralement transférables, mais dont la transférabilité est limitée en application d'autres accords, n'entrent pas

³¹Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005), *Note explicative*, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.07.V.2, par. 81.

dans la définition du « document ou instrument transférable papier » énoncée dans la Loi type (voir ci-après, par. 36 et 37). En conséquence, celle-ci ne s'appliquerait pas à eux. Toutefois, cette conclusion ne saurait être interprétée comme empêchant l'émission de ces documents ou instruments dans un système de gestion des documents transférables électroniques, car une telle interdiction entraînerait vraisemblablement une multiplication inutile des systèmes et une augmentation des coûts.

Paragraphe 2

22. Le paragraphe 2 énonce le principe général selon lequel la Loi type n'a pas d'incidence sur le droit matériel, y compris les règles de droit international privé, applicable aux documents ou instruments transférables papier. En conséquence, le même droit matériel s'applique à un document ou instrument transférable papier et à un document transférable électronique qui comprend les mêmes informations que ce document ou instrument transférable papier. Ce principe général s'applique à chaque étape du cycle de vie d'un document transférable électronique.

23. Il découle de la règle énoncée au paragraphe 2 que la Loi type n'a pas vocation à être utilisée pour créer des documents transférables électroniques qui n'ont pas de document ou instrument transférable papier équivalent. Le fait d'autoriser une telle création par le biais de l'autonomie des parties serait contraire au principe du *numerus clausus* des documents ou instruments transférables papier, lorsque ce principe est applicable (voir par. 51 ci-après).

24. Pendant l'élaboration de la Loi type, la CNUDCI est convenue que certaines questions relatives aux documents transférables électroniques ne nécessitaient pas de disposition particulière, dans la mesure où elles relevaient du droit matériel. Il s'agit notamment des exigences et des effets juridiques relatifs à :

- a) La définition de l'« exécution d'une obligation » ;
- b) L'émission d'un document transférable électronique au porteur ;
- c) La modification des modalités de transmission d'un document transférable électronique émis au porteur converti en document transférable électronique établi à l'ordre d'une personne déterminée et le cas contraire (« endossement en blanc ») ;
- d) La réémission d'un document transférable électronique (voir aussi ci-après, par. 168 et 172) ;
- e) La division et le regroupement de documents transférables électroniques ; et

f) L'utilisation d'un document transférable électronique, y compris comme garantie aux fins de la constitution de sûretés (voir ci-après, par. 26 et 108).

25. La référence expresse faite au droit de la protection des consommateurs vise à souligner l'interaction entre ce droit et la Loi type et illustre le principe général selon lequel la Loi type n'a pas d'incidence sur le droit matériel applicable aux documents ou instruments transférables papier.

Paragraphe 3

26. Le paragraphe 3 précise que la Loi type ne s'applique pas aux instruments d'investissement. Le point de savoir, de manière générale, quels instruments doivent être considérés comme des titres est une question de droit matériel. Le terme « instruments d'investissement » est interprété de façon à inclure les instruments dérivés, les instruments du marché monétaire et tout autre produit financier disponible pour l'investissement. Le mot « titres » ne renvoie pas à l'utilisation de documents transférables électroniques comme garanties et en conséquence la Loi type n'empêche pas d'utiliser ces documents aux fins de la constitution de sûretés.

27. L'objet du paragraphe 3 est de permettre l'exclusion de certains documents ou instruments du champ d'application de la Loi type. À cette fin, il comprend une liste ouverte d'exclusions qui permet d'appliquer la Loi type en fonction des besoins de chaque État adoptant, ce qui est gage à la fois de souplesse et de clarté en ce qui concerne le champ d'application de la Loi type.

28. La note de bas de page relative au paragraphe 3 présente trois types possibles d'exclusions et n'empêche pas les États adoptants d'ajouter d'autres types d'exclusions en fonction de leurs besoins :

a) Certains instruments ou documents, tels que les lettres de crédit, qui peuvent être considérés comme des documents ou instruments transférables dans certains pays, mais pas dans d'autres. À cet égard, il convient de noter l'absence d'uniformité des législations nationales pour ce qui est de définir les documents ou instruments transférables ;

b) Les documents ou instruments entrant dans le champ d'application de la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 1930) et de la Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 1931) (les « Conventions de Genève »), afin d'éviter d'éventuels conflits entre lesdites Conventions et la Loi type, que ces Conventions soient ou non en vigueur dans l'État adoptant la Loi type (voir ci-après, par. 30 à 33) ;

c) Les documents transférables électroniques qui n'existent que dans un environnement électronique. Une telle exclusion pourrait être utile dans les pays qui autorisent l'utilisation à la fois des documents transférables électroniques qui

sont des équivalents fonctionnels de documents ou instruments transférables papier et des documents transférables électroniques qui n'existent que dans un environnement électronique. À cet égard, il convient de noter qu'il a été décidé de ne pas insérer dans la Loi type une disposition qui autorisait l'application à titre résiduel de la Loi type à des documents transférables électroniques qui n'existent que dans un environnement électronique, visant à ce qu'en cas de conflit, la Loi type ne prévale pas sur le droit applicable aux documents de ce type. Cette décision a été prise pour tenir compte des inquiétudes exprimées quant à la relation entre les principes généraux qui sous-tendent la Loi type et ceux qui sous-tendent des lois de nature différente.

29. La liste d'exclusions possibles énoncée dans la note de bas de page relative au paragraphe 3 est purement indicative. Parmi les autres objets susceptibles d'être exclus du champ d'application de la Loi type figurent les documents de transport et les documents électroniques de transport qui entrent dans le champ d'application des Règles de Rotterdam.

Les Conventions de Genève

30. Pendant l'élaboration de la Loi type, différentes vues ont été exprimées au sujet de l'interaction entre celle-ci et les Conventions de Genève.

31. Selon l'une des vues exprimées, le formalisme était un principe fondamental des Conventions de Genève qui interdisait l'utilisation de moyens électroniques et, en conséquence, les instruments relevant du champ d'application de ces Conventions devraient toujours être exclus du champ d'application de la Loi type. Afin de tenir compte de ce point de vue, la Loi type permet l'exclusion des documents ou instruments qui relèvent du champ d'application des Conventions de Genève (voir ci-avant, par. 28 b).

32. Les pays qui partagent ce point de vue et souhaitent permettre l'utilisation des versions électroniques de documents ou instruments relevant du champ d'application des Conventions de Genève peuvent envisager de créer des documents transférables électroniques qui n'existent que dans un environnement électronique. Légalement, ceux-ci ne constitueront pas des documents et instruments relevant du champ d'application des Conventions de Genève, ni n'entreront dans le champ d'application de la Loi type.

33. Selon un autre avis, le champ d'application de la Loi type devait englober les instruments relevant des Conventions de Genève, étant entendu que la Loi type visait, de manière générale, à surmonter les obstacles à l'utilisation de moyens électroniques qui découlent des conditions de forme relatives à l'utilisation de documents ou instruments transférables papier.

Références

A/CN.9/761, paragraphes 18 à 25, 28 à 30; A/CN.9/768, paragraphes 17 à 24; A/CN.9/797, paragraphes 16 à 20, 27 et 28, 65, 109 à 112; A/CN.9/828, paragraphes 24 à 30, 81 à 84; A/CN.9/834, paragraphes 72 et 73; A/CN.9/863, paragraphes 17 à 22; A/CN.9/869, paragraphes 19 à 23.

Article 2. Définitions

34. La définition du terme « document électronique » se fonde sur celle du « message de données » énoncée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et la Convention sur les communications électroniques, et vise à préciser que les documents électroniques peuvent, mais ne doivent pas, comprendre un ensemble d'informations diverses. Elle souligne le fait que des informations peuvent être associées au document transférable électronique au moment de l'émission ou n'importe quand avant ou après ce moment (par exemple, information relative à l'endossement). En particulier, la création de métadonnées ne suit pas nécessairement celle du document, mais peut également la précéder. La nature composite d'un document transférable électronique est particulièrement importante en ce qui concerne la notion d'« intégrité » visée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Loi type.

35. En outre, la définition du terme « document électronique » ménage la possibilité que, dans certains systèmes de gestion des documents transférables électroniques, des éléments de données, pris ensemble, fournissent les informations qui constituent le document transférable électronique, sans qu'un document distinct ne constitue à lui seul le document transférable électronique. Le mot « logiquement » renvoie à la logique informatique et non à la logique humaine.

36. La Loi type contient une définition du terme « document transférable électronique ». On trouvera des commentaires relatifs à cette définition aux paragraphes 86 à 88 ci-après.

37. La définition du terme « document ou instrument transférable papier » met l'accent sur les fonctions essentielles que sont la transférabilité et la mise en œuvre du droit à l'exécution. Elle n'entend pas remettre en question le principe selon lequel c'est le droit matériel qui devrait déterminer les droits du détenteur.

38. Le droit matériel applicable devrait déterminer quels documents ou instruments sont transférables dans les différents pays. Une liste indicative de documents ou instruments transférables, inspirée du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur les communications électroniques, comprend les éléments suivants : lettres

de change, chèques, billets à ordre, lettres de transport, connaissements, récépissés d'entrepôt, certificats d'assurance³² et connaissements aériens.

39. Comme indiqué dans la définition du terme « document ou instrument transférable papier », les mots « document ou instrument transférable » désignent un document ou instrument transférable émis sur papier (par opposition à un document transférable électronique) dans les versions anglaise, arabe, chinoise et russe de la Loi type. Par souci de clarté linguistique, le mot « papier » est accolé aux mots « document ou instrument transférable » dans les versions espagnole et française de la Loi type.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 25 à 34 ; A/CN.9/797, paragraphes 21 à 28 et 43 à 45 ; A/CN.9/828, paragraphe 31 ; A/CN.9/834, paragraphes 25 et 26, 95 à 98 et 100 ; A/CN.9/863, paragraphes 88 à 102 ; A/CN.9/869, paragraphes 24 à 27.

Article 3. Interprétation

Origine internationale et promotion d'une interprétation uniforme

40. L'article 3 vise à appeler l'attention des tribunaux et autres autorités sur le fait que les textes nationaux incorporant la Loi type devraient être interprétés en tenant compte de leur origine internationale et de la nécessité d'en promouvoir une interprétation uniforme à la lumière de cette origine. L'uniformité de l'interprétation des textes de la CNUDCI est un élément déterminant pour garantir la prévisibilité du droit applicable aux transactions commerciales transfrontières.

³²La mention des certificats d'assurance ne doit pas être interprétée comme faisant référence à divers types de certificats et autres documents dont la délivrance est exigée par certains traités conclus par l'Organisation maritime internationale (OMI). Ces documents ne sont pas des « documents ou instruments transférables papier » au sens de l'article 2 de la Loi type et, par conséquent, celle-ci ne s'appliquerait pas. En particulier, les « certificats d'assurance » délivrés pour satisfaire aux obligations prévues dans certains traités de l'OMI n'entrent pas dans la définition des « documents ou instruments transférables papier ». Ainsi, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de 1992, la Convention internationale de Nairobi sur l'enlèvement des épaves de 2007 et d'autres conventions sur la responsabilité civile imposent aux propriétaires de navires de souscrire des assurances couvrant la responsabilité civile et au gouvernement de l'État du pavillon de délivrer un certificat confirmant que l'assurance est bien en cours de validité. Ce certificat, souvent connu dans l'industrie maritime sous l'appellation « carte bleue », est délivré sur confirmation de l'existence de la police d'assurance. L'assurance sous-jacente peut être considérée comme « transférable », mais le certificat lui-même est un document administratif qui confirme que l'autorité administrative compétente a vérifié l'existence de la police d'assurance.

41. Un libellé similaire figure dans plusieurs textes de la CNUDCI, notamment à l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et à l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, et a été employé pour la première fois à l'article 7 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)³³. Le membre de phrase « La présente Loi découle d'une loi type d'origine internationale » souligne que la loi en question constitue une incorporation d'une loi type d'origine internationale. Il ne figure pas dans les textes antérieurs de la CNUDCI.

42. Contrairement à d'autres dispositions figurant dans des textes de la CNUDCI et traitant de leur origine internationale et de l'uniformité de leur interprétation, l'article 3 ne renvoie pas à la notion de bonne foi. Cela s'explique par le fait que le principe de bonne foi revêt une signification particulière en ce qui concerne les documents ou instruments transférables, distincte du principe général de bonne foi en droit commercial international. Le principe de bonne foi en tant que principe général du droit international pourrait être inclus dans les principes généraux qui sous-tendent la Loi type.

Principes généraux

43. La notion de « principes généraux » apparaît dans plusieurs textes de la CNUDCI. L'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) (« CVIM »)³⁴ est la disposition comprenant cette notion qui a été la plus interprétée dans la jurisprudence³⁵.

44. Les principes généraux du droit qui régit les communications électroniques, à savoir les principes de non-discrimination à l'encontre des communications électroniques, de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, qui ont déjà été recensés et mentionnés dans d'autres textes de la CNUDCI, sont les principes fondamentaux qui sous-tendent la Loi type.

45. La teneur et le fonctionnement précis de la notion de principes généraux visée au paragraphe 2 pourront se dégager progressivement, à mesure que se développeront l'utilisation, l'application et l'interprétation de la Loi type (pour le principe de bonne foi, voir par. 42 ci-avant). Cette approche progressive sera gage de souplesse dans l'interprétation de la Loi type, ce qui pourrait être utile pour garantir que celle-ci pourra s'adapter à l'évolution des pratiques commerciales et des besoins des entreprises.

³³Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119, p. 3.

³⁴Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3.

³⁵Voir le *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (2016 et mises à jour ultérieures), art. 7.

Références

A/CN.9/768, paragraphe 35; A/CN.9/797, paragraphe 29; A/CN.9/869, paragraphes 28 à 31.

Article 4. Autonomie des parties et relativité des contrats

46. L'autonomie des parties est un principe fondamental du droit commercial et des textes de la CNUDCI, qui vise à promouvoir le commerce international ainsi que l'innovation technologique et l'apparition de nouvelles pratiques commerciales. En outre, l'autonomie des parties peut offrir la souplesse voulue dans l'application de la Loi type.

47. Toutefois, les textes de la CNUDCI relatifs au commerce électronique prévoient certaines limites à l'autonomie des parties afin d'éviter les conflits avec des règles d'application impérative, telles que celles relatives à l'ordre public.

48. En particulier, l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique autorise la modification, par convention, des dispositions sur les communications électroniques, mais limite la modification par convention des règles d'équivalence fonctionnelle, également pour éviter que l'on puisse se soustraire aux exigences de forme d'application impérative. Par ailleurs, l'autonomie des parties ne saurait avoir d'incidence sur les droits et obligations des tiers³⁶.

49. De plus, l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques indique que les parties peuvent déroger par convention à toutes les dispositions de cette Loi type, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable, c'est-à-dire qu'elle aurait des incidences sur des règles d'application impérative telles que celles relatives à l'ordre public³⁷. Une solution analogue a été adoptée à l'article 3 de la Convention sur les communications électroniques³⁸.

50. De même, la Loi type reconnaît l'autonomie des parties dans les limites du droit impératif et pour autant que cette autonomie n'ait pas d'incidence sur les droits et obligations des tiers. Elle n'indique pas à quelles dispositions les parties pourront déroger ou lesquelles elles pourront modifier par convention, laissant aux États adoptants le soin de le décider. À cet égard, on tiendra peut-être compte du fait que les différences dans les textes incorporant la Loi type risquent d'en compromettre sensiblement l'uniformité. Dans ce contexte, il faudra que les États

³⁶ *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 44 et 45.

³⁷ *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, par. 111 à 114.

³⁸ Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 85.

adoptants étudient attentivement la possibilité de permettre qu'il soit dérogé aux principes fondamentaux sous-tendant la Loi type (voir par. 44 ci-avant) et, en particulier, aux règles d'équivalence fonctionnelle, ainsi que les conséquences d'une telle dérogation.

51. Certains pays, notamment ceux de tradition romaine, reconnaissent le principe du *numerus clausus* des documents ou instruments transférables papier. La Loi type ne vise pas à offrir des moyens de se soustraire à ce principe par convention, conformément au principe général selon lequel elle n'a pas d'incidence sur les dispositions de droit matériel. Parallèlement, et selon le même principe général, la Loi type ne limite d'aucune manière la capacité des parties de déroger au droit matériel ou de le modifier.

52. En conséquence, une analyse minutieuse sera nécessaire pour déterminer à quelles dispositions de la Loi type il pourra être dérogé ou lesquelles pourront être modifiées par les parties. La Loi type laisse à l'État adoptant le soin d'effectuer cette analyse, de façon à tenir compte des différences entre les systèmes juridiques. À cette fin, le paragraphe 1 comprend des crochets, dans lesquels l'État adoptant pourra indiquer les dispositions auxquelles il pourra être dérogé ou qui pourront être modifiées (voir aussi ci-dessous, par. 138).

Références

A/72/17, paragraphe 83; A/CN.9/768, paragraphes 36 et 37; A/CN.9/797, paragraphes 30 à 32 et 113; A/CN.9/869, paragraphes 32 à 44.

Article 5. Obligation d'information

53. L'article 5, inspiré de l'article 7 de la Convention sur les communications électroniques³⁹, souligne la nécessité de se conformer aux obligations d'information qui peuvent être prévues dans d'autres textes de loi. Ces obligations concernent, par exemple, les informations à communiquer en application du droit de la protection des consommateurs et pour prévenir le blanchiment d'argent et d'autres activités criminelles.

54. L'obligation de se conformer à cette obligation d'information découle du principe énoncé au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type, selon lequel celle-ci n'a pas d'incidence sur le droit matériel. Le renvoi à d'autres textes de loi qui prévoient des obligations d'information offre la souplesse voulue, ces

³⁹Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 122 à 128.

obligations étant vraisemblablement amenées à évoluer au fil du temps. L'article 5 ne traite pas des conséquences juridiques d'une violation des obligations d'information, que l'on trouve, comme l'obligation d'information elle-même, dans d'autres textes de loi.

55. L'article 5 n'interdit pas l'émission d'un document transférable électronique au porteur lorsque le droit matériel le permet. À cet égard, il convient de noter qu'un système de gestion des documents transférables électroniques peut permettre l'identification de la personne ayant le contrôle d'un document transférable électronique à des fins réglementaires (par exemple, pour la lutte contre le blanchiment d'argent), mais pas à des fins de droit commercial (par exemple, pour une action récursoire).

Références

A/CN.9/768, paragraphe 38; A/CN.9/797, paragraphe 33; A/CN.9/869, paragraphes 45 à 47.

Article 6. Informations supplémentaires dans un document transférable électronique

56. Selon l'article 10-1 a de la Loi type, en règle générale, un document transférable électronique devrait contenir les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier (voir ci-après, par. 89 à 93; voir également par. 164 et 179 ci-après). S'agissant de l'émission et de l'utilisation d'un document transférable électronique, la Loi type n'exige pas l'ajout d'informations autres que celles figurant dans un document ou instrument transférable papier. Le fait d'exiger un tel ajout créerait en effet une exigence juridique qui n'existe pas dans le cadre de l'émission et de l'utilisation de documents ou instruments transférables papier, et pourrait donc constituer une discrimination à l'encontre des moyens électroniques.

57. Outre cette règle générale, l'article 6 précise que le document transférable électronique peut comporter certaines informations en sus de celles qui figurent dans le document ou instrument transférable papier, sans que cela soit obligatoire. Autrement dit, si la Loi type n'impose aucune exigence en matière d'informations supplémentaires pour les documents transférables électroniques, elle n'empêche pas non plus l'ajout à ces documents d'informations supplémentaires qui n'apparaîtraient pas dans un document ou instrument transférable papier, en raison de la différence de nature des deux supports.

58. Ces informations supplémentaires incluent notamment les renseignements nécessaires pour des raisons techniques, tels que les métadonnées ou un identifiant unique. Il peut également s'agir d'informations dynamiques, c'est-à-dire provenant d'une source externe et susceptibles de changer régulièrement ou en permanence, qui peuvent être indiquées dans un document transférable électronique en raison de sa nature, mais pas dans un document ou instrument transférable papier. On citera, par exemple, le prix d'un produit coté en bourse ou la position d'un navire. Toutefois, le paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type interdit l'ajout dans un document transférable électronique d'informations supplémentaires non autorisées par le droit matériel.

Références

A/CN.9/761, paragraphe 32; A/CN.9/768, paragraphe 66; A/CN.9/797, paragraphes 70 à 73; A/CN.9/869, paragraphes 101 et 102.

Article 7. Reconnaissance juridique d'un document transférable électronique

Paragraphe 1

59. Le paragraphe 1 réaffirme le principe général de non-discrimination à l'encontre de l'utilisation de moyens électroniques qui est énoncé à l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁴⁰ et au paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention sur les communications électroniques⁴¹.

60. En indiquant qu'un document « n'est pas privé de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'il se présente sous une forme électronique », le paragraphe 1 ne fait qu'indiquer que la forme sous laquelle un document transférable électronique se présente ou est conservé ne peut être utilisée comme seul motif pour priver ce document de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire. Toutefois, cette disposition ne devrait pas être interprétée, à tort, comme établissant la validité juridique d'un document transférable électronique ou de toute information qu'il contient.

⁴⁰ *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 46.

⁴¹ Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 129.

Paragraphe 2 et 3

61. Les paragraphes 2 et 3 sont inspirés du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur les communications électroniques⁴².

62. Le paragraphe 2 précise que la reconnaissance juridique de documents transférables électroniques n'implique pas une obligation de les utiliser ou de les accepter. Toutefois, cela n'empêche pas les États adoptants de rendre l'utilisation de ces documents obligatoire, au moins en ce qui concerne certaines catégories d'utilisateurs et certains types de documents et instruments transférables, compte tenu des objectifs politiques qu'ils poursuivent.

63. L'exigence du consentement à l'utilisation d'un document transférable électronique est d'ordre général et s'applique dans tous les cas où un tel document est utilisé conformément à la Loi type, et à toutes les parties participant au cycle de vie du document. En conséquence, d'autres dispositions de la Loi type ne font pas expressément référence au consentement.

64. Il n'est pas nécessaire que le consentement à l'utilisation d'un document transférable électronique soit donné expressément ni sous une forme particulière, et celui-ci peut se déduire de toutes circonstances, notamment du comportement des parties. Si la certitude absolue peut être acquise en obtenant un consentement exprès avant d'utiliser un document transférable électronique, un tel consentement ne saurait être exigé, car il constituerait un obstacle déraisonnable à l'utilisation des moyens électroniques.

65. Certains systèmes utilisés pour gérer les documents transférables électroniques, comme ceux fondés sur un registre, peuvent exiger l'acceptation de leurs règles avant d'autoriser l'accès au système. Ces règles peuvent comprendre ou impliquer le consentement à l'utilisation de documents transférables électroniques.

66. Dans les systèmes dépourvus d'opérateur central, comme certains systèmes fondés sur des jetons ou un registre distribué, le consentement à l'utilisation de documents transférables électroniques peut être implicite et se déduire de circonstances telles que l'exercice du contrôle sur le document ou l'exécution de l'obligation prévue dans le document en question.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 39, 57 et 58; A/CN.9/797, paragraphes 34 et 35, 62 et 63; A/CN.9/804, paragraphe 17; A/CN.9/869, paragraphes 93 et 94.

⁴²Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 131 et 132.

Chapitre II. Dispositions sur l'équivalence fonctionnelle

67. Toute référence à une obligation juridique figurant dans les dispositions de la Loi type qui énoncent des règles d'équivalence fonctionnelle renvoie aux conséquences du non-respect de cette obligation, ce qui rend inutile toute mention expresse de ces conséquences. Ainsi, la formule « lorsque la loi exige » n'est pas suivie des mots « ou prévoit des conséquences » dans la Loi type.

Référence

A/CN.9/834, paragraphes 43 et 46.

Techniques d'incorporation des articles 8 et 9

68. L'application des textes de la CNUDCI relatifs au commerce électronique s'appuie obligatoirement sur des dispositions énonçant les conditions de l'équivalence fonctionnelle des notions d'« écrit » et de « signature » dans un environnement électronique. Si l'incorporation de la Loi type exige l'existence de telles normes d'équivalence fonctionnelle, leur mise en place peut s'effectuer en recourant à différentes techniques.

69. Une loi sur les opérations électroniques contiendra vraisemblablement des dispositions relatives à l'équivalence fonctionnelle, qui seront peut-être fondées sur les textes uniformes de la CNUDCI. Les règles générales de l'équivalence fonctionnelle entre les formes électronique et écrite énoncées dans la législation sur les opérations électroniques s'appliquent à tous les documents électroniques qui ne sont pas transférables.

70. Si la Loi type est adoptée par consolidation avec un texte incorporant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou un autre texte prévoyant des règles générales d'équivalence fonctionnelle, il sera peut-être possible d'adopter des dispositions en ce qui concerne l'équivalence fonctionnelle des notions d'« écrit » et de « signature » (notions fondées sur l'environnement papier) qui s'appliqueront aux documents électroniques tant transférables que non transférables.

71. Toutefois, il se peut également que ces dispositions d'équivalence fonctionnelle n'existent pas dans un État désireux d'incorporer la Loi type. Dans ce cas, l'adoption des articles 8 et 9 comblerait cette lacune.

72. En tout état de cause, on examinera de près les conséquences qu'aurait la création d'un double régime qui énoncerait des exigences différentes en matière d'équivalence fonctionnelle pour les documents électroniques et les documents transférables électroniques.

Référence

A/CN.9/897, paragraphes 54 à 57.

Article 8. Forme écrite

73. L'article 8 énonce les exigences concernant l'équivalence fonctionnelle de l'écrit en ce qui concerne les informations qui figurent dans un document transférable électronique ou lui sont associées. Il s'inspire du paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁴³. Il renvoie à la notion d'« information », et non à celle de « communication ». En effet, les informations pertinentes ne sont pas nécessairement toutes communiquées : cela dépend du système choisi pour gérer les documents transférables électroniques.

74. L'article 8 énonce une règle d'équivalence fonctionnelle de l'« écrit » qui concerne uniquement les documents transférables électroniques. L'utilisation de la forme écrite intervient dans plusieurs actes susceptibles de survenir pendant le cycle de vie du document transférable électronique, comme l'endossement (voir ci-après, par. 151). Les dispositions sur l'équivalence fonctionnelle entre les formes électronique et écrite qui figurent dans la législation sur les opérations électroniques s'appliquent à tous les documents électroniques qui ne sont pas transférables.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 40 à 44; A/CN.9/797, paragraphes 36 à 39; A/CN.9/804, paragraphes 18 et 19.

⁴³ Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 47 à 50.

Article 9. Signature

75. L'article 9 énonce les exigences concernant l'équivalence fonctionnelle de la « signature » lorsque le droit matériel exige expressément une signature ou prévoit des conséquences en l'absence de signature (exigence implicite de signature). Les mots « ou permet » indiquent clairement que l'article 9 devrait s'appliquer aussi aux cas où la loi autorise la signature mais ne l'exige pas. La référence aux signatures électroniques qui apparaît à l'article 9 de la Loi type vise également les cachets électroniques ou d'autres méthodes employées pour permettre l'apposition de signatures électroniques.

76. L'article 9 s'inspire du paragraphe 1 a de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁴⁴. En outre, conformément au paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques, il renvoie à la « volonté » de la partie, de façon à bien illustrer les différentes fonctions que peut remplir l'utilisation d'une signature électronique⁴⁵. La fiabilité de la méthode visée à l'article 9 devrait être évaluée conformément à la norme générale prévue à l'article 12.

77. L'indication selon laquelle l'exigence de signature est satisfaite, « dans le cas » d'un document transférable électronique, vise à préciser que l'article 9 s'applique uniquement aux documents transférables électroniques et non à d'autres documents électroniques qui ne sont pas transférables mais sont liés d'une certaine manière à un document transférable électronique. En conséquence, l'article 9 énonce une règle d'équivalence fonctionnelle pour la notion de « signature » qui s'applique uniquement aux documents transférables électroniques.

78. Certains systèmes de gestion des documents transférables électroniques, tels que ceux fondés sur des registres distribués, identifient le signataire par un pseudonyme, plutôt que par son nom véritable. Cette identification, avec la possibilité d'associer pseudonyme et nom véritable, notamment à partir d'éléments factuels extérieurs au système de registre distribué, peut satisfaire à l'exigence d'identification du signataire.

79. La règle générale de l'équivalence fonctionnelle entre les signatures électroniques et manuscrites énoncée dans la législation sur les signatures électroniques s'applique aux signatures utilisées en relation avec tous les documents électroniques qui ne sont pas transférables.

⁴⁴ *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 53 à 56.

⁴⁵ Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 160.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 41 et 43; A/CN.9/797, paragraphes 40 à 47; A/CN.9/804, paragraphe 20; A/CN.9/869, paragraphes 48 et 49.

Article 10. Documents ou instruments transférables

80. L'article 10 propose une règle d'équivalence fonctionnelle concernant l'utilisation de documents ou d'instruments transférables papier en énonçant les conditions que doit remplir un document électronique. La fiabilité de la méthode visée à l'article 10 devrait être évaluée conformément à la norme générale prévue à l'article 12.

81. L'article 10 est le résultat des débats suscités par la notion d'« unicité » d'un document ou instrument transférable. Cette notion vise à prévenir la circulation de plusieurs documents ou instruments relatifs à l'exécution de la même obligation et ainsi à éviter les demandes multiples d'exécution d'une même obligation. On s'est longtemps demandé comment fournir, dans un environnement électronique, une garantie d'unicité fonctionnellement équivalente à un document ou instrument original ou authentique dans l'environnement papier.

82. L'unicité est une notion relative qui pose des problèmes d'ordre technique dans un environnement électronique, car il peut être techniquement impossible d'offrir une garantie absolue de non-duplication, et l'identification du document électronique spécifique qui est censé constituer l'équivalent d'un document ou instrument transférable papier correspondant n'est pas évidente en raison de l'absence d'un support tangible. En fait, cette notion pose également des problèmes en ce qui concerne les documents ou instruments transférables papier, le papier n'offrant pas non plus une garantie absolue de non-duplication. Toutefois, un document papier, en tant qu'objet physique, est par nature unique et, en outre, les opérateurs commerciaux peuvent s'appuyer sur des siècles d'utilisation du papier dans les opérations commerciales pour évaluer les risques associés à l'utilisation de ce support, alors que les pratiques relatives à l'utilisation des documents transférables électroniques ne sont pas encore aussi bien établies.

83. L'article 10 entend éviter la situation où existeraient des demandes multiples visant l'exécution de la même obligation en combinant deux solutions fondées, respectivement, sur la « singularité » et le « contrôle ».

84. La solution fondée sur la « singularité » exige d'identifier de manière fiable le document transférable électronique qui habilite son détenteur à demander

l'exécution de l'obligation qui y est indiquée, de façon à éviter les demandes multiples d'exécution de la même obligation. La solution fondée sur le « contrôle » met l'accent sur l'utilisation d'une méthode fiable pour identifier la personne ayant le contrôle du document transférable électronique (voir aussi par. 105 à 121 ci-après).

85. L'adoption des notions de « singularité » et de « contrôle » dans la Loi type a notamment pour effet de prévenir toute duplication non autorisée d'un document transférable électronique par le système.

86. La définition du terme « document transférable électronique » est conforme à l'approche de l'équivalent fonctionnel et fait référence aux documents transférables électroniques qui sont l'équivalent de documents ou instruments transférables papier. Elle n'entend pas avoir d'incidence sur le principe que le droit matériel devrait déterminer les droits de la personne qui a le contrôle. De même, elle n'a pas pour objet de décrire toutes les fonctions qui peuvent être liées à l'utilisation d'un document transférable électronique. Par exemple, un tel document peut aussi avoir une valeur probante; la capacité de remplir cette fonction sera évaluée en application d'une loi autre que la Loi type.

87. Conformément à la ligne directrice et à la portée de la Loi type, la définition du terme « document transférable électronique » est censée s'appliquer aux documents transférables électroniques qui sont des équivalents fonctionnels de documents ou instruments transférables papier. Toutefois, la Loi type n'empêche pas l'élaboration ni l'utilisation de documents transférables électroniques qui n'ont pas d'équivalent papier, puisqu'elle ne régit pas ces documents.

88. La définition du terme « document transférable électronique » ne s'applique pas à certains documents ou instruments qui sont généralement transférables, mais dont la transférabilité peut être limitée en vertu d'autres accords, par exemple les connaissements nominatifs. Elle ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'émission de ces documents ou instruments dans un système de gestion des documents transférables électroniques (voir également ci-avant, par. 21). Le droit matériel devrait déterminer quels documents ou instruments sont transférables.

Paragraphe 1 a

89. Selon le paragraphe 1 a, le document électronique doit contenir les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier. Dans la mesure où ces informations sont consignées par écrit dans un document ou instrument transférable papier, leur insertion dans un document transférable électronique doit être conforme à l'article 8 de la Loi type. La définition du « document électronique » énoncée à l'article 2 de la Loi type précise qu'il peut avoir un caractère composite, sans que cela soit obligatoire.

90. L'inclusion dans le document transférable électronique des informations qui seraient exigées dans un document ou un instrument transférable papier permet de déterminer le droit matériel applicable au document transférable électronique (par exemple, le droit applicable à un connaissance, plutôt que le droit applicable à un billet à ordre). Néanmoins, un document transférable électronique peut comprendre des informations qui seraient exigées dans plusieurs types de documents ou instruments transférables papier.

91. Une loi ne comportant pas de disposition analogue au paragraphe 1 a de l'article 10, mais indiquant directement quelles informations devraient figurer dans un document transférable électronique, prendra probablement en compte les documents transférables électroniques qui ne sont pas des équivalents fonctionnels de documents ou d'instruments transférables papier, et n'existent que dans un environnement électronique.

92. En conséquence, un document transférable électronique n'existant que sous forme électronique ne satisferait pas aux conditions posées à l'article 10 et ne relèverait pas de la définition du document transférable électronique énoncée à l'article 2. Plus précisément, même si un tel document pouvait satisfaire à d'autres conditions prévues dans la Loi type, il définirait de manière autonome les informations requises et ne serait donc pas conforme au paragraphe 1 a de l'article 10.

93. Le paragraphe 1 a ne comprend pas de qualificatif tel que «équivalent», «correspondant» ou «ayant le même objet», car, selon cette disposition, un document transférable électronique doit contenir les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier du même type. Or l'insertion d'un qualificatif supplémentaire pourrait être source d'incertitude.

Paragraphe 1 b i

94. Le paragraphe 1 b i prévoit qu'un document électronique doit être identifié comme le document contenant les informations nécessaires pour établir qu'il est le document transférable électronique. Cette exigence met en œuvre la solution fondée sur la «singularité».

95. L'objet de cette disposition est d'identifier le document transférable électronique qui est l'équivalent fonctionnel du document ou instrument transférable papier.

96. L'article définit singulier («le») suffit dans la version française de la Loi type (de même que son équivalent dans les versions anglaise, arabe et espagnole) pour traduire la singularité. Ainsi évite-t-on l'emploi de tout qualificatif, qui pourrait entraîner des problèmes d'interprétation. En effet, un tel qualificatif pourrait être interprété comme renvoyant à la notion d'unicité (qui a été abandonnée) et risquerait d'entraîner des litiges. Les versions russe et chinoise font exception dans

la mesure où un qualificatif ne risquant pas de provoquer des problèmes d'interprétation a été trouvé dans ces langues. Les six versions linguistiques de la Loi type entendent exprimer la même notion.

97. Contrairement à d'autres législations relatives aux documents transférables électroniques, le paragraphe 1 b i n'emploie pas de formule qualificative telle que « faisant foi », « effectif » ou « particulier » pour identifier le document électronique comme étant le document transférable électronique. Cette omission s'explique par les raisons suivantes : l'emploi d'une telle formule pourrait générer des problèmes d'interprétation, en particulier dans certaines langues ; cette formule pourrait être interprétée comme renvoyant à la notion d'« unicité », qui a été abandonnée ; et elle risquerait d'entraîner des litiges.

Paragraphe 1 b ii

98. Aux termes du paragraphe 1 b ii, le document transférable électronique doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle depuis le moment de sa création jusqu'à celui où il cesse de produire des effets ou d'être valable, en particulier afin d'en permettre le transfert. Cette exigence met en œuvre la solution fondée sur le « contrôle ».

99. La référence faite à une méthode fiable en relation avec le paragraphe 1 b ii vise la fiabilité du système utilisé pour que le document électronique puisse faire l'objet d'un contrôle. Bien que la norme générale de fiabilité énoncée à l'article 12 s'applique aux différents articles de la Loi type et soit donc objective, l'évaluation de la fiabilité de chaque méthode s'effectue compte tenu de la fonction spécifique que remplit la méthode en question et elle est donc relative.

Paragraphe 1 b iii

100. L'intégrité est une notion d'ordre absolu. Elle renvoie à un fait et, en tant que telle, est objective, c'est-à-dire que le document transférable électronique retient, ou non, son intégrité. La référence à la méthode fiable employée pour préserver l'intégrité est d'ordre relatif puisque l'évaluation de la fiabilité de chaque méthode s'effectue compte tenu de la fonction spécifique que remplit cette dernière. La norme générale prévue à l'article 12 s'applique à l'évaluation de cette méthode.

Paragraphe 2

101. Le paragraphe 2 traite de l'évaluation de la notion d'intégrité. Il indique que l'intégrité d'un document transférable électronique est préservée si chaque série d'informations relative à des modifications autorisées (par opposition aux modifications de caractère purement technique) reste complète et inchangée depuis la

création de ce document jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable. Par exemple, dans la pratique, l'intégrité du document électronique transférable pourrait être vérifiée en fournissant une garantie fiable du lien entre la signature électronique apposée sur le document et le contenu de ce document au moment où la signature électronique y a été apposée.

102. Le paragraphe 2 s'inspire du paragraphe 3 de l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Toutefois, il convient de noter que le paragraphe 3 a de l'article 8 de la Loi type sur le commerce électronique fait référence, en ce qui concerne la notion d'« original », à une notion d'intégrité qui est peut-être mieux adaptée aux contrats électroniques. Par ailleurs, la notion d'intégrité telle qu'employée au paragraphe 2 de l'article 10 de la Loi type tient nécessairement compte du fait que le cycle de vie des documents transférables électroniques suppose un certain nombre d'événements qui doivent être précisément reflétés dans ces documents.

103. Les modifications « autorisées » sont celles qui sont convenues par les parties à des obligations contractuelles liées à des documents transférables électroniques tout au long du cycle de vie de ces documents et permises par le système de gestion des documents transférables électroniques. L'utilisation du mot « autorisées » n'aborde pas la question de savoir si ces modifications sont légitimes, ce qui introduirait une norme présupposant une évaluation juridique au regard du droit matériel. Par exemple, des modifications non autorisées pourraient être notamment celles effectuées par un pirate informatique, qui portera obligatoirement atteinte à l'intégrité du document transférable électronique pour y avoir accès.

104. La formule « exception faite de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, du stockage et de l'affichage » renvoie aux informations ajoutées à un document transférable électronique à des fins purement techniques. Il peut s'agir, par exemple, de modifications nécessaires pour conserver le document transférable électronique dans un emplacement spécialement conçu à cet effet. Une formule similaire est utilisée au paragraphe 3 a de l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Toutefois, la notion de modification à des fins purement techniques devrait être évaluée à la lumière de la notion d'intégrité contenue dans la Loi type, qui diffère de la notion d'original prévue dans la Loi type sur le commerce électronique (voir par. 189 et 190 ci-après). Le fait que des informations soient ajoutées automatiquement par le système de gestion des documents transférables électroniques, par exemple sous forme de métadonnées, ne prouve pas à lui seul que ces informations sont de nature purement technique.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 48 à 56, 75, 76 et 85 ; A/CN.9/797, paragraphes 47 à 60 ; A/CN.9/804, paragraphes 21 à 40, 70 à 75 ; A/CN.9/828, paragraphes 31

à 40 et 42 à 49; A/CN.9/834, paragraphes 21 à 30, 85 à 90, 92, 99 à 108; A/CN.9/869, paragraphes 50 à 68.

Article 11. Contrôle

105. L'article 11 énonce une règle d'équivalence fonctionnelle concernant la possession d'un document ou instrument transférable papier. L'équivalence fonctionnelle de la possession est assurée lorsqu'une méthode fiable est employée pour donner le contrôle du document en question à une personne donnée et pour identifier cette dernière.

106. Étroitement liée à l'exigence prévue à l'alinéa 1 b ii de l'article 10, la notion de « contrôle » n'est pas définie dans la Loi type puisqu'elle est l'équivalent fonctionnel de celle de « possession », laquelle peut elle-même varier d'un pays à l'autre.

107. La Loi type a le souci d'identifier un équivalent fonctionnel de ce qui constitue la possession. Dans le prolongement du principe général selon lequel la Loi type n'a pas d'incidence sur le droit matériel, la notion de contrôle n'a pas d'incidence sur les conséquences juridiques qui découlent de la possession, ni ne les limite. Par conséquent, les parties peuvent convenir des modalités d'exercice de la possession, mais ne sauraient modifier la notion de possession en tant que telle.

108. La Loi type n'a pas pour objet de limiter la constitution de sûretés sur des documents ou instruments transférables papier. Ainsi, le contrôle envisagé à l'article 11 prévoit l'équivalent fonctionnel pour les cas où des sûretés seraient constituées et rendues opposables par la prise de possession d'un document ou d'un instrument papier. La Loi type ne vise pas non plus à restreindre la constitution de sûretés lorsque l'opposabilité résulterait de l'inscription dans un registre public.

109. Le titre de l'article 11 fait référence au « contrôle » et non à la « possession », et s'écarte ainsi du choix des intitulés d'autres articles de la Loi type, car la notion de « contrôle » est particulièrement importante dans la Loi type. Si une notion de « contrôle » peut exister en droit interne, la notion de « contrôle » employée à l'article 11 doit être interprétée indépendamment, compte tenu du caractère international de la Loi type.

Paragraphe 1

110. Le paragraphe 1 comprend les mots « ou permet » afin de préciser son application aux cas dans lesquels la loi permet simplement, mais n'exige pas, la possession d'un document ou instrument transférable papier. La fiabilité de la

méthode à laquelle l'article 11 fait référence devrait être évaluée conformément à la norme générale de fiabilité prévue à l'article 12.

Paragraphe 1 a

111. La notion de « contrôle » supposant l'exclusivité dans son exercice (à l'instar de celle de « possession »), le paragraphe 1 a fait référence à un contrôle « exclusif » par souci de clarté. Or le contrôle, tout comme la possession, pourrait relever simultanément de plusieurs personnes. La notion de « contrôle » ne renvoie pas au contrôle « légitime », car cette question relève du droit matériel.

112. Bien que les notions de « contrôle » et de « singularité » visent toutes deux à éviter les demandes multiples d'exécution d'une même obligation, elles fonctionnent indépendamment et devraient être distinguées (voir par. 83 et 84 ci-dessus). Par exemple, il est possible d'imaginer qu'un contrôle exclusif soit exercé sur un document multiple, c'est-à-dire un document qui ne satisfait pas à l'exigence de singularité. À l'inverse, il est également possible d'imaginer qu'un contrôle non exclusif soit exercé sur un document unique.

Paragraphe 1 b

113. Le paragraphe 1 b exige que la personne ayant le contrôle du document transférable électronique soit identifiée de manière fiable. Cette personne est dans la même position juridique que celle qui se trouve en possession d'un document ou instrument transférable papier équivalent.

114. Au paragraphe 1 b, la référence à la « personne qui a le contrôle » du document transférable électronique n'implique pas qu'il s'agisse également du contrôle légitime dudit document, car cette question relève du droit matériel. En outre, elle n'exclut pas la possibilité que le contrôle d'un document transférable électronique unique soit exercé par plus d'une personne ou attribué de manière sélective à plusieurs entités en fonction des droits juridiques reconnus à chacune d'entre elles (par exemple, titre de propriété de biens, sûretés mobilières, etc.).

115. Le contrôle peut être détenu par une personne physique ou morale ou toute autre entité habilitée à posséder un document ou instrument transférable papier en vertu du droit matériel. Le recours aux services d'un tiers pour exercer le contrôle exclusif n'a pas d'incidence sur l'exclusivité de ce contrôle. Il n'exclut ni n'implique la possibilité que le tiers prestataire de service ou tout autre intermédiaire soit la personne ayant le contrôle. C'est là une question qui relève plutôt du droit matériel.

116. L'exigence relative à l'identification de la personne ayant le contrôle ne signifie pas que le document transférable électronique en soi devrait contenir des informations sur l'identification de celle-ci. Elle suppose en fait que la méthode ou le système employé pour mettre en place le contrôle dans son ensemble remplisse la fonction d'identification en ce qui concerne toutes les parties concernées. En outre, l'identification ne saurait être interprétée comme signifiant une obligation de désigner nommément la personne qui a le contrôle, puisque la Loi type permet l'émission de documents transférables électroniques au détenteur, ce qui suppose l'anonymat.

117. Dans certains systèmes de gestion des documents transférables électroniques, tels ceux qui reposent sur la technologie des registres distribués, les personnes qui ont le contrôle peuvent être identifiées à partir de pseudonymes plutôt que de noms réels (voir par. 78 ci-dessus). Jointe à la possibilité d'associer pseudonyme et nom réel en cas de besoin, cette technique répondrait à l'exigence d'identification de la personne qui a le contrôle. Dans tous les cas, l'anonymat aux fins du droit commercial ne saurait empêcher l'identification de la personne ayant le contrôle à d'autres fins, notamment dans le cadre du maintien de l'ordre (voir par. 55 ci-dessus).

118. L'article 11 intervient également dans le cadre de certaines démarches qui surviennent au fil du cycle de vie d'un document transférable électronique et qui exigent que soit prouvé le contrôle exercé sur ce document. Par exemple, dans un environnement papier, la notion de « présentation » repose de manière fondamentale sur la preuve de la possession du document ou instrument transférable papier. Cette preuve peut être fournie en identifiant la personne qui a le contrôle. Dans la pratique, lorsqu'il se voit présenter un document, le système de gestion des documents transférables électroniques peut invoquer l'exigence d'identification de la personne ayant le contrôle prévue à l'article 11. La Loi type ne comporte donc pas de disposition distincte sur la présentation.

Paragraphe 2

119. Les documents ou instruments transférables papier, et donc également les documents transférables électroniques, peuvent circuler par voie de remise ou d'endossement. Le paragraphe 2 prévoit que le transfert du contrôle exercé sur un document transférable électronique est l'équivalent fonctionnel de la remise, à savoir le transfert de la possession, d'un document ou instrument transférable papier (voir aussi par. 150 à 154 ci-après). Le transfert de contrôle est en fait un transfert du contrôle exclusif puisque la notion de « contrôle », à l'instar de celle de « possession », implique l'exclusivité dans son exercice. Les considérations relatives à l'exercice conjoint du contrôle s'appliquent également au transfert de contrôle (voir ci-dessus, par. 111 et 114).

120. Le paragraphe 2 contient les mots « ou permet » de façon à préciser son application dans les cas où la loi se borne à permettre, sans l'exiger, le transfert de la possession d'un document ou instrument transférable papier.

121. La remise peut être une étape obligatoire dans le cycle de vie d'un document ou instrument transférable papier. Par exemple, la délivrance de biens se fait généralement sur remise d'un connaissance. La Loi type ne comporte pas de dispositions particulières sur la remise, car le paragraphe 2, qui régit le transfert du contrôle en tant qu'équivalent fonctionnel du transfert de possession, et donc de la remise, s'appliquerait également dans ces cas de figure.

Références

A/CN.9/761, paragraphes 24, 25, 38 à 41 et 50 à 58 ; A/CN.9/768, paragraphes 45 à 47 et 75 à 85 ; A/CN.9/797, paragraphes 66 et 74 à 90 ; A/CN.9/804, paragraphes 51 à 70 ; A/CN.9/828, paragraphes 50 à 67 ; A/CN.9/834, paragraphes 31 à 33 et 83 à 94 ; A/CN.9/863, paragraphes 27 à 36 et 99 à 102 ; A/CN.9/869, paragraphes 103 à 110.

Chapitre III. Utilisation des documents transférables électroniques

Article 12. Norme générale de fiabilité

122. L'article 12 énonce une norme générale cohérente et technologiquement neutre concernant l'évaluation de la fiabilité, qui s'applique à chaque fois qu'une disposition de la Loi type exige l'utilisation d'une « méthode fiable » pour l'exécution de ses fonctions. Le concept de fiabilité renvoie à la fiabilité de la méthode utilisée et la référence à la méthode suppose la référence à tout système utilisé pour mettre celle-ci en œuvre.

123. L'article 12 vise à renforcer la sécurité juridique en indiquant les éléments qui peuvent jouer un rôle dans l'évaluation de la fiabilité. La liste des facteurs figurant à l'article 12 est illustrative ; elle n'est donc pas exhaustive et n'empêche pas les parties d'attribuer certaines responsabilités par convention (voir également par. 138 et 139 ci-après). La norme générale de fiabilité est applicable à tous les fournisseurs de systèmes de gestion des documents transférables électroniques, et pas uniquement aux tiers prestataires de services.

124. Bien que l'article 12 vise à donner des directives sur l'évaluation de la fiabilité du système de gestion des documents transférables électroniques en cas de différend (évaluation « ex post » de la fiabilité), sa teneur influencera nécessairement aussi la conception du système (évaluation « ex ante » de la fiabilité), les concepteurs de système cherchant de fait à proposer des systèmes fiables.

125. Chaque disposition de la Loi type qui évoque l'emploi d'une méthode fiable vise à remplir une fonction différente. En conséquence, la référence faite aux « fins des articles » dans le chapeau de l'article 12 a pour but de préciser que chaque méthode concernée devrait voir sa fiabilité évaluée séparément, compte tenu de la fonction spécifique que la méthode doit remplir. Cette approche offre la souplesse nécessaire pour évaluer l'application de la norme de fiabilité dans la pratique, car elle permet d'adapter l'évaluation à chaque fonction remplie par le système.

Alinéa a

126. L'alinéa a énonce une liste de circonstances susceptibles de faciliter l'évaluation de la fiabilité. Les mots « qui peuvent englober » montrent que cette liste est de nature purement indicative et qu'elle n'est pas exhaustive. Les mots « toutes les circonstances pertinentes » englobent l'objet pour lequel l'information contenue dans le document transférable électronique a été générée.

127. La liste des circonstances vise à parvenir à un équilibre entre, d'une part, l'apport d'orientations pour l'évaluation de la fiabilité et, d'autre part, l'imposition d'exigences qui risquent d'entraîner des coûts excessifs pour les entreprises et, partant, d'entraver le commerce électronique et de provoquer l'augmentation des litiges portant sur des questions techniques complexes. D'éventuels facteurs pertinents supplémentaires pourraient être : la qualité du personnel, l'adéquation des ressources financières et de l'assurance-responsabilité, et l'existence à la fois d'une procédure de notification des failles de sécurité et de pistes d'audit fiables.

« toute règle de fonctionnement »

128. L'alinéa a i fait référence à des règles de fonctionnement qui sont généralement énoncées dans des manuels pratiques, règles dont l'application peut être contrôlée par un organisme de supervision et qui, en tant que telles, peuvent ne pas avoir un caractère exclusivement contractuel. Les mots « pertinente pour l'évaluation de » indiquent que seules les règles de fonctionnement concernant la fiabilité du système, et non les règles de fonctionnement en général, devraient être prises en compte.

« assurance de l'intégrité des données »

129. L'alinéa a ii fait état de l'« assurance de l'intégrité des données » en tant que notion d'ordre absolu, dans la mesure où l'intégrité des données ne saurait s'exprimer par référence à un niveau donné. La notion d'« intégrité » en tant qu'élément intervenant pour l'évaluation de la norme générale de fiabilité diffère de celle qui figure à l'article 10. Plus précisément, la notion d'intégrité évoquée à l'alinéa a ii est applicable lorsque l'intégrité est en fait pertinente pour évaluer la fiabilité de la méthode employée et, en fin de compte, la réalisation de l'équivalence fonctionnelle. En tant que telle, cette notion est pertinente également pour d'autres articles.

« empêcher l'accès non autorisé au système et son utilisation non autorisée »

130. Cette circonstance fait référence à l'aptitude à empêcher l'accès au système et son utilisation par des parties, notamment des tiers non autorisés, puisque

l'autorisation en matière d'accès au système et d'utilisation de celui-ci est une notion pertinente pour toutes les parties. À cet égard, il convient de noter que, dans la Loi type, la notion d'intégrité renvoie aux modifications « autorisées ». Une méthode fiable devrait donc empêcher les modifications non autorisées. En outre, la notion de contrôle se fonde sur l'exclusivité, qui présuppose l'aptitude à exclure les parties qui ne sont pas autorisées à accéder au système.

« sûreté du matériel et des logiciels »

131. Si la « sûreté du matériel et des logiciels » fait partie de la liste des critères d'évaluation de la norme générale de fiabilité applicable aux documents transférables électroniques, c'est qu'elle a une incidence directe sur la fiabilité de la méthode employée. Une référence de même nature figure à l'alinéa b de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui énonce la « qualité du matériel et des logiciels » parmi les facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité des systèmes et des procédures mis en œuvre par le prestataire de services de certification. Le terme « sûreté » est employé à l'alinéa a iv de préférence à « qualité », car la notion de sûreté se prête plus facilement à une évaluation objective.

« régularité et étendue des audits réalisés par un organisme indépendant »

132. L'existence d'audits rigoureux et réguliers réalisés par un organisme indépendant peut être considérée comme une preuve de validation de la fiabilité du système par un tiers. De même, l'alinéa e de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques fait référence à la « régularité et [l'] étendue des audits effectués par un organisme indépendant » comme l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité des systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par un prestataire de services de certification.

« déclaration faite par un organisme de contrôle, un organisme d'accréditation ou un programme volontaire concernant la fiabilité de la méthode »

133. Le critère de la « déclaration faite par un organisme de contrôle, un organisme d'accréditation ou un programme volontaire concernant la fiabilité de la méthode » s'inspire de l'alinéa f de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui fait référence à la « déclaration de l'État, d'un organisme d'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus » comme l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité des systèmes, procédures et

ressources humaines mis en œuvre par un prestataire de services de certification. La déclaration d'un tel organisme peut garantir un certain niveau d'objectivité dans l'évaluation de la fiabilité de la méthode.

« Toute norme sectorielle applicable »

134. La référence à « toute norme sectorielle applicable » découle d'une proposition consistant à renvoyer aux normes et pratiques internationalement acceptées afin de fournir des orientations tout en évitant l'augmentation du nombre des litiges fondés sur des questions techniques complexes et en ménageant de la souplesse dans le choix des technologies. Le fait que la conception et la maintenance des systèmes de gestion des documents transférables électroniques sont généralement confiées à des professionnels hautement spécialisés peut également être pertinent dans ce contexte.

135. Il est plus juste de faire référence à « toute norme sectorielle applicable » qu'aux « meilleures pratiques sectorielles » : les normes sectorielles sont en effet plus faciles à vérifier. Il est préférable que les normes sectorielles applicables soient internationalement reconnues. Dans les faits, l'application de normes internationales pourrait favoriser l'apparition d'un concept de fiabilité commun aux différents pays. La référence à des normes sectorielles ne saurait être interprétée d'une manière contraire au principe de neutralité technologique ou de façon à être plus favorable à certaines normes industrielles qu'à d'autres, ce qui pourrait nuire à la gestion de la chaîne d'approvisionnement.

Alinéa b

136. L'alinéa b prévoit une « clause de sauvegarde » visant à prévenir des actions en justice abusives en validant des méthodes qui ont effectivement rempli leur fonction indépendamment de toute évaluation de leur fiabilité. Il fait référence à l'exécution de la fonction dans le cas particulier faisant l'objet du litige et ne vise pas à prédire la fiabilité future sur la base des résultats antérieurs de la méthode. Cette disposition peut s'appliquer à toutes les fonctions visées par l'utilisation de documents transférables électroniques. Un mécanisme analogue est prévu à l'alinéa 3 b ii de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques, relatif à l'équivalence fonctionnelle des signatures électroniques.

137. Dans la pratique, le fait que la méthode employée ait rempli la fonction pour laquelle elle était mise en œuvre préviendra toute discussion concernant l'évaluation de sa fiabilité conformément à l'alinéa a.

Autonomie des parties

138. L'article 12 ne fait pas expressément référence à la pertinence d'un accord entre les parties en ce qui concerne l'évaluation de la fiabilité. Cette omission s'explique par le souhait de fournir une norme de fiabilité objective et, par conséquent, qui ne dépende pas de l'autonomie des parties. En particulier, l'insertion d'une référence à l'autonomie des parties pourrait s'entendre comme : *a*) introduisant différentes normes pour l'évaluation de la fiabilité, dont l'application dépendrait des parties concernées ; *b*) pouvant entraîner des conclusions divergentes en ce qui concerne la validité d'un document transférable électronique ; et *c*) contournant le droit matériel, en particulier les dispositions d'application impérative, et ayant au bout du compte des incidences sur des tiers. C'est pourquoi l'autonomie des parties en ce qui concerne l'évaluation de la fiabilité se restreint à l'attribution des responsabilités dans les limites établies par la loi applicable.

139. Les accords des parties peuvent être particulièrement pertinents dans le cadre de systèmes fermés ou lorsqu'il est fait état de normes sectorielles, car ils donnent souvent des indications utiles concernant des détails techniques et peuvent promouvoir l'innovation technologique dans les limites des dispositions impératives du droit matériel.

Références

A/CN.9/804, paragraphes 41 à 49 et 63 ; A/CN.9/828, paragraphes 47 à 49 ; A/CN.9/863, paragraphes 37 à 76 ; A/CN.9/869, paragraphes 69 à 78.

Article 13. Indication de la date et de l'heure ou du lieu dans les documents transférables électroniques

140. S'agissant des documents ou instruments transférables papier, des conséquences juridiques importantes sont liées à l'indication de la date (éventuellement accompagnée de l'heure) et du lieu. Par exemple, l'enregistrement de la date (éventuellement accompagnée de l'heure) d'un endossement est nécessaire pour établir l'ordre des débiteurs dans une action récursoire. L'article 13 prévoit l'indication de ces informations dans les documents transférables électroniques. C'est particulièrement important dans le cas des endossements, dans la mesure où la nature dématérialisée des documents transférables électroniques ne rend pas leur chronologie apparente, contrairement aux documents ou instruments papier.

141. Les dispositions relatives à l'indication de la date, de l'heure et du lieu, le cas échéant, se trouvent dans le droit matériel, qui peut indiquer les parties

susceptibles de se mettre d'accord à cet égard, et dans quelle mesure. Si ces indications sont obligatoires en vertu du droit matériel, cette exigence doit être respectée conformément au paragraphe 1 a de l'article 10 de la Loi type, qui ordonne que le document transférable électronique contienne les informations « qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier ».

142. Les mots « ou permet » montrent clairement que l'article 13 devrait s'appliquer aussi aux cas où la loi permet, mais n'exige pas, que la date, l'heure ou le lieu soient indiqués en ce qui concerne un document ou instrument transférable papier. Conformément à la règle générale voulant que la Loi type n'impose aucune exigence en matière d'informations supplémentaires, l'article 13 n'exige pas que la date, l'heure ou le lieu soient indiqués lorsque ces renseignements ne sont pas obligatoires en vertu de la loi applicable.

143. Les méthodes permettant d'indiquer la date, l'heure et le lieu dans les documents transférables électroniques peuvent différer d'un système à l'autre. L'article 13 se fonde donc sur une démarche technologiquement neutre compatible avec les systèmes de registre, à jetons, de registre distribué ou toute autre technologie. La référence à la mise en œuvre d'une méthode fiable pour indiquer la date et l'heure indique la possibilité d'utiliser des services de confiance comme l'horodatage sécurisé.

144. La nature du document transférable électronique peut permettre d'automatiser certaines étapes de son cycle de vie relatives aux données temporelles. Ainsi les billets à ordre peuvent-ils être présentés pour paiement automatiquement à la date d'échéance.

145. Les dispositions relatives à la date, à l'heure et au lieu d'expédition et de réception des messages de données (art. 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) et des communications électroniques (art. 10 de la Convention sur les communications électroniques) interviennent pour ce qui est de la formation et de la gestion des contrats, mais ne sont pas nécessairement pertinentes en ce qui concerne l'utilisation des documents transférables électroniques.

Références

A/CN.9/797, paragraphe 61 ; A/CN.9/834, paragraphes 36 à 46 ; A/CN.9/863, paragraphes 23, 24 et 26 ; A/CN.9/869, paragraphes 79 à 82.

Article 14. Établissement

146. Selon la loi, diverses conséquences peuvent dériver de l'établissement. En particulier, celui-ci peut être pertinent pour l'utilisation internationale des documents transférables électroniques. Le droit matériel devrait indiquer comment établir l'établissement pertinent qui, en principe, ne sera pas nécessairement différent du seul fait de l'utilisation de moyens électroniques ou papier. Le champ d'application de l'article 14 se limite à préciser que le lieu où se situe un système d'information, en tout ou en partie, ne constitue pas, en tant que tel, un indicateur de l'établissement. Cette précision pourrait être particulièrement utile compte tenu de la probabilité que les tiers prestataires de services associés à la gestion des documents transférables électroniques utilisent du matériel et des technologies situés dans divers pays ou susceptibles de changer régulièrement d'emplacement géographique, comme dans le cas de l'informatique en nuage.

147. L'article 14, dont le libellé s'inspire des paragraphes 4 et 5 de l'article 6 de la Convention sur les communications électroniques⁴⁶, vise à fournir des orientations quant à la détermination de l'établissement dans le cadre de l'utilisation de moyens électroniques, en indiquant que certains éléments ne servent pas en soi à identifier un établissement. Sa portée est donc différente de celle de l'article 13, qui a trait à l'indication du lieu dans le document transférable électronique, et non à sa détermination.

148. La référence à « l'établissement » devrait être interprétée comme renvoyant aux diverses notions associées à l'emplacement géographique (par exemple, la résidence, le domicile, etc.), qui peuvent être pertinentes durant le cycle de vie d'un document transférable électronique. S'ils n'identifient pas en eux-mêmes l'emplacement d'un établissement, les éléments énumérés à l'article 14 peuvent être pris avec d'autres éléments pour le déterminer.

149. Le droit matériel peut autoriser les parties à identifier l'établissement par convention. Dans ce cas, l'article 14 peut fournir un ensemble de règles supplétives relatives à la détermination de l'établissement qui pourrait utilement compléter l'accord des parties.

Références

A/CN.9/863, paragraphes 25 et 26 ; A/CN.9/869, paragraphes 83 à 92.

⁴⁶Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 116 à 121.

Article 15. Endossement

150. Les documents ou instruments transférables papier peuvent circuler par voie de remise et d'endossement. Énoncées dans le droit matériel, leurs conditions de circulation s'appliquent aux documents transférables électroniques qui en sont les équivalents fonctionnels. L'article 15 définit les conditions à satisfaire pour parvenir à l'équivalence fonctionnelle de l'endossement, qui s'ajoutent à celles qui ont trait à l'équivalence fonctionnelle de la forme écrite et de la signature.

151. Alors que les lois nationales peuvent comporter une large gamme de prescriptions formelles en matière d'endossement dans un environnement papier, l'article 15 vise à établir l'équivalence fonctionnelle de la notion d'endossement indépendamment de ces exigences et conformément à la démarche adoptée pour d'autres règles d'équivalence fonctionnelle dans la Loi type. Ainsi, il développe les règles qui figurent déjà dans la Loi type en matière d'équivalence fonctionnelle pour l'écrit, la signature et le transfert en y ajoutant des dispositions relatives à des formes spécifiques d'endossement prescrites par le droit matériel, comme les endossements inscrits soit au dos d'un document ou instrument transférable papier soit sur une allonge attachée.

152. Si l'article 15 faisait état uniquement de certaines exigences de forme, cela pourrait être interprété comme excluant du champ de l'article celles qui n'y apparaissent pas, ce qui, au bout du compte, irait à l'encontre de l'objet de la disposition. Ainsi, il englobe tous les types d'exigences, sans faire référence à aucun en particulier.

153. Les mots « ou permet » figurent à l'article 15 pour tenir compte des cas où le droit matériel permet, mais n'exige pas, l'endossement.

154. Les mots « y sont insérées » ont été choisis pour traduire au mieux la pratique actuelle et englober les cas où les informations sont logiquement associées ou autrement liées au document transférable électronique, permettant ainsi l'utilisation de différents types de système de gestion des documents transférables électroniques, conformément au principe de la neutralité technologique.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 46, 102; A/CN.9/797, paragraphes 95 à 97; A/CN.9/804, paragraphes 80 et 81; A/CN.9/828, paragraphes 76 à 80; A/CN.9/869, paragraphes 111 à 114.

Article 16. Modification

155. Le droit matériel ou les accords contractuels peuvent permettre d'apporter des modifications à un document ou instrument transférable papier et préciser qui est en droit de le faire, dans quelles circonstances et s'il faut prévenir des tiers de l'existence de ces modifications. L'article 16 prévoit une règle d'équivalence fonctionnelle pour les cas où un document transférable électronique peut être modifié.

156. Les modifications dont il est fait état à l'article 16 sont d'ordre juridique. Les modifications d'ordre purement technique ne relèvent pas de l'article 16. (Voir aussi par. 101 ci-dessus, sur la référence à « toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, du stockage et de l'affichage » qui figure au paragraphe 2 de l'article 10 de la Loi type.)

157. L'article 16 fixe un critère objectif pour identifier les informations modifiées dans un environnement électronique, comme le montre l'emploi du terme « identifiables ». S'il est demandé que les informations modifiées soient identifiables, c'est que, si elles le sont facilement dans un environnement papier compte tenu de la nature du support, ce n'est pas nécessairement le cas dans un environnement électronique. Certains termes qui qualifieraient l'identification (par exemple, « précisément » ou « immédiatement ») ne fournissent pas de critère objectif et entraînent une charge et des coûts supplémentaires pour les exploitants de systèmes.

158. Ainsi, l'article 16 vise à fournir des traces et des preuves de toutes les modifications d'informations. Il est conforme à l'obligation générale visant à préserver l'intégrité du document transférable électronique qui figure au paragraphe 2 de l'article 10 de la Loi type. Cela étant, il va au-delà de cette obligation générale, puisque les informations modifiées devraient être non seulement consignées, mais également identifiées en tant que telles et donc reconnaissables.

159. L'article 16 exige la mise en œuvre d'une méthode fiable pour identifier les modifications mais sans la préciser, car cela pourrait entraîner une charge supplémentaire pour la gestion du document transférable électronique. La fiabilité de la méthode est évaluée selon la norme générale de fiabilité prévue à l'article 12.

160. Les mots « ou permet » visent à prendre en compte les cas où le droit matériel applicable permet la modification du document transférable électronique, sans pour autant l'exiger.

Références

A/CN.9/761, paragraphes 45 à 49; A/CN.9/768, paragraphes 93 à 97; A/CN.9/797, paragraphe 101; A/CN.9/804, paragraphe 86; A/CN.9/828, paragraphes 85 à 90; A/CN.9/863, paragraphes 83 à 87.

Article 17. Remplacement d'un document ou instrument transférable papier par un document transférable électronique

161. Si la loi reconnaît l'utilisation aussi bien des documents ou instruments transférables papier que des documents transférables électroniques, il peut s'avérer nécessaire de changer de support pendant le cycle de vie des uns ou des autres. Si l'on veut élargir l'acceptation et l'utilisation des documents transférables électroniques (particulièrement à l'international), il est absolument essentiel de permettre les changements de support, car les États et les communautés commerciales sont plus ou moins avancés en ce qui concerne l'acceptation des moyens électroniques et l'état de préparation à leur utilisation.

162. Si les textes juridiques fondés sur le principe de la neutralité des supports sont susceptibles de reconnaître la possibilité des changements de support, ce n'est vraisemblablement pas le cas des lois traitant exclusivement des documents ou instruments transférables papier. Les articles 17 et 18 de la Loi type visent à combler cette lacune.

163. Correspondant à des dispositions de fond, les articles 17 et 18 visent à répondre à deux grands objectifs, à savoir permettre le changement de support sans perte des informations qu'exige le droit matériel et empêcher que le document ou l'instrument transférable papier ainsi remplacé continue de circuler, de façon à éviter que ne coexistent deux demandes d'exécution de la même obligation et, plus généralement, pour ne pas affecter d'une quelconque manière les droits et obligations des parties.

164. En règle générale, conformément au paragraphe 1 a de l'article 10 de la Loi type, un document transférable électronique devrait contenir les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier (voir par. 89 à 93 ci-dessus). Toutefois, l'article 17 n'exige pas que toutes les informations contenues dans un document ou instrument transférable papier soient présentes dans le document transférable électronique le remplaçant. Le droit matériel détermine les informations qui doivent figurer dans le document transférable électronique de remplacement pour préserver les droits et les obligations de toutes les parties concernées.

165. L'article 17 ne fait aucune référence à des notions juridiques de fond telles que « l'émetteur », « le débiteur », « le détenteur » (ou « porteur ») ou « la personne ayant le contrôle ». Cette démarche vise à prendre en compte la diversité des systèmes utilisés en ce qui concerne les différents documents ou instruments transférables papier et fournit donc la souplesse voulue aux fins de la pratique commerciale.

166. Le droit matériel, y compris l'accord des parties, détermine les parties dont le consentement intervient dans le cadre du changement de support ainsi que celles, le cas échéant, auxquelles le changement doit être notifié.

167. Le paragraphe 1 exige la mise en œuvre d'une méthode fiable pour le changement de support. La fiabilité de la méthode est évaluée selon la norme générale de fiabilité prévue à l'article 12.

168. Au paragraphe 1, le mot «remplacer» ne renvoie pas à la notion de réémission. En effet, la réémission et le changement de support sont des notions distinctes et l'article 17 est rédigé de telle manière à renvoyer sans équivoque au changement de support.

169. Tout manquement à l'exigence prévue au paragraphe 2 a pour conséquence juridique l'invalidité du changement de support et, partant, du document transférable électronique.

170. Le paragraphe 3 prévoit que le document ou instrument transférable papier cesse de produire des effets ou d'être valable après le changement de support. Cette disposition est nécessaire pour éviter les demandes d'exécution multiples. Le terme «une fois» indique qu'aucun laps de temps ne devrait s'écouler entre l'émission du document de remplacement et l'expiration du document remplacé. Toutefois, les informations contenues dans un document ou un instrument transférable peuvent avoir une valeur juridique à des fins qui ne sont pas liées aux fonctions associées à la transférabilité. Par exemple, un connaissance peut constituer la preuve de l'existence d'un contrat de transport de marchandises. Le statut juridique de ces informations doit être déterminé conformément au droit matériel. En outre, l'article 17 ne s'applique pas dans les cas où un deuxième original est délibérément délivré sur un support autre que celui utilisé pour le premier original.

171. Les mots «est rendu inopérant et», placés avant «cesse», indiquent que le document ou instrument transférable papier ne pourra plus être retransféré après le changement de support. Ils laissent suffisamment de souplesse en ce qui concerne le choix de la méthode à utiliser pour rendre le document ou instrument transférable papier inopérant.

172. Si un document ou instrument transférable papier ou un document transférable électronique est invalidé parce qu'on a présumé, à tort, que le document ou instrument qui le remplaçait était valide, le droit matériel s'appliquera à la réémission du document ou instrument invalidé, ou à l'émission du document ou instrument qui le remplacera.

173. Un document ou instrument transférable papier ou un document transférable électronique peut remplir des fonctions autres que la transférabilité, par exemple

fournir la preuve de l'existence d'un contrat pour le transport de marchandises et de la réception des marchandises, ou fournir la preuve de la succession des endossements pour une action récursoire. La capacité d'exercer ces fonctions supplémentaires peut se maintenir après que le document ou instrument a été rendu inopérant.

174. Le paragraphe 3 fait référence à l'obligation d'émettre le document transférable électronique conformément aux paragraphes 1 et 2, pour qu'il soit clair qu'il doit respecter les dispositions de ces deux paragraphes.

175. Le paragraphe 4 vise à préciser, comme déclaration de droit, que les droits et obligations des parties ne sont pas affectés par le changement de support. Il faudra, en particulier, que le document ou instrument de remplacement contienne toutes les informations, quelle qu'en soit la nature, requises pour ne pas porter atteinte à ces droits et obligations. Bien que ce principe général figure déjà dans la Loi type, le paragraphe a été maintenu en raison de sa fonction déclaratoire.

Références

A/CN.9/761, paragraphes 72 à 77 ; A/CN.9/768, paragraphe 101 ; A/CN.9/797, paragraphes 102 et 103 ; A/CN.9/828, paragraphes 94 à 102 ; A/CN.9/834, paragraphes 53 à 64 ; A/CN.9/869, paragraphes 116 à 120.

Article 18. Remplacement d'un document transférable électronique par un document ou instrument transférable papier

176. L'article 18 prévoit le remplacement d'un document transférable électronique par un document ou instrument transférable papier. Une étude des pratiques commerciales a montré que ce type de remplacement était plus fréquent que l'inverse, car il intervenait lorsqu'une partie dont la participation n'avait pas été prévue au moment de la création du document transférable électronique ne souhaitait pas ou n'était pas en mesure d'utiliser des moyens électroniques.

177. En vertu de certaines lois nationales, l'impression papier d'un document électronique peut être considérée comme équivalente à un document électronique. Selon l'article 18, l'impression papier d'un document transférable électronique doit satisfaire aux exigences énoncées dans l'article pour produire les effets d'un document ou instrument transférable papier remplaçant le document transférable électronique correspondant.

178. Le contenu de l'article 18 fait pendant à celui de l'article 17 sur le remplacement d'un document ou instrument transférable par un document transférable

électronique. Par conséquent, les commentaires figurant aux paragraphes 161 à 175 ci-dessus s'appliquent également, avec les adaptations nécessaires, à l'article 18.

179. L'article 18 n'exige pas que toutes les informations figurant dans un document transférable électronique soient contenues dans le document ou instrument transférable papier le remplaçant. En particulier, un document transférable électronique pourrait contenir des informations (notamment des métadonnées) qui ne peuvent pas être reproduites dans un document ou instrument transférable papier (voir également par. 56 à 58 ci-dessus). Le droit matériel détermine les informations qui doivent apparaître dans le document ou instrument transférable papier de substitution pour préserver les droits et les obligations de toutes les parties concernées.

Références

A/CN.9/768, paragraphe 101; A/CN.9/797, paragraphes 102 et 103; A/CN.9/828, paragraphes 94 à 102; A/CN.9/834, paragraphes 53 à 64; A/CN.9/869, paragraphes 121 et 122.

Chapitre IV. Reconnaissance transfrontière des documents transférables électroniques

Article 19. Non-discrimination à l'égard des documents transférables électroniques étrangers

180. L'article 19 vise à éliminer les obstacles à la reconnaissance internationale d'un document transférable électronique qui découlent uniquement du fait qu'il a été émis ou utilisé à l'étranger. Il n'a pas d'incidence sur les règles du droit international privé.

181. On avait souligné dès le début des travaux, et répété tout au long des délibérations sur la Loi type, la nécessité de disposer d'un régime international pour faciliter l'utilisation internationale des documents transférables électroniques. La Commission avait aussi insisté sur ce point à sa quarante-cinquième session (A/67/17, par. 83).

182. Cependant, différents points de vue ont été exprimés sur la manière de parvenir à cet objectif. D'un côté, on ne souhaitait pas écarter les règles du droit international privé en vigueur et on voulait éviter la création d'un double régime doté d'un ensemble distinct de dispositions relatives aux documents transférables électroniques. D'un autre côté, on était conscient qu'il était important, pour la réussite de la Loi type, de traiter adéquatement les volets relatifs à son utilisation internationale, et on souhaitait favoriser cette application internationale, indépendamment du nombre d'adoptions.

Paragraphe 1

183. Le paragraphe 1 vise à éliminer les obstacles à la reconnaissance internationale d'un document transférable électronique qui découlent uniquement de son lieu d'origine ou d'utilisation. Autrement dit, il a pour but d'éviter que son lieu d'origine ou son lieu d'utilisation puissent être considérés en eux-mêmes comme les motifs permettant de dénier la validité ou l'effet juridique d'un document transférable

électronique. Le paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques contient une disposition dont la portée est similaire.

184. Les mots « émis ou utilisé » visent à couvrir tous les événements survenus pendant le cycle de vie du document transférable électronique. En particulier, ils englobent son endossement et sa modification. L'article 14 de la Loi type peut aussi être pertinent pour déterminer l'emplacement de l'établissement.

185. Le paragraphe 1 n'a pas d'incidence sur le droit matériel, y compris le droit international privé. Le principe de non-discrimination des documents transférables électroniques peut ne pas constituer en soi un motif pour reconnaître l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire des documents transférables électroniques étrangers. Ainsi, le paragraphe 1 ne peut pas, à lui seul, entraîner la reconnaissance d'un document transférable électronique émis dans un pays qui ne reconnaît pas la validité de tels documents. Cependant, il n'empêche pas la reconnaissance dans un pays ayant adopté la Loi type d'un document transférable électronique émis ou utilisé dans un pays qui ne permet pas l'émission et l'utilisation de tels documents, et qui respecte par ailleurs les exigences du droit matériel applicable.

186. Le terme « à l'étranger » renvoie à un lieu autre que l'État adoptant, et notamment à une unité territoriale différente dans les États en comportant plusieurs.

Paragraphe 2

187. Le paragraphe 2 traduit ce qui a été entendu, à savoir que la Loi type ne devrait pas évincer les règles de droit international privé applicables aux documents ou instruments transférables papier, qui sont considérées, aux fins de la Loi type, comme des règles de droit matériel (voir par. 22 ci-dessus). L'introduction d'un ensemble spécial de dispositions de droit international privé pour les documents transférables électroniques créerait un double régime de droit international privé, ce qui n'est pas souhaitable.

188. Étant donné que le paragraphe 1 vise uniquement la non-discrimination et que le paragraphe 2 porte sur le droit international privé, les deux paragraphes opèrent à des niveaux différents et ne sont donc pas contradictoires.

Références

A/67/17, paragraphe 83; A/CN.9/768, paragraphe 111; A/CN.9/797, paragraphe 108; A/CN.9/863, paragraphes 77 à 82; A/CN.9/869, paragraphes 124 à 131.

III. Autres points pertinents

A. Notion d'« original »

189. Contrairement à d'autres textes de la CNUDCI relatifs au commerce électronique, la Loi type ne comprend pas de règle d'équivalence fonctionnelle en ce qui concerne la notion d'« original » papier. À cet égard, il convient de noter que l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique fait référence à une notion statique d'« original », alors que les documents transférables électroniques sont censés, par leur nature même, circuler. Plus précisément, l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique fait référence à des concepts tels que « d'abord généré dans sa forme finale » et est donc particulièrement approprié pour des documents tels que les contrats dont la modification est possible mais n'est ni nécessaire ni fréquente. La notion d'original dans la Loi type, en revanche, tient compte du fait qu'après l'émission, le document électronique transférable est nécessairement sujet à des modifications et n'est pas « définitif » avant sa présentation. C'est pourquoi, dans le contexte des documents transférables électroniques, la notion d'« original » diffère de celle retenue dans d'autres textes de la CNUDCI.

190. En ce qui concerne la notion dynamique d'« original » dans le contexte des documents transférables électroniques, le paragraphe 1 b iii de l'article 10 de la Loi type fait référence à l'intégrité du document transférable électronique comme étant l'une des conditions à remplir pour assurer l'équivalence fonctionnelle avec un document ou un instrument transférable papier. Ainsi, si la notion d'« original » de documents ou instruments transférables papier est particulièrement adaptée pour prévenir la multiplication des demandes, la Loi type atteint cet objectif en utilisant les notions de « singularité » et de « contrôle », qui permettent d'identifier un document électronique donné à la fois comme celui qui autorise la personne en ayant le contrôle à exiger l'exécution et comme celui qui fait l'objet du contrôle (voir ci-avant, par. 83 et 84).

Références

A/CN.9/768, paragraphes 48 à 50; A/CN.9/797, paragraphes 47 à 60; A/CN.9/804, paragraphes 21 à 40.

B. Émission de plusieurs originaux

191. Il est possible d'émettre plusieurs originaux d'un document ou instrument transférable papier dans divers secteurs commerciaux. La Loi type n'affecte pas la poursuite de cette pratique en ce qui concerne l'utilisation des documents transférables électroniques conformément à l'article 10 de la Loi type lorsque cette pratique est autorisée par la loi applicable. De manière similaire, elle n'empêche pas la possibilité d'émettre plusieurs originaux sur des supports différents (par exemple, l'un papier et l'autre en format électronique), lorsque la loi applicable l'autorise.

192. Comme on l'a noté (voir par. 189 ci-dessus), la Loi type ne présente pas d'équivalent fonctionnel de la notion d'« original » papier. De manière substitutive, les fonctions que remplit l'original d'un document ou instrument transférable papier pour ce qui est de demander l'exécution d'obligations sont satisfaites, dans un environnement électronique, par les concepts de « singularité » et de « contrôle » (voir par. 83 et 84 ci-dessus). Ainsi, la transposition dans un environnement électronique de la pratique qui consiste à émettre plusieurs originaux d'un document ou instrument transférable papier fait appel à l'émission de plusieurs documents transférables électroniques se rapportant à l'exécution de la même obligation.

193. Il faut toutefois faire preuve de prudence lors de l'émission de plusieurs documents transférables électroniques. En effet, cette pratique risque de provoquer la multiplication des demandes d'exécution de la même obligation si les différents originaux sont présentés. D'autre part, les fonctions que remplit l'émission de plusieurs originaux d'un document ou instrument transférable papier peuvent être remplies, dans un environnement électronique, en attribuant le contrôle d'un document transférable électronique à plusieurs entités de manière sélective, selon les droits légaux conférés à chacune d'entre elles (par exemple, titre de propriété des biens, sûretés, etc.). Ainsi, dans la pratique, un système de gestion des documents transférables électroniques pourrait fournir des informations relatives à plusieurs demandes ayant chacune son objet mais se rapportant toutes au même document transférable électronique.

194. Si le droit matériel oblige à indiquer l'éventuelle émission de plusieurs originaux, le document transférable électronique doit la respecter conformément aux exigences en matière d'information énoncées au paragraphe 1 a de l'article 10 de la Loi type.

195. De même, la Loi type ne précise pas si, pour demander l'exécution de l'obligation inscrite dans le document transférable électronique, il faut présenter un seul original ou tous ceux qui ont été émis, puisque cette question relève de la loi applicable ou, dans la mesure du possible, de l'accord contractuel pertinent.

Références

A/CN.9/768, paragraphes 71 à 74; A/CN.9/797, paragraphes 47, 68 et 69; A/CN.9/804, paragraphe 50; A/CN.9/834, paragraphes 47 à 52; A/CN.9/869, paragraphes 95 à 99.

C. Stockage et archivage

196. La Loi type ne contient pas de dispositions spécifiques sur le stockage et l'archivage. Toutes les exigences applicables en matière de conservation figurant dans d'autres lois, y compris les lois sur la protection de la vie privée et la conservation des données, doivent être respectées. Les notions de stockage et d'archivage peuvent s'appliquer à l'information contenue dans le document transférable électronique, mais pas au document transférable électronique en tant que tel.

Référence

A/CN.9/834, paragraphes 74 et 75.

D. Tiers prestataires de services

197. Selon le modèle choisi, les systèmes de gestion des documents transférables électroniques peuvent devoir s'appuyer sur des services fournis par des tiers. D'un point de vue technologique, la Loi type est neutre, ce qui la rend compatible avec tous les types de systèmes. Les références que fait la Loi type à des systèmes de gestion des documents transférables électroniques ne signifient pas que ces systèmes doivent être gérés par un administrateur ou disposer d'une autre forme de contrôle centralisé.

198. Les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique ont parfois abordé la conduite des tiers prestataires de services. En particulier, les articles 9 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques fournissent des orientations en ce qui concerne l'évaluation de la fiabilité des services et de la conduite d'un tiers prestataire de services⁴⁷.

199. Cependant, la Loi type a un caractère habilitant et ne traite pas de préoccupations réglementaires, lesquelles devraient être abordées dans d'autres textes législatifs. En outre, les évolutions attendues de la technologie et des pratiques commerciales incitent à faire preuve de souplesse lors de l'évaluation de la conduite

⁴⁷Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, *Guide pour l'incorporation*, par. 142 à 147.

de tiers prestataires de services. Ainsi, la Loi type laisse la liberté de choix en ce qui concerne ces tiers ainsi que les services requis et les technologies mises en œuvre.

200. À cet égard, il convient de noter que la norme générale de fiabilité énoncée à l'article 12 de la Loi type, ainsi que certaines normes spécifiques comme le critère d'évaluation de l'intégrité énoncé au paragraphe 2 de l'article 10 de la Loi type, fournissent des paramètres pour évaluer la fiabilité des documents transférables électroniques et de leurs systèmes de gestion. Les concepteurs de tels systèmes de gestion doivent respecter ces normes afin de mettre en place des entreprises commercialement viables.

Référence

A/CN.9/834, paragraphes 78 à 82.



