



Assemblée générale

Distr. limitée
15 août 2016
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail IV (Commerce électronique)
Cinquante-quatrième session
Vienne, 31 octobre-4 novembre 2016**

Projet de loi type sur les documents transférables électroniques

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Projet de loi type sur les documents transférables électroniques	3
A. Généralités	3
B. Dispositions relatives aux opérations électroniques	13



I. Introduction

1. À sa quarante-quatrième session, en 2011, la Commission a chargé le Groupe de travail d'entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques¹.
2. À sa quarante-sixième session (Vienne, 29 octobre-2 novembre 2012), le Groupe de travail s'est dit largement favorable à l'élaboration de projets de dispositions sur les documents transférables électroniques, projets qui devraient être présentés sous la forme d'une loi type, sans préjudice de la décision qui serait prise quant à la forme définitive de ses travaux (A/CN.9/761, par. 90 à 93).
3. À sa quarante-septième session (New York, 13-17 mai 2013), le Groupe de travail a commencé d'examiner les projets de dispositions sur les documents transférables électroniques consignés dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.122, notant que s'il était prématuré d'ouvrir un débat sur la forme définitive des travaux, les projets de dispositions étaient largement compatibles avec les différents résultats qui pourraient être obtenus.
4. À sa quarante-huitième session (Vienne, 9-13 décembre 2013), le Groupe de travail a continué d'examiner les projets de dispositions consignés dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.124 et Add.1.
5. À sa quarante-neuvième session (New York, 28 avril-2 mai 2014), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur les projets de dispositions consignés dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.128 et Add.1. Il a fait porter l'essentiel de ses débats sur les notions d'original, d'unicité et d'intégrité d'un document transférable électronique.
6. À sa cinquantième session (Vienne, 10-14 novembre 2014), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur les projets de dispositions consignés dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.130 et Add.1. Sous réserve d'une décision finale de la Commission, il est convenu de procéder à l'élaboration d'une loi type sur les documents transférables électroniques (A/CN.9/828, par. 23). Il a été convenu qu'il fallait en priorité élaborer des dispositions sur les équivalents électroniques des documents ou instruments transférables papier, et que ces dispositions devraient ensuite être réexaminées et, au besoin, ajustées pour tenir compte de l'utilisation de documents transférables qui n'existaient que dans un environnement électronique (A/CN.9/828, par. 30).
7. À sa cinquante et unième session (New York, 18-22 mai 2015), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux d'élaboration du projet de loi type consigné dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.132 et Add.1. Il a fait porter l'essentiel de ses débats sur les définitions du document transférable électronique, de la possession et du contrôle.
8. À sa cinquante-deuxième session (Vienne, 9-13 novembre 2015), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux d'élaboration du projet de loi type consigné dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.135 et Add.1. En particulier, il a examiné le lien entre les projets d'articles faisant mention d'une "méthode fiable" et d'une norme

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

générale de fiabilité, ainsi que les éléments pertinents pour l'évaluation de la fiabilité.

9. À sa cinquante-troisième session (New York, 9-13 mai 2016), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux d'élaboration du projet de loi type consigné dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.137 et Add.1.

10. La partie II de la présente note comprend les projets de dispositions de la loi type, qui tiennent compte des délibérations tenues et des décisions prises par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 19 à 131), ainsi que des observations à utiliser pour élaborer la note explicative qui accompagnera la Loi type sur les documents transférables électroniques.

II. Projet de loi type sur les documents transférables électroniques

A. Généralités

“Projet d'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'interdit 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 [...].²

Remarques

11. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a confirmé son interprétation du paragraphe 3, selon laquelle celui-ci comprenait une liste ouverte d'exclusions qui permettait d'appliquer le projet de loi type en fonction des besoins de chaque État adoptant, de façon à ménager une certaine souplesse tout en précisant le champ d'application de la Loi type (A/CN.9/869, par. 19 à 23). À cette session, il a recensé trois types d'exclusions possibles (A/CN.9/869, par. 23), qui sont indiqués dans la note de bas de page insérée à la fin du paragraphe 3.

Commentaires

12. Comme indiqué dans la définition du terme “document ou instrument transférable”, les mots “document ou instrument transférable” désignent un document ou instrument transférable papier (par opposition à un document transférable électronique) dans les versions anglaise, arabe, chinoise et russe de la

² L'État adoptant peut envisager d'insérer une référence: i) aux documents et instruments qui peuvent être considérés comme transférables, mais qui ne devraient pas relever du champ d'application de la Loi type; ii) 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 iii) aux documents transférables électroniques qui n'existent que sous forme électronique.

Loi type (A/CN.9/863, par. 93 et A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 28). Par souci de clarté linguistique, le mot “papier” est accolé au terme “document ou instrument transférable” dans les versions espagnole et française de la Loi type.

Paragraphe 1

13. 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 indépendante du système, ce qui permet l’utilisation de modèles fondés sur un registre, des jetons, un grand livre distribué et d’autres technologies.

14. Le paragraphe 2 de l’article 2 de la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005) (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 a fallu recourir à une combinaison de “solutions juridiques, techniques et commerciales qui n’étaient pas encore entièrement au point ni éprouvées”³.

15. La Loi type met l’accent sur la transférabilité du document et non sur sa négociabilité, étant entendu que la négociabilité est liée aux droits sous-jacents du porteur de l’instrument, qui relèvent du droit matériel (A/CN.9/761, par. 21).

16. Certains documents ou instruments, qui sont généralement transférables, mais dont la transférabilité est limitée en application d’autres accords, n’entrent pas dans la définition du “document ou instrument transférable papier” énoncée dans la Loi type (voir ci-après, par. 34). En conséquence, celle-ci ne s’appliquerait pas à eux (A/CN.9/797, par. 27 et 28). 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 (A/CN.9/869, par. 24).

Paragraphe 2

17. 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

³ Convention 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.

document ou instrument transférable papier. Ce principe s'applique à chaque étape du cycle de vie d'un document transférable électronique.

18. Il découle de la règle énoncée au paragraphe 2 que la Loi type ne peut pas 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 serait contraire au principe du *numerus clausus* des documents ou instruments transférables papier, lorsque ce principe est applicable.

19. 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. Ces questions sont notamment les suivantes:

- a) La définition de l'"exécution d'une obligation" (A/CN.9/863, par. 90);
- b) L'émission d'un document transférable électronique au porteur (A/CN.9/797, par. 65);
- c) La modification des modalités de transmission d'un document transférable électronique émis au porteur qui est transféré à une personne déterminée et le cas contraire ("endossement blanc") (A/CN.9/828, par. 81 à 84);
- d) La réémission d'un document transférable électronique (A/CN.9/869, par. 115);
- e) La division et le regroupement de documents transférables électroniques (A/CN.9/869, par. 123); et
- f) L'utilisation d'un document transférable électronique, y compris comme garantie aux fins de la constitution de sûretés (voir ci-après, par. 21).

20. La référence expresse faite au droit de la protection des consommateurs vise à préciser l'interaction entre ce droit et la Loi type (A/CN.9/863, par. 20 et 22) 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

21. Le paragraphe 3 précise que la Loi type ne s'applique pas aux titres et autres instruments d'investissement. Le terme "instrument 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 (A/CN.9/797, par. 19). Le mot "titres" ne renvoie pas à l'utilisation de documents transférables électroniques comme garanties et en conséquence la Loi type n'empêche pas l'utilisation de documents transférables électroniques aux fins de la constitution de sûretés (A/CN.9/834, par. 73).

22. 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 garantit la souplesse et la clarté voulues en ce qui concerne le champ d'application de la Loi type.

23. La note de bas de page rattachée au paragraphe 3 met en lumière trois types possibles d'exclusions et n'empêche pas les États 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 papier 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 des documents ou instruments comme étant transférables (A/CN.9/869, par. 19);

b) Les États parties à la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 1930) et à la Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 1931) (les "Conventions de Genève") pourraient envisager d'exclure les documents ou instruments qui relèvent du champ d'application de ces Conventions pour éviter d'éventuels conflits entre celles-ci et la Loi type, le cas échéant (voir ci-après, par. 24 à 28);

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'aucune disposition autorisant l'application de la Loi type, à titre résiduel, à des documents transférables purement électroniques, de façon à ce qu'en cas de conflit, la Loi type ne prévale pas sur le droit applicable aux documents transférables électroniques de ce type, n'a été insérée dans la Loi type, pour tenir compte des inquiétudes exprimées quant à l'interaction entre les principes généraux énoncés dans la Loi type et ceux inscrits dans des lois de nature différente (A/CN.9/869, par. 22).

Les Conventions de Genève

24. 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 (voir, par exemple, A/CN.9/768, par. 20 à 22; A/CN.9/WG.IV/WP.125; A/CN.9/797, par. 109 à 112).

25. 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 devaient toujours être exclus du champ d'application de la Loi type (A/CN.9/797, par. 110).

26. 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. 23 b)).

27. Les pays qui partagent ce point de vue et souhaitent permettre l'utilisation des versions électroniques de documents ou instruments papier 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, qui ne seront pas des équivalents fonctionnels des documents ou instruments papier

relevant du champ d'application des Conventions de Genève et n'entreront pas dans le champ d'application de la Loi type⁴.

28. 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 généralement à surmonter les obstacles à l'utilisation de moyens électroniques qui découlaient des conditions de forme relatives à l'utilisation de documents ou instruments transférables papier (A/CN.9/768, par. 21).

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.118, par. 2 à 25; A/CN.9/761, par. 18 à 25 et 28 à 30;
 A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 4 à 7; A/CN.9/768, par. 17 à 24;
 A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 5 à 11; A/CN.9/797, par. 16 à 20, 27, 28, 65 et 109 à 112;
 A/CN.9/WG.IV/WP.125, par. 1 à 36;
 A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 5 à 10;
 A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 6 à 12; A/CN.9/828, par. 24 à 30 et 81 à 84;
 A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 7 à 14; A/CN.9/834, par. 72 et 73;
 A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 8 à 19; A/CN.9/863, par. 17 à 22;
 A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 10 à 18; A/CN.9/869, par. 19 à 23.

“Projet d'article 2. Définitions

Le terme ‘*document transférable électronique*’ désigne un document électronique qui satisfait aux exigences de l'article 9.”

Remarques

29. La définition du terme “document transférable électronique” tient compte des modifications convenues à la lumière des informations requises dans le projet d'article 9, conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 25).

30. Il a été proposé que la définition du terme “document transférable électronique” soit revue à l'issue de l'examen de tous les articles de la Loi type, pour déterminer si elle convenait à chacune des utilisations de ce terme (A/CN.9/869, par. 25).

31. La définition du terme “document transférable électronique” ne s'applique pas aux documents transférables électroniques qui n'existent que dans un environnement électronique (A/CN.9/863, par. 91; voir également A/CN.9/797, par. 23).

Commentaires

32. La définition du terme “document transférable électronique” est conforme à l'approche de l'équivalent fonctionnel (A/CN.9/863, par. 91 et 92) et fait référence aux documents transférables électroniques qui équivalent à des documents ou instruments transférables papier. Elle n'entend pas avoir d'incidence sur le fait que c'est le droit matériel qui tranche la question de la légitimité de la personne ayant le

⁴ Voir, par exemple, la loi japonaise n° 102 (2007) sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique.

contrôle, ainsi que celle des droits matériels de cette personne. 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 avoir une valeur probante; toutefois, la capacité de remplir cette fonction sera évaluée en application d'une autre loi que la Loi type.

33. Conformément à la ligne directrice et 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'équivalents papier, ces documents n'étant pas régis par elle (A/CN.9/863, par. 91).

34. 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. Ce pourrait être le cas, dans certains pays, des connaissements nominatifs. Le droit matériel doit déterminer quels documents ou instruments sont transférables. En outre, cette limitation de la définition du terme "document transférable électronique" 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. 16).

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.

Remarques

35. La définition du terme "document ou instrument transférable papier" tient compte des modifications éditoriales convenues par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 27).

Commentaires

36. La définition du terme "document ou instrument transférable papier" met l'accent sur les fonctions essentielles de transférabilité et d'octroi d'un droit à l'exécution. Elle n'a pas d'incidence sur le fait que c'est le droit matériel qui tranche la question de la légitimité de la personne ayant le contrôle, ainsi que celle des droits matériels de cette personne.

37. Le droit matériel applicable déterminera quels documents ou instruments sont transférables dans les différents pays (A/CN.9/863, par. 94). Une liste indicative de documents ou instruments transférables, inspirée du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les communications électroniques, comprend les éléments suivants: lettres de change, chèques, billets à ordre, lettres de transport, connaissements, récépissés d'entrepôt, certificats d'assurance de marchandises et connaissements aériens.

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.

Commentaires

38. La définition du terme "document électronique" est fondée sur celle du "message de données" énoncée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)⁵ 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 (A/CN.9/797, par. 43 à 45). Elle souligne le fait que les informations peuvent être associées au document transférable électronique au moment de l'émission ou n'importe quand par la suite (par exemple, information relative à l'endossement). À titre d'exemple, 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 9 de la Loi type (A/CN.9/863, par. 96).

39. En outre, la définition du terme "document électronique" prévoit également 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 (A/CN.9/804, par. 71). Le mot "logiquement" renvoie aux logiciels et non à la logique humaine (A/CN.9/863, par. 97).

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 8; A/CN.9/768, par. 25 à 34;
 A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 12 à 23; A/CN.9/797, par. 21 à 28 et 43 à 45;
 A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 11 à 30;
 A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 13 à 34; A/CN.9/828, par. 31;
 A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 15 à 36; A/CN.9/834, par. 25 et 26, 95 à 98 et 100;
 A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 20 à 44; A/CN.9/863, par. 88 à 102;
 A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 19 à 30; A/CN.9/869, par. 24 à 27.

"Projet d'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."

Remarques

40. Les mots "et le respect de la bonne foi" ont été supprimés du paragraphe 1 comme suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième

⁵ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation (New York, 1996), publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

session, étant entendu que le principe de bonne foi, en tant que principe général du droit international, pourrait être inclus dans les principes généraux dont le projet de loi type s'inspire aux termes du paragraphe 2 (A/CN.9/869, par. 30).

41. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail voudra peut-être se demander quels sont les principes généraux qui sous-tendent la Loi type (voir ci-après, par. 45 et 46).

Commentaires

Origine internationale et promotion d'une interprétation uniforme

42. L'article 3 vise à appeler l'attention des tribunaux et autres autorités sur le fait que les textes nationaux d'incorporation de 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 transfrontalières.

43. 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)⁶. 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 (A/CN.9/768, par. 35) et ne figure dans aucun autre texte de la CNUDCI.

44. 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". Ceci 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 (A/CN.9/869, par. 29). 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 (A/CN.9/869, par. 30).

Principes généraux

45. 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")⁷ est la disposition comprenant cette notion qui a été la plus interprétée dans la jurisprudence⁸.

46. La notion de "principes généraux" visée au paragraphe 2 renvoie aux principes généraux du droit régissant les communications électroniques (A/CN.9/797, par. 29), y compris ceux qui ont déjà été répertoriés et cités dans des textes de la CNUDCI, tels que les principes de non-discrimination à l'égard des

⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119, p. 3.

⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3.

⁸ Voir également le Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, commentaire relatif à l'article 7.

communications électroniques, de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle. Le recensement de ces principes généraux et de leur teneur et fonctionnement précis pourra se faire progressivement, au fur et à mesure que progresseront l'utilisation, l'application et l'interprétation de la Loi type. Cette démarche progressive offre la souplesse nécessaire dans l'interprétation de la Loi type pour garantir la capacité de celle-ci à s'adapter à l'évolution des pratiques commerciales et des besoins des entreprises.

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 9; A/CN.9/768, par. 35;
 A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 24 et 25; A/CN.9/797, par. 29;
 A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 31 à 35;
 A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 35 à 40;
 A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 37 à 42;
 A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 45 à 50;
 A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 31 à 35; A/CN.9/869, par. 28 à 31.

“Projet d'article 4. Autonomie des parties [et relativité des contrats]

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

Remarques

47. Le paragraphe 1 a été modifié conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session, de façon à permettre aux États adoptants de déterminer les dispositions auxquelles il peut être dérogé, chaque État pouvant autoriser des dérogations à des dispositions différentes (A/CN.9/869, par. 37, 42 et 43).

48. Le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur le paragraphe 2, dont l'examen a été reporté à une session ultérieure à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 44).

49. Compte tenu des débats qu'il aura tenus au sujet du paragraphe 2, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le titre du projet d'article 4. Les mots placés entre crochets (“relativité des contrats”) ont été insérés pour souligner que le projet d'article 4 ne traitait pas uniquement de l'autonomie des parties, mais également de la relativité des contrats (A/CN.9/797, par. 30).

Commentaires

50. L'autonomie des parties est un principe fondamental du droit commercial et des textes de la CNUDCI. Le fait de limiter cette autonomie pourrait entraver 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.

51. Toutefois, l'application du principe de l'autonomie des parties a pu être limitée dans les textes de la CNUDCI relatifs au commerce électronique afin d'éviter des conflits avec des règles d'application impérative, telles que celles d'ordre public.

52. 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 conditions de forme d'application impérative. Par ailleurs, l'autonomie des parties ne saurait avoir d'incidence sur les droits et obligations des tiers⁹.

53. En outre, l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques indique que les parties peuvent déroger 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 public¹⁰. Une solution analogue a été adoptée à l'article 3 de la Convention sur les communications électroniques¹¹.

54. De même, la Loi type prévoit une large 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. En particulier, il convient de noter que certains pays, notamment ceux de tradition romaine, reconnaissent le principe du *numerus clausus* des documents ou instruments transférables papier (A/CN.9/768, par. 36). La Loi type ne vise pas à offrir des moyens de se soustraire par convention à ce principe, conformément au principe général selon lequel la Loi type 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 qu'ont les parties de déroger au droit matériel ou de le modifier.

55. 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. 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 (A/CN.9/869, par. 37, 42 et 43).

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 10; A/CN.9/768, par. 36 et 37;
 A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 26; A/CN.9/797, par. 30 à 32 et 113;
 A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 36;
 A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 41;
 A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 43;
 A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 51 à 53;
 A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 36 à 39; A/CN.9/869, par. 32 à 44.

⁹ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, par. 44 et 45.

¹⁰ Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation (New York, 2001), publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, par. 111 et 112.

¹¹ Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 85.

“Projet d’article 5. Obligations 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.”

Commentaires

56. L’article 5, inspiré de l’article 7 de la Convention sur les communications électroniques, 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.

57. L’obligation de se conformer à ces obligations 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 obligations étant amenées à évoluer au fil du temps (A/CN.9/869, par. 45 à 47). L’article 5 ne traite pas des conséquences juridiques d’une violation des obligations d’information, qui sont prévues, comme l’obligation d’information elle-même, dans d’autres textes de loi.

58. L’article 5 n’interdit pas l’émission d’un document transférable électronique au porteur lorsque le droit matériel le permet (A/CN.9/768, par. 38). 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, lutte contre le blanchiment d’argent), mais pas à des fins de droit commercial (par exemple, pour une action récursoire).

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 11; A/CN.9/768, par. 38;
 A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 27; A/CN.9/797, par. 33;
 A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 37;
 A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 42;
 A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 44;
 A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 54;
 A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 40 et 41; A/CN.9/869, par. 45 à 47.

B. Dispositions relatives aux opérations électroniques

Remarques

59. Sous réserve de décisions ultérieures du Groupe de travail, la Loi type est organisée en quatre parties (“Généralités”, articles premier à 5; “Dispositions relatives aux opérations électroniques”, articles 6 à 8; “Utilisation de documents

transférables électroniques”, articles 9 à 19; et “Reconnaissance internationale des documents transférables électroniques”, article 20).

60. À sa quarante-huitième session, le Groupe de travail a décidé de conserver les projets d’articles 6 à 8 dans une partie distincte (A/CN.9/797, par. 34; voir également A/CN.9/768, par. 40). Il voudra peut-être revoir sa décision à la lumière des avancées enregistrées dans l’élaboration de la Loi type et du fait que les articles 6 à 8 se rapportent à l’utilisation de documents transférables électroniques et non aux opérations électroniques. À cet égard, il voudra peut-être également se demander si l’article 6 devrait être déplacé dans la partie “Généralités” de la Loi type, étant donné sa teneur.

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/768, par. 40 et 44;
A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 28 et 29; A/CN.9/797, par. 34;
A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 43;
A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 45;
A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 55;
A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 42.

Commentaires

61. Toute référence à une obligation juridique figurant dans les dispositions de la Loi type qui énoncent des règles d’équivalence fonctionnelle suppose un renvoi aux conséquences du non-respect de cette obligation, ce qui rend inutile toute mention expresse de ces conséquences (A/CN.9/834, par. 43 et 46). En conséquence, la Loi type ne comprend pas les mots “ou prévoit des conséquences” après “lorsque la loi exige”.

“Projet d’article 6. 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.”

Remarques

62. Le projet d’article 6 tient compte de la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 93 et 94) d’insérer dans le présent article les dispositions relatives au consentement, qui figuraient initialement dans un article distinct.

Commentaires

Paragraphe 1

63. 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 électronique et au paragraphe 1 de l'article 8 de la Convention sur les communications électroniques.

64. En affirmant qu'un document "n'est pas privé 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 est présenté ou conservé ne peut être utilisée comme seul motif pour priver un document de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire. Toutefois, la disposition ne devrait pas être interprétée, à tort, comme établissant la validité juridique d'un document transférable électronique ou de toute information qu'il contient¹².

Paragraphes 2 et 3

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

66. 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, les États adoptants peuvent décider 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 poursuivent¹³.

67. L'exigence d'un "consentement" est d'ordre général et s'applique dans tous les cas où un document transférable électronique est utilisé conformément à la Loi type, et à toutes les parties participant au cycle de vie du document (A/CN.9/768, par. 57). En conséquence, d'autres dispositions de la Loi type ne font pas expressément référence au consentement (A/CN.9/768, par. 57; voir également A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 41).

68. Il n'est pas nécessaire que le consentement à l'utilisation d'un document transférable électronique soit donné expressément ni sous une forme particulière. Si la certitude absolue peut être acquise en obtenant un consentement exprès avant l'utilisation d'un document transférable électronique, un tel consentement ne saurait être exigé car il constituerait un obstacle déraisonnable à l'utilisation des moyens électroniques.

69. Le consentement à l'utilisation de documents transférables électroniques peut se déduire de toutes circonstances, notamment du comportement des parties. Si certains systèmes utilisés pour gérer les documents transférables électroniques, tels que les systèmes fondés sur un registre, peuvent exiger l'acceptation des règles du

¹² Voir également Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, Note explicative, par. 129.

¹³ Voir, par exemple, l'article 6-2 de la loi sur l'émission et la négociation de lettres de change et de billets à ordre électroniques (Loi 7197 du 22 mars 2004, telle que modifiée) de la République de Corée.

système, qui comprennent ou impliquent le consentement à l'utilisation de documents transférables électroniques, d'autres systèmes, tels que ceux fondés sur des jetons ou un grand livre distribué, n'exigent pas d'acceptation préalable des règles contractuelles, et en conséquence le consentement peut se déduire de circonstances telles que l'exercice du contrôle sur le document transférable électronique ou l'exécution d'une obligation prévue dans le document en question.

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 11 et 20; A/CN.9/768, par. 39, 57 et 58;
A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 30 et 40 à 44; A/CN.9/797, par. 34, 35, 62 et 63;
A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 37; A/CN.9/WG.IV/WP.128/Add.1, par. 5;
A/CN.9/804, par. 17;
A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 44; WP.130/Add.1, par. 7;
A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 46; WP.132/Add.1, par. 11;
A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 56; WP.135/Add.1, par. 7;
A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 43; WP.137/Add.1, par. 9; A/CN.9/869, par. 93 et 94.

“Projet d'article 7. Exigence d'un écrit

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

Remarques

70. Dans les débats qu'il tiendra au sujet d'une loi applicable aux documents transférables électroniques qui n'existent que sous forme électronique, le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que celle-ci devrait prévoir les mêmes exigences que celles énoncées à l'article 7, à savoir que l'information devrait être accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement (A/CN.9/768, par. 42).

71. À la quarante-neuvième session du Groupe de travail, il a été estimé que le projet d'article 7 pourrait être inutile, car le respect de l'équivalence fonctionnelle de l'exigence d'un “écrit” était implicite dans la définition du “document transférable électronique” énoncée dans le projet d'article 2. Il a été répondu qu'une règle sur l'exigence d'un “écrit” était nécessaire compte tenu des autres règles sur l'équivalence fonctionnelle figurant dans les projets de dispositions (A/CN.9/804, par. 18). À la lumière de cette discussion, le Groupe de travail voudra peut-être préciser le lien qui existe entre le projet d'article 7 et le projet d'article 9, qui énonce des exigences en matière d'information et d'intégrité pour assurer l'équivalence fonctionnelle de documents ou instruments transférables papier.

Commentaires

72. L'article 7 définit les conditions à remplir pour assurer l'équivalence fonctionnelle de l'écrit en ce qui concerne les informations qui figurent dans des documents transférables électroniques ou qui y sont associées (A/CN.9/797, par. 37). Il s'inspire du paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur

le commerce électronique¹⁴. Toutefois, il renvoie à la notion d’“information”, et non à celle de “communication”, car toutes les informations pertinentes ne sont pas nécessairement communiquées (A/CN.9/797, par. 37), en fonction du système choisi pour gérer les documents transférables électroniques.

73. L’article 7 énonce une règle d’équivalence fonctionnelle de l’“écrit” qui concerne uniquement les documents transférables électroniques. L’utilisation d’un écrit est déterminante dans plusieurs actes susceptibles de se produire pendant le cycle de vie du document transférable électronique, comme l’endossement (A/CN.9/768, par. 46).

74. La règle générale de l’équivalence fonctionnelle entre les formes électronique et écrite énoncée dans la législation sur les opérations électroniques (A/CN.9/797, par. 38) s’applique à tous les documents électroniques qui ne sont pas transférables. Si la Loi type sur les documents transférables électroniques est adoptée par consolidation avec le texte incorporant la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ou un texte analogue, l’État adoptant pourra envisager d’adopter une disposition unique concernant l’équivalence fonctionnelle des formes écrite et électronique qui s’appliquera aux documents électroniques tant transférables que non transférables.

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 12 et 13; A/CN.9/768, par. 40 à 44;
 A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 31 à 33; A/CN.9/797, par. 36 à 39;
 A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 38 et 39; A/CN.9/804, par. 18 et 19;
 A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 45 à 47;
 A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 47 à 49;
 A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 57 à 60;
 A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 44 à 47.

“Projet d’article 8. Signature

Lorsque la loi exige la signature d’une personne, cette exigence est satisfaite par un document transférable électronique si une méthode fiable est utilisée pour identifier cette personne et pour indiquer sa volonté concernant l’information figurant dans le document électronique.”

Remarques

75. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail est convenu que l’article 8 était censé s’appliquer uniquement aux documents électroniques transférables, et non aux documents électroniques qui n’étaient pas transférables, bien qu’utilisés en relation avec des documents électroniques transférables (A/CN.9/869, par. 48 et 49). Compte tenu de cette conclusion, il voudra peut-être examiner plus avant la décision qu’il a prise selon laquelle le projet d’article 8 devrait renvoyer à l’information figurant dans le “document électronique” et non dans le “document transférable électronique”, cet article traitant de l’exigence générale de signature en droit matériel (A/CN.9/804, par. 20).

¹⁴ Pour des commentaires sur cette disposition, voir Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, par. 47 à 50.

Commentaires

76. L'article 8 énonce les exigences concernant l'équivalence fonctionnelle de la "signature" (A/CN.9/804, par. 20) lorsque le droit matériel exige expressément une signature ou prévoit des conséquences en l'absence de signature (exigence implicite de signature) (A/CN.9/797, par. 46; voir également A/CN.9/834, par. 43).

77. L'article 8 s'inspire du paragraphe 1 b) de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. 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 qui peuvent être remplies par l'utilisation d'une signature électronique. La fiabilité de la méthode visée à l'article 8 doit être évaluée conformément à la norme générale de fiabilité mentionnée à l'article 11.

78. L'indication selon laquelle l'exigence de signature est satisfaite "par" un document transférable électronique vise à préciser que l'article 8 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 (A/CN.9/869, par. 48 et 49). En conséquence, l'article 8 énonce une règle d'équivalence fonctionnelle pour la notion de "signature" qui s'applique uniquement aux documents transférables électroniques.

79. Certains systèmes de gestion des documents transférables électroniques, tels que ceux fondés sur un grand livre distribué, peuvent utiliser des pseudonymes à la place des noms véritables. Dans ce cas, l'exigence d'identification du signataire peut être satisfaite en reliant le pseudonyme au nom véritable s'il y a lieu.

80. 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. Si la Loi type sur les documents transférables électroniques est adoptée par consolidation avec le texte incorporant la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ou un texte analogue, l'État adoptant pourra envisager d'adopter une disposition unique concernant l'équivalence fonctionnelle des signatures électroniques et manuscrites qui s'appliquera aux documents électroniques tant transférables que non transférables.

Notion d'"original"

Commentaires

81. 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 (A/CN.9/804, par. 40). 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. C'est pourquoi, dans le contexte des documents transférables électroniques, la notion d'"original" diffère de celle retenue dans des textes de la CNUDCI adoptés précédemment (A/CN.9/797, par. 47). En conséquence, la Loi type fait référence à l'intégrité des documents transférables électroniques comme étant l'une des conditions qui doivent être satisfaites pour assurer l'équivalence fonctionnelle avec

un document ou instrument transférable papier (art. 9, par. 1-b iii)) (voir A/CN.9/WG.IV/WP.139/Add.1, par. 24).

82. 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 d’“unicité” et de “contrôle” qui permettent d’identifier tant la personne ayant droit à l’exécution que l’objet du contrôle.

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 12 et 13; A/CN.9/768, par. 41 et 43;

A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 31 à 34; A/CN.9/797, par. 40 à 47;

A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 40 et 41; A/CN.9/804, par. 20;

A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 48 à 53;

A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 50 à 55;

A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 61 à 67;

A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 48 à 51; A/CN.9/869, par. 48 et 49.