



Assemblée générale

Distr. limitée
16 août 2016
Français
Original: anglais

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

Projet de loi type sur les documents transférables électroniques

Note du Secrétariat

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Projet de loi type sur les documents transférables électroniques (<i>suite</i>)	2
C. Utilisation de documents transférables électroniques (articles 9 à 11)	2



II. Projet de loi type sur les documents transférables électroniques

C. Utilisation de documents transférables électroniques

“Projet d’article 9. Document ou instrument transférable papier

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; et
- b) S’il est employé une méthode fiable:
 - i) Pour identifier ce document électronique comme le document transférable électronique;
 - 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.”

Remarques

1. Le projet d’article 9 est le résultat des débats que le Groupe de travail a tenus à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 50 à 68). À cette session, il est convenu de ce qui suit: i) le titre du projet d’article 9 devrait faire référence au “document ou instrument transférable papier”, pour être conforme au style rédactionnel employé pour d’autres articles prévoyant un équivalent fonctionnel dans le projet de loi type; et ii) le paragraphe 1 a) devrait faire mention d’un document ou instrument transférable papier, sans autre qualificatif tel qu’“équivalent”, pour qu’il apparaisse clairement qu’un document transférable électronique devait contenir les mêmes informations qu’un document ou instrument transférable papier du même type.

2. En ce qui concerne le paragraphe 1 b) i), le Groupe de travail a confirmé que le paragraphe 1 intégrait tant la solution fondée sur l’“unicité” que celle fondée sur le “contrôle”. Il est également convenu que l’article défini (“le”) employé pour identifier le document transférable électronique était pertinent dans les versions anglaise, espagnole et française (A/CN.9/869, par. 54 et 58).

3. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu’une traduction adéquate du paragraphe 1 b) i) dans les langues arabe, chinoise et russe a été recherchée en consultation avec les groupes de traduction concernés.

4. En ce qui concerne le paragraphe 1 b) ii), le Groupe de travail est convenu que la référence qui y était faite à une méthode fiable était pertinente et qu'elle renvoyait à la fiabilité du système utilisé pour faire en sorte que le document électronique puisse faire l'objet d'un contrôle (A/CN.9/869, par. 64).

5. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu qu'il renvoyait à l'intégrité du système et, qu'en conséquence, il faudrait faire référence à toute modification "autorisée" (A/CN.9/869, par. 61 et 62). Il est également convenu de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2, relative à l'évaluation du niveau de fiabilité, qui était redondante car elle reprenait en partie le paragraphe 1 a) du projet d'article 11 relatif à la norme générale de fiabilité, qui était aussi applicable au projet d'article 9 (A/CN.9/869, par. 65 et 66).

Commentaires

6. L'article 9 énonce une règle d'équivalence fonctionnelle concernant l'utilisation de documents ou instruments transférables papier en fixant les conditions qu'un document électronique doit remplir. Il entend éviter les demandes multiples visant l'exécution de la même obligation en combinant deux solutions fondées, respectivement, sur l'"unicité" et le "contrôle" (A/CN.9/834, par. 86). La fiabilité de la méthode visée à l'article 9 s'apprécie en fonction du niveau général de fiabilité mentionné à l'article 11 (A/CN.9/863, par. 66 et 73).

7. L'article 9 est le résultat des débats nés de l'examen de la notion d'"unicité". L'unicité d'un document ou instrument transférable papier vise à prévenir la circulation de plusieurs documents ou instruments relatifs à l'exécution de la même obligation (A/CN.9/WG.IV/WP.118, par. 39) et ainsi à éviter les demandes multiples (A/CN.9/761, par. 33; A/CN.9/768, par. 51). Fournir, dans un environnement électronique, une garantie d'unicité (ou de singularité) équivalente à la possession d'un document formant titre ou d'un instrument négociable a longtemps été considéré comme constituant un défi particulier (A/CN.9/WG.IV/WP.90, par. 95; A/CN.9/WG.IV/WP.115, par. 12 à 18).

8. L'unicité est une notion relative qui pose des problèmes d'ordre technique dans un environnement électronique, car il peut ne pas être techniquement possible d'offrir une garantie absolue de non-duplication. En fait, cette notion pose également des problèmes en ce qui concerne les documents ou instruments transférables papier, le papier n'offrant pas une garantie absolue de non-duplication. Toutefois, les opérateurs commerciaux peuvent s'appuyer sur des siècles d'utilisation du papier dans les opérations commerciales pour évaluer les risques associés à l'utilisation de ce support, alors que les pratiques relatives à l'utilisation des documents transférables électroniques ne sont pas encore aussi bien établies.

9. Pour ce qui est des documents transférables électroniques, le recours aux notions d'"unicité" et de "contrôle" suffit pour garantir de manière fiable que le débiteur ne sera pas exposé à de multiples demandes d'exécution (A/CN.9/804, par. 38, 71 et 74; voir également A/CN.9/797, par. 48 et 50 et A/CN.9/869, par. 55).

10. La solution fondée sur l'"unicité" nécessite d'identifier de manière fiable le document transférable électronique qui habilite son porteur à demander l'exécution de l'obligation qui y est indiquée, de façon à ce que les demandes multiples d'exécution de la même obligation soient évitées, tandis que la solution fondée sur le "contrôle" met l'accent sur l'utilisation d'une méthode fiable pour identifier la

personne ayant le contrôle du document transférable électronique (A/CN.9/834, par. 86; A/CN.9/869, par. 56);

11. L'adoption des notions d'"unicité" et de "contrôle" dans la Loi type a notamment pour effet de prévenir toute duplication non autorisée d'un document transférable électronique par le système (voir également A/CN.9/834, par. 105 à 107).

Paragraphe 1 a)

12. Selon le paragraphe 1 a), le document électronique doit contenir les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier. Dans la mesure où ces informations sont consignées par écrit dans un document ou instrument transférable papier, leur insertion dans un document transférable électronique doit être conforme à l'article 7 de la Loi type. La définition du "document électronique" énoncée à l'article 2 de la Loi type précise que le document électronique peut, mais ne doit pas, avoir un caractère composite (voir A/CN.9/WG.IV/WP.139, par. 38 et 39).

13. Le document transférable électronique doit contenir les informations qui l'identifient comme l'équivalent fonctionnel d'un document ou instrument transférable papier. Cette identification est également nécessaire pour déterminer le droit matériel applicable aux documents transférables électroniques (par exemple, le droit applicable à un connaissance, plutôt que le droit applicable à un billet à ordre).

14. Une loi qui ne comprend pas de disposition analogue au paragraphe 1 a) de l'article 9, mais qui indique directement les informations qui devraient figurer dans un document transférable électronique, régira probablement les documents transférables électroniques qui ne sont pas des équivalents fonctionnels de documents ou d'instruments transférables papier, et n'existent que dans un environnement électronique.

15. En conséquence, un document transférable électronique n'existant que sous forme électronique ne satisferait pas aux conditions posées à l'article 9, et ne relèverait donc pas de la définition du document transférable électronique énoncée à l'article 2. Plus précisément, si un tel document pouvait satisfaire à d'autres conditions prévues dans la Loi type, il définirait de manière autonome les informations requises et ne remplirait donc pas les conditions posées au paragraphe 1 a) de l'article 9 (A/CN.9/869, par. 67).

16. Le paragraphe 1 a) ne comprend pas de qualificatif tel que "équivalent", "correspondant" ou "ayant le même objet" étant donné que, selon cette disposition, un document transférable électronique doit contenir les informations qui seraient exigées dans un document ou instrument transférable papier du même type. L'insertion d'un qualificatif supplémentaire pourrait être source d'incertitude (A/CN.9/869, par. 50 et 51).

Paragraphe 1 b) i)

17. Le paragraphe 1 b) i) prévoit qu'un document électronique doit être identifié comme le document contenant les informations nécessaires pour établir qu'il est le

document transférable électronique. Cette exigence met en œuvre la solution fondée sur l'unicité (A/CN.9/834, par. 86; A/CN.9/869, par. 52).

18. L'objet de cette disposition est d'identifier le document transférable électronique, par opposition à d'autres documents électroniques qui ne sont pas transférables. L'identification à elle seule suffit pour concrétiser la solution fondée sur l'unicité (A/CN.9/869, par. 52, 55 et 59; A/CN.9/828, par. 32; voir également A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 57). L'article défini ("le") suffit, dans les versions anglaise, espagnole et française, pour marquer la solution fondée sur l'unicité, ce qui permet d'éviter l'emploi de tout qualificatif et les problèmes connexes (A/CN.9/869, par. 58). Les autres versions linguistiques devraient exprimer la même notion.

19. Contrairement à certaines législations nationales¹, le paragraphe 1 b) i) n'emploie pas de formule qualificative telle que "faisant foi", "produisant effet" ou "particulier" pour identifier le document électronique comme le document transférable électronique (A/CN.9/869, par. 52 et 57 à 60; A/CN.9/834, par. 101 à 104; A/CN.9/828, par. 32). En effet, l'emploi d'une telle formule pourrait générer des problèmes d'interprétation, en particulier dans certaines langues, être interprété comme une référence à la notion d'"unicité", qui avait été abandonnée, et, en fin de compte, entraîner des litiges.

Paragraphe 1 b) ii)

20. Aux termes du paragraphe 1 b) ii), le document transférable électronique doit pouvoir être soumis à un contrôle depuis sa création jusqu'au moment où il cesse de produire des effets ou d'être valable, en particulier afin de permettre son transfert. Cette exigence met en œuvre la solution fondée sur le "contrôle" (A/CN.9/834, par. 86; A/CN.9/869, par. 64).

21. Cette disposition tient compte du fait qu'un document transférable électronique peut, dans certains cas, ne pas être effectivement soumis à un contrôle (A/CN.9/804, par. 61). Il pourrait en être ainsi, par exemple, lorsqu'un document transférable électronique d'un système à jeton est égaré.

22. La référence faite dans le paragraphe 1 b) ii) à une méthode fiable vise la fiabilité du système utilisé pour faire en sorte que le document électronique puisse être soumis à un contrôle (A/CN.9/869, par. 64).

Paragraphe 1 b) iii)

23. L'intégrité est une notion d'ordre absolu (A/CN.9/863, par. 42). Elle renvoie à un fait et, en tant que telle, est objective, c'est-à-dire que l'intégrité d'un document transférable électronique est soit préservée, soit elle ne l'est pas. La référence à la fiabilité de la méthode employée pour préserver l'intégrité est d'ordre relatif, ou subjectif, et cette méthode est appréciée au regard du niveau général de fiabilité prévu à l'article 11 (A/CN.9/869, par. 63).

¹ Code commercial uniforme (CCU), art. 7-106.

Paragraphe 2

24. Le paragraphe 2 comprend une disposition sur l'évaluation de la notion d'intégrité (A/CN.9/828, par. 48 et 49). Il indique que l'intégrité d'un document transférable électronique est préservée si chaque élément d'information relatif à des modifications autorisées (par opposition aux modifications de caractère purement technique) reste 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). Il s'inspire du paragraphe 3 de l'article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (A/CN.9/828, par. 45). Toutefois, il convient de noter que le paragraphe 3 a) de l'article 8 de la Loi type sur le commerce électronique fait référence à la notion d'intégrité en ce qui concerne l'utilisation de la notion d'"original", qui peut être mieux adaptée aux contrats électroniques. Par ailleurs, la notion d'intégrité telle qu'employée au paragraphe 2 de l'article 9 de la Loi type tient nécessairement compte du fait que le cycle de vie des documents transférables électroniques suppose un certain nombre d'événements qui doivent être précisément reflétés dans ces documents.

25. Les modifications "autorisées" sont celles qui sont permises par les concepteurs du système tout au long du cycle de vie d'un document transférable électronique (A/CN.9/828, par. 44; A/CN.9/834, par. 27 et 28). Le mot "autorisée" ne fait pas référence à la question de savoir si les modifications sont légitimes, ce qui introduirait une norme présumant une évaluation juridique au regard du droit matériel (A/CN.9/804, par. 32). Par exemple, les modifications non autorisées seraient celles effectuées par un pirate informatique, qui porterait obligatoirement atteinte à l'intégrité du document transférable électronique pour y avoir accès (A/CN.9/869, par. 61 et 62).

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 15 à 19; A/CN.9/768, par. 48 à 56, 75, 76 et 85;

A/CN.9/WG.IV/WP.124, par. 35 à 39; A/CN.9/797, par. 47 à 60;

A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 42 à 55; A/CN.9/804, par. 21 à 40 et 70 à 75;

A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 54 à 65;

A/CN.9/828, par. 31 à 40 et 42 à 49;

A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 56 à 64; A/CN.9/834, par. 21 à 30, 85 à 90, 92 et 99 à 108;

A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 68 à 80;

A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 52 à 65; A/CN.9/869, par. 50 à 68.

"Projet d'article 10. Contrôle

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

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

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

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

Remarques

26. Le projet d'article 10 est le résultat des débats que le Groupe de travail a tenus à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 103 à 110), où il était convenu i) de placer ce projet d'article à la suite du projet d'article 9 compte tenu de leur articulation logique; ii) d'intituler ce projet d'article “Contrôle”, car ce mot faisait référence à une notion particulièrement importante dans le projet de loi type et traduisait le mieux la teneur du projet d'article; et iii) d'employer le verbe “identifier” dans le paragraphe 1 b), car il avait un sens précis.

Commentaires

27. L'article 10 énonce une règle d'équivalence fonctionnelle concernant la possession d'un document ou instrument transférable papier. L'équivalence fonctionnelle de la possession est assurée lorsqu'une méthode fiable est employée pour établir le contrôle d'une personne sur ce document et pour identifier la personne ayant le contrôle.

28. La notion de “contrôle” est étroitement liée au paragraphe 1 b) ii) de l'article 9 (A/CN.9/869, par. 103) et met concrètement en œuvre l'exigence prévue dans ce paragraphe. Cette notion pourrait renvoyer au contrôle de l'information relative au document transférable électronique (“contrôle logique”) ou de l'objet physique contenant cette information (“contrôle physique”), en fonction du système utilisé pour gérer le document transférable électronique (A/CN.9/768, par. 78).

29. La notion de “contrôle” n'est pas définie dans la Loi type car elle est l'équivalent fonctionnel de celle de “possession”, laquelle peut varier d'un pays à l'autre (A/CN.9/834, par. 83).

30. Le contrôle et la possession sont factuels. Conformément au principe général selon lequel la Loi type n'a pas d'incidence sur le droit matériel, la notion de contrôle n'a pas d'incidence sur les conséquences juridiques qui découlent de la possession, ni ne les limite. Par conséquent, les parties peuvent convenir des modalités d'exercice de la possession, mais ne sauraient modifier la notion de possession en tant que telle (A/CN.9/863, par. 101).

31. Le titre de l'article 10 fait référence au “contrôle” et non à la “possession”, et s'écarte ainsi du choix des intitulés d'autres articles de la Loi type, car la notion de “contrôle” est particulièrement importante dans la Loi type. Si une notion de “contrôle” peut exister en droit interne², la notion de “contrôle” employée à l'article 10 doit être interprétée indépendamment, compte tenu du caractère international de la Loi type.

² Par exemple, Code commercial uniforme, art. 7-106.

Paragraphe 1

32. La fiabilité de la méthode à laquelle l'article 10 fait référence doit être évaluée selon la norme générale de fiabilité prévue à l'article 11 (A/CN.9/863, par. 66 et 73).

Paragraphe 1 a)

33. Le paragraphe 1 a) fait référence à un contrôle "exclusif" à des fins de clarté (A/CN.9/834, par. 93), car la notion de "contrôle", comme celle de "possession", implique l'exclusivité dans son exercice (A/CN.9/797, par. 74). Or le contrôle, comme la possession, pourrait être exercé simultanément par plus d'une personne ayant le contrôle. La notion de "contrôle" ne renvoie pas au contrôle "légitime", car cette question relève du droit matériel (A/CN.9/797, par. 76).

34. Bien que les notions de "contrôle" et d'"unicité" visent toutes deux à éviter les demandes multiples concernant l'exécution d'une même obligation, elles fonctionnent indépendamment et devraient être distinguées. Par exemple, il est possible d'imaginer qu'un contrôle exclusif soit exercé sur un document multiple, c'est-à-dire un document qui ne satisfait pas aux conditions d'unicité. À l'inverse, il est également possible d'imaginer qu'un contrôle non exclusif soit exercé sur un document unique (A/CN.9/804, par. 69; voir également A/CN.9/797, par. 48 à 50; et par. 9 et 10 ci-avant).

Paragraphe 1 b)

35. Le paragraphe 1 b) prévoit que la personne ayant le contrôle doit être identifiée de manière fiable comme le porteur du document transférable électronique (A/CN.9/768, par. 77 et 85). La personne ayant le contrôle d'un document transférable électronique est dans la même position juridique que le porteur d'un document ou instrument transférable papier équivalent.

36. La référence faite dans le paragraphe 1 b) à la "personne qui a le contrôle" du document transférable électronique n'implique pas que cette personne soit également la personne ayant le contrôle légitime de ce document, car c'est au droit matériel qu'il revient de déterminer la question (A/CN.9/828, par. 61). En outre, elle n'exclut pas la possibilité que le contrôle soit exercé par plus d'une personne (A/CN.9/828, par. 63) ou qu'il soit attribué de manière sélective, sur un seul document transférable électronique, à plusieurs entités en fonction des droits juridiques reconnus à chacune d'entre elles (par exemple, titre de propriété de biens, sûretés mobilières, etc.).

37. La personne qui a le contrôle peut être une personne physique ou morale (A/CN.9/869, par. 109 et 110) ou toute autre entité habilitée à posséder un document transférable électronique en vertu du droit matériel. Le recours aux services d'un tiers pour exercer le contrôle exclusif n'a pas d'incidence sur l'exclusivité du contrôle ni n'implique que le tiers prestataire de service ou tout autre intermédiaire est la personne ayant le contrôle (A/CN.9/804, par. 59).

38. L'exigence d'identification de la personne ayant le contrôle n'implique pas que le document transférable électronique en tant que tel doit contenir des informations sur l'identité de cette personne. Elle suppose en réalité que la méthode ou le système employé pour établir le contrôle dans son ensemble remplit la fonction

d'identification (A/CN.9/869, par. 106 à 108; A/CN.9/828, par. 63). En outre, l'identification ne saurait être interprétée comme impliquant une obligation de désigner nommément la personne qui a le contrôle, puisque la Loi type permet l'émission de documents transférables électroniques au porteur, ce qui suppose l'anonymat (A/CN.9/828, par. 51).

39. Certains systèmes de gestion des documents transférables électroniques, tels que ceux fondés sur de grands livres distribués, identifient la personne qui a le contrôle en faisant référence à des pseudonymes, et non aux véritables noms. Cette identification, avec la possibilité d'associer pseudonyme et véritable nom, en cas de besoin, satisferait à l'exigence d'identification de la personne qui a le contrôle. Dans tous les cas, l'anonymat à des fins de droit commercial ne saurait empêcher l'identification de la personne ayant le contrôle à d'autres fins, notamment dans le cadre du maintien de l'ordre.

40. L'article 10 sera également utile pour procéder à certaines étapes nécessaires dans le cycle de vie d'un document transférable électronique, qui exigent que l'on prouve le contrôle exercé sur ce document. Par exemple, la notion de "présentation" repose dans un environnement papier sur la preuve de la possession d'un document ou instrument transférable papier, qui en est l'élément central. Cette preuve peut être fournie en identifiant la personne qui a le contrôle. Dans la pratique, le système de gestion des documents transférables électroniques peut invoquer l'exigence d'identification de la personne ayant le contrôle prévue à l'article 10 lorsqu'il se voit présenter un document. En conséquence, la Loi type ne comprend pas de disposition distincte sur la présentation (A/CN.9/863, par. 27 à 36).

Paragraphe 2

41. Les documents ou instruments transférables, notamment électroniques, peuvent circuler par voie de remise ou d'endossement. Le paragraphe 2 prévoit que le transfert du contrôle exercé sur un document transférable électronique est l'équivalent fonctionnel de la remise, à savoir le transfert de la possession, d'un document ou instrument transférable papier (A/CN.9/834, par. 31 à 33; voir également les commentaires relatifs à l'article 16 sur l'endossement).

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

43. La remise d'un document ou instrument transférable papier peut être une étape nécessaire dans le cycle de vie de ce document ou cet instrument. Par exemple, la demande de remise de biens exige généralement la délivrance d'un connaissance. La Loi type ne comprend pas de dispositions particulières sur la délivrance car le paragraphe 2, relatif au transfert du contrôle en tant qu'équivalent fonctionnel de la remise, s'appliquerait également dans ce cas de figure.

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/761, par. 24, 25, 38 à 41 et 50 à 58;

A/CN.9/WG.IV/WP.122, par. 14 et 26 à 28; A/CN.9/768, par. 45 à 47 et 75 à 85;

A/CN.9/WG.IV/WP.124/Add.1, par. 1, 2 et 3 à 9; A/CN.9/797, par. 66 et 74 à 90;

A/CN.9/WG.IV/WP.128/Add.1, par. 11 à 20; A/CN.9/804, par. 51 à 70;
A/CN.9/WG.IV/WP.130/Add.1, par. 20 à 28; A/CN.9/828, par. 50 à 67;
A/CN.9/WG.IV/WP.132/Add.1, par. 24 à 34; A/CN.9/834, par. 31 à 33 et 83 à 94;
A/CN.9/WG.IV/WP.135/Add.1, par. 19 à 28; A/CN.9/863, par. 27 à 36 et 99 à 102;
A/CN.9/WG.IV/WP.137/Add.1, par. 23 à 30; A/CN.9/869, par. 103 à 110.

“Projet d’article 11. Norme générale de fiabilité

Aux fins des articles [8, 9, 10, 11, 17, 18, 19], 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 sûreté du matériel et des logiciels;
 - v) La régularité et l’étendue des audits réalisés par un organisme indépendant;
 - vi) L’existence d’une déclaration 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 cette fonction à elle seule ou en conjonction avec d’autres preuves.”

Remarques

44. Le projet d’article 11 est le résultat des débats que le Groupe de travail a tenus à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/869, par. 69 à 78), où il était convenu i) de remplacer à l’alinéa a) iv) le mot “qualité” par le mot “sûreté”, la qualité ne se prêtant pas facilement à une évaluation objective et la notion de sûreté étant plus directement pertinente pour évaluer la fiabilité de la méthode; ii) de supprimer le mot “convenue” à l’alinéa b) car cette disposition ne portait pas uniquement sur les fonctions convenues contractuellement; et iii) de supprimer le deuxième paragraphe, qui faisait référence à un accord des parties aux fins de l’évaluation de la fiabilité, étant entendu que le projet de loi type ne les empêchait pas d’attribuer contractuellement certaines responsabilités.

45. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l’alinéa a) vi) devrait faire référence à la fiabilité du système, des méthodes utilisées dans le système, ou des deux. À cet égard, il voudra peut-être confirmer que le mot “système” est employé dans la Loi type pour désigner le système de gestion des documents transférables électroniques, étant entendu que la référence à ce système n’implique

pas l'existence d'un administrateur de système ni une autre forme de contrôle centralisé. Dans le même ordre d'idées, il voudra peut-être également se demander si l'alinéa a) iv) devrait faire référence aux "matériel et logiciels utilisés dans le système".

Commentaires

46. L'article 11 énonce une norme générale cohérente et technologiquement neutre concernant l'évaluation de la fiabilité qui s'applique à chaque fois qu'une disposition de la Loi type exige l'utilisation d'une "méthode fiable" pour l'exécution de ses fonctions (A/CN.9/863, par. 44).

47. L'article 11 vise à renforcer la sécurité juridique en indiquant les éléments qui peuvent jouer un rôle dans l'évaluation de la fiabilité (A/CN.9/804, par. 47). La liste des circonstances figurant à l'article 11 n'est pas exhaustive et n'empêche pas les parties d'attribuer contractuellement certaines responsabilités (voir également par. 62 et 63 ci-après). La norme générale de fiabilité est applicable à tous les fournisseurs de système de gestion des documents transférables électroniques, et pas uniquement aux prestataires de services tiers (A/CN.9/804, par. 48).

48. Bien que la disposition vise à donner des directives sur l'évaluation de la fiabilité du système de gestion des documents transférables électroniques en cas de différend (évaluation "*ex post*" de la fiabilité), sa teneur influencera nécessairement aussi la conception du système (évaluation "*ex ante*" de la fiabilité) (A/CN.9/863, par. 44) car les concepteurs de système cherchent à proposer des systèmes fiables.

49. Chaque disposition de la loi type qui fait référence à l'emploi d'une méthode fiable vise à remplir une fonction différente (A/CN.9/863, par. 54). En conséquence, la référence faite aux "fins des articles" dans le chapeau de l'article 11 vise à préciser que l'évaluation de la fiabilité de chaque méthode concernée devrait être réalisée séparément compte tenu de la fonction spécifique qui doit être remplie par l'utilisation de cette méthode (A/CN.9/863, par. 39). Cette approche offre la souplesse nécessaire pour évaluer l'application de la norme de fiabilité dans la pratique (A/CN.9/828, par. 47) car elle permet d'adapter l'évaluation de la fiabilité à chaque fonction remplie par le système.

Alinéa a)

50. L'alinéa a) énonce une liste de circonstances qui vise à faciliter l'évaluation de la fiabilité. Les mots "qui peuvent englober" précisent que la liste n'est pas exhaustive et est de nature purement indicative (A/CN.9/863, par. 46 et 66). Les mots "toutes les circonstances pertinentes" englobent l'objet pour lequel l'information contenue dans le document transférable électronique a été créée (A/CN.9/863, par. 67).

51. La liste des circonstances vise à réaliser un équilibre entre, d'une part, la fourniture d'orientations pour l'évaluation de la fiabilité et, d'autre part, le fait d'imposer des exigences qui risquent d'entraîner des coûts excessifs pour les entreprises et, partant, d'entraver le commerce électronique et d'entraîner une augmentation des litiges portant sur des questions techniques complexes (A/CN.9/863, par. 46). D'éventuelles circonstances pertinentes supplémentaires pourraient être: la qualité du personnel, des ressources financières et une assurance-

responsabilité adéquates, l'existence d'une procédure de notification des failles de sécurité et de systèmes fiables de vérification à rebours (A/CN.9/804, par. 44 et 45).

“règles de fonctionnement”

52. L'alinéa a) i) fait référence aux “règles de fonctionnement” qui sont généralement énoncées dans un manuel pratique dont l'application peut être contrôlée par un organisme de supervision, et qui, en tant que telles, peuvent ne pas avoir un caractère exclusivement contractuel. Les mots “pertinentes pour l'évaluation de” indiquent que seules les règles de fonctionnement concernant la fiabilité du système, et non les règles de fonctionnement en général, devraient être prises en compte (A/CN.9/863, par. 57 et 68).

“assurance de l'intégrité des données”

53. L'alinéa a) ii) fait référence à l'“assurance de l'intégrité des données” en tant que notion d'ordre absolu, dans la mesure où l'intégrité des données ne peut être exprimée par référence à un niveau donné (A/CN.9/863, par. 42). Bien que la notion d'“intégrité” du document transférable électronique apparaisse déjà à l'article 9, elle figure également en tant qu'élément pour l'évaluation de la norme générale de fiabilité. Plus précisément, la référence faite à l'intégrité à l'article 11 concerne également les articles qui ne mentionnent pas l'intégrité lorsque celle-ci est en fait pertinente pour évaluer la fiabilité de la méthode employée et, en fin de compte, la réalisation de l'équivalence fonctionnelle (A/CN.9/863, par. 69 et 70).

“empêcher l'accès non autorisé au système et son utilisation non autorisée”

54. Cette circonstance fait référence à l'aptitude à empêcher l'accès au système et son utilisation par des tiers non autorisés. À cet égard, il convient de noter que la notion d'intégrité renvoie, dans la Loi type, aux modifications “autorisées”. En conséquence, une méthode fiable doit empêcher les modifications non autorisées. En outre, la notion de contrôle se fonde sur l'exclusivité, qui présuppose l'aptitude à exclure les tiers qui ne sont pas autorisés à accéder au système.

“sûreté du matériel et des logiciels”

55. Dans la liste des critères d'évaluation de la norme générale de fiabilité applicable aux documents transférables électroniques, il est fait référence à la “sûreté du matériel et des logiciels”, car celle-ci a une incidence directe sur la fiabilité de la méthode employée. Cette référence figure également à l'alinéa b) de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui énonce la “qualité du matériel et des logiciels” parmi les facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité de tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification. Le terme “sûreté” est employé à l'alinéa a) iv) à la place du terme “qualité”, car la notion de sûreté se prête plus facilement à une évaluation objective de la méthode utilisée (A/CN.9/869, par. 69).

“régularité et étendue des audits réalisés par un organisme indépendant”

56. L'existence d'audits rigoureux et réguliers réalisés par un organisme indépendant peut être considérée comme une preuve de la validation de la fiabilité

du système par un tiers. De même, l'alinéa e) de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques fait référence à la "régularité et [l']étendue des audits effectués par un organisme indépendant" comme l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité de tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par un prestataire de services de certification.

"déclaration d'un organisme de contrôle, d'un organisme d'accréditation ou d'un programme volontaire concernant la fiabilité de la méthode"

57. Le critère de la "régularité et [l']étendue des audits réalisés par un organisme indépendant" s'inspire de l'alinéa f) de l'article 10 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui fait référence à la "déclaration de l'État, d'un organisme d'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus" comme l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité de tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par un prestataire de services de certification. La déclaration d'un tel organisme peut garantir un certain niveau d'objectivité dans l'évaluation de la fiabilité de la méthode.

"Toute norme sectorielle applicable"

58. La référence à "toute norme sectorielle applicable" découle d'une proposition consistant à faire référence aux normes et pratiques internationalement acceptées pour éviter une augmentation des litiges fondés sur des questions techniques complexes (A/CN.9/804, par. 46) et ménager de la souplesse dans le choix des technologies tout en donnant certaines orientations, compte tenu également du fait que la conception et la maintenance des systèmes de gestion des documents transférables électroniques sont généralement assurées par des professionnels hautement spécialisés (A/CN.9/863, par. 56).

59. Pendant les débats relatifs à l'article 11, on a préféré l'expression "toute norme sectorielle applicable" à l'expression "meilleures pratiques sectorielles" car la première était plus facile à vérifier (A/CN.9/863, par. 71). Il est préférable que les normes sectorielles applicables soient internationalement reconnues (A/CN.9/863, par. 56). Dans les faits, l'application de normes internationales pourrait favoriser l'apparition d'une notion commune de fiabilité entre les pays. La référence aux normes sectorielles ne saurait être interprétée d'une manière contraire au principe de neutralité technologique (A/CN.9/863, par. 71).

Alinéa b)

60. L'alinéa b) prévoit une "clause de sauvegarde" visant à prévenir des actions en justice abusives en validant des méthodes qui ont effectivement rempli leur fonction indépendamment de toute évaluation de leur fiabilité (A/CN.9/863, par. 43). Il fait référence à l'exécution de la fonction dans le cas particulier faisant l'objet du litige et ne vise pas à prédire la fiabilité future sur la base des résultats antérieurs de la méthode (A/CN.9/863, par. 51). Cette disposition peut s'appliquer à toutes les fonctions visées par l'utilisation de documents transférables électroniques (A/CN.9/869, par. 71). Un mécanisme analogue est prévu au paragraphe 3 b) ii) de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques, relatif à l'équivalence fonctionnelle des signatures électroniques.

61. Dans la pratique, le fait que la méthode employée ait effectivement rempli la fonction pour laquelle elle était utilisée préviendra toute discussion concernant l'évaluation de sa fiabilité conformément à l'alinéa b).

Autonomie des parties

62. La Loi type ne fait pas expressément référence à l'importance d'un accord des parties lorsqu'elles évaluent la fiabilité conformément à l'article 11. Cette omission s'explique par le souhait d'établir une norme de fiabilité objective, et en conséquence de ne pas la faire dépendre de l'autonomie des parties. En particulier, l'insertion d'une référence à l'autonomie des parties aurait pu être comprise comme: a) introduisant des normes différentes pour l'évaluation de la fiabilité, dont l'application dépendrait des parties concernées; b) pouvant entraîner des conclusions divergentes en ce qui concerne la validité du document transférable électronique; et c) contournant le droit matériel, en particulier les dispositions d'application impérative, et finalement comme ayant des incidences sur les tiers. En conséquence, l'autonomie des parties en relation avec l'évaluation de la fiabilité est limitée à l'attribution des responsabilités dans les limites établies par la loi applicable (A/CN.9/869, par. 75; voir également A/CN.9/863, par. 40 et 59).

63. Les accords des parties peuvent être particulièrement pertinents dans le cadre de systèmes fermés ou lorsqu'il est fait référence aux normes sectorielles, car ils donnent souvent des indications utiles concernant des détails techniques et peuvent promouvoir l'innovation technologique dans les limites des dispositions impératives du droit matériel (A/CN.9/869, par. 77; voir également A/CN.9/863, par. 58 et 74).

Références aux travaux préparatoires

A/CN.9/WG.IV/WP.128, par. 56 à 58; A/CN.9/WG.IV/WP.128/Add.1, par. 19 et 20;

A/CN.9/804, par. 41 à 49 et 63;

A/CN.9/WG.IV/WP.130, par. 66 à 78; A/CN.9/828, par. 47 à 49;

A/CN.9/WG.IV/WP.132, par. 65 à 77;

A/CN.9/WG.IV/WP.135, par. 81 à 95; A/CN.9/863, par. 37 à 76;

A/CN.9/WG.IV/WP.137, par. 66 à 77; A/CN.9/869, par. 69 à 78.