

**Assemblée générale**

Distr. limitée
23 février 2016
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail IV (Commerce électronique)
Cinquante-troisième session
New York, 9-13 mai 2016**

**Projet de loi type sur les documents transférables
électroniques**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-9	2
II. Projet de loi type sur les documents transférables électroniques	10-77	3
A. Généralités (articles 1 à 5)	10-41	3
B. Dispositions relatives aux opérations électroniques (articles 6 à 8)	42-51	9
C. Utilisation de documents transférables électroniques (articles 9 à 10)	52-77	11



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 à 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 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 l’élaboration des projets de dispositions figurant 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 l’élaboration des projets de dispositions figurant dans les documents 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 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 les documents 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.
8. À sa cinquante-deuxième session (Vienne, 9-13 novembre 2015), le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l’élaboration des projets de dispositions figurant dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.134 et Add.1. En particulier, il a examiné le lien entre les projets d’article faisant mention d’une “méthode fiable” et d’une

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

norme générale de fiabilité, ainsi que les éléments pertinents pour l'évaluation de la fiabilité, notamment l'accord des parties.

9. La deuxième partie de la présente note contient les projets de dispositions élaborés sur la base des délibérations tenues et des décisions prises par le Groupe de travail à cette session (A/CN.9/863, par. 17 à 102).

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 [...].
- [4. 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

10. Le projet d'article premier résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à ses quarante-huitième (A/CN.9/797, par. 16 et 17) et cinquante-deuxième (A/CN.9/863, par. 17 à 22) sessions. Le terme “paper-based” a été supprimé, pour des raisons d'ordre rédactionnel, au paragraphe 2 de la version anglaise en vertu d'une décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-deuxième session (A/CN.9/863, par. 93).

11. Le paragraphe 1 définit le champ d'application du projet de loi type.

12. Le paragraphe 2 énonce les principes généraux selon lesquels, d'une part, le droit matériel applicable à un document transférable électronique est défini par référence à celui applicable au document ou instrument transférable papier équivalent, et d'autre part, le projet de loi type n'a pas d'incidence sur le droit matériel applicable aux documents ou instruments transférables papier. Ces principes généraux s'appliquent à chaque étape du cycle de vie des documents transférables électroniques. La référence à la loi sur la protection des consommateurs vise à préciser que ces principes devraient s'appliquer également dans ce contexte (A/CN.9/863, par. 20 à 22).

13. Conformément au paragraphe 2, il n'est possible d'émettre un document transférable électronique au porteur que lorsque le droit matériel le permet (A/CN.9/797, par. 65). De même, il n'est possible de modifier les modalités de circulation d'un document transférable électronique émis au porteur au profit d'une

personne nommément désignée, et vice-versa (“endossement en blanc”), que lorsque le droit matériel le permet (A/CN.9/828, par. 82).

14. Le paragraphe 3 a été inclus en vertu d’une décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-deuxième session (A/CN.9/863, par. 22). Il précise que le projet de loi type ne s’applique ni aux titres ni aux autres instruments d’investissement. Le terme “titres” qui y est employé 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). 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).

15. En outre, le paragraphe 3 contient une liste indicative d’exclusions qui permet à chaque État adoptant d’appliquer le projet de loi type selon ses besoins. L’insertion d’une telle liste vise à conférer clarté et souplesse au champ d’application de la loi type. Par exemple, il serait possible d’y inclure certains instruments ou documents tels que les lettres de crédit, qui peuvent être considérés comme des documents ou instruments transférables dans certains pays mais non dans d’autres. De même, 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”) (A/CN.9/797, par. 109 à 112) pourraient envisager d’exclure les documents ou instruments visés par ces Conventions pour éviter d’éventuels conflits entre elles et la loi type.

16. Les documents transférables électroniques qui sont des équivalents fonctionnels de documents ou d’instruments transférables papier et les documents transférables électroniques qui n’existent que dans un environnement électronique peuvent coexister dans un même pays. Le projet de paragraphe 4 vise à permettre l’application du projet de loi type également à des documents transférables électroniques qui n’existent que dans un environnement électronique dans les limites fixées par le droit matériel qui leur est applicable. Ainsi, une telle disposition ne serait pas nécessaire dans les pays où il n’existe pas de documents de ce type (A/CN.9/797, par. 17).

17. À sa cinquante-deuxième session, le Groupe de travail avait envisagé de supprimer le paragraphe 4 du fait des préoccupations que suscitaient son champ d’application et son manque de clarté (A/CN.9/863, par. 17). Toutefois, un appui avait également été exprimé en faveur du maintien de ce paragraphe, au motif qu’il donnait aux États des indications et une marge de manœuvre. À cette même session, il avait été convenu de reporter une décision sur ce paragraphe, car son contenu dépendait de la définition définitive qui serait donnée des documents transférables électroniques (*ibid.*, par. 18 et 19).

18. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s’il y a lieu de conserver le paragraphe 4 compte tenu de ces considérations et du fait qu’il y a des chances qu’une loi applicable aux documents transférables électroniques n’existant que dans un environnement électronique définisse son champ d’application, notamment en se référant au projet de loi type. Par conséquent, la nécessité d’exclure du champ d’application du projet de loi type les documents transférables électroniques qui

n'existent que dans un environnement électronique ne se posera que si ce type de documents existent au moment de l'adoption de la loi type. Toutefois, si tel était le cas, la mention de ces documents transférables électroniques dans la liste indicative d'exclusions figurant au paragraphe 3 serait un moyen efficace de les exclure.

“Projet d'article 2. Définitions

Aux fins de la présente loi:”

Remarques

19. Les définitions énoncées dans le projet d'article 2 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.

Un “*document transférable électronique*” [est un document électronique qui contient toutes les informations qui [donneraient effet à un document ou instrument transférable papier] [seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier équivalent], et qui satisfait aux exigences de l'article 9].

Remarques

20. 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), cinquante et unième (A/CN.9/834, par. 23 à 26, 88, 95 à 98 et 100) et cinquante-deuxième (A/CN.9/863, par. 91 et 92) sessions.

21. La définition du terme “document transférable électronique” traduit l'approche de l'équivalent fonctionnel (A/CN.9/863, par. 91 et 92) et vise à englober les documents transférables électroniques qui sont équivalents à des documents ou instruments transférables papier. Toutefois, elle ne s'applique pas aux documents transférables électroniques qui n'existent que dans un environnement électronique, pour lesquels il faut une autre définition (A/CN.9/863, par. 91; voir également A/CN.9/797, par. 23), qui sera examinée à un stade ultérieur.

22. À cet égard, il convient de noter que la loi type n'empêche pas la mise au point ni l'utilisation de documents transférables électroniques qui n'ont pas d'équivalent papier, ceux-ci n'étant pas régis par la loi type (A/CN.9/863, par. 91; voir également par. 16 à 18 ci-dessus).

23. 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 exerce le contrôle est légitime et la question de ses droits matériels. De même, 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.

24. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver la formule “seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier équivalent”, cette formule étant utilisée au paragraphe 1 a) du projet d'article 9.

Sinon, il voudra peut-être se demander si la référence aux informations s'impose, étant donné que le projet d'article 9, qui est mentionné dans le projet de définition, énonce la même exigence.

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 la définition et que le projet de loi type devrait se concentrer sur les documents "transférables" (A/CN.9/797, par. 27 et 28).

26. Le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte de la définition du terme "document électronique" lorsqu'il examinera la définition du terme "document transférable électronique" (voir par. 30 ci-après).

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.

Remarques

27. La définition du terme "document ou instrument transférable papier" résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à ses quarante-huitième (A/CN.9/797, par. 21 à 28) et cinquante-deuxième (A/CN.9/863, par. 93 à 95) sessions. Elle ne porte pas préjudice au droit matériel.

28. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, pour des raisons d'ordre rédactionnel, le terme "paper-based" a été supprimé de l'expression "transferable document or instrument" dans la version anglaise du projet de loi type dans son ensemble (A/CN.9/863, par. 93), la définition des documents ou instruments transférables indiquant suffisamment clairement qu'il s'agissait de documents ou instruments papier. Après consultation, le même terme a été supprimé dans les versions arabe, chinoise et russe de la loi type, mais non dans les versions espagnole et française. Le Groupe de travail voudra peut-être confirmer cette décision d'ordre rédactionnel.

29. Le droit matériel applicable détermine quels documents ou instruments sont transférables dans les différents pays (A/CN.9/863, par. 93; voir également par. 15 ci-dessus). Une liste indicative de documents ou instruments transférables, 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"), comporte les lettres de change, les chèques, les billets à ordre, les lettres de transport, les connaissements et les récépissés d'entrepôt (A/CN.9/863, par. 94; voir également A/CN.9/768, par. 34; A/CN.9/797, par. 25 et 26). D'autres exemples de documents ou instruments transférables peuvent être les certificats d'assurance de marchandises et les 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 de façon à devenir partie du document, qu'elle soit créée simultanément ou non.

Remarques

30. 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. Elle reflète le caractère composite d’un document transférable électronique, caractère qui, à son tour, est particulièrement important pour la notion d’“intégrité” visée au paragraphe 2 du projet d’article 9 (A/CN.9/863, par. 96). Elle souligne le fait que des informations peuvent être associées au document transférable électronique lors de l’émission ou ultérieurement (par exemple, concernant un endossement) et vise à préciser que certains documents électroniques peuvent, mais ne doivent pas, inclure un ensemble d’information composite (A/CN.9/797, par. 43 à 45; voir également A/CN.9/804, par. 71). Le mot “logiquement” renvoie aux logiciels et non à la logique humaine (A/CN.9/863, par. 97).

“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 [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

31. Le projet d’article 3 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.

32. 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. Autrement, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette formule devrait être conservée et l’idée sous-jacente être précisée dans un document d’orientation.

33. 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 l’existence d’une notion spécifique de bonne foi dans le droit régissant les documents ou instruments transférables. Si tel n’est pas le cas, il voudra peut-être clarifier la question de savoir si cette formule fait référence à la notion générale de respect de la bonne foi dans le commerce international (voir également par. 35 ci-après). La notion de bonne foi apparaît dans plusieurs autres textes de la CNUDCI, notamment au paragraphe 1 de l’article 3 de la Loi type de la

CNUDCI sur le commerce électronique et au paragraphe 1 de l'article 4 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

34. 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 souvent interprétée dans la jurisprudence.

35. La notion de "principes généraux", qui figure au paragraphe 2, renvoie aux principes généraux des communications 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. Ainsi, les dispositions que l'on rencontre dans d'autres textes de la CNUDCI sur le commerce électronique en ce qui concerne la non-pertinence du lieu où se trouvent les systèmes d'information pour ce qui est de déterminer l'établissement pourraient être pertinentes en tant que principes généraux sous-tendant le projet de loi type (voir A/CN.9/WG.IV/WP.137/Add.1, par.7). La notion de bonne foi dans le commerce international pourrait également être considérée comme un principe général pertinent de la loi type. L'interprétation et l'application de la loi type permettront d'en mieux dégager les principes généraux, à l'instar d'autres textes de la CNUDCI.

"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 [à l'exception des articles [...]] [, 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

36. 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).

37. 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 4 de la loi type pour traduire cette même démarche.

38. 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.

39. Le paragraphe 2 a été inséré pour tenir compte des préoccupations exprimées par le Groupe de travail quant au fait que les dérogations et modifications apportées à la loi type ne doivent pas affecter les tiers (A/CN.9/768, par. 36), en particulier, du fait du non-respect du principe du *numerus clausus*. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si cette disposition s'impose compte tenu du paragraphe 2 du projet d'article premier de la loi type.

"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."

40. Le Groupe de travail a décidé de conserver le projet d'article 5, 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).

41. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le projet d'article 5 parallèlement aux projets d'articles 15 et 16, qui traitent également des obligations d'informations. Il voudra peut-être en outre se demander s'il convient de conserver ces articles compte tenu du paragraphe 2 du projet d'article premier et de la possibilité de donner des indications complémentaires dans des textes explicatifs.

B. Dispositions relatives aux opérations électroniques

42. Le Groupe de travail, à sa quarante-huitième session, a décidé de conserver les projets d'articles 6 à 8 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 6. 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

43. Le projet d'article 6 énonce le principe de non-discrimination. À sa quarante-neuvième session, le Groupe de travail a décidé de conserver ce projet d'article sous sa forme actuelle (A/CN.9/804, par. 17; voir également A/CN.9/768, par. 39).

“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

44. Le projet d’article 7 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 7, 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).

45. En vertu d’une décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante et unième session, les textes explicatifs accompagnant les projets de dispositions traduiront le principe selon lequel toute exigence juridique énoncée dans le projet de loi type aura des conséquences si elle n’est pas satisfaite, si bien qu’il ne sera pas nécessaire de faire expressément 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 de l’ensemble du projet de loi type.

46. À la quarante-neuvième session du Groupe de travail, il a été dit que le projet d’article 7 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 2. 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 préciser le lien qui existe entre le projet d’article 7 et le projet d’article 9, en énonçant les obligations d’information et d’intégrité nécessaires pour assurer l’équivalence fonctionnelle des documents ou instruments transférables papier.

47. Dans ses délibérations futures sur une loi 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 7, 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 8. 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, si une méthode fiable est utilisée pour identifier cette personne et pour indiquer sa volonté concernant l’information figurant dans le document électronique.”

Remarques

48. Le projet d'article 8 résulte des débats que le Groupe de travail a tenus à ses quarante-neuvième (A/CN.9/804, par. 20) et cinquante-deuxième (A/CN.9/863, par. 66 et 73) sessions. Y sont énoncées les conditions à remplir pour assurer l'équivalence fonctionnelle de la "signature" (A/CN.9/804, par. 20) lorsque le droit matériel exige expressément la signature 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).

49. Le texte du projet d'article 8, initialement fondé sur celui du paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques, reflète les modifications apportées à la suite de la décision que le Groupe de travail a prise à sa cinquante-deuxième session en ce qui concerne le projet d'article 10 relatif à la norme générale de fiabilité (A/CN.9/863, par. 66 et 73). Ainsi, la fiabilité de la méthode visée dans le projet d'article 8 s'appréciera au regard de la norme générale de fiabilité énoncée dans le projet d'article 10.

50. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le texte du projet d'article 8 devrait préciser que cette disposition s'applique uniquement aux documents transférables électroniques et non aux autres 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 8. 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 8.

Remarques sur la notion d'"original"

51. 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, dans le contexte des documents transférables électroniques, 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 telle règle dans les projets de dispositions (A/CN.9/804, par. 40). Il a été expliqué que la notion de "contrôle" pourrait permettre 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 9. [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 fiable:
 - i) Pour identifier ce document électronique comme [le document qui constitue] le document transférable électronique [faisant foi];
 - ii) Pour faire 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) Pour 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'affichage. 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

52. Le projet d'article 9 a été remanié à la suite des débats tenus par le Groupe de travail à ses cinquante et unième (A/CN.9/834, par. 21 à 30, 85 à 94 et 99) et cinquante-deuxième (A/CN.9/863, par. 66 et 73) sessions. Le texte actuel vise à combiner les deux principales solutions retenues pour éviter les demandes multiples d'exécution, fondées respectivement sur la "singularité" et sur le "contrôle" (A/CN.9/834, par. 86), et reflète les modifications apportées à la suite de la décision que le Groupe de travail a prise à sa cinquante-deuxième session en ce qui concerne le projet d'article 10 relatif à la norme générale de fiabilité (A/CN.9/863, par. 66 et 73). Ainsi, la fiabilité de la méthode visée dans le projet d'article 9 s'appréciera au regard de la norme générale de fiabilité énoncée dans le projet d'article 10.

53. Le projet d'article 9 entend proposer une règle d'équivalence fonctionnelle concernant l'utilisation de documents ou d'instruments transférables papier en énonçant les conditions que doit remplir un document électronique. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter le projet d'article 9 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).

54. 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).

55. À l'alinéa a) du paragraphe 1, il est dit que le document électronique doit contenir 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 les mots "document ou instrument transférable papier", risque d'être source de confusion au regard de l'objet de l'article 9, qui est d'énoncer une règle d'équivalence fonctionnelle. Une autre formulation, telle que l'emploi des mots "respectif" ou "correspondant", pourrait être envisagée.

56. 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).

57. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il convient de conserver les mots "faisant foi" pour qualifier le 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".

58. 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 par la suppression des mots "le document qui constitue".

59. L'alinéa b) ii) du paragraphe 1 prévoit que le document transférable électronique doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle 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).

60. Ce 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 en cas de perte d'un document transférable électronique dans un système à jetons.

61. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu, à sa cinquantième session, d'insérer une disposition sur l'appréciation 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 (par opposition aux modifications de nature purement technique) est resté complet et inchangé depuis la création de ce document jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable (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.

62. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser le lien qui existe entre la référence faite, à l'alinéa b) iii) du paragraphe 1, à l'emploi d'une méthode fiable pour préserver l'intégrité du document transférable électronique et celle faite, au paragraphe 2, au critère d'appréciation de l'intégrité, compte tenu également des avis exprimés sur l'alinéa a) ii) du paragraphe 1 du projet d'article 10 (voir ci-après, par. 70).

63. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander s'il convient de conserver le membre de phrase "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", au paragraphe 2, cette notion étant déjà contenue dans le projet d'article 10.

64. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander 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 et A/CN.9/804, par. 30 à 32).

65. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la définition d'un document transférable électronique énoncée dans le projet d'article 2 dans le cadre de son examen du projet d'article 9 (voir par. 20 à 26 ci-dessus, et A/CN.9/834, par. 95 à 100).

"Projet d'article 10. Norme générale de fiabilité"

1. Aux fins des articles [8, 9, 11, 17, 19, 21, 22, 23], la méthode visée doit:
 - a) Être suffisamment fiable pour remplir la fonction pour laquelle elle est utilisée, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, qui peuvent englober:
 - i) Les règles de fonctionnement du système pertinentes pour l'évaluation de la fiabilité;
 - ii) L'assurance de l'intégrité des données;
 - iii) L'aptitude à empêcher l'accès non autorisé au système et son utilisation non autorisée;
 - iv) La qualité du matériel et des logiciels;
 - v) La périodicité et l'étendue des audits réalisés par un organisme indépendant;
 - vi) L'existence d'une déclaration d'un organisme de contrôle, d'un organisme d'accréditation ou d'un programme volontaire concernant la fiabilité de la méthode;
 - vii) Toute norme sectorielle applicable; ou
 - b) Avoir démontré dans les faits qu'elle a rempli la fonction convenue, à elle seule ou en conjonction avec d'autres preuves.
- [2. Aux fins de l'évaluation [du niveau requis] de [la] fiabilité entre les parties à un accord, il est tenu compte de cet accord, s'il y a lieu.]"

Remarques

66. Le projet d'article 10 reflète les délibérations que le Groupe de travail a tenues à ses quarante-neuvième (A/CN.9/804, par. 41 à 49), cinquantième (A/CN.9/828, par. 41 à 49), cinquante et unième (A/CN.9/834, par. 66, 73 et 76) et cinquante-deuxième (A/CN.9/863, par. 37 à 82) sessions.

67. Le projet d'article 10 définit une norme générale d'évaluation de la fiabilité, qui s'applique à la loi type dans son ensemble chaque fois qu'il est fait référence à une "méthode fiable". La disposition, qui est technologiquement neutre (A/CN.9/863, par. 44), établit une norme cohérente d'évaluation de la fiabilité dans l'ensemble de la loi type. À cet égard, il convient de noter que chaque disposition de la loi type faisant référence à l'emploi d'une méthode fiable vise à remplir une fonction différente (A/CN.9/863, par. 54). Ainsi, la formule "aux fins des articles" figurant dans le chapeau du projet d'article 10 vise à préciser que l'évaluation de la fiabilité de chaque méthode doit être menée séparément au regard de la fonction spécifique que cette méthode doit remplir (A/CN.9/863, par. 39).

Paragraphe 1

68. L'alinéa a) du paragraphe 1 énumère dans les sous-alinéas i) à vi) les circonstances permettant de déterminer la fiabilité. Les mots "qui peuvent englober" visent à préciser que la liste n'est pas exhaustive et qu'elle n'a qu'un caractère indicatif (A/CN.9/863, par. 46 et 66).

69. L'alinéa a) i) du paragraphe 1 mentionne les "règles de fonctionnement", qui figurent généralement dans un manuel pratique dont l'application peut être contrôlée par un organisme de supervision, et qui, en tant que telles, ne sont pas de nature exclusivement contractuelle. Les mots "pertinentes pour l'évaluation de" visent à préciser que seules les règles de fonctionnement relatives à la fiabilité du système, et non les règles de fonctionnement en général, devraient être prises en compte (A/CN.9/863, par. 57 et 68).

70. L'alinéa a) ii) du paragraphe 1 fait mention de l'"assurance de l'intégrité des données" comme une notion d'ordre absolu, l'intégrité des données ne pouvant être exprimée par référence à un niveau donné (A/CN.9/863, par. 42). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'alinéa a) ii) du paragraphe 1 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 9. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter que la référence faite à l'intégrité dans l'alinéa a) ii) du paragraphe 1 fait office de norme générale de fiabilité applicable à la loi type dans son ensemble, alors que celle faite à l'intégrité dans le projet d'article 9 constitue un paramètre spécifique pour établir l'équivalence fonctionnelle de documents ou instruments négociables (A/CN.9/863, par. 69 et 70).

71. Les circonstances visées aux sous-alinéas iv), v) et vi) de l'alinéa a) du paragraphe 1 sont également mentionnées dans les alinéas b), e) et f) de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser si les indications données sur ces dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques² pourraient également être utiles pour les dispositions correspondantes de la loi type sur les documents transférables électroniques.

72. Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander si l'alinéa a) iii) du paragraphe 1 devrait faire référence à l'accès et à l'utilisation non autorisés du

² Nations Unies, *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, New York, 2002, par. 147 et renvois.

système ou plutôt à l'accès et à l'utilisation non autorisés de la méthode employée pour établir le contrôle, compte tenu également de l'exigence d'établir le contrôle exclusif prévue dans le projet d'article 17. À cet égard, il voudra peut-être aussi préciser le lien qui existe entre la référence faite à un "système", à l'alinéa a) iii) du paragraphe 1, et celle faite aux "matériel et logiciels" à l'alinéa a) iv) du paragraphe 1.

73. Le Groupe de travail voudra peut-être 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).

74. La référence faite à "toute norme sectorielle applicable" dans l'alinéa a) vii) du paragraphe 1 ne doit pas être interprétée comme violant le principe de neutralité technologique (A/CN.9/863, par. 71). Dans cette optique, ces normes devraient être internationalement reconnues (A/CN.9/863, par. 56).

75. L'alinéa b) du paragraphe 1 prévoit une "clause de sauvegarde" visant à prévenir des actions en justice abusives en validant des méthodes qui ont effectivement rempli leur fonction indépendamment de toute évaluation abstraite de leur fiabilité (A/CN.9/863, par. 43). Il fait référence à l'exécution de la fonction dans le cas faisant l'objet du litige et ne vise pas à prédire la fiabilité sur la base des résultats antérieurs de la méthode (*ibid.*, par. 51). Ainsi, le mécanisme juridique établi au paragraphe 2 fonctionne comme une alternative à celui défini au paragraphe 1 (*ibid.*, par. 52). L'article 9-3 b) ii) de la Convention sur les communications électroniques contient une règle similaire à celle énoncée au paragraphe 2.

Paragraphe 2

76. Le paragraphe 2, qui est une application du principe de l'autonomie des parties, vise à souligner l'importance de tout accord entre les parties dans l'évaluation de la fiabilité. Il a été expliqué que ce type d'accords contenaient souvent des indications utiles sur les détails techniques (A/CN.9/863, par. 74). Il a été ajouté qu'il pourrait être utile de faire référence à ces accords pour conférer une reconnaissance juridique aux nouveautés en matière de technologie et de pratiques commerciales (*ibid.*, par. 38).

77. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la portée du paragraphe 2 se limite à l'attribution de la responsabilité découlant d'un accord sur la fiabilité de la méthode. Par conséquent, la disposition énoncée au paragraphe 2 ne devrait pas avoir d'incidence sur les tiers, ni sur les dispositions impératives du droit matériel, notamment celles relatives à la validité des documents transférables électroniques (A/CN.9/863, par. 75).