

**Assemblée générale**

Distr. limitée
27 août 2015
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail IV (Commerce électronique)
Cinquante-deuxième session
Vienne, 9-13 novembre 2015**

**Projet de loi type sur les documents transférables
électroniques****Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-7	2
II. Projet de loi type sur les documents transférables électroniques	8-95	3
A. Généralités (Articles 1 à 6)	8-54	3
B. Dispositions relatives aux opérations électroniques (Articles 7 à 9)	55-67	11
C. Utilisation de documents transférables électroniques (Articles 10 et 11)	68-95	14



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 largement exprimé en faveur de l'élaboration de projets de dispositions sur les documents transférables électroniques, lesquels 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 figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.122, notant que s'il était prématuré d'ouvrir un débat sur la forme finale 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 figurant dans le document 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 l'élaboration des projets de dispositions contenus dans le document 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 l'élaboration des projets de dispositions contenus dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.130 et Add.1. Sous réserve de la décision finale que prendrait la Commission, il est convenu de procéder à l'élaboration d'un projet de loi type sur les documents transférables électroniques (A/CN.9/828, par. 23). Il a été estimé que le projet de loi type devrait prendre en considération à la fois les équivalents électroniques de documents ou instruments transférables papier et les documents transférables qui n'existaient que dans un environnement électronique, 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 n'existant 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 sur l'élaboration du projet de loi type figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.132 et Add.1. Il a fait porter l'essentiel de ses débats sur les définitions des documents transférables électroniques, de la possession et du contrôle. La deuxième partie de la présente note contient les projets de dispositions

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

élaborés sur la base des délibérations tenues et des décisions prises par le Groupe de travail à cette session (A/CN.9/834, par. 21 à 108).

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.
- [3. La présente loi s’applique aux documents transférables électroniques non visés par [la loi régissant un certain type de documents transférables électroniques précisée par l’État adoptant].]”

Remarques

8. Le projet d’article premier résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à sa quarante-huitième session (A/CN.9/797, par. 16 et 17).
9. Dans le paragraphe 2 de ce projet d’article est énoncé le principe général selon lequel le projet de loi type n’a pas d’incidence sur le droit matériel applicable aux documents ou instruments transférables papier et à leurs équivalents électroniques. Ce principe s’applique à chaque étape du cycle de vie des documents transférables électroniques. Par exemple, il permet d’émettre un document transférable électronique au porteur lorsque le droit matériel le permet (A/CN.9/797, par. 65). Il permet également de modifier les modalités de circulation d’un document transférable électronique émis au porteur au profit d’une personne dénommée, et vice-versa (“endossement en blanc”), lorsque le droit matériel le permet (A/CN.9/828, par. 82).
10. Le projet de paragraphe 3 vise à permettre l’application du projet de loi type également à des documents transférables qui n’existent que dans un environnement électronique, sans interférer avec le droit matériel. À cet égard, il convient de noter que, en principe, les documents transférables électroniques qui sont des équivalents fonctionnels de documents ou d’instruments transférables papier et les documents transférables qui n’existent que dans un environnement électronique peuvent coexister dans un même pays. En conséquence, le projet de paragraphe 3 ne serait pas nécessaire dans les pays où les documents transférables électroniques de ce type n’existent pas (A/CN.9/797, par. 17).
11. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu’il y a des chances qu’une loi applicable aux documents transférables qui n’existent que dans un environnement électronique définisse son champ d’application matériel. En outre, le droit matériel applicable à un document transférable électronique équivalent à un document ou un instrument transférable papier est défini par référence à ce document ou cet instrument transférable papier équivalent. Le Groupe de travail

voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de conserver le projet de paragraphe 3 à la lumière des observations qui précèdent.

“Projet d'article 2. Exclusions

1. La présente loi ne se substitue à aucune règle de droit applicable à la protection du consommateur.
2. La présente loi ne s'applique pas aux titres, tels que les actions et les obligations, ni aux autres instruments d'investissement.
3. [La présente loi ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre ni aux chèques.]”

Remarques

12. Le projet d'article 2 résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à sa quarante-huitième session (A/CN.9/797, par. 18 à 20).

13. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le paragraphe 1 du projet d'article 2 devrait être conservé, étant donné que le paragraphe 2 du projet d'article premier prévoit déjà que le projet de loi type n'a pas d'incidence sur le droit matériel. S'il le conserve, il voudra peut-être également examiner la question de savoir si ce projet de disposition devrait être placé ailleurs dans la loi type, par exemple dans le projet d'article premier, dans la mesure où il pourrait ne pas constituer un cas d'exclusion du champ d'application de la loi.

14. Au projet de paragraphe 2, le terme “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).

15. Le terme “instruments d'investissement” s'entend comme englobant les instruments dérivés, les instruments du marché monétaire et tout autre produit financier disponible pour l'investissement (A/CN.9/797, par. 19).

16. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que les actions et obligations sont exclues du champ d'application de la loi type également lorsqu'elles sont considérées comme des instruments négociables dans les pays concernés.

17. Le projet de paragraphe 3 traduit le point de vue selon lequel il conviendrait d'exclure du champ d'application de la loi type certains documents ou instruments transférables papier afin d'éviter des conflits avec des traités tels que la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 1930) et la Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 1931) (les “Conventions de Genève”) dans les pays où ces traités sont en vigueur (A/CN.9/797, par. 20 et 109 à 112; voir également A/CN.9/WG.IV/WP.125).

18. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver le paragraphe 3 dans le projet de loi type pour guider les États parties aux Conventions de Genève et à d'autres conventions pertinentes qui souhaiteraient adopter cette loi.

19. Sinon, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait de rédiger le projet de paragraphe 3 comme une clause d'exclusion ouverte, qui pourrait se lire comme suit: “La présente loi ne s'applique pas à [...]”, pour

permettre une application sélective de la loi type en fonction des caractéristiques du pays concerné. Cette démarche conférerait également une certaine souplesse en permettant éventuellement d'intégrer à la liste certains instruments ou documents tels que les lettres de crédit, dont le statut juridique aux termes de la loi type pourrait ne pas être clair.

“Projet d'article 3. Définitions

Aux fins de la présente loi:”

Remarques

20. Les définitions énoncées dans le projet d'article 3 ont été établies à titre de référence et devraient être examinées dans le cadre des projets d'articles concernés. Les termes sont présentés dans l'ordre dans lequel ils apparaissent dans le projet de loi type (A/CN.9/768, par. 34). Des remarques à l'intention du Groupe de travail ont été placées après chaque définition. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les projets de définitions une fois que les projets d'articles de la loi type auront été examinés en détail et que l'emploi des termes définis aura été établi (A/CN.9/828, par. 66).

21. Toutes les références au “porteur” d'un document transférable électronique ont été supprimées des projets de dispositions et remplacées par l'expression “personne qui a le contrôle” (A/CN.9/804, par. 85). Le Groupe de travail voudra peut-être préciser au projet d'article 3 qu'une “personne” peut être une personne physique ou morale.

Le terme “document transférable électronique” désigne [un document électronique] [contenant des informations faisant foi] qui donne à la personne qui en a le contrôle le droit de réclamer l'exécution de l'obligation [spécifiée] dans ce document et dont le transfert permet de transférer ce droit.

Remarques

22. La définition du terme “document transférable électronique” résulte des débats tenus par le Groupe de travail à ses quarante-huitième (A/CN.9/797, par. 21 à 28) et cinquante et unième (A/CN.9/834, par. 23 à 26, 88, 95 à 98 et 100) sessions.

23. La définition du terme “document transférable électronique” vise à englober les documents transférables électroniques qui sont équivalents à des documents ou instruments transférables papier et les documents transférables qui n'existent que dans un environnement électronique (A/CN.9/797, par. 23). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette définition devrait être revue compte tenu de sa décision d'élaborer en priorité des dispositions sur les équivalents électroniques des documents ou instruments transférables papier.

24. La définition du terme “document transférable électronique” n'a pas d'incidence sur le fait que c'est le droit matériel qui déterminera la question de savoir si la personne qui a le contrôle du document est légitime et celle de ses droits matériels. Elle n'a pas non plus pour objet de décrire toutes les fonctions qui pourraient être liées à l'utilisation d'un tel document. Par exemple, un document transférable électronique peut avoir une valeur probante; cette possibilité sera toutefois évaluée en application d'une loi autre que le projet de loi type.

25. Le Groupe de travail a confirmé que certains documents ou instruments, qui sont généralement transférables, mais dont la transférabilité est limitée par d'autres accords, tels que des connaissements nominatifs, n'entreraient pas dans cette définition et qu'il faudrait que le projet de loi type se concentre sur les documents "transférables" (A/CN.9/797, par. 27 et 28).

26. La formule "[contenant des informations faisant foi]" a été ajoutée, en vue d'un examen ultérieur, à la suite des débats tenus sur le projet d'article 10 (A/CN.9/834, par. 26 et 88), et devrait en conséquence être examinée avec ce projet d'article.

27. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le mot "[spécifiée]" est approprié ou si d'autres termes tels que "représentée par", "incorporée", "précisée" ou "figurant" (A/CN.9/797, par. 22) devraient être employés.

28. Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte de la définition du terme "document électronique" lorsqu'il examinera celle du terme "document transférable électronique" (voir par. 74 ci-après).

29. À la cinquante et unième session du Groupe de travail, différentes vues ont été exprimées au sujet de la nécessité de conserver la définition du terme "document transférable électronique" (A/CN.9/834, par. 95 à 98). En particulier, l'avis a été exprimé qu'un document électronique conforme aux exigences énoncées dans le projet d'article 10 constituerait un document transférable électronique qui serait l'équivalent fonctionnel du document ou de l'instrument transférable papier correspondant. En conséquence, une définition du terme "document transférable électronique" pourrait ne pas être nécessaire ou se limiter à un renvoi aux exigences énoncées dans le projet d'article 10.

30. Sur le même sujet, à la même session, on a proposé la définition suivante du terme "document transférable électronique", qui fait référence aux informations devant figurer dans un document ou instrument transférable papier et aux exigences énoncées dans le projet d'article 10 (A/CN.9/834, par. 100):

"Un document transférable électronique" [est un document électronique qui contient toutes les informations qui donneraient effet à un document ou instrument transférable papier, et qui satisfait aux exigences de l'article 10].

31. D'autres éléments pourraient être pris en compte en ce qui concerne la définition des "documents transférables électroniques" applicable aux documents transférables électroniques n'existant que sous forme électronique, qui seront examinés ultérieurement.

Le terme "document ou instrument transférable papier" désigne un document ou instrument transférable émis sur papier qui donne au porteur le droit de réclamer l'exécution de l'obligation [spécifiée] dans ce document ou cet instrument et dont le transfert permet de transférer ce droit.

Les documents ou instruments transférables papier incluent les lettres de change, les chèques, les billets à ordre, [les lettres de transport,] les connaissements et les récépissés d'entrepôt.

Remarques

32. La définition du terme “document ou instrument transférable papier” résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à sa quarante-huitième session (A/CN.9/797, par. 21 à 28). Elle ne porte pas préjudice au droit matériel.

33. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la définition du terme “document ou instrument transférable papier” doit être conservée compte tenu de ses incidences sur le droit matériel.

34. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s’il convient d’inclure la liste indicative de documents ou instruments transférables papier, qui s’inspire du 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”), dans la définition du terme “document ou instrument transférable papier” ou dans un texte explicatif (A/CN.9/768, par. 34 et A/CN.9/797, par. 25 et 26), en ayant également à l’esprit la teneur du paragraphe 3 du projet d’article 2. Il voudra peut-être aussi se demander s’il convient de conserver la référence aux lettres de transport, qui ne sont pas transférables dans certains pays.

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 liée [jointe] [au document] [de façon à devenir partie du document], qu’elle soit créée simultanément ou [non] [ultérieurement]].

Remarques

35. La définition du terme “document électronique” se fonde sur celle du terme “message de données” qui figure dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et dans la Convention sur les communications électroniques. Le texte entre crochets vise à souligner le fait que des informations peuvent être associées au document transférable électronique lors de l’émission ou par la suite (par exemple, concernant un endossement) (A/CN.9/797, par. 43 à 45). Il vise aussi à préciser que certains documents électroniques peuvent, mais ne doivent pas, inclure un ensemble d’information composite (A/CN.9/797, par. 43). Le Groupe de travail voudra peut-être également se souvenir du débat qu’il a tenu sur le terme “document électronique” en relation avec le projet d’article 10 (A/CN.9/828, par. 31).

Le terme “émetteur” désigne une personne qui émet, directement ou avec l’aide d’un tiers, un document transférable électronique.

Remarques

36. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer la définition du terme “émetteur”, qui ne figure plus dans le projet de loi type compte tenu de la suppression des projets de dispositions relatifs à l’émission (A/CN.9/797, par. 64 à 67) et à la conservation (A/CN.9/834, par. 77).

37. Les mots “, directement ou avec l’aide d’un tiers,” doivent permettre de préciser que lorsqu’un document transférable électronique est émis par un tiers

prestataire de services à la demande de l'émetteur, le tiers n'est pas considéré comme un émetteur en vertu du projet de disposition (A/CN.9/768, par. 33).

[Le terme "contrôle" d'un document transférable électronique désigne le [pouvoir de fait de traiter ce document transférable électronique ou d'en disposer] [pouvoir de traiter dans les faits le document transférable électronique ou d'en disposer] [contrôle de fait du document transférable électronique].]

Remarques

38. Le projet de définition du terme "contrôle" a été mis entre crochets en application d'une décision prise par le Groupe de travail à sa cinquantième session lorsqu'il examinait le projet d'article 17, relatif à la possession (A/CN.9/828, par. 66 et 67). Le projet d'article 17 vise à énoncer les exigences nécessaires pour établir le contrôle en tant qu'équivalent fonctionnel de la possession. Compte tenu du fait que la possession est une notion définie en droit matériel, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il est nécessaire de définir la notion de "contrôle" (A/CN.9/834, par. 83).

Le terme "modification" désigne la modification d'informations figurant dans le document transférable électronique conformément à la procédure prévue dans le projet d'article 20.

Remarques

39. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer cette définition compte tenu du fait que le terme "modification" apparaît uniquement dans le projet d'article 20 qui, de son côté, comprend actuellement une règle d'équivalence fonctionnelle. En outre, le fait de définir le terme "modification" pourrait être interprété comme ayant des incidences non voulues sur le droit matériel.

Le terme "exécution de l'obligation" désigne la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent comme spécifié dans un document ou instrument transférable papier ou dans un document transférable électronique.

Remarques

40. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver cette définition compte tenu des incidences qu'elle pourrait avoir sur le droit matériel. Le projet de définition fait référence, de manière générale, à la livraison de marchandises ou au paiement d'une somme d'argent, comme il est prévu au paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur les communications électroniques (A/CN.9/761, par. 22). Le terme "exécution de l'obligation" apparaît dans les définitions des termes "document transférable électronique" et "document ou instrument transférable papier".

Le terme "débiteur" désigne la personne [spécifiée] dans un document ou instrument transférable papier ou dans un document transférable électronique comme ayant l'obligation d'exécution [de l'obligation visée dans ce document ou cet instrument].

Remarques

41. La définition du terme “débiteur” a été revue afin de préciser qu’elle n’avait qu’une valeur descriptive et que le droit matériel déterminait la personne qui était le débiteur. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s’il convient de conserver cette définition compte tenu du fait que cette notion peut déjà être définie dans le droit matériel.

42. Le terme “débiteur” apparaît actuellement dans le seul projet d’article 18, relatif à la présentation. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si ce projet de définition reste pertinent compte tenu de la forme définitive que prendra cet article.

43. Si la définition du terme “débiteur” est conservée, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le mot “[spécifiée]” est approprié ou si un autre terme peut être employé (voir par. 27 ci-dessus).

Le terme “remplacement” désigne la substitution d’un document ou instrument transférable papier par un document transférable électronique ou [vice versa] [inversement] [la substitution d’un document transférable électronique par un document ou instrument transférable papier].

Remarques

44. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer la définition du terme “remplacement” compte tenu du fait qu’il n’apparaît plus dans le projet de loi type.

“Projet d’article 4. 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 [et le respect de la bonne foi].

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

45. Le projet d’article 4 a pour objet d’appeler l’attention des tribunaux et autres autorités sur le fait que les textes qui incorporent la loi type dans le droit interne doivent être interprétés en fonction de leur origine internationale, de façon à en faciliter l’interprétation uniforme (A/CN.9/768, par. 35). Une formulation identique se trouve 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.

46. Le membre de phrase “La présente loi découle d’une loi type d’origine internationale” a été ajouté à la suite d’une décision prise par le Groupe de travail à sa quarante-septième session, dans le but de souligner que la loi résultait de l’incorporation dans le droit interne d’une loi type d’origine internationale (A/CN.9/768, par. 35). Il n’apparaît pas dans d’autres textes de la CNUDCI. Sinon, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette formule devrait apparaître et l’idée sous-jacente être précisée dans un document d’orientation.

47. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la formule “[et le respect de la bonne foi]” doit être conservée compte tenu des incidences possibles sur le droit matériel et, en particulier, de la pertinence de la notion de bonne foi dans le droit matériel régissant les documents ou instruments transférables papier. La notion de bonne foi apparaît dans plusieurs autres textes de la CNUDCI, notamment ceux relatifs au commerce électronique. Le Groupe de travail voudra peut-être également clarifier la question de savoir si cette formule fait référence au respect de la bonne foi dans l’application de la loi.

48. La notion de “principes généraux”, qui apparaît au paragraphe 2, est employée 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”) est la disposition contenant cette notion qui a été la plus interprétée dans la jurisprudence.

49. La notion de “principes généraux”, qui figure au paragraphe 2, renvoie aux principes généraux des opérations électroniques (A/CN.9/797, par. 29), y compris ceux déjà énoncés dans des textes pertinents de la CNUDCI. Dans cet ordre d’idées, le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que les principes fondamentaux que sont la non-discrimination des communications électroniques, la neutralité technologique et l’équivalence fonctionnelle doivent être considérés comme des principes généraux qui sous-tendent le projet de loi type. D’autres principes généraux pourront être répertoriés à mesure que les travaux du Groupe de travail progresseront.

50. Certains des principes généraux qui sous-tendent la CVIM, comme l’autonomie des parties et la bonne foi, peuvent également être utiles pour définir la notion de principes généraux énoncée dans le projet de loi type.

“Projet d’article 5. Autonomie des parties [et relativité des contrats]

1. Les parties peuvent déroger aux dispositions de la présente loi ou les modifier par convention [à l’exception des articles 1, 2, 4, 5-2, 6, 7, [...]] [, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable].

2. Une telle convention n’a pas d’incidence sur les droits de quiconque n’y est pas partie.”

Remarques

51. Le Groupe de travail a souligné l’importance du principe d’autonomie des parties dans les projets de dispositions (A/CN.9/797, par. 30) et, compte tenu de l’applicabilité générale de ce principe, est convenu de répertorier les projets d’articles auxquels il ne pourrait pas être dérogé (A/CN.9/797, par. 32).

52. Bien que l’autonomie des parties soit un principe fondamental qui sous-tend le droit commercial et les textes de la CNUDCI, le Groupe de travail voudra peut-être noter que les textes de la CNUDCI concernant le commerce électronique prévoient certaines limites à l’application de ce principe, pour éviter des conflits avec des règles d’application obligatoire, telles que celles concernant l’ordre public. L’article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et l’article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques offrent des exemples en la matière. La formule “[, à moins que cette convention soit invalide ou sans

effets en vertu de la loi applicable]”, qui figure à l’article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, a été ajoutée au projet d’article 5 de la loi type pour traduire cette même démarche.

53. La possibilité de déroger aux dispositions du projet de loi type ou de les modifier pourrait, sinon, être indiquée par l’ajout d’une formule spécifique, telle que “à moins que les parties n’en conviennent autrement”, dans les dispositions concernées.

“Projet d’article 6. 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.”

54. Le Groupe de travail a décidé de conserver le projet d’article 6, étant entendu qu’il rappelle aux parties qu’elles doivent respecter les obligations d’information que peut imposer une autre loi (A/CN.9/797, par. 33).

B. Dispositions relatives aux opérations électroniques

55. À sa quarante-huitième session, le Groupe de travail a décidé de conserver les projets d’articles 7 à 9 dans une section distincte (A/CN.9/797, par. 34). Il voudra peut-être revoir sa décision en fonction de la forme définitive que prendra le projet de loi type ainsi que de la teneur de ces articles.

“Projet d’article 7. Reconnaissance juridique d’un document transférable électronique

L’effet juridique, la validité ou la force exécutoire d’un document transférable électronique ne sont pas déniés au seul motif que celui-ci se présente sous une forme électronique.”

Remarques

56. Le projet d’article 7 énonce le principe de non-discrimination. À sa quarante-neuvième session, le Groupe de travail a décidé de conserver le projet d’article 7 sous sa forme actuelle (A/CN.9/804, par. 17; voir également A/CN.9/768, par. 39).

“Projet d’article 8. 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

57. Le projet d’article 8 résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/804, par. 18 et 19). Y sont énoncées 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). La règle générale sur

l'équivalence fonctionnelle entre la forme électronique et l'écrit devrait figurer dans la loi régissant les opérations électroniques (A/CN.9/797, par. 38). Dans le projet d'article 8, il est fait référence à la notion d'"information" et non à celle de "communication" étant donné que toutes les informations pertinentes ne sont pas nécessairement communiquées (A/CN.9/797, par. 37).

58. En vertu d'une décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante et unième session, le texte explicatif accompagnant les projets de dispositions traduira le principe selon lequel toute exigence juridique énoncée dans le projet de loi type a des conséquences lorsqu'elle n'est pas satisfaite, si bien qu'il n'est pas nécessaire de faire explicitement référence à ces conséquences (A/CN.9/834, par. 43 et 46). C'est pourquoi la formule "ou prévoit des conséquences en l'absence d'un écrit", jugée inutile, a été supprimée du projet d'article 10 et de l'ensemble du projet de loi type.

59. À la quarante-neuvième session, il a été dit que le projet d'article 8 pourrait être inutile, dans la mesure où le respect de l'exigence concernant l'équivalence fonctionnelle de "l'écrit" était implicite dans la définition du terme "document transférable électronique" énoncée dans le projet d'article 3. Il a été répondu qu'une règle concernant l'exigence d'un "écrit" était nécessaire au vu des autres règles sur l'équivalence fonctionnelle qui figuraient dans les projets de dispositions (A/CN.9/804, par. 18). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il est souhaitable de conserver le projet d'article 8 compte tenu des projets d'articles 10 et 11.

60. Si la loi est applicable aux documents transférables électroniques n'existant que sous forme électronique, le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que la loi régissant ces documents devrait énoncer les mêmes conditions que celles prévues au projet d'article 8, c'est-à-dire que les informations devraient être accessibles de manière à pouvoir être consultées ultérieurement (A/CN.9/768, par. 42).

"Projet d'article 9. Signature

Lorsque la loi exige la signature d'une personne, cette exigence est satisfaite [en ce qui concerne] [dans le cas d'] [par] un document transférable électronique:

- a) Si une méthode est utilisée pour identifier cette personne et pour indiquer sa volonté concernant l'information figurant dans le document électronique; et
- b) Si la méthode utilisée est:
 - i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le document électronique a été créé, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, y compris toute convention en la matière;
 - ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, à elle seule ou en conjonction avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a) ci-dessus."

Remarques

61. Le projet d'article 9 résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à sa quarante-neuvième session (A/CN.9/804, par. 20). Y sont énoncées les conditions à

remplir pour assurer l'équivalence fonctionnelle de la "signature" (ibid.) lorsque le droit matériel contient une exigence de signature explicite ou prévoit les conséquences de l'absence de signature (exigence de signature implicite) (A/CN.9/797, par. 46; voir également A/CN.9/834, par. 43). Le projet d'article 9 est fondé sur le texte du paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques. La formule "ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature" a été supprimée à la suite de la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante et unième session (A/CN.9/834, par. 46).

62. La référence à "une méthode dont la fiabilité est suffisante" à l'alinéa b) i) suit l'approche adoptée au paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques, mais diffère des références faites dans d'autres projets d'articles à une "méthode fiable". Le Groupe de travail voudra peut-être clarifier la question de savoir si cette référence est distincte de celle faite à une méthode "dont la fiabilité est suffisante" figurant dans le projet d'article 17, dans la mesure où ce projet d'article porte sur l'équivalence fonctionnelle de la possession, dont il n'est pas question dans la Convention sur les communications électroniques.

63. La note explicative relative à la Convention sur les communications électroniques donne des orientations sur la teneur et la signification de la notion de "fiabilité" dans le contexte du paragraphe 3 de l'article 9 de cette Convention². Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que les orientations fournies dans cette note explicative seraient appropriées pour interpréter l'alinéa b) i) du projet d'article 9.

64. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être préciser si le niveau général de fiabilité visé dans le projet d'article 11 s'appliquerait également à l'alinéa b) i) du projet d'article 9 (A/CN.9/804, par. 20).

65. Une autre option serait d'inclure, dans le projet d'article 9, un texte s'inspirant des conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques, et ce faisant de définir un niveau spécifique de fiabilité qui ne serait applicable qu'à l'alinéa b) i) du projet d'article 9. Il convient toutefois de noter que le Groupe de travail était déjà convenu de ne pas adopter une approche "dualiste" de ce type dans les projets de dispositions (A/CN.9/797, par. 40).

66. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il devrait être précisé dans le texte du projet d'article 9 que cette disposition s'applique uniquement aux documents transférables électroniques et non aux documents électroniques qui ne sont pas transférables mais s'apparentent d'une certaine manière à un document transférable électronique. D'autres formulations sont proposées à cette fin. La formule "en ce qui concerne" est utilisée dans le chapeau du projet d'article 9; l'expression "dans le cas d'" est employée au paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques; le mot "par" figure dans d'autres dispositions de textes de la CNUDCI sur l'équivalence fonctionnelle et peut suggérer une application plus étroite du projet d'article 9.

² Nations Unies, Note explicative du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, New York, 2007, par. 161 à 164.

Remarques sur la notion d'“original”

67. Ayant noté que la notion d'“original” dans le contexte des documents transférables électroniques différait de celle adoptée dans d'autres textes de la CNUDCI (A/CN.9/797, par. 47) et que la règle sur l'équivalence fonctionnelle de l'original devait avoir pour objet principal d'empêcher les demandes multiples (A/CN.9/804, par. 21), le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une règle sur l'équivalence fonctionnelle de l'“original” dans les projets de dispositions (A/CN.9/804, par. 40). Il a été expliqué que la notion de “contrôle” permettrait d'éviter des demandes multiples en ce qui concerne les documents transférables électroniques. Il a par ailleurs été précisé que la notion de “contrôle” pouvait viser tant la personne ayant droit à l'exécution que l'objet du contrôle (A/CN.9/804, par. 39).

C. Utilisation de documents transférables électroniques**“Projet d'article 10. [Document ou instrument transférable papier] [Document électronique produisant effet] [Document transférable électronique]**

1. Lorsque la loi exige l'utilisation d'un document ou instrument transférable papier, cette exigence est satisfaite par l'utilisation d'un document électronique:

a) Si le document électronique contient les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier équivalent; et

b) S'il est employé une méthode:

i) Dont la fiabilité est suffisante pour permettre d'identifier ce document électronique comme le document [faisant foi] qui constitue le document transférable électronique;

ii) [Pour faire en sorte] [Qui fait en sorte] que ce document électronique puisse être soumis à un contrôle depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable; et

iii) Dont la fiabilité est suffisante pour permettre de préserver l'intégrité du document transférable électronique.

2. L'intégrité de l'information figurant dans le document transférable électronique, 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, s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et inchangée, exception faite de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition. Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information figurant dans le document transférable électronique a été créée et à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.”

Remarques

68. Le projet d'article 10 a été remanié à la suite de débats tenus par le Groupe de travail à sa cinquante et unième session (A/CN.9/834, par. 21 à 30, 85 à 94 et 99). Le texte actuel vise à combiner les deux principales solutions retenues pour éviter les demandes multiples d'exécution, à savoir celle fondée sur la "singularité" et l'autre sur le "contrôle" (A/CN.9/834, par. 86).

69. Le projet d'article 10 vise à proposer une règle sur l'équivalence fonctionnelle concernant l'utilisation de documents ou d'instruments transférables papier en énonçant les conditions que doit remplir un document électronique. Le Groupe de travail est convenu de présenter le projet d'article 10 à la lumière de ses débats sur la notion d'unicité et de sa décision de supprimer une règle sur l'unicité (A/CN.9/804, par. 71 et 74). Il a été ajouté que l'emploi de la notion de "contrôle" permettrait d'éviter de faire référence à celle d'"unicité", qui posait des difficultés techniques (A/CN.9/804, par. 38).

70. Le Groupe de travail est convenu que la référence à la définition du terme "document électronique" suffirait pour couvrir les cas où, comme cela pouvait se produire dans certains systèmes de registre, certaines données, une fois réunies, fournissaient les informations constituant le document transférable électronique, mais il n'existait pas de document distinct constituant le document transférable électronique (A/CN.9/828, par. 31).

71. Le membre de phrase "ou prévoit des conséquences en son absence" a été supprimé du projet de paragraphe 1 conformément à la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante et unième session (A/CN.9/834, par. 46).

72. À l'alinéa a) du paragraphe 1, il est dit que le document électronique contient les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier équivalent. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'adjectif "équivalent", placé après le mot "papier", risque d'être source de confusion au regard de l'objet de l'article 10, qui est d'énoncer une règle sur l'équivalence fonctionnelle. Une autre formulation, telle que l'emploi du mot "respectif", pourrait également être envisagée.

73. L'alinéa b) i) du paragraphe 1 prévoit qu'un document électronique doit être identifié comme le document contenant les informations valables ou faisant foi nécessaires pour établir que ce document est un document transférable électronique. Cette exigence met en œuvre l'approche fondée sur la "singularité" (A/CN.9/834, par. 86). Le niveau de fiabilité visé à l'alinéa b) i) du paragraphe 1 devrait être évalué par rapport aux critères de fiabilité généraux (A/CN.9/828, par. 37).

74. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver les mots "faisant foi" dans la disposition relative à l'identification du document transférable électronique (A/CN.9/834, par. 101 à 104), compte tenu du fait que l'information permettant d'établir que le document électronique est un document transférable électronique fait foi en tant que telle et que, par conséquent, cette qualification pourrait non seulement être inutile, mais aussi avoir pour effet non voulu d'entraîner des litiges sur la signification des mots "faisant foi".

75. Si le Groupe de travail décide de ne pas conserver les mots "faisant foi", il voudra peut-être se demander si cette disposition ne pourrait pas être simplifiée davantage, comme suit:

“i) Dont la fiabilité est suffisante pour permettre d’identifier ce document électronique comme le document transférable électronique;”.

76. L’alinéa b) ii) du paragraphe 1 prévoit que le document transférable électronique doit pouvoir être contrôlé depuis sa création jusqu’au moment où il cesse de produire des effets ou d’être valable, de manière en particulier à en permettre le transfert. Cette exigence met en œuvre l’approche fondée sur le “contrôle” (A/CN.9/834, par. 86). Aucun critère de fiabilité n’est prévu à l’alinéa b) ii) du paragraphe 1, étant donné que le critère de fiabilité permettant d’évaluer la méthode utilisée pour établir le contrôle est prévu dans le projet d’article 17 (A/CN.9/828, par. 38). La proposition de remplacer l’expression “pour faire en sorte” par l’expression “qui fait en sorte” est de nature purement rédactionnelle.

77. Le projet de disposition traduit l’idée selon laquelle un document transférable électronique peut ne pas nécessairement faire effectivement l’objet d’un contrôle (A/CN.9/804, par. 61). Cette situation pourrait notamment se produire lorsqu’un document transférable électronique dans un système à jetons se perd.

78. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu, à sa cinquantième session, d’insérer une disposition sur l’appréciation du critère de fiabilité pour ce qui est de la notion d’intégrité (A/CN.9/828, par. 49). En vertu de cette disposition, l’intégrité d’un document transférable électronique est préservée si chaque élément d’information attestant un fait juridiquement pertinent qui survient depuis la création de ce document jusqu’au moment où il cesse de produire des effets ou d’être valable (par opposition aux modifications de nature purement technique) est resté complet et inchangé (A/CN.9/804, par. 29). Cette disposition est inspirée du paragraphe 3 de l’article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

79. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s’il convient de conserver le mot “autorisée” dans le projet de paragraphe 2 compte tenu des débats tenus au sujet de l’opportunité de consigner toutes les modifications, ou uniquement certaines d’entre elles, et de la différence entre les modifications autorisées et les modifications légitimes (A/CN.9/834, par. 27 à 30; A/CN.9/828, par. 42 à 44; A/CN.9/804, par. 30 à 32).

80. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la définition d’un document transférable électronique énoncée dans le projet d’article 3 dans le cadre de son examen du projet d’article 10 (voir par. 22 à 31 ci-dessus, et A/CN.9/834, par. 95 à 100).

“Projet d’article 11. Niveau général de fiabilité

1. Le niveau de fiabilité requis s’apprécie au regard de l’objet pour lequel l’information figurant dans le document transférable électronique a été créée et à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

2. Pour déterminer le degré de fiabilité d’une méthode [aux fins des articles 10, 17 et ...], il peut être tenu compte des facteurs suivants:

- a) Le niveau d’assurance de l’intégrité des données;
- b) L’aptitude à empêcher l’accès non autorisé au système et son utilisation non autorisée;

- c) La qualité du matériel et des logiciels;
- d) La périodicité et l'étendue des audits réalisés par un organe indépendant;
- e) L'existence d'une déclaration d'un organe de contrôle, d'un organe d'accréditation ou d'un programme volontaire concernant la fiabilité de la méthode;
- f) [Toute convention entre les parties;]
- g) Tout autre facteur pertinent."

Remarques

81. Le projet d'article 11 vise à établir un niveau général de fiabilité. À la quarante-neuvième session du Groupe de travail, différentes vues ont été exprimées au sujet de l'opportunité d'insérer une disposition de ce type (A/CN.9/804, par. 41 à 49).

82. D'un côté, il a été dit que les projets de dispositions devraient fournir des orientations générales sur la signification de la fiabilité et fixer les critères requis pour se conformer à ce niveau. Il a été ajouté que si l'autonomie des parties pouvait suffire à établir des niveaux de fiabilité dans des systèmes fermés, les projets de dispositions devaient définir des niveaux de fiabilité applicables aux systèmes ouverts. Il a également été indiqué que si un niveau général de fiabilité était inclus, il devrait être formulé de manière à tenir compte de la neutralité technologique (A/CN.9/804, par. 43).

83. Par ailleurs, il a été proposé d'inclure d'autres facteurs d'évaluation de la fiabilité. Ces facteurs étaient liés à la qualité du personnel, à l'existence de ressources financières suffisantes et d'une assurance responsabilité, et à l'existence d'une procédure de notification des failles de sécurité et de systèmes fiables de vérification (A/CN.9/804, par. 44 et 45).

84. Toutefois, à la même session, il a également été estimé que les exigences de fiabilité existantes et celles énoncées dans cette proposition étaient trop détaillées et que la disposition était, par nature, réglementaire. Il a été ajouté que l'adoption de ces exigences détaillées risquait d'imposer des coûts excessifs aux entreprises et, en fin de compte, d'entraver le commerce électronique. Il a en outre été noté qu'elles risquaient d'entraîner une augmentation du nombre de litiges fondés sur des questions techniques complexes. Il a été proposé, à la place, d'introduire dans le projet de dispositions une référence à des méthodes fiables fondées sur les normes et pratiques internationalement acceptées (A/CN.9/804, par. 46).

85. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que l'existence d'un niveau général de fiabilité risquait d'entraver l'utilisation des documents transférables électroniques, car les conséquences juridiques résultant du non-respect d'un tel niveau étaient floues. Il a également été indiqué qu'il fallait être prudent afin d'éviter que les projets de dispositions ne soient pas viables dans la pratique. Il a en outre été observé qu'un niveau général de fiabilité n'était pas nécessaire car chaque projet d'article prévoyant un niveau de fiabilité devrait lui-même comprendre une disposition spécifique à cet effet (A/CN.9/804, par. 42).

86. Pour conclure, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant le projet d'article 11 en tant que règle générale possible sur la fiabilité des systèmes. Il est également convenu d'envisager l'adoption de niveaux spécifiques pour chaque projet de disposition faisant référence à une méthode fiable (A/CN.9/804, par. 49).

87. À sa cinquantième session, le Groupe de travail est convenu d'intégrer au projet d'article 11 un texte énonçant des orientations générales sur le niveau de fiabilité (A/CN.9/828, par. 47 et 49). Le texte qui en résulte, inspiré du paragraphe 4 de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, a été inséré au paragraphe 1 du projet d'article 11.

88. Le projet d'article 10, relatif à l'information constituant un document transférable électronique, le projet d'article 12, relatif à l'indication du moment et du lieu, le projet d'article 20, relatif à la modification, les projets d'articles 22 et 23, relatifs au changement de support et le projet d'article 24, relatif à la division et au regroupement, font référence à l'utilisation d'une méthode fiable. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer que le projet d'article 11 serait suffisant pour évaluer la fiabilité des diverses méthodes visées dans ces projets d'articles.

89. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le mot "requis", qui apparaît dans le paragraphe 1, est approprié pour décrire le lien qui existe entre le niveau général de fiabilité et les diverses dispositions dans lesquelles ce critère s'applique.

90. Le projet d'article 9, relatif à la signature, le projet d'article 10, relatif à l'intégrité, et le projet d'article 17, relatif à la possession et au contrôle, prévoient un critère spécifique d'évaluation de la fiabilité. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser, le cas échéant, le lien qui existe entre le niveau général de fiabilité prévu dans le projet d'article 11 et les critères spécifiques de fiabilité prévus dans ces projets d'articles.

91. Dans le cas où il n'y aurait pas de lien entre le niveau général de fiabilité prévu dans le projet d'article 11 et les critères spécifiques de fiabilité prévus dans les projets d'articles 9, 10 et 17, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'adopter une formulation excluant ces articles du champ d'application du niveau général de fiabilité, par exemple en ajoutant au début du paragraphe 1 du projet d'article 11 le membre de phrase suivant: "Sauf disposition contraire de la présente Loi,".

92. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'alinéa a) du paragraphe 2 devrait faire référence à l'intégrité des données dans le système, à l'intégrité du document transférable électronique ou aux deux, compte tenu également du projet d'article 10.

93. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si l'alinéa b) du paragraphe 2 devrait faire référence à l'accès et l'utilisation non autorisés du système ou plutôt à l'accès et à l'utilisation non autorisés de la méthode utilisée pour établir le contrôle, compte tenu également du projet d'article 17. À cet égard, il voudra peut-être préciser le lien qui existe, dans la version anglaise, entre la référence faite à un "system" ("système"), à l'alinéa b) du paragraphe 2, et celle faite aux "hardware and software systems" ("matériel et logiciels") à l'alinéa c).

94. Le Groupe de travail voudra peut-être également envisager de se pencher sur la question de la fiabilité des systèmes dans le texte explicatif relatif aux tiers prestataires de services (A/CN.9/834, par. 78).

95. Le projet d'alinéa f) a été inséré au paragraphe 2 pour souligner l'importance de toute convention entre les parties dans l'évaluation de la fiabilité.
