

**Assemblée générale**Distr.: Générale
17 mai 2005Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-15 juillet 2005

**Projet de convention sur l'utilisation de communications
électroniques dans les contrats internationaux****Compilation des commentaires reçus de gouvernements et
d'organisations internationales****Additif**

Table des matières

	<i>Page</i>
II. Compilation des commentaires.....	2
A. États	2
8. Singapour.....	2



II. Compilation des commentaires

A. États

8. Singapour

[Original: anglais]

[16 mai 2005]

Commentaire sur le projet de convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

1. Singapour remercie le Groupe de travail IV d'avoir achevé ses travaux à sa quarante-quatrième session et estime que la version révisée du projet de convention (document A/CN.9/577) constitue un texte solide à soumettre à la Commission pour examen et adoption.

2. À ce stade, nous voudrions simplement soulever quelques points particuliers qui, à notre avis, n'ont pas été pleinement examinés par le Groupe de travail durant ses délibérations. Nous proposons que la Commission envisage:

a) De modifier le paragraphe 3 a) de l'article 9 du projet de convention pour prendre en compte le fait que les signatures électroniques sont parfois exigées par la loi uniquement pour identifier la personne qui signe (le "signataire") et lui associer l'information communiquée, mais pas nécessairement pour indiquer que le signataire "approuve" l'information contenue dans la communication électronique; et

b) De supprimer le paragraphe 3 b) de l'article 9 du projet de convention afin d'assurer l'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques et d'éviter les difficultés imprévues que pourrait créer l'"exigence générale de fiabilité" posée dans ce paragraphe.

Questions concernant le paragraphe 3 a) de l'article 9

3. Le paragraphe 3 a) de l'article 9 énonce les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques¹. Il dispose que seule une signature électronique qui, à la fois, identifie la partie *et* indique que celle-ci approuve l'information contenue dans la communication

¹ Il s'inspire du paragraphe 1 a) de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), article qui dispose ce qui suit:

"1) Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

électronique satisfait à l'exigence légale de signature dans le cas d'une communication électronique².

4. Or, la loi peut, dans certains cas, exiger une signature qui n'a pas pour fonction d'indiquer que le signataire approuve l'information contenue dans la communication électronique. Par exemple, dans de nombreux pays, la loi exige la légalisation d'un document par un notaire ou l'attestation d'une déclaration sous serment par un officier ministériel. En l'occurrence, l'intention n'est pas d'exiger du notaire ou de l'officier ministériel qu'ils expriment, par leur signature, leur approbation du contenu de la communication électronique. Cette signature sert simplement ici à les identifier et à les associer au contenu du document, mais n'indique pas qu'ils approuvent l'information figurant dans ce dernier. De même, certaines lois peuvent exiger qu'un document soit établi en présence d'un témoin, qui peut être tenu d'y apposer sa signature. Cette signature identifie simplement le témoin et l'associe au contenu du document établi en sa présence, mais n'indique pas qu'il approuve l'information figurant dans ledit document.

5. La double exigence énoncée au paragraphe 3 a) de l'article 9 empêcherait les signatures électroniques de satisfaire à l'exigence légale de signature dans les cas où celles-ci ne pourraient remplir la fonction d'approbation du contenu de la communication électronique.

6. Pour permettre aux signatures électroniques qui n'ont pas cette fonction d'approbation de satisfaire également à l'exigence légale de signature, nous proposons donc que le paragraphe 3 a) de l'article 9 soit modifié comme suit:

“a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci à l'information contenue dans la communication électronique, et s'il y a lieu eu égard à cette exigence légale, pour indiquer que ladite partie approuve l'information contenue dans la communication électronique; et”.

7. Le membre de phrase “*Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour associer celle-ci à l'information contenue dans la communication électronique*” énonce les exigences fonctionnelles minimales auxquelles doit satisfaire une signature, manuscrite ou électronique. Il indique que les signatures électroniques qui remplissent uniquement ces fonctions minimales satisferont à l'exigence légale de signature. Le membre de phrase “*et s'il y a lieu eu égard à cette exigence légale*” reconnaît que la fonction assignée à la signature électronique dépendra de l'intention ou de l'objet de l'exigence légale considérée. La signature électronique devra donc avoir pour fonction d'indiquer que la partie signataire approuve l'information contenue dans la communication électronique, si cela est nécessaire, compte tenu de cette exigence. Par exemple, si la loi dispose qu'une partie doit signer une offre pour indiquer qu'elle en accepte les conditions, la signature électronique satisfera aux exigences du projet de paragraphe 3 a) si elle

² Il convient de noter que d'après le paragraphe 3 de l'article 9, qui est tiré du paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la simple signature d'une communication électronique au moyen d'un équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite n'est pas censée à elle seule conférer une validité juridique au message de données. Le point de savoir si une communication électronique qui satisfaisait à l'exigence de signature est juridiquement valable doit être réglé par la loi applicable en dehors du projet de convention. Voir le paragraphe 61 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).

identifie la partie signataire, associe cette partie à l'information contenue dans le document et indique que ladite partie approuve cette information.

Questions concernant le paragraphe 3 b) de l'article 9

8. Le paragraphe 3 b) de l'article 9 dispose que la méthode de signature doit être d'une fiabilité "suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière" pour que la signature électronique soit juridiquement valable.

9. Cette "exigence de fiabilité" tire son origine du paragraphe 1 b) de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996).

10. Dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001), il était déjà noté que l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique était source d'insécurité car la question de savoir si la fiabilité était suffisante ne pouvait être tranchée *qu'après coup* par un tribunal ou un autre juge des faits. C'est pour offrir une plus grande sécurité *ex ante* que le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) a été introduit. Le paragraphe 118 du Guide pour l'incorporation de cette Loi type indique ce qui suit:

"... Cependant, seul un tribunal ou un autre juge des faits intervenant *ex post*, peut-être longtemps après que la signature électronique a été utilisée, peut déterminer ce qui constitue une technique fiable de signature compte tenu des circonstances en vertu de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En revanche, la nouvelle Loi type [sur les signatures électroniques (2001)] est censée avantager certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées. C'est là l'objet du paragraphe 3, qui est censé garantir (soit par une présomption, soit par une règle de fond), qu'au moment de l'utilisation de cette technique de signature électronique ou avant (*ex ante*), elle entraînerait des effets juridiques équivalents à ceux d'une signature manuscrite. Le paragraphe 3 est donc indispensable si l'on veut que la Loi type atteigne son objectif, qui est *d'offrir davantage de sécurité que n'en offre actuellement la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* quant aux effets juridiques qu'on peut escompter de l'utilisation de types particulièrement fiables de signatures électroniques..." [italique ajouté]

11. À sa quarante-deuxième session, le Groupe de travail avait étudié deux variantes du paragraphe 3 de l'article 9. La variante A avait son origine dans l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, tandis que la variante B trouvait sa source dans le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques³. Le Groupe de travail a décidé de ne retenir que la variante A⁴.

12. Il est possible que le Groupe de travail, en faisant ce choix, n'ait pas envisagé toutes les conséquences de maintien, dans le paragraphe 3 b) de l'article 9 de

³ A/CN.9/546, par. 48.

⁴ A/CN.9/546, par. 54 à 57.

l'“exigence générale de fiabilité” issue de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique.

13. Aux termes du paragraphe 3 b) de l'article 9, une signature électronique ne peut satisfaire à l'exigence légale de signature que si la méthode de signature est suffisamment fiable au regard de l'objet de la communication électronique compte tenu de toutes les circonstances, élément qui est apprécié a posteriori par un tribunal ou autre juge des faits. Cela signifie, d'une part, que les parties à une communication ou à un contrat électronique ne peuvent être certaines, à l'avance, que la signature électronique utilisée sera jugée “suffisamment fiable” et donc juridiquement valable par un tribunal ou autre juge des faits, tant qu'aucun litige n'est survenu, et d'autre part, que, même *en l'absence de litige* relatif à l'identité du signataire ou à l'acte de signature (c'est-à-dire en l'absence de litige relatif à l'authenticité de la signature électronique), un tribunal ou un juge des faits peut toujours décider que la signature électronique n'était pas suffisamment fiable et donc invalider l'ensemble du contrat.

14. Une telle disposition risque d'avoir, en pratique, de graves conséquences pour le commerce électronique:

a) Elle créera de l'incertitude dans les opérations électroniques car le caractère suffisamment fiable de la méthode de signature, et partant sa validité juridique, seront déterminés a posteriori par le tribunal ou le juge des faits, et non à l'avance par les parties. Bien que celles-ci puissent exercer leur liberté contractuelle en convenant d'une méthode de signature, il reste que la convention des parties n'est, dans le paragraphe 3 b) de l'article 9, qu'un des éléments pris en considération par le tribunal ou le juge des faits⁵. Même si les parties étaient, à l'origine, convaincues de la fiabilité de la méthode de signature, un tribunal ou un juge des faits peut en décider autrement;

b) Elle risque d'être appliquée au détriment de la catégorie même de personnes que les exigences légales de signature entendent protéger. L'un des cocontractants pourrait, pour des raisons de commodité, essayer de contester la validité de sa propre signature électronique pour manque de fiabilité, afin de faire invalider un contrat, au détriment de l'autre cocontractant, qui s'était fié à la signature. Cette disposition est dès lors susceptible de constituer un piège pour les personnes non avisées ou une brèche pour celles qui sont peu scrupuleuses;

c) Elle risque de faire obstacle au commerce électronique. Elle entraînera des frais supplémentaires si les utilisateurs se sentent obligés d'utiliser des technologies plus sophistiquées et plus coûteuses pour satisfaire à l'exigence de fiabilité. Cette incertitude et ce surcoût risquent par voie de conséquence de décourager les parties de recourir aux opérations électroniques.

15. Il est à noter que l'exigence de fiabilité trouve sa source dans les lois relatives au domaine fermé et très réglementé du transfert de fonds⁶. Dans ce contexte, la

⁵ C'est ce que le paragraphe 60 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), indique expressément comme suit:

“Toutefois, le fait que l'expéditeur et le destinataire d'un message de données se soient entendus sur une méthode d'authentification donnée ne permet pas de conclure que cette méthode est fiable.”

⁶ Voir A/CN.9/387, par. 81 à 87. À sa vingt-sixième session, le Groupe de travail sur les échanges

question de savoir si la procédure d'authentification ou de sécurité, par exemple une signature, est appropriée est liée à la notion d'attribution de la signature à une personne donnée. Il était nécessaire à l'origine que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique prévoit un critère de fiabilité, car elle posait, à l'article 13, une règle générale d'attribution⁷. Dans la Loi type sur le commerce électronique, les articles 7 et 13 affirmaient la validité d'une signature électronique et permettaient d'attribuer le message de données à un expéditeur pour autant que le destinataire utilise une méthode convenue avec ce dernier pour vérifier l'authenticité du message, sans qu'il soit besoin de démontrer l'authenticité de la signature elle-même⁸. La règle d'attribution de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a finalement été limitée à la technologie convenue entre le signataire et la partie se fiant à la signature.

16. Le projet de convention ne traite pas de l'attribution des communications électroniques⁹. Le paragraphe 3 b) de son article 9, dans sa rédaction actuelle, impose donc une "exigence une exigence générale de fiabilité" sans prévoir, en corollaire, de disposition attributive. En l'absence de règle d'attribution acceptable, l'attribution d'une signature devra être prouvée. Il est inutile d'introduire une "exigence de fiabilité" pour compléter une règle d'attribution inexistante.

17. Il est à noter qu'aucune "exigence de fiabilité" de ce type n'est imposée pour la validité juridique des signatures manuscrites (ni d'aucun autre signe apposé sur papier pouvant légalement constituer une signature). Aucune exigence de forme n'est posée en *common law* pour les signatures. Une personne peut signer en apposant une croix ("X") sur un document, ou encore en se servant d'une machine pour dactylographier son nom sur ce document. La croix comme le nom dactylographié constituent des signatures juridiquement valables, bien que des problèmes de preuve puissent se poser. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de prouver que le signataire supposé a effectivement signé de cette manière et entendait par là signer le document. Afin d'établir que la signature a pour fonction d'associer le signataire au document signé, il faudra toujours démontrer le contexte dans lequel elle a eu lieu, qu'elle soit sur papier ou sous forme électronique.

18. Ce n'est pas la forme de la signature, mais la preuve du lien entre cette signature et le signataire supposé au vu du contexte, qui confère à la signature ses effets juridiques. De notre point de vue, les signatures électroniques ne sont qu'une

de données informatisées a examiné les projets de dispositions des règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et les moyens connexes de communication des données commerciales (devenus, après révision, la Loi type sur le commerce électronique). Le projet d'article 7 contenait alors le segment de phrase suivant: "et le mode d'identification de l'expéditeur est dans les circonstances une méthode [**commercialement**] **raisonnable** de sécurité contre des messages non autorisés". Il a ensuite été suggéré de remplacer ce passage par le texte suivant: "une méthode d'authentification est suffisante si elle est aussi fiable qu'il est approprié dans toutes les circonstances aux fins desquelles la communication a été effectuée". L'expression "**commercialement raisonnable**" provenait de l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et de l'article 4A du Code de Commerce uniforme (UCC).

⁷ Si, juridiquement, une signature doit être attribuée à une personne donnée, il est dès lors nécessaire, par souci d'équité envers cette personne, de veiller à ce que les caractéristiques de cette signature soient techniquement fiables.

⁸ A/CN.9/571, par. 127.

⁹ A/CN.9/546, par. 127.

forme de signature comme une autre, et devraient en principe être juridiquement valables sans être soumises à aucune exigence particulière de fiabilité. Les questions relatives à la preuve de l'acte de signature (qui se posent pour les signatures manuscrites comme pour les signatures électroniques) ne devraient pas altérer les règles de droit relatives à la validité des signatures. Si l'on admet qu'une signature produit des effets juridiques dès lors que le lien entre le document, la signature et le signataire supposé est prouvé, la question de savoir si la méthode de signature est suffisamment fiable ne se pose plus. Si l'on veut assurer l'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les signatures électroniques, il ne devrait pas y avoir d'exigence supplémentaire de fiabilité pour les signatures électroniques, telle que celle posée au paragraphe 3 b) de l'article 9.

19. Dans les opérations commerciales, la personne qui se fie à une signature court toujours le risque que cette signature ne soit pas authentique: elle évalue donc ce risque et s'en prémunit en conséquence¹⁰. L'analyse du risque tiendra compte, bien entendu, du coût des démarches à entreprendre pour rendre la signature plus fiable et de celui à supporter si la signature n'est pas authentique. Ainsi, des relations commerciales préexistantes avec le signataire supposé ou une opération portant sur de faibles montants peuvent convaincre un contractant de se fier à une signature qu'il n'aurait pas jugée satisfaisante si elle émanait d'un inconnu ou si l'opération avait porté sur un montant élevé. Ces précautions et ces évaluations ne relèvent pas du droit, mais de la prudence. En d'autres termes, un contractant peut hésiter à se fier à une signature sous forme de croix, mais ce jugement relève de la prudence et non du droit, car une signature sous cette forme est parfaitement valable du point de vue juridique. À notre avis, cette analyse s'applique également en ce qui concerne les opérations commerciales électroniques et les signatures électroniques.

20. Nous reconnaissons que les gens sont habitués depuis de nombreuses années à évaluer la fiabilité des signatures manuscrites, et sont donc capables de déterminer facilement à quels types de signatures manuscrites il est prudent de se fier. Ils connaissent, pour l'instant, moins bien les possibilités et les lacunes des méthodes de signature électronique et peuvent dès lors avoir plus de mal à exercer un jugement prudent. Cependant, la loi ne comble pas ce manque de connaissance en introduisant une "exigence générale de fiabilité", telle que celle posée au paragraphe 3 b) de l'article 9. Cette exigence ne fait que transférer le soin d'exercer ce jugement du contractant qui se fie à la signature au juge ou autre personne chargée de rendre une décision, qui ne sont peut-être pas plus compétents pour s'acquitter de cette tâche, même s'ils peuvent bénéficier d'avis d'experts. Le contractant qui se fie à la signature peut également recourir à des experts, mais à un moment plus utile, à savoir avant de réaliser l'opération. Au fur et à mesure que les gens se familiariseront avec les signatures électroniques, ils s'habitueront à exercer ce type de jugement.

21. Nous notons qu'afin d'assurer l'harmonisation des lois relatives au commerce électronique, le projet de convention devrait soit contenir une norme uniforme concernant l'exigence de fiabilité des signatures électroniques (laquelle pourrait prendre la forme d'une "exigence générale de fiabilité", comme celle posée au

¹⁰ Par exemple en comparant la signature à des versions authentiques de celle dont elle a connaissance, ou en exigeant que la signature se fasse en présence d'un témoin, soit légalisée ou soit garantie par une banque, etc.

paragraphe 3 b) de l'article 9), soit n'en contenir aucune (auquel cas le paragraphe 3 b) de l'article 9 serait supprimé). Comme il a déjà été signalé plus haut, ce paragraphe, dans sa version actuelle, crée une incertitude considérable qui ne favorise pas l'utilisation du commerce électronique, et nous sommes de l'avis qu'une telle exigence de fiabilité est inutile et inopportune dans ces circonstances. Il nous semble donc que la solution la meilleure et la plus indiquée est de ne poser aucune exigence de fiabilité pour les signatures électroniques, et de supprimer le paragraphe 3 b) de l'article 9.

22. Si le paragraphe 3 b) de l'article 9 (et donc l'exigence de fiabilité) est supprimé, l'article 9 prévoira que *toutes les signatures électroniques* remplissant les conditions posées à son paragraphe 3 a) satisfont à l'exigence légale de signature. Les cocontractants auront ainsi la certitude que la signature électronique qu'ils apposent ou à laquelle ils se fient satisfait effectivement à l'exigence légale de signature et qu'elle ne risque donc pas d'être privée de valeur juridique.
