Nations Unies A/CN.9/578/Add.15

Assemblée générale

Distr.: Générale
9 juin 2005

Français
Original: Anglais/Français

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

Observations reçues des États Membres et des organisations internationales

Note du secrétariat

Table des matières

Page

II. Observations reçues des États Membres et des organisations internationales 2
A. États Membres 2
12. Canada 2

V.05-85233 (F) 170605 200605

II. Compilation des commentaires

A. États

12. Canada

[Original: anglais/français]
[9 juin 2005]

Préambule de la Convention

1. Il importe d'adjoindre au projet de convention le préambule présenté dans le document de travail A/CN.9/WG.IV/WP.110, car il exprime ce qui est véritablement recherché par la communauté internationale, à savoir assurer la liberté de choix et l'interchangeabilité des supports et des technologies appropriées dans la mesure où les moyens choisis permettent d'atteindre les objectifs visés par les règles de droit applicables en la matière.

2. Le préambule, particulièrement au cinquième alinéa, manifeste la volonté internationale de libéraliser l'utilisation des technologies de l'information tout en ne créant pas de régimes juridiques parallèles en fonction des technologies employées. De plus, il s'inscrit dans le prolongement logique des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle mis de l'avant par la CNUDCI. Il met en évidence les conséquences de ces principes, à savoir que si des moyens différents peuvent produire des résultats fonctionnellement équivalents, les mêmes règles de droit doivent s'appliquer à tous ces moyens. Des moyens différents sont alors interchangeables, dans la mesure où ils permettent d'atteindre le résultat indiqué par la loi.

3. En somme, cette partie de préambule montre que les technologies de l'information doivent être considérées comme étant des moyens d'effectuer des communications et que leur utilisation ne change pas ni ne doit changer les valeurs fondamentales du droit. Ainsi, les technologies pourront être perçues comme étant au service du droit et de la justice.

Fiabilité des signatures électroniques

4. Ce commentaire porte sur l'alinéa 9-3 b) qui exige que la fiabilité de la méthode utilisée pour la signature électronique soit "suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou adressée, compte tenu de toutes les circonstances". Nous croyons que ce critère de fiabilité fera plus de mal que de bien. Il ne crée pas de certitude; au contraire, il ébranle celle-ci et, en conséquence, il va à l'encontre de l'objet de la Convention.

5. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a envisagé lors de sa quarante-quatrième session de supprimer la condition concernant la fiabilité. Il a toutefois décidé de conserver cette disposition (A/CN.9/571), paragraphes 127 et 128).

a) Principes

6. Les principes fondamentaux de la CNUDCI relatifs au commerce électronique sont la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle. Selon ces principes,

on n'essaie pas de créer un régime juridique parallèle mais de recevoir dans le régime existant les communications faites par voie technologique. Des normes sont créées selon lesquelles de telles communications seront reçues dans notre droit. Ainsi, il est souhaitable de ne pas instaurer de règles différentes pour les communications par voies différentes.

7. Le texte proposé à l'article 9 contrevient à ces principes. Il crée précisément un double régime juridique pour les signatures. Tant dans les pays de *common law* que dans les pays de droit civil, la notion de signature ne comporte pas de critère de fiabilité. La signature est simplement le signe distinctif qu'une personne utilise régulièrement pour signifier son intention. Traditionnellement, cette notion ne comporte pas de critère de fiabilité. On ne devrait pas introduire un tel critère parce qu'on a recours à des moyens électroniques pour apposer une telle marque car l'on créerait ainsi un double régime juridique pour les signatures, ce qui aurait uniquement pour effet de semer la confusion dans le droit et de dresser un nouvel obstacle à l'utilisation des communications électroniques. Nous ne croyons pas qu'un tel résultat est souhaitable.

b) La question: le critère de fiabilité n'est pas suffisamment flexible

8. On dit parfois que "la signature doit être fiable". La question qui se pose est qui décide de sa fiabilité: la personne qui choisit de s'y fier ou un tiers à la transaction dans le cadre de laquelle elle a été utilisée. Le projet de convention se limite aux contrats entre entreprises. Les consommateurs ne sont pas en cause. Les partenaires commerciaux devraient pouvoir choisir ce à quoi ils accepteront de se fier tout comme ils décident avec qui ils font affaires – une décision encore plus importante. La partie qui se fie à une signature, qu'elle soit manuscrite ou électronique, court le risque qu'elle ne soit pas valide ou qu'elle soit contrefaite. C'est à la partie qui se fonde sur la signature de décider quelles sont les preuves qui la convaincront de s'y fier. Dans certains cas, il s'agit d'une technologie particulière; dans d'autres, c'est la présence d'un notaire ou d'un témoin de confiance; dans d'autres cas encore, c'est la teneur du contrat lui-même qui démontre de façon convaincante (fiable) que la signature est celle de la partie qui était censée signer.

9. Aucun facteur unique ne s'applique dans tous les cas et c'est ce que le projet de convention semble reconnaître puisqu'on y utilise l'expression "toutes les circonstances". Le problème est que l'appréciation de ces circonstances, et donc la décision quant à savoir ce qui suffit pour garantir la fiabilité, est laissée à un tribunal et non aux parties. L'accord des parties est pertinent, mais un tribunal peut passer outre à celui-ci selon les circonstances. Qui mieux que les parties connaît les circonstances d'une transaction? Qui est le mieux placé pour évaluer le risque commercial et juridique qu'entraîne le fait de se fier à la méthode utilisée?

c) Difficultés pratiques dans l'application du critère de fiabilité

10. Deux situations nous préoccupent. Dans la première, l'une des parties à une transaction pour laquelle une signature est requise tente de se soustraire à ses obligations en niant que sa signature (ou celle de l'autre partie) est valide – elle ne soutient pas que le signataire présumé n'a pas signé, ou que le document qu'il a signé a été modifié, mais simplement que la fiabilité de la méthode employée pour signer le document n'était pas suffisante dans les circonstances. En d'autres mots, le

libellé du projet de convention permet que la mauvaise foi vienne compromettre le contrat.

11. Certains peuvent prétendre que la situation décrite ci-dessus est peu susceptible de se produire étant donné la difficulté pour une personne de prouver une intention ou des faits contraires à ses propres actes. Quoi qu'il en soit, la conclusion serait différente dans les cas où des tiers sont en cause. Dans de nombreux cas, un tiers, qui ne participe pas à une transaction commerciale, a intérêt à ce que la transaction soit jugée invalide. On peut penser aux créanciers qui ont des créances à l'égard des biens de l'une des parties, à un syndic de faillite ou à un organisme de réglementation gouvernemental. Le projet de convention permettrait à un tribunal d'annuler une transaction au gré d'un tiers pour le simple motif que la fiabilité de la signature est insuffisante, même si les parties ont prouvé qu'il y a bel et bien eu signature. Le fait de signer pourrait devenir non pertinent en vertu de la loi. À notre avis, la création d'un critère de fiabilité indépendant de la volonté des parties ainsi que de l'acte de signer le document entraîne une incertitude au sujet de la validité d'une signature électronique. On ne gagne rien en retour de cette incertitude. Dans la plupart des transactions entre entreprises, les seules parties dont l'avis sur la fiabilité devrait compter sont celles qui participent à la transaction.

d) Perspective historique sur le projet d'article 9

12. L'alinéa 9-3 b) du projet de convention est la reproduction quasi textuelle de l'alinéa 7-1 b) de la Loi type sur le commerce électronique. Il est toutefois important de souligner que, lorsque cette disposition a été rédigée à l'origine, la Loi type contenait une règle qui prévoyait une présomption d'attribution de la signature électronique à la personne qui était supposée avoir signé le message. Si la loi est censée présumer l'attribution, celle-ci doit reposer sur une norme de fiabilité. Toutefois, le texte final de la Loi type est un peu différent. L'actuel article 13 de la Loi type sur le commerce électronique ne confère aucun effet particulier à une signature. Le critère de fiabilité n'est donc pas nécessaire. Plusieurs lois nationales mettant en application la Loi type sur le commerce électronique n'ont pas incorporé de critère de fiabilité, notamment les lois américaine et canadienne. Il semble que, dans les pays où elle a été adoptée, les tribunaux n'ont pas interprété son fonctionnement.

13. Il convient de souligner que la Directive de 1999 de l'Union européenne sur les signatures électroniques ne comporte pas de critère de fiabilité. Au contraire, elle interdit aux États membres de faire une distinction entre les méthodes de signature pour le simple motif qu'il s'agit d'une signature sous forme électronique. La Directive confère un statut juridique spécial – l'équivalent d'une signature manuscrite – à ce qu'elle appelle une "signature électronique avancée", mais elle permet aussi que d'autres signatures aient un effet juridique. Ce sont les parties qui doivent prouver qui a signé un document, mais une fois qu'elles l'ont fait, elles n'ont pas à prouver quoi que ce soit au sujet de la méthode de signature utilisée.

14. Le Groupe de travail a tenté en 1997 et en 1998 de mettre au point une règle d'attribution accompagnant la prescription d'une norme de fiabilité. Il a décidé, après de nombreux efforts, d'y renoncer. Il y avait trop de pratiques et de technologies commerciales différentes, sans mentionner les effets juridiques voulus.

15. C'est une chose que d'instaurer dans une loi type un critère fondé sur la technologie, comme le critère de fiabilité, que les pays peuvent décider d'adopter ou non et qu'ils peuvent modifier assez facilement s'il ne fonctionne pas ou si la technique évolue. Il est beaucoup moins souhaitable d'inscrire un tel critère dans une convention que les États adoptent ou non, sans modification, et qu'il est extrêmement difficile de modifier une fois qu'elle a été adoptée.

e) La nécessité d'une signature fiable

16. On pourrait penser que la loi exige une signature pour garantir l'identification des parties ou l'expression du consentement ou pour protéger une partie ou un intérêt public. À notre avis, le simple critère de fiabilité prévu dans le projet de convention ne permet pas d'atteindre cet objectif. Il est trop souple, il dépend trop des circonstances de l'espèce. Si l'intérêt public exige la fiabilité à une certaine fin, une norme de fiabilité plus précise devrait être prévue.

17. En résumé, le critère de fiabilité prévu à l'alinéa 9-2 b) du projet de convention est trop strict à des fins commerciales et trop souple à des fins de réglementation. Il entraîne toutefois un risque potentiel et imprévisible pour les transactions commerciales de nature consensuelle. Cela va à l'encontre de l'objet du projet de convention et pourrait même constituer un obstacle à son acceptation. Nous croyons qu'il devrait être supprimé.

Présomption concernant le moment de l'expédition d'une communication électronique

18. Le libellé proposé pour le paragraphe 10-3 du projet de convention indique que la communication "est réputée avoir été reçue" dans certaines circonstances. À notre avis, la présomption dont il est question devrait être réfragable par toute preuve appropriée. Nous proposons donc que le mot "réputés" soit changé par "présumés" dans ce paragraphe. L'utilisation de ce mot, selon les standards de la CNUDCI, indique une présomption réfragable. En cas de doute, la nature de la présomption réfragable pourrait aussi être indiquée dans le texte ou le Commentaire, mais devrait néanmoins apparaître dans le projet de convention. Un changement du même ordre devrait être effectué au paragraphe 10-4.

Dispositions finales

f) Disposition concernant les unités territoriales

19. Le document de travail A/CN.9/WG.IV/WP.110 propose également une disposition concernant l'application aux unités territoriales. Au départ, le libellé de la disposition renvoyait aux unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquaient en vertu de la constitution de l'État. Il est entendu que cette disposition repose sur un libellé qui a été élaboré il y a plusieurs décennies et que les nouvelles dispositions portant sur ce point, telles la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et la Convention du Cap d'Unidroit, ne font aucun renvoi à la constitution de l'État. Compte tenu de nouvelles pratiques, nous estimons que les mots "selon sa constitution" ne devraient pas figurer dans la disposition concernant l'application aux unités territoriales.

g) Procédure d'amendement

20. Le Gouvernement du Canada est d'avis que la procédure d'amendement de la Convention, prévue à l'article 21 du document de travail A/CN.9/WG.IV/WP.110, n'est pas souhaitable car elle aurait concrètement pour effet d'imposer de nouvelles obligations aux États qui ne sont pas nécessairement d'accord avec les amendements. De plus, cette procédure pourrait causer des problèmes aux États qui doivent incorporer des textes internationaux dans leur législation interne. Nous croyons donc que tout amendement à la Convention devrait lier les États qui acceptent d'être liés par convention.