



Assemblée générale

Distr. limitée
24 août 2011
Français
Original: espagnol

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail IV (Commerce électronique)
Quarante-cinquième session
Vienne, 10-14 octobre 2011**

Aspects juridiques du commerce électronique

Proposition du Gouvernement espagnol

Note du Secrétariat

Dans le cadre des préparatifs de la quarante-cinquième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique), le Gouvernement espagnol a présenté le document ci-joint au Secrétariat.

On trouvera en annexe la traduction de cette proposition telle qu'elle a été reçue par le Secrétariat.



Annexe

Travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) sur les documents transférables électroniques

Compte tenu de la décision adoptée à la quarante-quatrième session de la Commission concernant le Groupe de travail IV (Commerce électronique), la délégation espagnole souhaite présenter ici quelques pistes de travail possibles pour faciliter la prise de décision par le Groupe dans les phases initiales de ses travaux. Le présent document de travail n'a pas pour objet, pour le moment, de formuler de propositions officielles définitives, mais tout simplement de déterminer les questions qui, de l'avis de la délégation espagnole, pourraient s'avérer pertinentes en ce qui concerne le mandat confié au Groupe de travail, à savoir d'entreprendre des travaux dans le domaine des documents transférables électroniques. Dans les paragraphes qui suivent, la délégation espagnole donne son opinion sur certains aspects des questions à l'étude.

1. Éléments communs dans les régimes nationaux applicables aux documents négociables ou transférables

Ayant à l'esprit l'objectif fondamental qui est d'élaborer un instrument qui permette aux États d'établir une législation relative aux documents transférables électroniques, ou les y aide, la délégation espagnole estime qu'il est essentiel de déterminer avec précision le point de départ et les principaux centres d'intérêt des travaux du Groupe. Cette démarche permettra notamment de définir le contenu et la portée de l'instrument. Il n'y a aucune raison que les principes qui devront être appliqués à cet effet soient différents – ils ne doivent d'ailleurs pas l'être – de ceux que la CNUDCI a suivis par le passé pour élaborer d'autres instruments relatifs au commerce électronique. En particulier, pour élaborer la réglementation concernant les équivalents électroniques de documents papier négociables ou transférables, il faut commencer par identifier les fonctions que le papier en tant que support, et les éléments qui découlent de son utilisation, remplissent dans le cadre du régime juridique applicable, afin de déterminer, conformément au principe de l'équivalence fonctionnelle, comment les moyens électroniques peuvent remplir les mêmes fonctions, et leur reconnaître ainsi les mêmes effets juridiques.

Les éléments susmentionnés qui dépendent d'un support matériel comme le papier concernent uniquement les aspects de forme des actes qui entourent l'émission et l'utilisation de ce type de documents. C'est pourquoi la délégation espagnole est d'avis que, comme lors de l'examen antérieur de questions relatives à ce domaine, les travaux à entreprendre et les résultats recherchés doivent se concentrer sur les aspects purement procéduraux de la question. Aussi, une analyse des éléments concernés s'impose-t-elle dans les différents régimes juridiques nationaux, car avant de tenter une harmonisation dans ce domaine, il faudra déterminer dans quelle mesure les législations internes ont déjà été harmonisées quant à certains ou à tous les aspects potentiellement pertinents.

a) Documents négociables ou transférables

Pour assurer une cohérence avec l'approche proposée, il faut absolument, dans un premier temps, clarifier le sens du terme "documents transférables", ce qui permettra entre autres de circonscrire la portée des travaux et le champ d'application de l'instrument à élaborer. Cette clarification n'est pas seulement nécessaire parce que ce terme peut prendre des sens différents selon les traditions juridiques, mais aussi parce que les différents types de documents négociables ont connu une évolution diverse tant dans la pratique commerciale que dans la législation, et parce que cette évolution a fini par avoir des incidences sur les questions de forme.

Dans ce contexte, la délégation espagnole estime que les travaux doivent se concentrer sur les documents transférables, considérés comme des documents déjà sur support papier et donc dépendant de ce support. Il s'agit de documents généralement émis par un particulier, les billets à ordre, les lettres de change ou titres représentatifs de marchandises. En réalité, les types de document qui entrent dans cette catégorie dépendent inévitablement de la pratique et de la législation nationale de chaque pays. Le facteur déterminant à cet égard, c'est la dépendance stricte à l'égard du support papier et la nécessité qui en découle d'éliminer les obstacles à l'usage du papier et les moyens électroniques qui poursuivent les mêmes buts et produisent les mêmes effets. Cette dépendance n'existe plus pour certains documents que les lois, initialement, qualifiaient de documents négociables ou transférables, car depuis un certain temps, les textes prévoient qu'ils peuvent être présentés comme des ensembles de données sous forme électronique, les saisies de registres par exemple. C'est très souvent le cas des titres négociables émis en masse (qui peuvent être groupés en séries ou catégories), tels que les actions, les obligations et, de manière générale, les instruments financiers. Pour des raisons qui tiennent moins à l'avènement des réseaux de communications électroniques qu'au fonctionnement de marchés secondaires organisés ou officiels, ce type de titres, autrefois également émis sur papier, peuvent être émis sous forme électronique (documents électroniques et saisies de registres) et être transférés, transmis ou négociés par voie électronique. C'est pourquoi, comme il existe déjà, dans chaque pays, des systèmes pour l'émission et la négociation par voie électronique de ce type d'instruments ou de titres, ces derniers ne devraient pas faire partie des objectifs immédiats du Groupe de travail IV.

b) Éléments du protocole caractéristique des documents transférables

Les documents négociables ou transférables, on le sait, se caractérisent par le fait qu'ils prévoient un mécanisme de transfert des droits autre que celui qu'offre le régime ordinaire de cession, qui repose sur la forme spécifique dans laquelle le document est établi et sur la nature spécifique de son contenu, et partant, sur le transfert du document est établi et selon la procédure prévues par la loi. La forme et la procédure se fondent sur le transfert de possession, ainsi que, dans certains cas, l'ajout de certaines informations au document. La conséquence logique de ce mécanisme, c'est que le titulaire du document, et des droits qui y sont rattachés, doit prouver et faire valoir son droit de propriété par la possession et la présentation d'un document officiel adéquat. De ce mécanisme, qui repose sur l'application du régime de transfert de biens meubles aux biens meubles incorporels, comme les droits personnels, découlent d'autres conséquences législatives qui ont trait au droit matériel régissant spécifiquement ce type de transfert de documents et de droits et

qui, bien que reposant sur les éléments formels et physiques (la possession) propres à ce protocole, les transcendent. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, les deux éléments essentiels du mécanisme prévus par la loi sont la nature (et la forme papier) du document transférable et sa possession.

2. Dispositions existantes relatives à l'émission et à l'utilisation de documents transférables électroniques

Actuellement, il existe déjà quelques exemples de dispositions qui prévoient et régissent l'émission et le transfert de documents transférables électroniques. Ces exemples, que l'on trouve tant dans quelques législations internes que dans d'autres instruments internationaux, sont peu nombreux, mais ils fournissent des modèles utiles qui devraient être pris en compte.

a) Unicité du document

On trouvera un premier exemple dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et, par extension, dans les lois nationales qui en ont incorporé les dispositions pertinentes. L'article 17, dans la deuxième partie de la Loi type, fait référence concrètement au contrat de transport et aux documents qui peuvent être émis en vertu de celui-ci pour régir les situations dans lesquelles il est possible notamment de transférer des droits en vertu du contrat de transport dans le cadre du transfert de documents. Dans ce genre de cas, où la Loi type prévoit expressément l'utilisation de documents de transport négociables, tels que les connaissements, la réglementation prévue par la Loi type repose sur la garantie d'unicité du document, afin d'assurer qu'il n'y a qu'un seul porteur et titulaire possible, tout comme avec un document papier.

b) Dispositions fondées sur le contrôle du document comme équivalent de la possession

On trouvera un deuxième exemple, avec une approche quelque peu différente et plus aboutie, aux États-Unis: dans la Loi uniforme sur les opérations électroniques et le Code de commerce uniforme – ou plus précisément, dans les deux cas, dans les lois qui ont incorporé leurs solutions en la matière – ou dans la Loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international¹. Dans les instruments internationaux, on trouve une approche parallèle dans la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer de 2008 (les Règles de Rotterdam).

L'article 16 de la Loi uniforme sur les opérations électroniques régit les conditions dans lesquelles il est possible d'émettre des documents transférables électroniques ayant les mêmes buts et les mêmes effets que des documents papier. Ses dispositions s'appliquent en particulier aux billets à ordre et aux titres représentatifs de marchandises. Quant au Code de commerce uniforme, il régit, en son article 7, les titres représentatifs de marchandises émis sous forme négociable et par voie électronique. La Loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international, elle, restreint son application en ce domaine particulier (cf. sect. 7021) aux billets à ordre émis en relation avec un prêt garanti

¹ Titre 15 de l'United States Code Annotated, chap. 96, voir par. 7001 et suivants.

par un droit réel sur un bien immeuble, mais présente la même structure et la même approche que les exemples précédents. Les Règles de Rotterdam régissent, à titre accessoire et dans le cadre de l'objet principal – le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer – les documents électroniques de transport négociables.

Le schéma employé dans tous ces exemples se fonde sur l'identification d'un équivalent fonctionnel à la possession, que les textes désignent par les termes de "contrôle" ou de "contrôle exclusif" du document, à partir duquel on détermine le mécanisme ou le protocole de transfert du document électronique et des droits qui y sont incorporés. Dans ce mécanisme, le transfert du document nécessite le transfert du contrôle (ou du contrôle exclusif) sur celui-ci, et pour se prévaloir des droits incorporés dans le document, la preuve de possession, constituant une preuve de contrôle du document, est nécessaire.

Dans tous les exemples susmentionnés, le contrôle, équivalent fonctionnel de la possession, a pour caractéristique le fait qu'il remplit la même fonction et sert le même objectif, à savoir permettre d'identifier de manière fiable le titulaire du document. Les critères requis pour établir le contrôle d'un document transférable électronique (même si chacun des textes mentionnés les présentent de manière différente) sont définis en relation avec la capacité de la technologie et du système employés dans les communications à remplir cette fonction de manière suffisamment fiable.

Pour comprendre ce que peut représenter le contrôle d'un document, il faut garder clairement à l'esprit que, dans des opérations engagées et exécutées par des moyens électroniques, tout échange ou transfert de biens meubles incorporels, tels que des documents transférables électroniques, repose sur l'échange d'informations entre les parties par le biais du réseau de communications électroniques. Cela implique que le contrôle se fonde uniquement sur l'échange d'informations qui, le plus souvent, se présenteront sous forme écrite. Une des nombreuses conséquences en est que le contrôle, en tant qu'indicateur fiable de propriété remplit à la fois les fonctions que, dans un environnement papier, nous associons aux informations écrites sur le document (identification du titulaire à travers des exigences formelles telles que l'endossement) et celles que nous attribuons à la possession.

Les circonstances décrites ci-avant ont bien évidemment été prises en compte par le législateur dans tous les cas que nous avons évoqués à titre d'exemple. Pour preuve, les textes susmentionnés supposent de manière relativement implicite que les parties à des opérations se prêtant à l'utilisation d'un document transférable électronique conviendront du système et, en définitive, de la technologie à employer pour son émission et son utilisation. Dans ce contexte, un facteur essentiel pour la reconnaissance de la validité de l'émission et du transfert d'un document transférable électronique est celui de la technologie nécessaire au transfert, son degré de disponibilité sur le marché, l'architecture et le protocole ou mécanisme qui l'emportent en pratique et, comme énoncé précédemment, le degré de fiabilité qu'elle atteint dans la réalisation de la fonction indiquée, à savoir, l'identification, en toutes circonstances, du titulaire du document transférable.

Il existe déjà sur le marché des services permettant l'emploi de documents transférables électroniques de nature diverse, dont certains s'appuient sur les textes susmentionnés. Ces services sont généralement sous-traités, c'est-à-dire qu'ils sont

fournis par des entités tierces, distinctes des parties qui souhaitent avoir recours à des documents transférables électroniques dans leurs opérations (qui sont donc des utilisateurs du service). En plus d'être prestataires du service, ces entités font également office de tiers de confiance, dans la mesure où la valeur du service et sa diffusion sur le marché dépendent, entre autres, de la fiabilité des systèmes qu'ils utilisent et de la réputation qu'elles réussissent à se faire sur la base de cette fiabilité. Les utilisateurs de ce type de services peuvent difficilement vérifier dans la mesure nécessaire la fiabilité de la technologie employée et les garanties prouvant que les caractéristiques de cette dernière assurent raisonnablement l'existence du document, le caractère original des informations y figurant, son authenticité et celle des signatures qu'il peut porter, l'intégrité des communications échangées dans le cadre de son utilisation et l'identité de l'émetteur du document et de son titulaire (ainsi que des autres personnes qui peuvent être mentionnées comme ayant participé, à une étape quelconque, à sa circulation). Ces entités jouent par conséquent un rôle d'intermédiaires de confiance, de tiers extérieurs aux opérations pour lesquelles il peut être fait appel à leurs services. Cet aspect doit être pris en compte par les praticiens chargés d'appliquer les dispositions correspondantes (les juges par exemple) et de décider s'il y a contrôle du document et si l'entité qui revendique un tel contrôle est bien le titulaire du document. Il doit en être ainsi uniquement si le système de communications employé garantit raisonnablement que le document transférable a les qualités requises et s'il permet d'en identifier le titulaire de manière fiable. La notion de fiabilité est donc cruciale en cette matière, comme dans d'autres domaines du droit du commerce électronique (signatures numériques, originalité du document).

3. Systèmes employés dans la pratique pour l'émission et le transfert de documents transférables électroniques

Tous les systèmes qui existent actuellement pour la fourniture de ce type de services (tout comme les systèmes qui les ont précédés) répondent de différentes manières aux exigences mentionnées. Il s'agit de créer des systèmes de gestion de l'information qui permettent aux utilisateurs de vérifier, grâce à la technologie et aux communications, les conditions imposées par la loi pour la reconnaissance des effets juridiques recherchés. Dans certains cas, il s'agit de systèmes conçus spécifiquement à cet effet, qui sont par conséquent disponibles sur le marché dans le but de permettre aux utilisateurs d'émettre et de négocier des documents transférables électroniques. Dans d'autres, il s'agit de systèmes qui n'ont pas été commercialisés à cette fin, mais qui peuvent être utilisés pour l'émission et le transfert de ces documents.

L'un des classements couramment utilisés pour différencier ces systèmes fait la distinction entre le modèle du registre (registry system) et le modèle du support (token system). Ce classement se fonde sur l'architecture et la structure logiques et protocolaires de chaque système. Dans un cas comme dans l'autre, il est question de systèmes de gestion de l'information qui remplissent un but concret: l'émission et le transfert de documents transférables électroniques dans des conditions satisfaisant aux exigences de la loi (dont la principale consiste à identifier de manière fiable le titulaire et le porteur du document).

Dans la catégorie du modèle du registre, on trouve des systèmes d'information avec une structure fondée sur le registre. Dans ce type de registre, qui suit la même

approche que d'autres structures d'information fondées sur le registre pour la cession de titres ou de droits de propriété, le document semble indiquer l'identité du titulaire. Le transfert du document et son transfert de propriété (avec toutes les conséquences possibles) sont liés aux transactions dont les utilisateurs sont convenus dans le système, ou préalablement hors du système, mais en tout état de cause nécessitent que la personne habilitée à cet effet, c'est-à-dire le titulaire qui effectue le transfert, demande le changement de propriété dans le registre. Du point de vue juridique, ces types de systèmes peuvent satisfaire à l'exigence du contrôle, car ils utilisent une technologie suffisamment fiable qui permet d'identifier, en toutes circonstances, un titulaire unique du document (et des droits qui y sont incorporés). Ils reposent également sur la création d'espaces fermés pour les communications multilatérales centralisées, qui, pour leur part, s'appuient fermement sur des mesures de sécurité conçues pour vérifier l'identité des utilisateurs et assurer l'intégrité des communications.

Les systèmes conformes au modèle du support se fondent sur une approche qui suit, dans ses grandes lignes, celle de l'environnement papier. Elle repose aussi sur l'identification de documents originaux et uniques (tout comme les systèmes conformes au modèle du registre), qui peuvent être reconnus comme tels par le logiciel employé, et qui sont donc susceptibles d'être transmis d'un système d'information à un autre tout en conservant toutes les qualités susmentionnées. Ainsi, il est possible de reproduire dans l'environnement électronique l'approche suivie dans l'environnement papier, où pour transférer un document négociable, il faut transférer le document lui-même: dans le cas d'un document papier, sa possession; dans le cas d'un document électronique, le contrôle du document (si le système employé satisfait à l'exigence du contrôle applicable)².

Dans les deux cas, indépendamment de l'architecture et de la structure des systèmes, l'approche du protocole suivie par les parties pour produire des effets juridiques serait équivalente, car le transfert d'un document transférable électronique (reconnu comme original et authentique) signifie le transfert du contrôle du document. Dans les deux cas également, la détermination de l'existence du document, ses qualités et ses effets, ainsi que sa propriété et son transfert, reposent sur l'échange d'informations. La vérification de ces faits et qualités repose quant à elle sur l'intervention de tiers de confiance. Si ces entités peuvent intervenir de manière différente dans chaque cas, elles agissent en tant qu'intermédiaires de confiance pour vérifier la fiabilité du système et de la technologie employée, ainsi que, par extension, des informations échangées. L'instauration de la confiance est un élément clef de toute cette approche, sur les plans tant technique, commercial et du service que sur le plan juridique. Bien souvent, les mécanismes nécessaires pour instaurer cette confiance ne sont pas très différents de ceux que nous connaissons dans d'autres domaines (en particulier ceux des signatures électroniques). Ils peuvent reposer sur des structures alternatives, dans lesquelles d'autres

² Le système dit "digital objects infrastructure" s'accorde bien avec cette approche. Il repose sur la création et l'utilisation d'objets numériques, ensembles de données uniques et différenciés qui peuvent être reconnus comme tels par le biais du logiciel nécessaire, lequel fonctionne de son côté à partir d'un système de codes numériques uniques, qui s'appliquent en toutes circonstances tant aux objets numériques qu'aux registres où ces objets peuvent se retrouver. Ces codes sont assignés par les autorités chargées de les administrer (registre central et structure périphérique ou décentralisée).

intermédiaires de confiance, tels les entités de certification ou d'audit, voire le secteur public, peuvent s'ajouter aux prestataires du service à proprement parler, qui font office de tiers de confiance (en particulier face aux acquéreurs possibles d'un document transférable électronique).

4. Portée et objectifs des travaux à entreprendre

Toutes les observations et les commentaires qui précèdent ont été faits dans le dessein de contribuer à déterminer la portée et les objectifs des travaux à entreprendre par le Groupe de travail IV. La prise en compte du nombre limité de textes qui existent en la matière, l'expérience acquise dans leur interprétation et leur application, ainsi que la pratique commerciale qui s'est développée sur la base de ces textes, donnent de premières indications quant aux questions qui pourraient être abordées par une instance telle que la CNUDCI et à la forme que les travaux pourraient prendre.

De l'avis de la délégation espagnole, certains points doivent être résolus dès la première phase des travaux du Groupe de travail. Il s'agit notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive, des points suivants:

a) Dans le cadre de l'objectif ultime et général consistant à fournir aux États les moyens ou instruments nécessaires pour approuver une législation relative aux documents transférables électroniques, il faudrait examiner la nature de l'instrument ou des instruments à mettre au point. Diverses possibilités se présentent à cet égard. Selon la délégation espagnole, une option intéressante consisterait à élaborer un texte type (une loi type ou un supplément à la Loi type sur le commerce électronique), en particulier parce qu'il n'existe pas de texte en la matière en Espagne, ni même dans une majorité d'États. Toutefois, le Groupe devrait également examiner d'autres possibilités.

b) L'instrument susmentionné devrait couvrir les points suivants:

- Le type de documents auxquels il pourrait s'appliquer;
- La nature et la portée des dispositions et principes formulés dans la version définitive de l'instrument; et leur relation avec les dispositions de fond existantes qui constituent le régime des documents négociables sur papier. Comme il en est des instruments et normes adoptés précédemment dans le domaine du commerce électronique, l'option préférée de la délégation espagnole consiste à limiter la portée des travaux et de l'instrument qui pourrait être élaboré aux pures questions de procédure et de forme, afin d'assurer la cohérence avec les principes de fond de la législation nationale existante;
- Les règles qui devraient régir l'émission et le transfert de documents transférables électroniques, concernant notamment:
 - Les exigences d'une émission valide et efficace;
 - Les exigences d'un transfert valide et efficace à un nouveau détenteur ou à une nouvelle négociation;
 - Les exigences de preuve de propriété du document, c'est-à-dire la preuve de possession;

-
- La question de savoir si les normes ou principes finalement définis et retenus se fondent sur un concept connu, comme le contrôle du document, ou sur un concept différent, le contenu et les éléments essentiels du concept;
 - Les exigences et normes applicables concernant l'annulation du document lors de son extinction; et
 - Les questions de procédure relatives au régime spécifique régissant les documents négociables ou transférables et l'exercice des droits qu'ils incorporent en cas de litige, ainsi que la réglementation de ces questions pour les documents émis sous forme électronique.
- Les éventuelles conséquences de l'intervention de tiers de confiance, qu'il s'agisse ou non de prestataires de services pour l'émission et l'utilisation de documents électroniques, transférables ou non, et le rôle qu'ils devraient jouer. Les questions relatives au statut des prestataires de services, des entités de certification ou de tout autre intermédiaire de confiance peuvent comporter divers aspects dont ceux qui pourraient faire l'objet des travaux du Groupe de travail IV devraient être examinés. Selon la délégation espagnole, les deux questions suivantes méritent d'être étudiées:
 - Les modèles possibles de réglementation du marché de ce type de services (par exemple ceux qui reposent sur l'instauration d'une structure de confiance publique minimale et sur un certain contrôle public), en vue d'établir des critères clairs pour l'application des normes élaborées; et
 - La responsabilité potentielle de ce type d'entités et les mesures juridiques qui peuvent être prises pour garantir une réglementation optimale et efficace d'une telle responsabilité.
 - Les conditions de la reconnaissance transfrontière des documents transférables électroniques, pour tout ce qui est strictement des questions de procédure ou de forme propres aux dispositions de droit du commerce électronique.
-