



# Assemblée générale

Distr. limitée  
17 août 2012  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail IV (Commerce électronique)  
Quarante-sixième session  
Vienne, 29 octobre-2 novembre 2012**

## Questions juridiques liées à l'utilisation des documents transférables électroniques

### Note du Secrétariat

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1	2
II. Portée des travaux .....	2-25	2
A. Documents transférables électroniques .....	4-18	2
B. Gestion des documents transférables électroniques .....	19-25	7
III. Questions juridiques liées aux documents transférables électroniques .....	26-70	8
A. Création et activation des documents transférables électroniques .....	29-70	9
1. Unicité .....	39-50	10
2. Contrôle du document transférable électronique .....	51-61	14
3. Identification de l'émetteur et du premier porteur .....	62-70	17



## I. Introduction

1. La présente note donne un aperçu général des principales questions juridiques liées à la création, à l'utilisation et au transfert des documents transférables électroniques. Elle n'a pas pour objet de traiter de questions juridiques de fond pouvant s'appliquer quel que soit le moyen utilisé.

## II. Portée des travaux

2. À sa quarante-cinquième session, le Groupe de travail est convenu qu'il devrait conférer une portée générale à ses travaux, prenant en compte tous les types possibles de documents transférables électroniques en se ménageant la possibilité de les traiter de manière différenciée lorsque cela était souhaitable<sup>1</sup>. Toutefois, à la quarante-cinquième session de la Commission (New York, 25 juin-6 juillet 2012), il a été jugé souhaitable de se concentrer sur certains types de documents transférables électroniques ou sur certaines questions s'y rapportant<sup>2</sup>.

3. Prenant note de la décision et de la suggestion susmentionnées, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la portée de ses travaux à un stade ultérieur lorsqu'il aura pu recenser les questions pertinentes et aura eu l'occasion de les aborder. Il voudra peut-être aussi se pencher sur les besoins réels des différents secteurs.

### A. Documents transférables électroniques

4. L'expression "document transférable électronique" désigne d'une manière générale l'équivalent électronique d'un instrument transférable et d'un document titre. En anglais, le terme "record" est utilisé pour souligner le caractère numérique.

5. L'expression "instrument transférable" désigne généralement un instrument financier qui peut contenir un engagement inconditionnel de payer une somme déterminée au porteur de l'instrument ou ordonner à un tiers de payer le porteur. Il peut s'agir par exemple de billets à ordre, de lettres de change, de chèques et de certificats de dépôt. L'expression "document titre" désigne généralement un document qui, dans le cours normal des affaires ou d'un financement, est considéré comme preuve suffisante que la personne qui le possède est autorisée à recevoir le document et les marchandises qu'il représente, à les détenir et à en disposer, sous réserve des exceptions pouvant lui être opposées. Il peut s'agir par exemple de connaissements et de récépissés d'entrepôt<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A/CN.9/737, par. 22.

<sup>2</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17* (A/67/17), par. 83.

<sup>3</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.115, par. 3.

6. Un élément clef commun aux instruments transférables et aux documents titres est la possibilité de “transférer” le droit à l’exécution de l’obligation consignée dans l’instrument ou le document par transfert matériel du support papier sur lequel l’instrument ou le document est reproduit. Un autre élément commun, du moins dans certains pays, est que ces instruments ou documents papier sont généralement émis individuellement et non en masse<sup>4</sup>.

7. Il existe toutefois entre les différents systèmes juridiques des différences fondamentales pour ce qui est du traitement des instruments transférables et des documents titres. Par exemple, la loi peut limiter la liberté des parties de concevoir de tels instruments de sorte que, pour qu’ils soient valides, ils doivent être conformes à des modèles prédéfinis (règle du *numerus clausus*).

8. Les termes “transférable” et “négociable” ont été utilisés conjointement dans la jurisprudence ancienne<sup>5</sup> mais leur utilisation a par la suite donné lieu à d’importants débats au sujet de la distinction à faire entre les deux<sup>6</sup>. D’une manière générale, on peut dire que le terme “transférabilité” désigne la possibilité de transférer le droit à l’exécution avec la possession de l’instrument ou du document, alors que le terme “négociabilité” offre au porteur de l’instrument ou du document un meilleur titre d’exécution que celui de l’auteur du transfert, dans la mesure où la loi limite les exceptions à l’exécution du document négociable à l’égard du porteur de bonne foi<sup>7</sup>.

9. Pourtant, qu’un instrument ou un document soit “transférable” ou “négociable” relève du droit matériel applicable. Dans le passé, pour traiter les questions de fond, des textes uniformes avaient été élaborés: i) la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 1930)<sup>8</sup>, ii) la Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 1931)<sup>9</sup> et iii) la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988)<sup>10</sup>. Il convient de noter également que la notion de négociabilité et en particulier, sa pertinence pour l’utilisation de documents électroniques, a été remise en question<sup>11</sup>.

10. La législation existante qui traite des documents transférables électroniques varie quant à la portée et à l’approche. Dans certains cas, des dispositions ont été adoptées pour permettre l’utilisation générale des documents transférables électroniques, du moins en théorie. Dans d’autres cas, une approche sectorielle a été adoptée, traitant en particulier de l’utilisation des documents transférables électroniques dans les secteurs de la finance et des transports.

<sup>4</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.116, sect. 1 a).

<sup>5</sup> *Lickbarrow c. Mason* (1794) 5 T. R. 683, p. 685.

<sup>6</sup> Pour un résumé des débats sur l’usage des termes “transférable” et “négociable” et la distinction à faire entre eux, voir Torsten Shmitz, “The bill of lading as a document of title”, *Journal of International Trade Law and Policy*, vol. 10, n° 3, 2011, p. 255, 262 et 263.

<sup>7</sup> A/CN.9/737, par. 51 et 53.

<sup>8</sup> Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 143, p. 257.

<sup>9</sup> Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 143, p. 355.

<sup>10</sup> Publication des Nations Unies (traité non entré en vigueur), numéro de vente: F.95.V.16.

<sup>11</sup> Ronald J. Mann, *Searching for Negotiability in Payment and Credit Systems*, 44 *UCLA L. Rev.* (1997), 951.

11. Les textes législatifs ci-après portent sur les transactions financières: i) la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique (loi n° 102 de 2007, “ERMCA”)<sup>12</sup>; ii) la Loi de la République de Corée sur l’émission et la négociation des lettres de change et des billets à ordre électroniques (loi n° 7197 du 22 mars 2004 et amendements ultérieurs); iii) l’article 7 (Documents titres) du Code de commerce uniforme des États-Unis d’Amérique; iv) l’article 9 (Opérations garanties) du Code de commerce uniforme; v) la section 16 de la loi uniforme sur les opérations électroniques (UETA)<sup>13</sup> des États-Unis d’Amérique; et vi) le titre 7 (Agriculture) du Code des règlements fédéraux des États-Unis d’Amérique, en particulier la partie traitant des récépissés d’entrepôt électroniques (Partie 735: réglementation concernant la loi sur les entrepôts).

12. On notera également les développements suivants: i) en Australie, après le réexamen en juillet 2003 de la loi sur les lettres de change de 1909 aux fins de répondre aux demandes entreprises en faveur d’une législation permettant la dématérialisation des lettres de change et des billets à ordre, il y a eu un débat approfondi sur l’utilisation éventuelle de documents transférables électroniques<sup>14</sup>. S’agissant des possibilités de réforme, une approche réglementaire fondée sur l’équivalence fonctionnelle a été recommandée; ii) au Brésil, l’article 889 du Code civil brésilien (loi n° 10.406 du 10 janvier 2002) sur les documents titres (Dos Titulos de Crédito) contient une disposition distincte sur les instruments générés électroniquement<sup>15</sup>; et iii) en Chine, les Règles administratives de fonctionnement des lettres de change commerciales et les Règles administratives du Système d’effets de commerce électroniques (ECDS) ont été adoptées en 2009<sup>16</sup> et l’ECDS a été introduit en octobre 2009 par la Banque populaire de Chine pour soutenir le développement des effets de commerce et faciliter la réduction des coûts et des risques de traitement.

<sup>12</sup> La Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2008 pour faciliter les activités de financement des entreprises. Les créances monétaires enregistrées par voie électronique sont des créances monétaires dont la cession exige l’existence d’un document électronique dans un registre.

<sup>13</sup> La loi uniforme sur l’enregistrement électronique des biens immobiliers (UETA) a été rédigée par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* des États-Unis d’Amérique. Elle a été adoptée par 47 États, le District de Columbia, Porto Rico et les îles Vierges.

<sup>14</sup> Groupe de travail composé de hauts fonctionnaires, *National Competition Policy Review of the Bills of Exchange Act 1909*, juillet 2003, disponible à l’adresse <http://archive.treasury.gov.au/documents/688/PDF/Final%20Bills%20of%20Exchange%20Act%20Review.pdf>.

<sup>15</sup> Le paragraphe 3 de l’article 889 dispose que l’instrument peut être émis avec des caractères d’ordinateurs ou avec un moyen technique équivalent et figurant dans les documents de l’émetteur, à condition que les exigences minimales énoncées dans l’article soient respectées. Toutefois, pour ce qui est de l’interprétation de ce paragraphe, certains experts ont attiré l’attention sur le fait qu’il n’autorisait pas nécessairement l’émission de documents transférables électroniques, mais reconnaissait simplement que les instruments négociables pouvaient au départ être élaborés sous forme électronique, puis faire par la suite l’objet d’une “matérialisation” sous forme non électronique. Cette interprétation s’appuie sur la définition énoncée à l’article 887 du Code civil brésilien, qui considère l’instrument comme un “document”, généralement associé à des moyens non électroniques.

<sup>16</sup> Voir Rapport annuel 2009 de la Banque populaire de Chine, p. 62, 68 et 78, disponible à l’adresse [http://www.pbc.gov.cn/image\\_public/UserFiles/english/upload/File/Annual%20Report%202009.pdf](http://www.pbc.gov.cn/image_public/UserFiles/english/upload/File/Annual%20Report%202009.pdf).

13. Les documents transférables électroniques les plus utilisés dans les pays en développement sont les récépissés d'entrepôt électroniques, considérés comme un moyen efficace de fournir un financement aux agriculteurs et de contribuer ainsi à long terme à asseoir la sécurité alimentaire sur une base plus prévisible et durable<sup>17</sup>. L'article 11 de la Loi indienne sur l'entreposage (*Warehousing (Development and Regulation) Act*) de 2007 prévoit explicitement l'utilisation de récépissés d'entrepôt sous forme électronique<sup>18</sup>. Toutefois, l'article 2 du règlement de 2011 sur l'Autorité de développement et de régulation de l'entreposage (Récépissés d'entrepôt négociables) exclut actuellement les récépissés d'entrepôt négociables sous forme électronique<sup>19</sup>. Au Brésil, des certificats de dépôt et warrants agricoles pouvant exister sous forme électronique ont été mis au point dans le secteur agricole afin de commercialiser les stocks déposés dans les entrepôts<sup>20</sup>.

14. Le développement de systèmes de récépissés d'entrepôt est devenu un moyen important d'améliorer la performance des systèmes de commercialisation de produits agricoles en Afrique et les récépissés d'entrepôt électroniques deviennent populaires dans certains États d'Afrique. La Proclamation n° 550/2007 sur la Bourse éthiopienne des marchandises (portant création de la Bourse) prévoit la mise en place d'un système de récépissés d'entrepôt<sup>21</sup> et des régimes similaires existent en Afrique du Sud, au Ghana et en Ouganda. Par exemple, en 2004, le SAFEX

<sup>17</sup> Henry Gabriel, "Warehouse Receipts and Securitization in Agricultural Finance", *Revue de droit uniforme*, 2012, p. 369.

<sup>18</sup> La loi est entrée en vigueur le 25 octobre 2010 (on peut en trouver le texte intégral à l'adresse [http://dfpd.nic.in/fcamin/sites/default/files/userfiles/Warehouse\\_Act\\_2007.pdf](http://dfpd.nic.in/fcamin/sites/default/files/userfiles/Warehouse_Act_2007.pdf)). Outre qu'elle rend obligatoire la négociabilité des récépissés d'entrepôt, elle prescrit d'une part la forme et les modalités de l'enregistrement des entrepôts et l'émission des récépissés d'entrepôt négociables, y compris sous forme électronique, et d'autre part la création de l'Autorité de développement et de réglementation de l'entreposage (Warehousing Development and Regulatory Authority (WDRA)). Il était prévu que l'introduction du système de récépissés d'entrepôt négociables aiderait les agriculteurs à obtenir de meilleures facilités de crédit et à éviter des ventes en catastrophe et contribuerait aussi à sauvegarder les institutions financières en atténuant les risques inhérents à l'octroi de crédits aux agriculteurs. La constitution de garanties sur des produits agricoles avec une couverture légale sous forme de récépissés d'entrepôt négociables devrait augmenter les flux de crédit à destination des zones rurales, réduire le coût du crédit et stimuler des activités connexes telles que le classement normalisé, le conditionnement et l'assurance, ainsi que le développement d'une chaîne d'entrepôts de qualité (voir <http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=66574>).

<sup>19</sup> Le texte intégral du règlement est disponible à l'adresse <http://wdra.nic.in/>.

<sup>20</sup> Créés par la loi n° 11.076/04, les certificats de dépôt et warrants agricoles sont des instruments de crédit liés à la production déposée dans des entrepôts. Les certificats représentent la promesse de livraison des marchandises déposées et les warrants accordent le droit de rétention sur les marchandises décrites dans les certificats. Ces instruments sont corrélatifs, en ce sens qu'ils sont émis au même moment et se réfèrent au même lot de marchandises. Ils sont émis par le dépositaire des marchandises qui appartiennent aux propriétaires des stocks ou aux acheteurs successifs des instruments. Ils doivent être enregistrés et conservés dans une entité habilitée par la Banque centrale. Dès ce moment, la négociation des instruments devient nécessairement électronique. Les warrants permettent au porteur de constituer une garantie sur le produit pour obtenir un prêt bancaire, alors que les certificats lui permettent de vendre les marchandises sans qu'aucune taxe ne soit due jusqu'à ce que le propriétaire des instruments, en tant qu'agent économique, ne souhaite effectivement utiliser le produit stocké pour la transformation ou la vente.

<sup>21</sup> Le texte intégral de la proclamation est disponible à l'adresse <http://www.ecx.com.et/downloads/rules/ecexproclamation.pdf>.

(South African Futures Exchange) a annoncé qu'il accepterait des récépissés d'entrepôt aussi bien électroniques que sur papier pour le règlement de futurs contrats<sup>22</sup>.

15. Les textes législatifs ci-après traitent de l'utilisation des documents transférables électroniques dans le secteur du transport: i) article 862 du Code de commerce de la République de Corée et sa loi d'application autorisant l'utilisation de connaissances électroniques (la "législation de la République de Corée sur le connaissance électronique")<sup>23</sup> et ii) article 7 (Documents titres) du Code de commerce uniforme. Sont également pertinents i) les articles 16 (Actes relatifs aux contrats de transport de marchandises) et 17 (Documents de transport) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 (Loi type sur le commerce électronique)<sup>24</sup>; et ii) le chapitre 3 et les autres dispositions pertinentes de la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (les "Règles de Rotterdam") de 2008<sup>25</sup>.

16. En mai 2012, l'Assemblée législative de l'Ontario a déposé la loi de 2012 modifiant la loi sur le commerce électronique (le "Projet de loi 96") pour faciliter l'utilisation de moyens électroniques dans les opérations immobilières<sup>26</sup>. S'il est adopté, le Projet de loi 96 modifiera la loi de 2000 sur le commerce électronique de l'Ontario (S.O. 2000, chapitre 17: loi inspirée de la Loi type sur le commerce électronique de 1996)<sup>27</sup> et rendra possible l'utilisation de documents transférables électroniques équivalents aux documents titres, mais non l'utilisation des équivalents de documents négociables<sup>28</sup>.

17. Sans préjudice des approches sectorielles susmentionnées, adopter aux fins de la discussion au sein du Groupe de travail une définition plus large des documents transférables électroniques lui permettra d'envisager ses travaux de manière plus

<sup>22</sup> Sarel F. du Toit, *Reflections on Bills of Lading and Silo Receipts used in the South African Futures Market*, 2 *Journal of International Commercial Law and Technology* 3 (2007) 105; Gideon Onumah, *Promoting Agricultural Commodity Exchanges in Ghana and Nigeria: A Review Report*, Rapport établi pour la CNUCED, p. 8 et 9; Gideon Onumah, *Implementing Warehouse Receipt System in Africa – Potential and Challenges*, établi pour le Quatrième colloque africain sur la politique des marchés agricoles, Malawi, 6-7 septembre 2010, actes disponibles à l'adresse [http://www.aec.msu.edu/fs2/aamp/sept\\_2010/aamp\\_lilongwe-onumah-warehouse\\_receipt\\_systems.pdf](http://www.aec.msu.edu/fs2/aamp/sept_2010/aamp_lilongwe-onumah-warehouse_receipt_systems.pdf); *Ghana Grains Council Warehouse Receipt System Rules and Regulations*, article 26-3: "GGC Warehouse Receipts shall be paper or electronic documents" ("Les récépissés d'entrepôt du Conseil des céréales du Ghana sont des documents sous forme papier ou des documents électroniques").

<sup>23</sup> A/CN.9/692, par. 26 à 47.

<sup>24</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4. Les articles 16 et 17 de la Loi type sur le commerce électronique ont été incorporés dans les législations nationales; par exemple, les articles 26 et 27 de la loi 527 de 1999 en Colombie et les articles 31 et 32 du décret n° 47 de 2008 au Guatemala. Ces dispositions ne semblent toutefois pas appliquées dans la pratique.

<sup>25</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.9.

<sup>26</sup> Disponible à l'adresse: [http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills\\_detail.do?locale=fr&Intranet=&BillID=2644](http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=fr&Intranet=&BillID=2644).

<sup>27</sup> Disponible à l'adresse: [http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws\\_statutes\\_00e17\\_f.htm](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws_statutes_00e17_f.htm).

<sup>28</sup> L'alinéa 1) du paragraphe 31 de l'article 5 de la loi sur le commerce électronique dispose que la loi ne s'applique pas aux instruments négociables et le projet de loi 96 ne contient aucune proposition de modification de cet article.

globale. Un point de départ utile pourrait être le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention des Nations Unies de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (la "Convention sur les communications électroniques")<sup>29</sup>, qui précise quels types d'instruments ou de documents transférables sont exclus du champ d'application de la Convention. Selon cette approche, les documents transférables électroniques peuvent être "les équivalents électroniques de lettres de change, billets à ordre, lettres de transport, connaissements, récépissés d'entrepôt ou tout document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent".

18. Par ailleurs, le fait que le traitement des paiements électroniques et de l'argent électronique n'entre généralement pas dans le champ décrit ci-dessus pourrait nécessiter des éclaircissements, une corrélation pouvant exister entre ces instruments et les documents transférables électroniques pour des besoins pratiques et opérationnels.

## **B. Gestion des documents transférables électroniques**

19. Il existe actuellement au moins deux systèmes de gestion des documents transférables électroniques. L'un, plus courant dans la pratique, est fondé sur l'utilisation de registres électroniques (le "système de registre") et l'autre sur l'utilisation de jetons électroniques incorporés dans le document transférable électronique ("système à jeton")<sup>30</sup>.

20. Un système de registre est établi à partir d'un registre qui contient des informations sur les documents transférables électroniques. Comme les registres établis pour la cession de titres ou de droits de propriété, ce registre indique l'identité du titulaire du document transférable électronique et tout transfert du document transférable électronique y est consigné. Un tel système de registre satisfait aux exigences de contrôle (voir ci-après, par. 51 à 61) en permettant l'identification à tout moment d'un titulaire unique du document et des droits qui y sont incorporés.

21. Un système à jeton peut être décrit comme plus semblable au fonctionnement d'un environnement papier. Il repose sur l'identification d'un document original unique qui peut être reconnu comme tel par le logiciel ou la technologie employés, et peut donc être transmis d'un système d'information à un autre sans perdre aucune des qualités susmentionnées. Ainsi, il est possible de reproduire dans l'environnement électronique l'approche suivie dans l'environnement papier, où le transfert d'un document transférable électronique nécessite celui du document lui-même (ou de son contrôle).

22. Dans les deux systèmes, la détermination de l'existence du document transférable électronique, ses qualités et ses effets, ainsi que sa propriété et son transfert, reposent sur l'échange d'informations. Dans les deux cas, le transfert d'un document transférable électronique (reconnu comme original et authentique) nécessite le transfert du contrôle du document.

<sup>29</sup> Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

<sup>30</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.116, sect. 3.

23. Une approche neutre quant au type de registre devrait être adoptée dans la mesure du possible mais il convient de noter que plusieurs des dispositions qui suivent concernent le fonctionnement de systèmes de registre. Aussi pourrait-il être souhaitable d'élaborer des dispositions spécifiques pour ce type de système, tout en gardant à l'esprit le principe de la neutralité technologique.

24. Pour ce qui est des systèmes de registre, les questions suivantes se poseraient: i) fonctionneraient-ils au niveau national ou international?<sup>31</sup> ii) le registre serait-il conçu pour un type précis de document transférable électronique ou engloberait-il plusieurs types de documents<sup>32</sup>; et iii) un système de registre adoptant une technologie donnée pourrait-il traiter tous les types de documents transférables électroniques et fonctionner dans des États où les technologies de l'information et de la communication disponibles sont de niveaux variables?<sup>33</sup>

25. En ce qui concerne ces questions, les exemples existants de registres nationaux pertinents montrent que chaque registre est conçu pour un seul type de document transférable électronique. Dans certains cas, il peut y avoir plus d'un registre pour le même type de document transférable électronique, ce qui est par exemple le cas des créances monétaires enregistrées par voie électronique au Japon. Toutefois, la possibilité de concevoir un registre électronique capable de gérer plusieurs types de documents transférables électroniques ne devrait pas être écartée.

### **III. Questions juridiques liées aux documents transférables électroniques**

26. Il n'existe actuellement pas de cadre juridique harmonisé, généralisé et accepté internationalement traitant les différentes questions que soulève l'utilisation d'instruments ou de documents titres transférables (à part les textes mentionnés ci-dessus au paragraphe 9) et en particulier l'utilisation de leur équivalent électronique que sont les documents transférables électroniques<sup>34</sup>.

27. Des cadres juridiques nationaux sont nécessaires pour permettre et faciliter l'utilisation des documents transférables électroniques et susciter la confiance des utilisateurs. L'absence de telles dispositions a empêché le développement d'une pratique dans ce domaine<sup>35</sup>.

28. On trouvera dans la partie qui suit un examen des difficultés et obstacles que soulève l'utilisation des documents transférables électroniques et qui devraient être traités dans un cadre juridique national ou international sur les documents transférables électroniques. Elle donne également un aperçu général du cycle de vie de ces documents et des différentes méthodes d'identification du porteur.

---

<sup>31</sup> A/CN.9/737, par. 72.

<sup>32</sup> Ibid., par. 73.

<sup>33</sup> Ibid., par. 74.

<sup>34</sup> Ibid., par. 14.

<sup>35</sup> Ibid., par. 46.

## A. Création et activation des documents transférables électroniques

29. Dans un environnement papier, des instruments et documents titres transférables peuvent aisément être émis directement par l'émetteur. En revanche, les modalités d'activation<sup>36</sup> de leur équivalent électronique dépendraient du système utilisé. Si des documents transférables électroniques peuvent être activés directement par l'émetteur dans un système à jeton, l'opération nécessite l'intervention d'un tiers conservateur dans un système de registre. L'émetteur devrait donc adresser au conservateur du registre une demande d'activation du document électronique transférable.

30. Par exemple, l'article 9-105 (Contrôle des actes mobiliers électroniques) du Code de commerce uniforme dispose qu'un acte mobilier électronique est créé lorsque la partie garantie communique l'exemplaire faisant foi de cet acte au dépositaire désigné (c'est-à-dire au conservateur du registre). Le débiteur ne crée pas directement le document transférable électronique, même si son consentement est nécessaire pour recourir à des moyens électroniques.

31. Demander l'activation d'un document transférable électronique peut être une obligation de l'émetteur. Par exemple, en vertu de l'article 35 des Règles de Rotterdam, le chargeur peut être en droit d'obtenir du transporteur un document électronique de transport négociable, auquel cas, si un système de registre est adopté, le chargeur serait obligé de demander au conservateur du registre l'activation de ce document.

32. C'est cette approche qui est suivie dans la législation de la République de Corée sur les connaissements électroniques, qui prévoit un système de registre<sup>37</sup>. En vertu de cette législation, le transporteur doit soumettre une demande au conservateur du registre afin d'activer un connaissement électronique, cette demande constituant également l'autorisation d'émettre un connaissement électronique.

33. L'article 15 de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique dispose qu'une créance monétaire enregistrée par voie électronique prend naissance à la création du document. À cette fin, le débiteur (de la créance enregistrée par voie électronique) et le créancier (titulaire de cette créance) doivent adresser une demande au registre<sup>38</sup> et ce dernier crée le document<sup>39</sup>. Cela signifie que c'est la création d'un document et non la manifestation de l'intention de le créer qui est la condition nécessaire pour constituer une créance monétaire enregistrée par voie électronique.

34. S'agissant du contenu du document transférable électronique (à savoir les informations qu'il contient), une règle courante veut que le document électronique

---

<sup>36</sup> Le terme "activation" d'un document transférable électronique renvoie à l'étape technique consistant à mettre ce document électronique en circulation, alors que les termes "émission" et "émetteur" sont utilisés dans leur sens bien établi par le droit matériel applicable. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'utiliser à l'avenir le terme "activer" pour les documents transférables électroniques.

<sup>37</sup> A/CN.9/692, par. 30 à 32.

<sup>38</sup> Articles 5-1 et 7 de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique.

<sup>39</sup> Article 7-1 de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique.

contienne les mêmes informations de base que son équivalent papier. D'une manière générale, exiger que les documents transférables électroniques contiennent davantage d'informations serait contraire au principe de non-discrimination des communications électroniques. Des conditions générales peuvent être incorporées par référence dans le document transférable électronique, conformément à la disposition énoncée à l'article 5 *bis* de la Loi type sur le commerce électronique.

35. Dans certains cas, toutefois, certaines informations peuvent être omises dans le document papier mais non dans le document transférable électronique. En République de Corée, par exemple, il est permis d'émettre des billets à ordre en blanc sur papier<sup>40</sup> mais non sous forme électronique<sup>41</sup>.

36. Des informations absentes d'un document transférable papier peuvent figurer dans l'équivalent électronique en raison de son caractère électronique. Même si certaines de ces informations peuvent être de nature purement technique, le consentement des parties à l'utilisation du format électronique est un élément fondamental. En fait, la loi peut prévoir un accord général sur l'utilisation des moyens électroniques ou exiger un consentement spécifique pour l'émission de chaque document transférable électronique.

37. Dans certains cas, des informations supplémentaires peuvent n'être disponibles que dans le document transférable électronique en raison de son caractère dynamique, par opposition au caractère statique des documents papier. Par exemple, l'emplacement d'un navire à un moment donné, qui peut être pertinent pour certains documents commerciaux, peut être vérifié au moyen de systèmes automatisés capables de le localiser et de le suivre.

38. Les informations contenues dans un document transférable électronique peuvent être utilisées à des fins autres que la gestion de ce document. Par exemple, les connaissements électroniques peuvent être utilisés pour communiquer des informations à un guichet unique électronique national, d'après un modèle actuellement à l'essai en République de Corée. En outre, les informations contenues dans les instruments financiers peuvent être regroupées pour contrôler le risque de crédit, et la dématérialisation de l'instrument financier pourrait simplifier la collecte de données. Le paragraphe 1 de l'article 87 de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique prévoit que les parties intéressées peuvent demander que leur soient communiquées les données contenues dans le document. En outre, le paragraphe 2 de cet article autorise l'utilisation des données par d'autres personnes que les parties intéressées sous réserve que celles qui ont demandé la création du document en soient convenues au moment de la demande. Par exemple, les agences de notation ou les investisseurs peuvent demander que leur soient communiquées les données du document en vertu de cette disposition.

## 1. Unicité

39. Une question particulièrement importante pour les documents transférables électroniques est la nécessité de respecter l'équivalence fonctionnelle de la notion d'"unicité" (ou singularité) de la forme papier. L'"unicité" des instruments et

---

<sup>40</sup> Article 10 de la loi n° 1001 sur les connaissements et les billets à ordre électroniques de 1962, et modifications ultérieures.

<sup>41</sup> Article 6, par. 6, de la loi sur l'émission et la négociation de billets à ordre électroniques.

documents titres transférables est garantie afin d'empêcher la mise en circulation de plusieurs documents concernant la même obligation, qui pourrait entraîner le paiement d'une somme d'argent ou la livraison de biens à une partie non habilitée à les recevoir.

40. L'unicité est une exigence qui devrait être respectée indépendamment de la mise en circulation effective d'un document transférable électronique. En fait, l'émission de plusieurs documents transférables électroniques, tous présentés au débiteur par leur premier porteur, exposerait également le débiteur à plusieurs demandes d'exécution et à la possibilité d'un paiement ou d'une livraison à une partie non habilitée.

41. Il a souvent été noté que les préoccupations concernant la garantie d'unicité provenaient du fait qu'un document électronique pouvait généralement être copié de manière à créer un double identique au premier et donc indifférenciable de celui-ci<sup>42</sup>. De plus, des copies électroniques peuvent être produites en grande quantité, en peu de temps et à moindre frais.

42. Toutefois, il convient également de noter que les documents papier ne fournissent pas toujours une garantie absolue d'unicité. En fait, il peut ne pas être possible de trouver une définition législative unique de la notion d'unicité. En outre, la fraude liée à la duplication illégale de ces documents est fréquente<sup>43</sup>. D'autres problèmes peuvent être dus aux difficultés de rassembler l'ensemble des documents papier à présenter lorsque plusieurs originaux ont été émis. Par conséquent, l'application d'une norme d'unicité plus stricte aux documents transférables électroniques aux fins de répondre aux préoccupations susmentionnées et d'améliorer la sécurité pourrait être discriminatoire compte tenu du niveau de sécurité qu'offre leur équivalent papier, et risque en fin de compte de nuire à l'utilisation des documents transférables électroniques dans la pratique commerciale.

43. À l'heure actuelle, il existe deux approches pour ce qui est d'assurer l'équivalence fonctionnelle de l'"unicité" dans un environnement électronique. L'une se fonde sur l'unicité technique, c'est-à-dire l'assurance que le document électronique ne peut pas être reproduit. Toutefois, cette assurance peut ne pas être techniquement réalisable dans le cas des documents électroniques, pas plus qu'elle ne l'est dans le cas des documents papier. En théorie, il peut être techniquement possible de créer un document électronique véritablement unique qui ne peut être copié (du moins sans que l'on ne puisse distinguer la copie de l'original) et qui peut être transféré. Si un jour une technologie capable d'assurer l'unicité d'un document électronique et de permettre son transfert devient largement accessible, elle constituera le fondement de l'unicité du document électronique. Des technologies

---

<sup>42</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.115, par. 14 et 36.

<sup>43</sup> Par exemple, Clayton P. Gillette et Steven D. Walt, dans *Uniformity and Diversity in Payment Systems*, 83 Chicago-Kent Law Review 499 (2008), p. 529, évaluent la sécurité de deux systèmes de paiement concurrents: les chèques papier et les cartes de débit. Ils parviennent à la conclusion que le rapport était de 6:1 en 2004, c'est-à-dire que les pertes dues à la fraude étaient six fois plus fréquentes dans les transactions par chèque que dans celles par carte de débit. En moyenne, le montant des pertes était également nettement plus élevé pour les transactions par chèque que pour les transactions par carte de débit.

telles que l'identifiant d'objet numérique (DOI) et la gestion des droits numériques (DRM) pourraient être pertinentes pour ce qui est d'assurer l'unicité technique<sup>44</sup>.

44. L'autre approche consiste à désigner un exemplaire faisant foi, ce qui constitue une garantie suffisante de son unicité. La désignation d'un exemplaire faisant foi d'un document transférable électronique peut répondre aux préoccupations concernant l'intégrité du document (c'est-à-dire établir ce sur "quoi" le porteur détient un intérêt) sans qu'il faille fournir une garantie absolue que le document est unique. Cette démarche est actuellement la plus répandue tant dans les textes législatifs neutres quant au système que dans ceux qui prévoient un système de registre<sup>45</sup>. La désignation d'un exemplaire faisant foi du document transférable électronique peut se faire par diverses méthodes reposant notamment sur la conservation dans un système sécurisé spécifique ou sur un contenu ou un emplacement vérifiable<sup>46</sup>. Cette désignation peut se faire dans un système de registre ou un système à jeton, en fonction de la technologie utilisée<sup>47</sup>.

45. Une des méthodes utilisées pour désigner un exemplaire faisant foi repose donc sur l'existence d'un système sécurisé spécifique, c'est-à-dire un registre électronique, dans lequel le conservateur assigne un numéro d'identification unique au moment de la création d'un document transférable électronique. Ce numéro unique ne garantit pas en soi l'unicité mais le système assure que chaque numéro correspond à un seul document. Cette méthode est utilisée dans la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique<sup>48</sup>, la Loi de la République de Corée sur les connaissements électroniques<sup>49</sup> et la Loi des États-Unis d'Amérique sur les récépissés d'entrepôt électroniques<sup>50</sup>.

46. Le Code de commerce uniforme adopte une approche neutre quant au système. Ses dispositions traitent de l'unicité dans le contexte des exigences de contrôle des documents titres électroniques<sup>51</sup> et des actes mobiliers électroniques<sup>52</sup>,

<sup>44</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.115, par. 37.

<sup>45</sup> Ibid., par. 37 et 38.

<sup>46</sup> Ibid., para. 40.

<sup>47</sup> A/CN.9/WG.IV/WP.116, sect. 3.

<sup>48</sup> Article 16-1 vii) de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique.

<sup>49</sup> A/CN.9/692, par. 31.

<sup>50</sup> Code des règlements fédéraux, titre 7 (Agriculture), Part 735-Regulations for the United States Warehouse Act, Subpart D-Warehouse receipts, (réglementation concernant la Loi sur les entrepôts, partie consacrée aux récépissés d'entrepôt) Section 735.303 b) 5).

<sup>51</sup> Article 7-106 du Code de commerce uniforme (Contrôle du document titre électronique)

a) Une personne a le contrôle d'un document titre électronique si un système utilisé pour attester le transfert des intérêts sur ce document établit de façon fiable que cette personne est celle en faveur de laquelle le document électronique a été émis ou transféré.

b) Un système satisfait à la sous-section a) et une personne est réputée avoir le contrôle d'un document électronique, si celui-ci est créé, stocké et cédé de telle manière que:

1) il existe un seul exemplaire faisant foi du document, qui est unique, identifiable, et, sauf disposition contraire des paragraphes 4), 5) et 6), inaltérable;

2) l'exemplaire faisant foi identifie la personne exerçant le contrôle du document:

A) comme la personne en faveur de laquelle le document a été émis; ou

B) s'il y est indiqué que le document a été transféré, comme la personne en faveur de laquelle le transfert le plus récent a été effectué;

3) l'exemplaire faisant foi est communiqué à la personne exerçant le contrôle ou à son dépositaire désigné, qui le conserve;

respectivement. Les mesures visant à garantir l'unicité selon cette approche s'appuient sur la capacité du système à créer un seul exemplaire faisant foi, unique et identifiable, la possibilité pour la personne exerçant le contrôle sur le seul exemplaire faisant foi du document transférable électronique de contrôler l'émission de toute copie ne faisant pas foi, et la possibilité d'identifier facilement en tant que telles toute copie de l'exemplaire unique faisant foi et toute modification.

47. Une approche hybride semble avoir été adoptée dans la législation de la République de Corée sur les billets à ordre électroniques. L'article 8 du Décret présidentiel sur l'émission et la négociation de billets à ordre électroniques traite de leur équivalence fonctionnelle<sup>53</sup>. En particulier, le paragraphe 2 de cet article indique que les billets à ordre électroniques sont dotés d'un mécanisme qui ne permet pas la création de duplicata. Le système coréen de billets à ordre électroniques est géré au moyen d'un registre ("UNote")<sup>54</sup>. Toutefois, ce système de registre interagit avec les utilisateurs au moyen du réseau bancaire électronique, parce que l'émission, l'endossement et le paiement des billets à ordre électroniques se font par ce réseau. Le système de registre peut donc bénéficier d'un surcroît de confiance du fait que les utilisateurs de services bancaires électroniques sont soumis à des procédures d'identification strictes et utilisent des méthodes d'authentification et d'autorisation qui renforcent la sécurité. Un niveau plus élevé d'assurance de l'identité des utilisateurs peut avoir un effet positif sur les risques liés à la notion d'unicité du document transférable électronique.

48. Il existe également d'autres méthodes pour assurer l'unicité, comme celle adoptée aux États-Unis d'Amérique dans la Loi sur la compensation des chèques pour le XXI<sup>e</sup> siècle (Loi *Check 21*). Cette loi permet la non-circulation des chèques, c'est-à-dire la suppression du chèque papier en faveur d'une copie électronique lors

- 
- 4) des copies ou modifications ajoutant ou modifiant des informations concernant l'identité du cessionnaire indiqué sur l'exemplaire faisant foi ne peuvent être faites qu'avec le consentement de la personne exerçant le contrôle;
  - 5) chaque copie de l'exemplaire faisant foi et toute copie d'une copie peut facilement être identifiée comme copie distincte de l'exemplaire faisant foi; et
  - 6) toute révision de l'exemplaire faisant foi peut être facilement identifiée comme autorisée ou non autorisée.

<sup>52</sup> Article 9-105 du Code de commerce uniforme (Contrôle des actes mobiliers électroniques)

Une partie garantie a le contrôle d'un acte mobilier électronique si le ou les documents constituant l'acte mobilier sont créés, stockés et cédés de telle manière que:

- 1) il existe un seul exemplaire faisant foi du ou des documents, qui sont uniques, identifiables, et, sauf disposition contraire des paragraphes 4), 5) et 6), inaltérables;
- 2) l'exemplaire faisant foi identifie la partie garantie comme le cessionnaire du ou des documents;
- 3) l'exemplaire faisant foi est communiqué à la partie garantie ou à son dépositaire désigné, qui le conserve;
- 4) des copies ou modifications ajoutant ou modifiant des informations concernant l'identité du cessionnaire indiqué sur l'exemplaire faisant foi ne peuvent être faites qu'avec le consentement de la partie garantie;
- 5) chaque copie de l'exemplaire faisant foi et toute copie d'une copie peut facilement être identifiée comme copie distincte de l'exemplaire faisant foi; et
- 6) toute révision de l'exemplaire faisant foi peut être facilement identifiée comme autorisée ou non autorisée.

<sup>53</sup> Décret présidentiel n° 18637 du 31 décembre 2004 et modifications ultérieures.

<sup>54</sup> De plus amples informations sont disponibles à l'adresse: [www.unote.or.kr](http://www.unote.or.kr).

du processus d'encaissement. Plus exactement, elle permet la création d'un instrument négociable appelé "chèque de substitution" en remplacement du chèque papier. Ce chèque de substitution est en réalité aussi un document papier, puisqu'il est l'impression de l'image électronique du chèque papier initial. La Loi *Check 21* dispose que le chèque de substitution est l'équivalent du chèque original à toutes fins.

49. La Loi *Check 21* garantit l'unicité en exigeant que la banque qui transfère, présente ou retourne un chèque de substitution et reçoit une prestation pour ce chèque garantisse aux autres parties intéressées que le chèque de substitution ou l'original ne leur sera pas présenté de nouveau ni retourné, sous quelque forme que ce soit, et qu'il ne leur sera pas demandé de double paiement (sect. 5). Par conséquent, le mécanisme destiné à assurer l'unicité se fonde sur la répartition du risque et non sur une norme juridique garantissant de manière fiable l'unicité d'un document. De plus, il vise à garantir l'unicité de l'exécution par le débiteur et non celle du document donnant droit à cette exécution.

50. Une autre manière d'envisager la non-circulation des chèques est celle du Système de compensation et d'archivage des chèques images (ICAS) récemment mis au point par la Banque de Thaïlande. L'objet et le mécanisme de ce système sont globalement similaires à ceux de la Loi *Check 21* mais il est mis en œuvre sans législation propre, s'appuyant uniquement sur la Loi thaïlandaise relative aux transactions électroniques, texte incorporant la Loi type sur le commerce électronique<sup>55</sup>.

## 2. Contrôle du document transférable électronique

51. La notion de "contrôle" d'un document électronique est utilisée dans la plupart des systèmes juridiques régissant les documents transférables électroniques comme l'équivalent fonctionnel de la "possession". C'est-à-dire que la personne qui a le contrôle du document transférable électronique est considérée comme le porteur habilité à exercer les droits qui s'y rattachent. Lorsque le contrôle d'un document transférable électronique se substitue à la possession, le transfert du contrôle se substitue à la remise du document transférable électronique, tout comme la remise (et l'endossement s'il y a lieu) tient lieu de transfert du document papier.

52. Pour résumer, le "contrôle" désigne la capacité de transférer le document transférable électronique et d'obtenir son exécution. Les droits contenus dans un document transférable électronique étant régis par les règles de droit matériel applicables à ce document, la discussion ci-après porte essentiellement sur la notion de "contrôle" en tant qu'équivalent de la possession de documents papier.

53. Les textes législatifs permettant l'utilisation des documents transférables électroniques au moyen du contrôle de ces documents peuvent être classés en trois catégories: les textes élaborés de manière à s'appliquer aux documents papier et aux documents électroniques, les textes fournissant des règles générales pour la reconnaissance de l'équivalence fonctionnelle des documents papier et des documents électroniques, et les textes appliquant la notion de contrôle sur la base

---

<sup>55</sup> Bank of Thailand, *Imaged Cheque Clearing and Archive System*, sect. 9, disponible à l'adresse: <http://www.bot.or.th/English/PaymentSystems/PSServices/ChequeClearingSys/ICAS/Pages/ImagedCheque.aspx>.

d'un système de registre. Les textes des deux premières catégories sont donc neutres quant au système, contrairement à ceux de la troisième catégorie.

54. Les Règles de Rotterdam sont un exemple de texte de la première catégorie: la définition du document titre contenue dans le droit matériel (c'est-à-dire dans les Règles de Rotterdam elles-mêmes) prévoit déjà la neutralité des supports. L'article premier (par. 21 et 22) des Règles de Rotterdam indique que la notion de contrôle est étroitement liée à l'émission et au transfert du document électronique de transport négociable<sup>56</sup>. Le paragraphe 1 de l'article 9 énonce en outre une règle générale pour établir l'équivalence fonctionnelle entre la possession d'un document papier et le contrôle d'un document électronique<sup>57</sup>.

55. L'article 7-106 (Contrôle du document titre électronique) du Code de commerce uniforme est un exemple de texte de la deuxième catégorie<sup>58</sup>. Cette disposition établit l'équivalence fonctionnelle entre le contrôle dans un environnement papier (qui s'exerce normalement par la possession effective ou virtuelle du document papier) et le contrôle dans un environnement électronique au moyen d'un système qui identifie de manière fiable une entité en faveur de laquelle le document transférable électronique a été émis ou transféré (à savoir le porteur). Pour cela, le système doit prévoir l'existence d'un seul exemplaire faisant foi, équivalent fonctionnel de la notion d'unicité. Par ailleurs, il doit établir de manière fiable l'identité du premier porteur du document transférable électronique ou du bénéficiaire du transfert.

56. L'article 7-106 b) 3) du Code de commerce uniforme permet la communication de l'exemplaire faisant foi à la personne exerçant le contrôle ou à son dépositaire désigné, qui le conserve. Cette disposition est applicable tant dans un système de registre, où le dépositaire désigné serait le conservateur du registre, que dans un système à jeton, où la personne exerçant le contrôle peut communiquer et conserver l'exemplaire faisant foi lui-même ou en recourant à un tiers dépositaire. Comme indiqué plus haut (voir par. 46 ci-dessus), l'article 7-106 b) 4) à 6) du Code de commerce uniforme énonce certaines conditions à remplir pour établir et maintenir l'unicité du document transférable électronique.

57. L'application du système décrit ci-dessus a été examinée en détail dans les ouvrages se rapportant à l'article 9-105 du Code de commerce uniforme, qui contient une disposition similaire applicable aux actes mobiliers électroniques<sup>59</sup>. Il

<sup>56</sup> Article premier, par. 21. L'«émission» d'un document électronique de transport négociable désigne l'émission du document conformément à des procédures qui en garantissent le contrôle exclusif depuis sa création jusqu'au moment où il cesse d'être valable ou de produire effet. Article premier, par. 22. Le «transfert» d'un document électronique de transport négociable équivaut au transfert de son contrôle exclusif.

<sup>57</sup> Article 9, par. 1. L'utilisation d'un document électronique de transport négociable est soumise à des procédures qui prévoient:

- a) La méthode pour émettre ce document en faveur du porteur envisagé et le lui transférer;
- b) Les moyens d'assurer que le document conservera son intégrité;
- c) La façon dont le porteur peut démontrer qu'il a la qualité de porteur; et;
- d) [...].

<sup>58</sup> Voir *supra* note 51.

<sup>59</sup> Groupe de travail sur la transférabilité des actifs financiers, Cadre pour le contrôle des actes mobiliers électroniques – conformément au paragraphe 9-105 du Code de commerce uniforme, *The Business Lawyer* (2006).

importe de souligner que l'existence factuelle des éléments constitutifs du contrôle ne doit pas être déterminée avec une perfection absolue, mais qu'il s'agit plutôt de parvenir à un degré suffisant de fiabilité. Il s'agirait alors d'examiner le point d'articulation des aspects juridiques et techniques pour déterminer si le système utilisé, dans ses composantes humaines et technologiques et dans les processus associés, présente un niveau suffisant de fiabilité.

58. Des paramètres plus détaillés pour l'évaluation de la fiabilité d'un système de gestion des documents transférables électroniques peuvent découler de l'examen de l'ensemble des dispositions applicables. En d'autres termes, des règles telles que celles figurant à l'article 7-106 du Code de commerce uniforme doivent être complétées et précisées, notamment par des dispositions contractuelles, des normes sectorielles volontaires et des outils de coréglementation.

59. La troisième catégorie de textes législatifs se fonde sur l'utilisation de registres électroniques. Dans des systèmes fermés tels que ceux des registres électroniques, le texte législatif part du principe que l'unicité du document et l'identification adéquate de la partie peuvent suffire pour donner le droit au porteur de transférer le document transférable électronique. Le contrôle en tant que tel n'est pas réglementé mais figure implicitement dans les mécanismes mis en place pour le fonctionnement du registre. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 9 de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique prévoit que la personne enregistrée par voie électronique<sup>60</sup> est réputée détenir légitimement le droit sur la créance monétaire enregistrée par voie électronique visée dans le document électronique en question.

60. Une approche similaire a été adoptée dans la législation de la République de Corée sur les connaissements électroniques et les billets à ordre électroniques<sup>61</sup>. En particulier, le paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi sur l'émission et la négociation des connaissements et des billets à ordre électroniques indique que lorsque l'émetteur signe le billet à ordre électronique au moyen d'un certificat numérique, ce billet est considéré comme dûment estampillé ou signé en application du paragraphe 7 de l'article 75 de la Loi sur les connaissements et les billets à ordre. Cette disposition, qui semble technospécifique pour ce qui est des signatures électroniques, établit le contrôle sur la base de l'identification et d'une garantie d'unicité équivalant à celle fournie par un registre électronique.

61. Des dispositions spéciales peuvent être envisagées dans les cas où il existe plusieurs porteurs, de manière à ce que le contrôle puisse être exercé conjointement ou séparément en fonction du droit matériel applicable. L'existence de plusieurs débiteurs conjointement et solidairement responsables semble soulever moins de difficultés dans la mesure où ces débiteurs ne doivent pas exercer de contrôle. Toutefois, dans la mesure où ils peuvent intervenir dans la circulation du document transférable électronique (par exemple, en tant que destinataires de notifications), des dispositions les concernant peuvent également être utiles.

---

<sup>60</sup> Le terme "personne enregistrée par voie électronique" désigne dans la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique la personne désignée dans la créance monétaire comme le créancier ou le créancier gagiste.

<sup>61</sup> A/CN.9/692, par. 32.

### 3. Identification de l'émetteur et du premier porteur

62. Pour que la création du document transférable électronique soit effective, il faut identifier l'émetteur et le premier porteur. En fait, l'équivalent fonctionnel de la possession devrait identifier le seul porteur ayant droit à l'exécution et empêcher toute autre personne de la revendiquer<sup>62</sup>. Le système devrait également identifier avec le même niveau de fiabilité le débiteur, si la loi applicable l'exige.

63. La fiabilité des mécanismes d'identification, d'authentification et d'autorisation du porteur du document (le "niveau d'assurance") est d'une importance capitale pour l'acceptation des documents transférables électroniques dans la pratique commerciale. Cependant, il semble également important de noter que, comme dans l'environnement papier, la confiance entre les parties à une opération électronique repose sur plusieurs facteurs, certains liés à l'opération elle-même (comme sa valeur) et d'autres à la relation entre les parties (échanges précédents et interaction directe). Ces considérations valent pour toutes les phases du cycle de vie du document transférable électronique.

64. Dans un environnement papier, l'émetteur crée le document et y identifie le premier porteur, sauf s'il est censé circuler anonymement ("au porteur"). Dans un environnement électronique, ces opérations peuvent ne pas être nécessairement exécutées de la même manière en raison des exigences techniques. Par exemple, si le système s'appuie sur les services d'un tiers, tel qu'un conservateur du registre, celui-ci mettra en circulation le document transférable électronique au nom de l'émetteur<sup>63</sup>. Par ailleurs, l'anonymat pourrait ne pas être permis ou possible dans un environnement électronique, auquel cas les documents transférables électroniques ne pourraient être émis au porteur<sup>64</sup>.

65. Ainsi, dans la Loi de la République de Corée sur les connaissements électroniques, où l'on a opté pour un système de registre, le transporteur demande au conservateur du registre d'émettre un connaissement électronique<sup>65</sup>. Toutefois, le paragraphe 1 de l'article 5 de la Loi japonaise sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique exige que la demande soit soumise à la fois par le porteur et par le débiteur de la créance monétaire enregistrée par voie électronique. Cette dernière approche permettrait d'assurer que toutes les parties s'accordent sur l'utilisation de moyens électroniques.

66. L'identification, l'authentification et l'autorisation fiables des parties intervenant dans la création du document transférable électronique, ainsi que dans les phases ultérieures de son cycle de vie, sont essentielles pour renforcer la confiance dans le système. Cet aspect est actuellement régi, en partie du moins, par la loi sur les signatures électroniques. Cette loi pourrait laisser aux parties le soin de déterminer le niveau adéquat d'authentification ou de définir les exigences en la matière<sup>66</sup>. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) peut donner les premières orientations à cet égard.

---

<sup>62</sup> A/CN.9/737, par. 66.

<sup>63</sup> Ibid., par. 59.

<sup>64</sup> Ibid., par. 34.

<sup>65</sup> A/CN.9/692, par. 30.

<sup>66</sup> A/CN.9/737, par. 69.

67. Il convient de noter que les systèmes de registre présupposent en principe un mécanisme rigoureux d'identification hors ligne des utilisateurs autorisés à les utiliser. En revanche, les systèmes à jeton n'exigent ou ne prévoient peut-être pas spécifiquement l'identification préalable des parties, n'exigeant une identification fiable qu'au moment de l'opération concernant le document transférable électronique. Les évolutions futures dans le domaine de la gestion de l'identité pourraient être particulièrement importantes à cet égard.

68. Les lois existantes sur les documents transférables électroniques renvoient à des dispositions générales sur les signatures électroniques au lieu de définir des normes spécifiques<sup>67</sup>. Dans certains cas, il serait possible de tirer parti d'éléments d'authentification supplémentaires disponibles dans d'autres systèmes informatiques. Par exemple, la Loi de la République de Corée sur les billets à ordre électroniques s'appuie sur l'intermédiation des banques pour identifier les comptes bancaires des parties intervenant dans l'émission et le transfert des billets à ordre électroniques. Le système Bolero permet également aux utilisateurs de devenir membres par l'intermédiaire de leur banque<sup>68</sup>. Dans ces cas, la possibilité d'utiliser des facteurs d'identification extrinsèques aux documents transférables électroniques peut accroître nettement le niveau d'assurance.

69. Dans la pratique actuelle, en particulier pour les opérations à valeur élevée, le recours aux technologies s'appuyant sur une infrastructure à clef publique semble prévaloir en raison des dispositions législatives et contractuelles. Toutefois, si la législation sur les signatures électroniques prescrit l'utilisation de technologies spécifiques, des difficultés peuvent survenir pour la reconnaissance de ces signatures à l'échelle internationale. Ces difficultés peuvent être évitées par l'adoption de dispositions adaptées telles que l'article 12 de la Loi type sur les signatures électroniques et le paragraphe 3 de l'article 9 de la Convention sur les communications électroniques.

70. Le choix de l'architecture du système choisi devrait faire l'objet d'un examen approfondi: dans certains systèmes, les utilisateurs peuvent devoir s'inscrire auprès de l'opérateur du système pour obtenir l'accès. Dans ce cas, il pourrait s'avérer nécessaire d'examiner les indications qu'il serait bon de donner sur les normes d'identification des parties par l'opérateur du système.

---

<sup>67</sup> Voir par exemple la loi sur les connaissances électroniques de la République de Corée pour ce qui est du choix d'un système d'infrastructure à clef publique pour les signatures électroniques (A/CN.9/692, par. 28).

<sup>68</sup> [www.bolero.net/en/home/enrolment.aspx](http://www.bolero.net/en/home/enrolment.aspx).