



Assemblée générale

Distr. limitée
3 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

Proposition des Gouvernements américain, colombien et espagnol

Note du Secrétariat

Dans le cadre des préparatifs de la quarante-sixième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique), les Gouvernements américain, colombien et espagnol ont présenté au Secrétariat le document ci-joint.

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



Annexe

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Documents transférables électroniques	5-15	3
III. Examen antérieur de la question des documents transférables électroniques par la CNUDCI	16-20	6
IV. Questions à examiner par le Groupe de travail	21-45	8
V. Secteurs qui pourraient bénéficier des travaux dans ce domaine.	46-53	13

I. Introduction

1. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 10-14 octobre 2011), le Groupe de travail IV (Commerce électronique) a prié instamment les États Membres de fournir des informations pertinentes au Secrétariat pour l'aider à élaborer les documents de travail de sa prochaine session¹. Les délégations américaine, colombienne et espagnole ont établi le présent document à cette fin.

2. À sa quarante-cinquième session, le Groupe de travail a fait observer qu'il n'existait aucun cadre juridique généralisé et accepté internationalement régissant les documents transférables électroniques². Or, comme il est dit dans le présent document de travail, les documents transférables électroniques sont utilisés dans toute une série d'opérations commerciales nationales et internationales et nombre des questions juridiques liées à ces documents ont déjà été traitées et résolues en droit national et international³. Il ne manque qu'un niveau approprié d'harmonisation internationale pour rendre plus efficaces les opérations, le financement et le commerce internationaux. Les modèles existants peuvent servir de point de départ pour les travaux du Groupe de travail. Celui-ci peut maintenant élaborer des normes internationales pour apporter de la sécurité juridique dans l'utilisation des documents transférables électroniques.

3. Ce sont précisément les succès obtenus dans plusieurs systèmes nationaux qui indiquent qu'il faut un cadre juridique internationalement reconnu pour les documents transférables électroniques. Sans un tel cadre, les avantages obtenus dans les systèmes nationaux ne peuvent être reproduits dans le domaine sans cesse croissant du commerce international⁴.

¹ A/CN.9/737, par. 95.

² A/CN.9/737, par. 14.

³ A/CN.9/WG.IV/WP.115.

⁴ Même si les préoccupations pratiques du monde de l'entreprise en ce qui concerne les documents transférables électroniques seront largement semblables d'un État à l'autre, la difficulté consistera notamment à élaborer des normes juridiques internationales uniformes satisfaisant différentes traditions juridiques. Comme le Groupe de travail l'a noté à sa dernière session, cela ne posera vraisemblablement pas de problème majeur puisque les normes

4. Il importe également de noter que l'utilisation des documents transférables électroniques n'est qu'une partie d'un ensemble plus large de questions juridiques liées au commerce électronique, notamment la gestion de l'identité et les guichets uniques⁵. L'examen en cours de la question des documents transférables électroniques par le Groupe de travail n'exclut donc pas d'autres travaux importants dans d'autres domaines du commerce électronique, mais s'inscrit en fait dans un projet plus global sur la question.

II. Documents transférables électroniques

A. Documents transférables

5. L'expression "document transférable", terme général, désigne aussi bien un instrument transférable qu'un document formant titre transférable. Un document transférable électronique est l'équivalent électronique d'un document transférable.

6. Un instrument transférable est un instrument financier pouvant contenir un engagement inconditionnel ou un ordre à un tiers de payer une somme déterminée au porteur de l'instrument. Il peut s'agir par exemple d'un billet à ordre, d'une lettre de change, d'un chèque ou d'un certificat de dépôt.

7. Un document formant titre transférable est un document qui, dans le cours normal des affaires ou d'un financement, est considéré comme preuve suffisante que la personne qui le possède ou y est nommée 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 certains documents de transport, d'un connaissement, d'un récépissé de quai, d'un récépissé d'entrepôt ou d'un bon de livraison.

8. La distinction fondamentale entre un instrument et un document formant titre est que le premier représente une somme d'argent tandis que le second représente des marchandises. Par exemple, un billet à ordre est un instrument transférable attestant d'une obligation de rembourser une dette. Un récépissé d'entrepôt négociable est un document formant titre qui représente l'obligation de l'exploitant d'entrepôt de remettre des marchandises conservées dans l'entrepôt au porteur du récépissé.

B. Distinction entre "négociable" et "non négociable"

9. Les instruments transférables et les documents formant titre transférables peuvent être négociables ou non négociables. Un document transférable négociable

juridiques régissant les documents transférables électroniques correspondent généralement d'un système juridique à l'autre (A/CN.9/737, par. 53). De plus, les règles de fond concernant les documents transférables étant suffisamment établies, le Groupe de travail devrait s'attacher à produire un mécanisme permettant à ces règles de fonctionner dans un environnement électronique.

⁵ Par exemple, l'examen de la responsabilité des tiers de confiance et des autres prestataires de services concerne non seulement les documents transférables électroniques mais aussi la gestion de l'identité et les guichets uniques.

est un document en vertu duquel une somme d'argent doit être versée (s'il s'agit d'un instrument) ou des marchandises doivent être remises (s'il s'agit d'un document formant titre) au porteur du document ou à la personne qui y est nommée. La négociabilité est donc essentiellement la possibilité de transférer les droits sur une somme d'argent ou des marchandises en transférant le document lui-même. Un document transférable qui ne prévoit pas cette possibilité est un document transférable non négociable.

10. Un document transférable négociable peut normalement être “négocié” (les droits sont transférés en même temps que le document) indépendamment d'actions visant l'opération sous-jacente. En d'autres termes, on ne peut opposer aux droits acquis d'un document transférable négociable les exceptions résultant de l'opération sous-jacente de la création du document transférable négociable⁶. L'inopposabilité des exceptions à la transmission des droits que contient le document est la principale différence entre le “transfert” d'un document transférable et sa “négociation”.

C. Documents transférables électroniques

11. Les instruments transférables et les documents formant titre transférables ont longtemps été des documents papier. Actuellement, des modèles de documents transférables électroniques sont en usage ou en cours d'élaboration dans diverses législations nationales et en droit international.

12. Par exemple, certains instruments transférables électroniques négociables sont reconnus par la législation américaine⁷, de même que des documents transférables électroniques négociables⁸. L'utilisation de documents transférables électroniques aux États-Unis remonte à près de 20 ans, avec une réglementation fédérale

⁶ Par exemple, si un acheteur paie des marchandises au moyen d'un billet à ordre, le fait qu'il puisse se retourner contre le vendeur pour vice de la chose n'aura aucun effet sur les droits du porteur du billet à ordre. L'acheteur ne peut opposer au porteur une exception fondée sur la qualité des marchandises.

⁷ Loi uniforme sur les opérations électroniques (Uniform Electronic Transactions Act), article 16. Sont uniquement concernés les billets à ordre électroniques (instruments) et non les instruments électroniques (tels que les chèques et les lettres de change). Les billets à ordre électroniques sont aussi prévus par la Loi sur les signatures électroniques dans le commerce national et international (Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 15 U.S.C. par. 7001 à 7031), mais leur utilisation se limite aux opérations immobilières. Les instruments transférables électroniques tripartites ne sont prévus ni dans la Loi uniforme sur les opérations électroniques ni dans la Loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international, mais les transferts de fonds les concernant se font par virement télégraphique, système devenu omniprésent. Une autre pratique courante et qui continue de se développer est la non-circulation de chèques, c'est-à-dire l'utilisation d'une copie électronique au lieu de l'instrument original dans le système de recouvrement bancaire.

⁸ Loi uniforme sur les opérations électroniques (United States Uniform Electronic Transactions Act), article 16; Code de Commerce uniforme (Uniform Commercial Code), article 7: documents formant titre; et Loi sur les entrepôts (Warehouse Act).

prévoyant l'utilisation de récépissés d'entrepôt électroniques dans le secteur du coton⁹.

13. Les activités de certains pays montrent l'utilité des documents électroniques négociables ou transférables et les avantages que l'on peut tirer de leur utilisation. La Corée a promulgué une législation et mis en place une infrastructure permettant la création de billets à ordre et lettres de change électroniques fondée sur un registre. Au Japon, la loi sur les créances monétaires enregistrées par voie électronique¹⁰ prévoit ce qu'on considère comme une reproduction électronique ou un document électronique remplaçant l'instrument négociable sur papier. Cette législation et le registre qui l'accompagne donnent lieu à un nouveau concept (la "créance monétaire enregistrée par voie électronique") qui, tout en étant considéré comme une nouvelle catégorie de droits personnels correspondant à une dette d'argent (y compris les comptes débiteurs), devrait fonctionner à de nombreux égards comme un instrument financier électronique et remplacer les lettres de change et billets à ordre sur papier par une solution plus rapide, plus fonctionnelle et plus utile¹¹. En tant que créance monétaire négociable enregistrée dans un document électronique, la créance monétaire enregistrée par voie électronique est un instrument financier plus souple, non seulement parce qu'elle est sous forme électronique (avec tous les avantages qui en découlent) mais aussi parce que le droit matériel régissant la négociabilité a été légèrement modifié et ajusté pour tirer parti de cette forme électronique. La créance monétaire enregistrée par voie électronique devrait donc révolutionner le financement des activités, en particulier celles des petites et moyennes entreprises.

14. La Colombie aussi a promulgué des lois en ce sens. L'actuelle législation colombienne sur le commerce électronique reconnaît les documents électroniques et les signatures électroniques. Ces règles se fondent dans une large mesure sur les lois types de la CNUDCI en la matière. Les règles sur le commerce électronique permettent déjà l'émission et la conservation de factures commerciales sous forme électronique¹². Une des particularités de la législation colombienne est qu'une facture commerciale sur papier y est considérée comme un instrument négociable. Une facture commerciale peut donc être transférée avec toutes les conséquences liées à son caractère négociable, ce qui facilite l'accès de l'émetteur à des services financiers fondés sur l'escompte de factures. Pour ces raisons, la législation colombienne permet aussi d'émettre et de transférer des factures électroniques en tant qu'instruments négociables¹³. Des règlements sur l'émission et la négociation de factures électroniques sont en cours d'élaboration. Le processus de rédaction a clairement indiqué les intérêts et les avantages qu'il y avait à disposer de règles sur les documents transférables électroniques, tant pour le secteur commercial que pour le secteur financier. Bien que des règles spécifiques en la matière n'aient pas encore été approuvées, et compte tenu précisément du mandat confié par la Commission au

⁹ Code des règlements fédéraux (United States Code of Federal Regulations), titre 7: agriculture, sect. 735: Regulations for the United States Warehouse Act (réglementation concernant la Loi sur les entrepôts).

¹⁰ Loi n° 102 du 27 juin 2007.

¹¹ Une créance monétaire enregistrée par voie électronique est créée dans un document électronique enregistré auprès d'un organisme d'enregistrement et que l'on peut librement transférer à un tiers. Fondamentalement, ce transfert équivaut à une négociation.

¹² Loi n° 962 du 8 juillet 2005.

¹³ Loi n° 1 231 du 17 juillet 2008.

Groupe de travail, le décret colombien n° 19 du 10 janvier 2012 modifie la législation colombienne sur le commerce électronique de manière à permettre aux autorités de certification d'émettre des certificats pour l'utilisation de documents transférables électroniques et de fournir des services d'inscription, de conservation, d'enregistrement et de stockage de ces documents.

15. En outre, un ensemble croissant de textes de droit international reconnaissent les documents transférables électroniques. Comme on l'a dit plus haut, il s'agit notamment de textes de la CNUDCI¹⁴. Il importe de noter d'emblée que lors de ses travaux concernant la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (Convention sur les communications électroniques), le Groupe de travail avait choisi expressément de ne pas inclure les documents transférables dans le champ d'application de la Convention¹⁵. Il est à espérer que le Groupe de travail pourra maintenant mener à bien ces travaux sur les documents transférables.

III. Examen antérieur de la question des documents transférables électroniques par la CNUDCI

16. Le Groupe de travail est saisi de la question des documents transférables électroniques pratiquement depuis qu'il a commencé à examiner des questions du domaine du commerce électronique. Bien qu'il ait souligné et examiné la pertinence de ce sujet à plusieurs reprises, des activités spécifiques en la matière ont été reportées à plusieurs reprises, pour diverses raisons.

17. Lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, le Groupe de travail a examiné la question des documents transférables électroniques à un stade plutôt tardif¹⁶. Les problèmes liés à la réglementation de la reproduction électronique d'instruments ou de documents négociables ont été rapidement perçus, et il est apparu clairement qu'on ne pourrait résoudre toutes les difficultés et questions connexes en formulant simplement des principes généraux de neutralité des techniques utilisées. Cependant, il a été proposé d'inclure dans la Loi type un article traitant des documents de transport négociables, qui dans certains pays fonctionnent comme des titres représentatifs de marchandises. Le secteur des transports a pris des mesures pour utiliser des versions électroniques des documents de transport négociables, mais cela s'est fait en l'absence d'un système réglementaire¹⁷. Les articles 16 et 17 de la Loi type fournissaient donc un modèle pour la réglementation de l'utilisation des documents

¹⁴ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996); Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (2008).

¹⁵ Convention sur les communications électroniques, art. 2-2: "La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun 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".

¹⁶ A/CN.9/387, par. 177; A/CN.9/406, par. 178 et 179.

¹⁷ Voir à cet égard les propositions du Royaume-Uni (A/CN.9/WG.IV/WP.66, annexe II) et des États-Unis (A/CN.9/WG.IV/WP.67, annexe); A/CN.9/407, par. 115 à 117; A/CN.9/WG.IV/WP.69.

négociables électroniques dans le contexte des contrats de transport de marchandises¹⁸.

18. Compte tenu des nombreuses questions que posent les documents transférables électroniques et des avantages que peut présenter un instrument sur le sujet, le Groupe de travail a appelé à envisager d'en faire un sujet possible de travaux futurs. Certains documents ont été publiés à cette fin, portant à nouveau principalement sur les documents formant titre mais aussi sur les systèmes existants de transfert électronique de droits et intérêts sur les marchandises¹⁹.

19. La question des documents transférables électroniques intéressant le secteur des transports maritimes, il en a été question dans 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. Les Règles de Rotterdam établissent un cadre juridique pour l'utilisation de documents de transport électroniques négociables (et non négociables), qui a largement bénéficié des travaux et débats antérieurs de la CNUDCI sur le sujet et sur les modèles fournis par certaines réglementations nationales. Elles peuvent fournir au Groupe de travail un cadre utile pour poursuivre ses travaux sur les documents transférables en général. Toutefois, elles ne sont qu'un des modèles pouvant mériter son attention, puisqu'elles ne portent que sur les documents de transport et ne traitent pas l'ensemble des problèmes potentiels liés aux instruments et documents négociables en général²⁰.

20. Comme indiqué précédemment (par. 15), la question des documents transférables électroniques a également été abordée lors des négociations concernant la Convention sur les communications électroniques. Dans cette convention, les documents négociables ont de nouveau été écartés et exclus expressément du champ d'application, à l'article 2²¹. Les principales raisons de cette exclusion sont que l'on a considéré que cette question allait au-delà du mandat du Groupe de travail et que les éléments nécessaires d'un régime juridique régissant les documents transférables électroniques n'avaient pas encore été pleinement développés²². Le Groupe de travail a estimé que le sujet était important et qu'il devrait être examiné plus avant. La Note explicative relative à la Convention sur les communications électroniques précise donc ce qui suit: "La Convention ne s'applique pas aux instruments négociables, ni aux titres représentatifs, étant donné qu'il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique pour les instruments papier négociables, objectif qui nécessiterait l'élaboration de règles spéciales"²³. La tâche désormais

¹⁸ La deuxième partie de la Loi type sur le commerce électronique de 1996 a notamment inspiré la troisième partie de la Loi uniforme sur le commerce électronique du Canada.

¹⁹ A/CN.9/421, par. 106; A/CN.9/WG.IV/WP.90.

²⁰ Parmi les systèmes privés et fermés de documents électroniques (documents de transport) figure le système BOLERO (Bill of Lading Electronic Registry Organization), géré par un consortium de banques, qui s'est développé au point qu'il pourrait apporter des orientations utiles pour la poursuite des travaux sur les documents transférables. Il ressort de l'expérience acquise par ce système que si le Groupe de travail devait se pencher sur des questions liées aux registres, il pourrait examiner les droits des tiers pouvant être opposés au titulaire des droits dans un système de registre.

²¹ Voir plus haut, note 15.

²² Convention sur les communications électroniques, Texte et Note explicative, par. 81.

²³ Convention sur les communications électroniques, Texte et Note explicative, par. 7. Voir aussi A/CN.9/484, par. 88 et suivants.

confiée au Groupe de travail s'inscrit logiquement et naturellement dans la suite des sujets laissés ouverts lors des sessions précédentes, et concernant lesquels d'importants progrès ont été faits dans les réglementations nationales et dans la pratique.

IV. Questions à examiner par le Groupe de travail

A. Questions relevées dans d'autres travaux de la CNUDCI

21. Lors de l'examen des instruments mentionnés précédemment, certaines questions et certains problèmes à régler en ce qui concerne les règles pratiques applicables aux documents transférables électroniques ont été mentionnés. Certaines de ces questions concernent directement les caractéristiques que devrait définir un cadre juridique pour l'émission et l'utilisation de documents transférables électroniques²⁴. Il s'agit notamment des conditions de création d'un document transférable électronique, des types de documents transférables négociables pouvant être émis sous forme électronique (instruments financiers, documents formant titre, etc.), des conditions de transfert, de l'identification du porteur et des normes requises à cette fin, ainsi que de la définition précise des droits attachés au document (qui concerne toutefois les aspects des instruments négociables relevant du droit matériel)²⁵.

22. D'autres questions portent sur des problèmes que l'on peut considérer comme accessoires par rapport au sujet des documents transférables électroniques et communs dans l'utilisation de moyens électroniques à des fins commerciales, mais qu'idéalement le Groupe de travail pourrait examiner. Il s'agit notamment de la responsabilité des prestataires de services tiers, de la responsabilité en cas d'erreur dans les communications effectuées au moyen d'"agents électroniques" (systèmes automatisés)²⁶, ou plus généralement du rôle et de la responsabilité des tiers de confiance et autres intermédiaires dans le transfert de documents ou de droits (ou dans la réalisation d'opérations similaires). Tous travaux du Groupe de travail sur ces questions auraient une incidence bénéfique sur d'autres questions étroitement liées à l'utilisation des documents transférables électroniques, telles que la gestion de l'identité dans un environnement électronique (élément essentiel à la négociabilité dans l'espace numérique) ou l'accomplissement des formalités documentaires dans les opérations d'import-export (concernant les douanes et tout système pouvant se fonder sur un guichet unique).

23. Précédemment, le Groupe de travail a examiné le régime juridique de l'utilisation des documents transférables électroniques en rapport avec d'autres sujets, tels que la documentation commerciale, notamment les connaissements, la gestion de l'identité et les systèmes de guichet unique, en raison des nombreuses questions juridiques qui leur sont communes. Ces sujets connexes englobent généralement des questions liées au transfert par voie électronique de droits

²⁴ Voir section IV b) du présent document. Voir aussi A/CN.9/484, par. 88 *et suivants*.

²⁵ Le Groupe de travail ne traitera pas des droits fondamentaux sur lesquels reposent ces instruments et documents.

²⁶ Voir A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4, par. 11 à 13.

personnels ou de droits réels sur des biens meubles corporels ou incorporels²⁷. Certains aspects de chacun d'eux seront utiles à l'examen des questions liées aux documents transférables.

B. Principes fondamentaux

24. Lors de ses délibérations à sa quarante-cinquième session, le Groupe de travail a énoncé au moins cinq principes fondamentaux à respecter en ce qui concerne les documents transférables électroniques: i) équivalence électronique de l'écrit; ii) équivalence électronique de la signature; iii) unicité et garantie de singularité; iv) transfert des droits; et v) identification et authentification du porteur²⁸.

25. Il existe pour chacun de ces principes des modèles que le Groupe de travail voudra peut-être examiner.

1. Écrit

26. Même s'il s'agit probablement de l'une des questions les moins problématiques à résoudre, l'équivalence électronique de l'écrit est un aspect essentiel des documents transférables électroniques. Par le passé, il était entendu que les documents transférables devaient être écrits et signés. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a reconnu que la doctrine souple de l'"équivalence fonctionnelle" pouvait remplacer l'exigence d'un document écrit²⁹. La Convention sur les communications électroniques et les Règles de Rotterdam ont aussi adopté ce principe³⁰. Cette conclusion est également bien établie dans plusieurs lois nationales sur le commerce électronique, dont beaucoup découlent de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

2. Signature

27. Comme pour l'écrit, d'importants textes de droit national et international comportent une norme d'"équivalence fonctionnelle" concernant la signature. Il s'agit notamment de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et de la Convention sur les communications électroniques.

28. Toutefois, l'idée de supprimer l'obligation de signature pour les documents transférables bénéficie également d'un appui, notamment dans les Règles de Rotterdam. On part alors du principe que la signature a pour fonction de prouver le droit de propriété et de transfert et que, puisque le concept de "contrôle" inscrit dans ces règles répond à ces préoccupations, la signature est superflue.

29. Ces deux solutions ont chacune leurs avantages, et il existe en droit national et international de nombreux modèles fonctionnels que le Groupe de travail peut examiner.

²⁷ Voir A/CN.9/VG.IV/WP.69, par. 83; A/CN.9/421, par. 61.

²⁸ A/CN.9/WG.IV/WP.115.

²⁹ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), art. 5 à 10.

³⁰ Convention sur les communications électroniques et Règles de Rotterdam.

3. Unicité et garantie de singularité

30. Dans le cas d'un document transférable traditionnel sur papier, on présume qu'il n'existe qu'un seul et unique exemplaire du document³¹. Cette présomption n'est pas nécessairement compatible avec les documents transférables électroniques. Il existe actuellement deux modèles concernant l'unicité et la garantie de singularité des documents transférables électroniques: i) le système de registre et ii) le système du jeton.

31. Dans un système de registre, la création, l'émission et le transfert de documents transférables électroniques sont enregistrés dans un registre central. Puisque celui-ci enregistre les droits découlant du document transférable électronique pour la partie qui détient ces droits, il n'y a pas lieu d'exiger qu'il n'y ait qu'un seul et unique document pour ces droits. En outre, dans la mesure où le principe du contrôle remplace la nécessité de la possession matérielle, comme on l'explique ci-après, le registre satisfait aussi aux exigences du contrôle.

32. Les systèmes de registre sont aujourd'hui assez courants, élaborés et efficaces³². Par exemple, aux États-Unis, la section 16 de la Loi uniforme sur les opérations électroniques prévoit un système de registre des instruments transférables électroniques³³. Le Code de commerce uniforme prévoit aussi des actes mobiliers électroniques, en réponse aux demandes du secteur du financement automobile tendant à encourager une plus large utilisation de ces actes³⁴. Ces deux textes sont à la base du succès des documents transférables électroniques aux États-Unis.

33. L'expérience des États-Unis en ce qui concerne les registres de documents négociables électroniques a commencé il y a 20 ans avec l'introduction du registre fédéral de récépissés d'entrepôt électroniques.

34. Un autre exemple de système national de registre de documents transférables électroniques est celui du Code de commerce coréen, qui autorise les connaissances électroniques et établit l'équivalence juridique entre les connaissances papier et les connaissances électroniques gérés dans un registre électronique de la propriété³⁵.

³¹ Il existe bien sûr tout un ensemble de lois traitant de la fraude et de la falsification concernant le document papier.

³² L'examen effectué dans le présent document se limite aux systèmes de registre de documents transférables électroniques. Il existe aussi des systèmes efficaces de registres internationaux des sûretés, dont le plus connu est le registre des crédits-bails et sûretés sur aéronefs tenu aux fins de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("Convention du Cap"). Un autre exemple est l'article 9-105 du code de commerce uniforme (régissant les actes mobiliers électroniques), adopté en réponse aux demandes du secteur du financement automobile, qui souhaitait encourager une plus large utilisation des actes mobiliers électroniques.

³³ Le commentaire officiel précise qu'"un système reposant sur un registre tenu par un tiers est probablement la manière la plus efficace de faire en sorte que le document transférable [électronique] reste unique, identifiable et inaltérable et de disposer des moyens voulus pour que le bénéficiaire soit clairement indiqué et identifié".

³⁴ Code de commerce uniforme des États-Unis, section 9-105.

³⁵ A/CN.9/692, par. 26 à 46.

35. En ce qui concerne l'unicité et la singularité, il existe un deuxième modèle, le système du "jeton", où le jeton est l'équivalent électronique d'un document papier unique. La possibilité d'utiliser un jeton électronique comme l'équivalent d'un document papier est reconnue depuis longtemps. Ainsi, par exemple, l'article 17 de la Loi type sur le commerce électronique reconnaît la nécessité d'un document électronique unique, mais n'en précise pas les modalités: elle exige simplement qu'"une méthode fiable soit utilisée pour rendre uniques le message ou les messages en question"³⁶.

36. De même, l'article 9 des Règles de Rotterdam prévoit la possibilité d'utiliser un seul et unique document transférable électronique. S'abstenant de préciser les modalités pratiques, les Règles de Rotterdam laissent aux Parties le soin d'élaborer des procédures qui satisfont à certaines exigences plutôt que de déterminer un mécanisme spécifique à appliquer dans tous les cas³⁷.

37. En revanche, lorsque le Groupe de travail, en rédigeant la Convention sur les communications électroniques, a reconnu que l'unicité était l'une des conditions des documents transférables électroniques, il a considéré que la solution à ce problème nécessitait de combiner des solutions juridiques, techniques et commerciales qui n'étaient pas encore entièrement au point ni éprouvées. Ainsi, comme on l'a dit plus haut, la Convention sur les communications électroniques a éludé la question en excluant de son champ d'application les documents transférables électroniques³⁸.

4. Possession matérielle et transfert des droits par livraison

38. Il existe des modèles élaborés et efficaces pour l'équivalence fonctionnelle de la possession matérielle et du transfert des droits par livraison. Celle-ci repose sur la notion de "contrôle" dans la plupart des modèles juridiques régissant les documents transférables électroniques. La personne qui a le contrôle du document transférable électronique est considérée comme le porteur pouvant exercer les droits qu'il contient. Si le contrôle d'un document transférable électronique remplace la possession du document papier transférable, le transfert du contrôle se substitue à la remise du document transférable électronique. Dans les modèles actuels, le contrôle peut aussi se faire au moyen des systèmes de jeton et de registre³⁹.

³⁶ Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI, art. 17.

³⁷ Règles de Rotterdam, art. 9 ("L'utilisation d'un document électronique de transport négociable est soumise à des procédures").

³⁸ Convention sur les communications électroniques, art. 2.2.

³⁹ Plusieurs systèmes juridiques régissant les documents transférables électroniques ont adopté ou adapté un modèle de registre. Un exemple en droit américain est la section 16 de la loi uniforme sur les opérations électroniques (régissant les instruments transférables électroniques), qui prévoit les systèmes fondés sur des registres. Le commentaire officiel indique qu'"un système fondé sur un registre tenu par un tiers est probablement la *manière la plus efficace* de satisfaire aux conditions de contrôle, étant entendu que le document transférable [électronique] reste unique, identifiable et inaltérable, et de disposer des moyens d'assurer que le bénéficiaire soit clairement indiqué et identifié".

Une autre législation nationale prévoyant un système de registre est l'article 862 du Code de commerce coréen révisé, adopté le 3 août 2007 (loi n° 9746), qui autorise les connaissances électroniques, établissant l'équivalence juridique entre les connaissances électroniques et les connaissances papier gérés dans un registre électronique.

39. Selon le modèle du jeton, l'identité de la personne qui a le contrôle du document transférable électronique (le porteur) est indiquée sur le document lui-même et tout changement de propriété (tel qu'une cession) y est directement consigné. Pour établir l'identité du titulaire du document transférable électronique, il faut que le système permette un contrôle rigoureux sur le document électronique lui-même, ainsi que sur le processus de transfert du contrôle. Comme pour les documents papier transférables, des dispositifs technologiques ou de sécurité peuvent être nécessaires pour garantir qu'il n'existe qu'"un seul exemplaire faisant foi", qui ne peut être ni copié ni modifié et sur lequel on peut se fonder pour déterminer l'identité du titulaire (ainsi que les termes du document transférable électronique lui-même).

40. Selon le modèle du registre, l'identité du titulaire du document transférable électronique est consignée dans un registre distinct et indépendant. Pour établir l'identité du titulaire du document transférable électronique, il faut exercer un contrôle sur le registre. L'unicité du document transférable électronique lui-même est alors moins importante, voire superflue, dès lors qu'il existe un moyen de vérifier l'intégrité du document transférable électronique inscrit dans le registre.

41. Le modèle du contrôle s'est avéré être une méthode efficace pour remplacer l'exigence de la possession matérielle du document dans les opérations électroniques. Par exemple, dans le domaine des valeurs mobilières, conscients que dans les pratiques d'affaires modernes il est irréaliste de transférer physiquement des millions de titres chaque jour, les États-Unis ont introduit en 1992 dans leur législation la notion de "contrôle", qui remplace expressément la possession et le transfert matériels des valeurs mobilières⁴⁰. Il importe de souligner que la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009) prévoit la reconnaissance d'une "convention de contrôle".

42. De même, depuis dix ans, la loi américaine régissant les opérations garanties sur les biens meubles prévoit le "contrôle" des biens incorporels qui seraient corporels s'ils n'étaient pas sous forme électronique⁴¹.

43. En ce qui concerne spécifiquement les documents transférables électroniques négociables, la législation américaine a étendu la notion de contrôle à la fois aux instruments transférables électroniques⁴² et aux documents transférables électroniques⁴³. D'autres textes législatifs nationaux, tels que le Code de commerce de la République de Corée, prévoient aussi le "contrôle" comme moyen de possession et de transfert des documents formant titre électroniques⁴⁴.

⁴⁰ Code de commerce uniforme des États-Unis, par. 8 à 106.

⁴¹ Code de commerce uniforme, art. 9 (opérations garanties).

⁴² Loi uniforme sur les opérations électroniques, section 16 (documents transférables), et Loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international, section 201 (documents transférables). Depuis l'adoption de la Loi uniforme sur les opérations électroniques est apparu aux États-Unis tout un secteur immobilier établissant électroniquement des hypothèques immobilières et les billets à ordre qui les accompagnent au moyen du système d'enregistrement électronique des hypothèques (Mortgage Electronic Records System).

⁴³ Code de commerce uniforme, art. 7 à 106 (contrôle du document formant titre électronique) et 7 à 501 b) (récépissé d'entrepôt et connaissance: négociation et transfert).

⁴⁴ Article 862 (sur les connaissances électroniques) du Code de commerce coréen révisé, adopté le 3 août 2007 (loi n° 9746).

44. Les Règles de Rotterdam prévoient aussi que le contrôle permet de répondre aux exigences liées à la possession et au transfert des documents transférables électroniques⁴⁵. La notion de “contrôle” est donc reconnue non seulement dans les modèles nationaux existants mais aussi au niveau international comme satisfaisant aux conditions de possession et de transfert des documents transférables dans des opérations électroniques. Bien que les Règles de Rotterdam ne soient pas encore en vigueur et ne fournissent aucune donnée d’expérience pratique dans ce domaine, les exemples nationaux mentionnés ci-dessus sont utilisés depuis longtemps et avec succès.

5. Identification et authentification du porteur

45. Lorsque le contrôle remplace la possession, la partie qui exerce le droit de contrôle est automatiquement identifiée, et l’identification du porteur, qui devrait normalement se faire par la possession de l’instrument ou du document, peut effectivement se faire, soit en intégrant des preuves de l’identité de la personne dans l’exemplaire faisant foi, soit en associant celui-ci de manière logique à une méthode permettant de retrouver l’identité de la personne, telle qu’un registre, de sorte qu’une personne l’examinant en soit aussi avertie et ait une preuve du contrôle. La notion de “contrôle” est donc généralement axée sur l’identité de la personne autorisée à exercer les droits inscrits dans le document transférable électronique.

V. Secteurs qui pourraient bénéficier des travaux dans ce domaine

46. Les travaux de la CNUDCI dans le domaine des documents transférables électroniques amélioreront les pratiques dans les secteurs utilisant actuellement des documents transférables électroniques et créeront un environnement dans lequel d’autres secteurs pourraient commencer à y recourir. Des exemples de ces secteurs sont cités ci-après. D’autres secteurs pourraient être recensés au cours des débats du Groupe de travail.

47. Il convient de noter qu’une harmonisation et une efficacité accrues dans ces domaines du commerce peuvent stimuler considérablement les économies en développement, d’une part en favorisant l’adoption d’une législation moderne et efficace sur le commerce électronique et d’autre part en facilitant les échanges commerciaux par l’élimination d’obstacles résultant de différences entre les législations commerciales de partenaires commerciaux.

A. Documents formant titre

48. Dans les économies agricoles, les récépissés d’entrepôt électroniques permettront d’accroître le financement sur les marchandises entreposées⁴⁶. L’expérience des marchés agricoles nationaux où des récépissés d’entrepôt électroniques sont utilisés indique que les avantages des récépissés électroniques sur

⁴⁵ Règles de Rotterdam, art. 1^{er}, par. 21 et 22, et art. 50 et 51.

⁴⁶ Henry Gabriel, “Warehouse Receipts and Securitization in Agricultural Finance”, *Revue de droit uniforme*, vol. XVII, p. 369 (2012).

les récépissés papier sont notamment une réduction des coûts des opérations, une meilleure transférabilité, une plus grande sécurité pour le porteur et une utilisation plus répandue des récépissés d'entrepôt en général. Pour les producteurs agricoles, cela représente une augmentation claire des avantages découlant de l'utilisation des récépissés d'entrepôt, à savoir un meilleur accès au crédit et à des sommes plus importantes, la capacité de répondre à différents niveaux d'offre et de demande dus aux fluctuations du marché, et la capacité de vendre en gros et donc de réaliser des gains supplémentaires grâce au volume de vente. Les acheteurs y gagnent également car ils peuvent acheter de plus gros volumes et réguler la qualité des marchandises. Tous ces avantages soulignent l'importance que peuvent avoir les récépissés d'entrepôt électroniques, en particulier dans les économies agricoles en développement où ils ne sont pas très répandus actuellement.

49. Dans le préambule des Règles de Rotterdam, il est constaté avec préoccupation que le régime juridique actuel du transport international de marchandises par mer ne prend pas suffisamment en compte les pratiques de transport modernes, notamment l'utilisation de documents de transport électroniques. C'est pourquoi les Règles de Rotterdam contiennent un chapitre (le chapitre 3) consacré aux documents de transport électroniques, où il est reconnu que les Parties peuvent utiliser des connaissements papier ou électroniques. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les règles applicables à l'utilisation des documents de transport électroniques en dehors du champ d'application des Règles de Rotterdam, ainsi que des règles qui pourraient renforcer les dispositions pertinentes des Règles de Rotterdam.

B. Instruments

50. Les documents transférables électroniques sont actuellement utilisés dans des opérations financières fondées sur le report de paiement ou le crédit d'escompte, telles que les lignes d'escompte proposées par les banques⁴⁷. En général, un instrument négociable (tel qu'un billet à ordre) est émis; cependant, on évite parfois de le faire en raison de la charge administrative que représente le traitement du document papier nécessaire à ces opérations. Dans de tels cas, des entités recourent simplement à l'"escompte de factures" ou aux "comptes débiteurs", qui reposent sur une simple cession de créance. La capacité d'émettre des instruments négociables électroniques valides créerait des conditions plus sûres pour le transfert de créances et des mécanismes de paiement plus efficaces fondés sur des moyens non soumis aux contraintes d'une procédure papier⁴⁸.

⁴⁷ Aux fins du financement du commerce, les crédits commerciaux sont souvent escomptés par une entité bancaire. Cette structure est également utilisée dans les services d'affacturage. Ces types de service exigent généralement la présentation de factures ou d'autres documents prouvant l'existence des opérations donnant lieu au crédit.

⁴⁸ Lors d'une enquête effectuée auprès d'entités bancaires espagnoles (dont l'Association des banques espagnoles et la Confédération espagnole des caisses d'épargne), 100 % des participants ont indiqué qu'ils proposaient des services financiers fondés sur l'utilisation d'instruments négociables, 83 % qualifiant ces services de "très fréquents" et 17 % de "courants". De même, 100 % des entités interrogées ont déclaré fournir des services d'escompte de crédit (ou entraînant l'utilisation de crédits en garantie) ne supposant ni l'émission ni le transfert de documents négociables, 66 % précisant procéder de la sorte à cause de

51. L'émission et le transfert électroniques de documents négociables auront aussi une incidence sur les services ou opérations pour lesquels les crédits personnels ou les instruments négociables sont utilisés en garantie. De manière générale, l'ensemble des services ou opérations qui entraînent le report de paiements comme moyen de financer le débiteur bénéficient de la possibilité de transfert de droits par voie électronique.

52. Les documents transférables électroniques peuvent également profiter au secteur des prêts hypothécaires⁴⁹. Le créancier hypothécaire émet des billets à ordre électroniques intégrés en un ensemble de documents électroniques liés au prêt. La garantie fournie par l'utilisation d'instruments négociables pour les paiements, entre autres, permet l'achat du prêt par des intermédiaires et sa revente sur le marché secondaire⁵⁰. Les systèmes actuels utilisent des registres qui sont vérifiés et agréés par les établissements acheteurs ou intermédiaires. Le régime de droit matériel de ce système électronique est essentiellement le même que celui des billets à ordre papier. De même, de nombreux établissements d'enseignement offrent la possibilité de financer les frais de scolarité au moyen de billets à ordre émis par voie électronique⁵¹. Il importe de noter que le secteur des prêts hypothécaires n'a commencé à utiliser des documents transférables électroniques que lorsqu'un cadre juridique a été mis en place à cet effet. De même, les documents transférables électroniques peuvent servir de base au développement de nouveaux modes de financement qui n'ont pas encore été envisagés.

53. D'autres secteurs pourraient tirer parti des documents transférables électroniques et du transfert électronique de droits. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les secteurs d'activité dont les services reposent dans quelque mesure que ce soit sur le transfert de documents ou de droits. Par exemple, les opérations où interviennent une garantie indépendante ou une lettre de crédit bénéficient aussi de l'utilisation de documents transférables.

l'inconvénient de devoir dépendre du papier pour l'exercice ou le transfert des droits. Tous ont déclaré qu'ils trouvaient ou trouveraient bénéfique une législation traitant spécifiquement de l'utilisation des instruments négociables électroniques ou du transfert électronique des droits à conditions ou résultats équivalents.

⁴⁹ Voir plus haut à la note 42 une description de l'expérience des États-Unis en la matière.

⁵⁰ Comme il est dit plus haut, ceci se fait au moyen du système d'enregistrement électronique des hypothèques conformément au cadre juridique prévu par les États-Unis.

⁵¹ Le Bureau fédéral d'assistance aux étudiants (*Office of Federal Student Aid*) du Département de l'éducation des États-Unis administre un programme de financement des dépenses et frais de scolarité utilisant des billets à ordre.