

UNIVERSITE DE PARIS 1 PANTHEON-SORBONNE



ECOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVE-UFR05

THÈSE DE DOCTORAT DE DROIT

Pour l'obtention du grade de :

**DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHEON-SORBONNE**

Laboratoire de recherche :

Institut de Recherche de la Sorbonne (IRJS - André TUNC)

Discipline : **DROIT MARITIME**

Présentée par

DIONE Albert Ndiack

Date : octobre 2018

Titre :

LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DU COMMERCE MARITIME

Sous la Direction de **M. DELEBECQUE PHILIPPE**

JURY

Monsieur **DELEBECQUE PHILIPPE**, Professeur des Universités, Paris 1

Monsieur **NDIAYE ISAAC YANKHOB**A, Professeur des Universités, UCAD, Sénégal

Monsieur **TCHENDJOU MARIUS**, Docteur en droit, Maître de conférences à l'Université de
Reims

Monsieur **GARO PHILIPPE**, Docteur en droit, Directeur McLEANS SA

Monsieur **ERIC DIBAS-FRANCK**, Docteur en droit, Université Marien Ngouabi, Brazzaville
Congo

Monsieur **DIALLO MAMADOU ALIOU**, Docteur en droit, Maître de conférences, expert
maritime, Sénégal

REMERCIEMENTS

Je remercie les membres du jury pour avoir accepté d'examiner cette thèse.

Je souhaite également exprimer ma reconnaissance à Mr. Philippe DELEBECQUE pour la confiance qu'il m'a accordée en dirigeant cette thèse. Ses compétences et son expérience dans le domaine du droit privé et plus particulièrement du droit maritime ont permis une bonne orientation de ce travail.

Je tiens particulièrement à témoigner ma gratitude à Monsieur Augustin NDONG, Sœur Christine DIONE et Madame Colette THIAKANE pour leur soutien.

Enfin, je ne pourrais finir ces remerciements sans penser à ma famille dont l'affection, l'amour, le soutien et l'encouragement constants m'ont été d'un grand réconfort et ont contribué à l'aboutissement de ce travail.

La dématérialisation est une opération liée à une technologie consistant à remplacer un support matériel tangible par un procédé électronique. Par exemple le connaissance dématérialisé est détaché de son support matériel historique à savoir le papier. Le passage de la frontière numérique implique des changements et soulève des questions intéressantes, que la thèse se propose d'examiner sous l'angle du droit maritime. À travers une approche interdisciplinaire, les concepts sont clarifiés pour procéder à une qualification du document numérique et montrer les variations et les similitudes terminologiques autour des notions de document original, de copie, de signature électronique, d'archivage, d'intégrité et d'authenticité ; proposés par la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur la signature électronique. Le statut du document électronique est analysé, en évaluant conjointement sa valeur probante et informationnelle. Confrontant les principes à la pratique, la thèse prend la mesure du débat sur la dématérialisation des titres négociables. Compte tenu des incertitudes, controverses et contradictions relevées, on souligne la nécessité d'une réforme homogène et transversale pour mieux encadrer les pratiques de numérisation et ainsi permettre une véritable reconnaissance de la dématérialisation du document valant titre de propriété. Il convient de rappeler que le point de vue proposé est basé sur le droit de tradition civiliste, en particulier le droit Français et Africain, étant donné la place centrale que l'écrit occupe sur le terrain probatoire. La qualification technique et juridique du document électronique et la copie numérique passe nécessairement par l'examen des notions de support et de langage informatique. En l'occurrence, on observe que si ces notions sont communes à la technique et au droit, elles n'y sont pas exactement comprises de la même manière. On ne manquera pas de souligner les convergences et les divergences à cet égard et la nécessité cruciale de clarifier le sens que l'on donne aux concepts lorsqu'on touche à une question technique comme la dématérialisation ou la preuve des actes juridiques. Si la dématérialisation a posé des difficultés par le passé, c'est à cause du support de l'écrit et de la notion d'original électronique. Dans le contexte d'aujourd'hui, le support est inopérant face au concept d'équivalence fonctionnelle. L'original n'est pas une notion tributaire du papier ou du support électronique : un original peut désormais être un écrit électronique revêtu d'une signature électronique, les notions classiques d'écrit et de signature ayant été adaptées en ce sens par le législateur.

Abstract

Dematerialization is a technology-based surgery that involves replacing a tangible physical medium with an electronic process. For example, the dematerialized bill of lading is detached from its historical material medium, namely paper. The passage of the numerical border involves changes and raises interesting questions, which the thesis offer to look from the angle of maritime law. Through an interdisciplinary approach, the concepts are clarified in order to qualify the digital document and show terminological variations and similarities around the concepts of original document, copy, electronic signature, archiving, integrity and authenticity; proposed by the Model Law on Electronic trade and the Model Law on Electronic Signature. The status of the electronic document is analyzed, jointly assessing its probative and informational value. Confronting the principles with practice, the thesis takes the measure of the debate on the dematerialization of negotiable securities. In view of the uncertainties, controversies and contradictions noted, the need for a homogeneous and transversal reform is emphasized in order to better regulate the digitization practices and thus allow genuine recognition of the dematerialization of the document holding the title of ownership. It should be recalled that the point of view proposed is based on the right of civil law tradition, in particular French and African law, given the central place that writing occupies on the evidentiary ground. The technical and legal qualification of the electronic document and the digital copy necessarily require an examination of the notions of support and computer language. In this case, we observe that if these notions are common to the technique and the law, they are not exactly understood in the same way. We will not fail to emphasize the convergences and divergences in this respect and the crucial need to clarify the meaning that we give to concepts when we touch on a technical question such as the dematerialization or proof of legal acts. If the dematerialization posed difficulties in the past, it is because of the medium of writing and the concept of moose electronic. In the context of today, support is ineffective in the face of the concept of functional equivalence. The original is not a notion dependent on the paper or the electronic medium: an original can now be an electronic writing with an electronic signature, the classical notions of writing and signature having been adapted in this sense by the legislator.

Sommaire

Table des abréviations	9
INTRODUCTION.....	11
SECTION 1 : Un droit du transport maritime de marchandise	14
SECTION 2 : La spécificité du droit maritime face à la complexité du commerce électronique : problématique	35
SECTION 3 : L'état de la dématérialisation et ses limites.....	39
SECTION 4 : L'état de la dématérialisation sur le plan international : le rôle des acteurs du commerce maritime et la solution proposée par l'OMD et la CNUDCI.....	46
SECTION 5 : Typologie des documents utilisés par les agents maritimes et les transitaires dans le cadre des opérations du commerce international	52
 PREMIÈRE PARTIE : L'ESSOR DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DU COMMERCE MARITIME	 74
 TITRE I : DE L'ÉVOLUTION TECHNOLOGIQUE DES PRATIQUES DU COMMERCE MARITIME INTERNATIONAL... ..	 77
SOUS TITRE I : le fonctionnement des échanges de documents informatisés : de l'échange physique à l'échange numérique.....	79
CHAPITRE I : la dématérialisation des documents du transport maritime	81
CHAPITRE II : Les mécanismes à la base de la conception technique des documents.....	100
CHAPITRE III : les systèmes de gestion des documents dématérialisés : le guichet unique	119
SOUS TITRE II : Le processus d'élaboration des documents électroniques : du formalisme physique au formalisme électronique.....	143
CHAPITRE I : Les auteurs liés à l'émission des documents dématérialisés	144
CHAPITRE II : les nouveaux acteurs dans le commerce maritime international	156
CHAPITRE III : L'environnement technique et perfectible de la dématérialisation	172
 TITRE II : ...A l'évolution juridique des documents de transport	 194
SOUS TITRE I : le cadre juridique et institutionnel de la dématérialisation	196
CHAPITRE I : Les documents électroniques dans le cadre des conventions internationales	198
CHAPITRE II : Les pratiques contractuelles maritimes dans le commerce électronique.....	220
CHAPITRE III : les conditions de formation et d'exécution des contrats dématérialisés	236
SOUS-TITRE II : La dématérialisation du connaissement négociable	248

CHAPITRE I : Le connaissance négociable : un document ambivalent	249
CHAPITRE II : le connaissance négociable : un document potentiellement dématérialisable	262
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	281
DEUXIEME PARTIE.....	282
L'ARTICULATION DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DU COMMERCE MARITIME AVEC LES EXIGENCES DE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET INFORMATIQUE	282
TITRE I : la sécurisation des échanges de documents dématérialisés	284
SOUS-TITRE I : Vers une sécurité juridique dans les contrats conclus via Internet	285
CHAPITRE I : La fin des failles juridiques sur les transactions électroniques	286
CHAPITRE II : le connaissance dématérialisé : vers une reconnaissance juridique universelle de la négociabilité du titre représentatif de la marchandise	301
CHAPITRE III : La protection des données numériques : gage de confiance dans le commerce électronique	318
SOUS-TITRE II : la dématérialisation des documents dans les espaces UEMOA, CEDEAO, OHADA.....	333
CHAPITRE I : La concrétisation de la dématérialisation dans quelques États de l'Afrique de l'Ouest	334
CHAPITRE II : La réglementation portuaire en Afrique et le commerce électronique	351
CHAPITRE III : Les systèmes expérimentaux de dématérialisation des documents et leurs conséquences en Afrique de l'Ouest	363
TITRE II : le traitement des nouveaux contentieux liés à l'informatisation des documents	376
SOUS-TITRE I : le règlement amiable des litiges du transport maritime et la numérisation des documents	378
CHAPITRE I : Les sources du droit international de l'arbitrage : le cyberspace face au droit international privé	380
CHAPITRE II : la preuve de la convention arbitrale et l'écrit électronique	397
CHAPITRE III : Le contentieux de l'exécution du contrat de vente et d'affrètement de navire	410
SOUS-TITRE II : Le contentieux de l'exécution du contrat de transport maritime appliqué aux échanges électroniques	422
CHAPITRE I : L'expression des réserves par le transporteur : période et formes	423
Chapitre II : Le contentieux de la prise en charge des marchandises	436
CHAPITRE III : Vers le déclin de la livraison sans connaissance : l'avènement du connaissance électronique	447
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	466

CONCLUSION GÉNÉRALE	467
ANNEX	473
Annex 1: Mediterranean Shipping Company SA c/. Glencore International [2017] EWCA Civ 365 (in the court of appeal)	473
Annexe 2 : MESURES DESTINÉES À FACILITER LES PROCÉDURES RELATIVES AUX DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME	476
Annexes 3 : LISTE DES CONVENTIONS MARITIMES	490
Annexe 4 : LISTE DES DENOMINATIONS DE DOCUMENTS COMMERCIAUX AVEC LEUR IDENTIFICATEUR NUMERIQUE ET LA DESCRIPTION DE LEUR FONCTION ...	492
Annexe 5 : LISTE DES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE : L'ONU TRAITANT DE L'ECHANGE DE DONNEES INFORMATISEES	501
Annexe 6 : GUIDE : <i>CYBER SECURITE ÉVALUER ET PROTÉGER LE NAVIRE</i> .	505
Annexe 7 : LETTRE D'INFORMATION DE LA CHAMBRE ARBITRALE MARITIME DE PARIS : CYBER-SÉCURITÉ ET TRANSPORT MARITIME	517
BIBLIOGRAPHIE	521
INDEX.....	554
GLOSSAIRE INFORMATIQUE	557

Table des abréviations

AUDCG	: Acte Uniforme pour le Droit Commercial Général
AFDI	: annuaire français de droit international
AFDM	: Association Française du droit maritime
BCEAO	: Banque Centrale des États de l’Afrique de l’Ouest
BIMCO	: Conseil Maritime international et Baltique
BTL	: Bulletin des transports et de la logistique
Bull. Cass.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	: cour d’appel
Cass.	: Cour de cassation
CAF	: coût, assurance, frais
CE	: Communauté européenne,
Cf.	: confer
Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCI	: Chambre de commerce internationale
CEDEAO	: Communauté Économique des États de l’Afrique de l’Ouest
CEE-ONU	: Commission Économique des Nation Unies pour l’Europe
CEFACT-ONU	: Centre des Nations Unies pour la Facilitation du Commerce et des transactions électronique
CJCE	: Cour de Justice des Communautés européennes
CMI	: Comité Maritime International
CNUDCI	: Commission des Nations unies pour le droit commercial international (UNCITRAL)
CNUCED	: Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (UNCTAD)
COGSA	: Carriage of Goods by Sea Act
DMF	: Droit maritime français
EDI	: Échange de Données Informatisées
EDIFACT	: Échange de Données Informatisées pour l’Administration le Commerce et le Transport
FOB	: Franco-bord (free on board)
GATT	: General Agreement on Tarif and Trade (Accord sur les tarifs douaniers et le commerce)
Ibid.	: ibidem
IP	: Internet Protocol
Incoterms	: International commercial terms
JCP	: Jurisclasseurs périodiques (Semaine juridique)
JDI	: Journal du Droit International

JMM : Journal de la marine marchande
JOCE : Journal Officiel des Communautés européennes
NCPC : Nouveau Code de procédure civile
OHADA. Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OMD : Organisation Mondiale de la Douane
OMI : Organisation Maritime Internationale
OMC : organisation Mondiale du Commerce
ONU : Organisation des Nations unies
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RTD Civ : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RUU : Règles et Usances Uniformes
S. : suivant
TA : Tribunal administratif
TGI : Tribunal de grande instance
UEMOA : Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé

INTRODUCTION

1. Le droit maritime n'est pas un droit autonome, si l'on prend en compte les techniques juridiques traditionnelles : le droit maritime cesse d'être autonome dans la mesure où il fait appel aux grandes techniques classiques du droit civil ou du droit commercial¹ ; on retrouve les mêmes règles de formation des contrats maritimes que l'on applique aux contrats de droit commun². Il est pluridisciplinaire et couvre des situations très diverses. On peut admettre son autonomie ou du moins sa spécificité « *à chaque fois que la notion* » ou la technique « *qu'il utilise puise ses racines dans l'histoire spécifique du droit maritime ou (...) dans une convention internationale ou dans la pratique internationale* »³. Le domaine du droit maritime est très vaste et intègre certaines notions du droit international privé et public, du droit communautaire et du droit interne. Mais, Le droit maritime qu'il ne faut pas confondre avec le droit de la mer, recouvre avec ce dernier des notions très concrètes et spécifiques : régime juridique du navire et responsabilité de son équipage, contentieux en matière de contrat de transport maritime avec limitation de la responsabilité du transporteur, ou encore l'avarie commune, le droit des espaces océaniques, la protection du littoral qui est un enjeu de développement durable. Son cadre juridique est complexe et les règles sont variées.

2. Toutefois, le droit de la mer ne fera pas l'objet d'études approfondies dans cette thèse. L'intitulé du sujet ne permet pas des développements sur le droit de la mer. Mais une telle situation n'empêche pas d'utiliser les concepts et principes élaborés par ce dernier pour illustrer nos propos ou faire des comparaisons. En effet, Le droit de la mer est essentiellement un droit international public, en ce sens qu'il expose le droit des espaces maritimes et de leur exploitation en tant que champ de relations internationales (c'est-à-dire qu'il régit les relations entre États, sujets directs du droit international public). Ces relations internationales maritimes ont vocation à être régies par deux sortes de normes juridiques : d'une part, par les normes juridiques propres aux États et appliquées aux acteurs, (individus embarqués de nationalités différentes) dans la limite du territoire sur lequel ils exercent leur activité (mer territoriale). D'autre part, par les normes juridiques internationales produites par l'action collective des États au sein de la communauté internationale.

3. Le droit maritime est donc un corollaire du droit du commerce maritime. Alors, pour comprendre la notion de droit du commerce maritime nous nous sommes inspiré de la pensée de Platon qui affirmait qu'il y a trois sortes d'hommes : les vivants, les morts et ceux qui vont sur la

¹ VIALARD Antoine, *Droit maritime*, 1^{ère} éd. PUF, 1997, p. 25.

² Dans ce sens : PH. DELEBECQUE, « *Droit maritime et régime général des obligations* », DMF 2005 n°633 ; A. Montas « *Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie* », DMF 2008 n°691.

³ VIALARD Antoine, « *Droit maritime* », PUF 1997, n°22.

mer »⁴. Nous comprenons par là qu'il existe des hommes de la mer, en d'autres termes des *gens qui se sont consacrés aux activités maritimes*. Cette affirmation soulève la question de savoir s'il existe alors un droit spécial appliqué aux activités de ces hommes. Devons nous par conséquent affirmer que les activités maritimes sont différentes des activités terrestres ? Or, si tel est le cas, un droit spécial pourrait être appliqué aux activités maritimes. Pourtant, force est de constater, après analyse des activités maritimes, que le droit terrestre ne peut pas, dans une certaine mesure, être appliqué aux particularismes du droit maritime.

Il est dès lors évident qu'il existe des concepts et principes spécifiques aux activités maritimes. Le commerce maritime est une activité internationale. Son évolution résulte des progrès scientifiques et techniques. Ceux-ci ont un impact sur les pratiques et méthodes que le droit maritime tente de réglementer. La relation entre le droit maritime et le droit commercial nous conduit à étudier les modes d'exploitation commerciale des navires : la ligne régulière et le tramping.

La ligne régulière offre aux chargeurs une capacité de transport donnée, à dates fixes, touchant une liste de ports donnée avec un tarif établi à l'avance. Elle se caractérise par la régularité, la fréquence d'expédition ou de réception, la possibilité de transport et de chargements les plus divers en nature. Ces chargements concernent généralement des produits manufacturés dont les quantités sont fixées à l'avance entre le chargeur et le transporteur. La conception des navires est liée à la nature des marchandises transportées et à leur emballage (palette, sacs, lots, remorques, conteneurs). Le contrat passé entre le chargeur et l'opérateur maritime (armateur ou transporteur) est un contrat de transport matérialisé par le connaissement (B/L ou Bill of lading). Par ce contrat, l'armateur s'engage à conduire la marchandise d'un port à un autre en échange d'un fret. Le connaissement implique une obligation de résultat entre l'armateur et le chargeur et, pour ce dernier, il est un titre de propriété reconnu par l'armateur, une fois la marchandise embarquée. La forme du connaissement de ligne est réglementée par des textes nationaux et internationaux. Les tarifs de fret, fixés à l'avance et publics, ne sont modifiés que moyennant un préavis raisonnable. Le transport par lignes régulières représente un tiers des transports maritimes mondiaux en tonnage et deux tiers en chiffre d'affaires.

Le tramping, qui littéralement signifie *vagabondage*, et qu'il vaut mieux traduire par transport à la demande, comprend toutes les activités du transport maritime qui ne sont pas la ligne régulière et le transport des passagers. La route, la durée de mise à disposition du navire et le mode d'exploitation sont définis au cas par cas. Disons que le tramping est la mise à disposition par un fréteur, moyennant rémunération, d'une capacité de transport pour un trajet particulier ou pour une durée déterminée au profit d'un affréteur. Dans l'*affrètement maritime* ainsi désigné, il n'y a pas

⁴J. LUCCIONI, « Platon et la mer », Revue des études anciennes, 1959, v 61, n° 1 p. 15-47.

d'obligation de résultat pour le premier à l'égard du second. Il y a aventure commune entre les deux. Toutes les activités qui créent cette aventure sont réglées par les termes de la *charte-partie*. La forme du contrat *charte-partie* est totalement libre : tout est négociable entre les vendeurs (armateurs) et les acheteurs (loueurs affréteurs).

Toutefois, l'approche commerciale de ces activités de transport a été partiellement prise en considération par les dispositions internationales. Par exemple, les Règles de Rotterdam disposent dans leur article 6.1⁵ que dans le transport de ligne régulière, elles ne s'appliquent pas aux chartes-parties (i.e. aux affrètements quels qu'ils soient) et aux autres contrats d'utilisation de tout ou partie d'un navire. Elles ajoutent en outre que dans le transport autre que de ligne régulière, elles ne s'appliquent pas aux contrats de transport, sauf si ces contrats ne sont pas des chartes-parties ou des contrats d'utilisation de navire ou encore si ces contrats sont couverts par un document de transport. Ce qui revient à dire, en substance, et quelle que soit la complexité du texte comportant une double négation, que les transports de ligne sont régis par le nouvel instrument. Reste alors à se demander ce qu'il faut entendre par transport de ligne. A cet égard, on doit se référer à la définition donnée par l'article 1.3 des Règles de Rotterdam : « *le terme transport de ligne régulière désigne le service de transport qui est proposé par voie de publicité ou par des moyens similaires et qui est effectué par des navires assurant une liaison régulière entre des ports déterminés suivant un calendrier de départs accessible au public* ». Au demeurant, une telle définition est assez neutre : son seul mérite est d'opposer le transport de lignes régulières au transport à la demande et donc au « *tramping* » trouvant son expression juridique dans l'affrètement au voyage, lequel s'articule souvent sur l'affrètement à temps⁶.

4. Le transport international de marchandises par mer qui est un accessoire du commerce international s'est, à travers l'histoire, développé pour intégrer les technologies de la communication. Actuellement les navires sont équipés d'ordinateur et les compagnies doivent prendre au sérieux la cybersécurité. En ce qui nous concerne et pour répondre à la question posée un peu plus haut, nous partirons de l'étude de l'activité principale réglementée par le droit maritime (le transport de marchandise) (**section 1**) avant d'analyser la spécificité du droit maritime

⁵ La présente Convention ne s'applique pas aux contrats ci-après dans le transport de ligne régulière :

a) Les chartes-parties ; et b) Les autres contrats d'utilisation de tout ou partie d'un navire.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport dans le transport autre que de ligne régulière. Elle s'applique néanmoins :

a) En l'absence, entre les parties, de charte-partie ou autre contrat d'utilisation de tout ou partie d'un navire ; et b) En cas d'émission d'un document de transport ou d'un document électronique de transport.

⁶ Les professionnels définissent le transport de lignes régulières comme le mode d'exploitation particulier des navires se caractérisant par la régularité de services programmés offerts à tout venant et par la publication d'un tarif qui stipule les conditions de transport ainsi que des prix fixes et non négociables en principe (cf. N. Terrassier, *Stratégie de développement du transport maritime de lignes régulières*, éd. Moreux, 1997).

par rapport à la complexité du commerce électronique (**section 2**). L'état de la dématérialisation sera appréhendé sur le fondement des recommandations des institutions internationales et communautaires. Mais aussi la contribution des acteurs du commerce maritime sera analysée (**section 4**), afin de comprendre et d'étudier l'état de la question, nous ferons une typologie des documents dématérialisable (**section 5**). Nous proposerons enfin une méthodologie particulière pour élaborer le plan de notre thèse (**section 6**).

SECTION 1 : Un droit du transport maritime de marchandise

5. Cette activité du commerce maritime fait intervenir, dans sa réalisation, des individus mais aussi un matériel tel que le navire et le conteneur. Une question de qualification s'impose alors et à trait au corpus juridique applicable à la notion de navire, de conteneur, de transporteur, de chargeur. C'est cette qualification qui va déterminer l'application du droit maritime même si son domaine s'étend désormais, selon les cas, aux autres bâtiments de mer⁷. La question qui se pose est de savoir quant-est-ce que le droit maritime est appliqué ? Faut-il un engin flottant pour mettre en application le droit maritime ? Quelles sont les limites de la navigation maritime ? En tout cas, l'article L.5000-1 du Code des transports français considère comme *maritime*, « la navigation de surface ou sous-marine pratiquée en mer, ainsi que celle pratiquée dans les estuaires et cours d'eaux en aval du premier obstacle à la navigation des navires⁸ ». Cela signifie t-il que toute navigation qui n'entre pas dans ce cadre ne sera pas maritime ? La réponse s'analyse par rapport à l'objet du droit maritime. En effet, ce dernier se détermine par rapport au navire. Son activité qui est le déplacement de la marchandise se détermine elle aussi par rapport à la navigation maritime. Mais il est évident qu'il n'existe pas de navire qui exerce son activité habituelle hors des eaux maritimes. Dès lors, si le critère de la navigation semble de ce point de vue indifférent aux caractéristiques physiques de l'embarcation⁹, il implique cependant que le navire soit, a minima, en bon état de navigabilité c'est-à-dire qu'il soit apte à se déplacer à la surface des mers, car naviguer consiste bien à se rendre d'un port à un autre¹⁰. Mais avant tout développement il nous faut comprendre et analyser le cadre

⁷ Voir notamment l'art. 1/b de la convention de Londres du 28 avril 1989 sur l'assistance : « Navire signifie tout bâtiment de mer, bâtiment ou engin ou structure capable de naviguer » ; Cass. 20 février. 1844, S. 1844, I, p. 97 : Il faut entendre par bâtiments de mer, quelles que soient leurs dimensions et leurs dénominations, tous ceux qui, avec un armement et un équipage qui leur sont propres, remplissent un service spécial et suffisent à une industrie particulière.

⁸ <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁹ Cass. req. 13 février. 1919, S. 1920, I, p. 340 : « Des dispositions d'ordre purement administratif ne peuvent pas déterminer légalement, au point de vue des relations privées, le caractère de la navigation » ; Cass. com. 8 octobre 1962, DMF 1963, p. 17, obs. O. JAMBU-Merlin.

¹⁰ R. JAMBU-Merlin, « Le navire, hybride de meuble et d'immeuble ? », op. cit. p. 305 ; R. Rodière, « Navire et navigation maritime », DMF 1975, p. 323. La qualification juridique des engins de port (docks flottants, dragues, bateaux vasières) pose aussi parfois question.

juridique (**paragraphe 1**) dans lequel le droit du commerce maritime et la dématérialisation se meuvent (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : définition et cadre juridique

6. Pour la doctrine, Monsieur VIALARD pense que le droit maritime est l'ensemble des règles juridiques applicables aux activités humaines en mer¹¹. Alors que Monsieur RODIÈRE affirme que c'est l'ensemble des règles juridiques applicables aux activités liées à la navigation maritime¹². Il résulte de ces deux définitions que le droit maritime régit les activités en mer. Ces activités sont l'œuvre des hommes utilisant la mer comme route pour déplacer, avec un moyen qui est le navire, une certaine quantité de marchandise ou un nombre déterminé de personnes.

Malgré la souplesse des définitions et leur multiplicité, il est apparent que chaque définition démontre que c'est un droit non autonome pour la simple raison qu'il fait intervenir plusieurs disciplines. On y retrouve notamment le droit civil et plus particulièrement le droit des obligations qui touche la question du contrat de transport, ce dernier regroupant l'affrètement et ses particularités. Mais aussi son contentieux y est résolu. Il faut toutefois affirmer que le droit commercial y occupe une place primordiale, on y retrouve alors : - le droit bancaire : qui régit les titres et documents bancaires ; les effets de commerce – le droit administratif avec la gestion portuaire dans laquelle on retrouve les règles de navigation, les contrats de concession - le droit pénal pour les infractions commises dans les navires ou au port lors de l'escale et les cas de pollution marine – le droit fiscal pour les droits de douane et les taxes portuaires – le droit international public dont l'ossature est constitué de conventions internationales comme par exemple la Convention internationale de Montego Bay sur le droit de la mer de 1982. Bien qu'étant exclue de notre champ d'étude, nous en livrons tant soit peu sa teneur du fait qu'elle entretient des relations étroites avec le droit maritime.

Cette convention des Nations Unies, entrée en vigueur en 1996, reconnaît une souveraineté aux États côtiers. Cela a permis de délimiter les eaux territoriales : dans la limite de 12 milles¹³ à partir des côtes. Au-delà, se trouve la zone économique exclusive limitée à 200 milles¹⁴, puis la haute mer. Dans les eaux territoriales les États exercent leur pleine souveraineté. Mais ils doivent laisser le passage aux navires étrangers inoffensifs. Dans la Zone Économique Exclusive (ZEE), il n'y pas

¹¹ A ce propos : Antoine VIALARD, *Droit maritime*, 1997, 1 ed. PUF. P. 13.

¹² RODIÈRE et du PONTAVICE, *Droit maritime*, 1996, Précis droit privé, Dalloz, 12^e éd.

¹³ Le mille marin est défini par le Bureau International des Poids et Mesures (BIPM) comme étant une unité de mesure de la distance située en dehors du système international d'unités, utilisée en navigation maritime, valant par conversion 1852 mètres.

¹⁴ Article 57 de la Convention sur le droit de la mer 1982

de réelle souveraineté mais un droit d'exploitation monopolistique. Le monopole peut être atténué par cession négociée. La haute mer : zone où les souverainetés nationales cessent, n'est pas pour autant une zone de non droit : il n'y pas de droit particulier qui s'y applique. Si deux navires entrent en collision ; il faut décider quel est le droit applicable. Ce sera le droit d'une des deux parties concernées le plus souvent c'est la loi du pavillon.

Compte tenu de ce qui précède, nous nous intéresserons aux conventions internationales de droit maritime privé pour l'essentiel élaborées par le CMI, l'OMI, et la CNUCED. Le caractère international, mêlé à la spécificité du transport maritime et l'impératif de répartir le risque de mer, ont poussé les États en collaboration avec les armateurs à adopter une réglementation impérative, celle-ci se voulant uniformiser les pratiques liées à ce mode de transport. Toutefois nous en étudierons les plus récentes qui sont en accord avec notre thème, les autres peuvent être consultées en *(liste des conventions annexe 3)*. Ainsi la Convention de Bruxelles de 1924 est la Convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance. Cette initiative a engendré une succession de conventions.

7. C'est en ce sens que sont apparues les premières Conventions internationales s'efforçant d'unifier les pratiques du transport maritime¹⁵. La complexité du trafic maritime se perçoit par le nombre de documents échangés, mais surtout par la diversité des lois susceptibles d'être appliquées. Cette situation a fait naître le besoin d'uniformiser les pratiques souvent différentes d'un pays à l'autre. L'unification sera donc posée comme un postulat, au départ, admis par toutes les parties à la convention de Bruxelles du 25 Aout 1924. Étant entendu que, la majorité de la doctrine en droit maritime admet une telle proposition¹⁶, le processus ainsi déclenché aboutit à la signature d'autres conventions. Pour atteindre cette uniformité, les États ont adopté, en 1978, la Conventions en matière de transport international de marchandises par mer dite Convention de Hambourg. On voit nettement que la Convention de Hambourg est un exemple de Conventions d'unification du droit substantiel ayant permis d'unifier les pratiques d'une activité. Alors que celle de 1924 s'intéresse d'une façon limitée à une partie d'un ensemble : le connaissance¹⁷.

¹⁵ RENÉ RODIÈRE, Droit des transports, T. 1, 2 et 3, Dalloz, 1ère éd. 1977.

¹⁶Le Professeur VIALARD s'exprimant sur l'unification du droit maritime international, estimait que « cette unification, on le sait, paraît à tous comme un idéal souhaitable pour procurer au monde maritime la sécurité juridique dont il a besoin, en quelque lieu que se déroulent les activités humaines en mer ». Antoine VIALARD,

Sisyphes et l'uniformisation internationale du droit maritime, n° spécial du DMF 50 ans de droit positif 1949-1999, 1999, p. 213. Dans le même sens : Pierre BONASSIES, *L'unification du droit maritime et le droit français*, Ildiritto marittimo, 1999, p. 86.

¹⁷ Voir, FAYZI CHAKAB G. N, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978)*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut de droit de la paix et du développement, 1999, 412 p. ATHANASSIOS KONTOS, *La loi applicable aux contrats de transport international de marchandises par mer*, mémoire pour le DEA droit international privé et du commerce international, Université de Paris II, 1998, 76 p. SLAHEDDINE MELLOULI, *La responsabilité du transporteur de marchandises*, thèse pour le doctorat d'État en droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1982, 404 p. Ibrahima Khallil DIALLO, *Les conflits de lois en matière de transport international de marchandises par mer*, thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Paris II, 1987, 415 p.

8. Il est évident que le commerce maritime et le transport international de marchandises par mer sont des domaines stratégiques qui ont besoin d'une réglementation uniforme. En outre, il est nécessaire de garantir aux opérateurs économiques une prévisibilité du droit applicable à leurs rapports issu de l'exercice de leur activité, afin de permettre un bon développement du commerce international. Il faut donc déterminer le moyen de l'assurer. La majorité des États semble avoir tranché en faveur d'une réglementation impérative s'imposant aux opérateurs : c'est la solution des Conventions internationales. Poursuivant cette volonté d'asseoir une pratique uniforme du droit maritime, la convention de Rotterdam sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer sera signée en 2008. Cette dernière n'est pas encore entrée en vigueur au moment de la rédaction de cette thèse. Les règles de Rotterdam ont pour ambition les documents de transport négociables ou non et les documents électroniques de transport, négociables ou non. En effet, la législation applicable aux transports internationaux de marchandises par mer, apparaît comme une méthode d'unification du droit par la voie conventionnelle. Nos développements s'articuleront sur ces Conventions pour vérifier si la méthode conventionnelle assure l'uniformité souhaitée¹⁸.

Les résultats de l'analyse permettront d'apprécier si les méthodes mises en œuvre pour élaborer, adopter et appliquer cette réglementation peuvent servir de référence ou de base pour l'élaboration de la réglementation des pratiques du commerce électronique dont l'adaptation au droit des transports s'affirme de plus en plus. L'étude du droit maritime dans cette thèse n'est pas le fruit du hasard. Nous l'avons vu, l'interconnexion des matières nous oblige à faire cette démarche juridique et pédagogique. Mais on s'intéressera d'avantage au droit privé dans son ensemble et au droit du commerce électronique en particulier.

La question de la vente maritime, les activités des entreprises de transport de marchandises par mer, la construction navale, l'exploitation des zones portuaires, seront étudiées dans le cadre du commerce électronique. *En effet, il ne s'agit plus de l'adaptation du droit du commerce maritime au commerce électronique. Mais plutôt de l'application des nouvelles règles du commerce électronique issues des législations internationales et nationales à la pratique du commerce maritime.* L'essentiel de nos hypothèses et nos propositions auront comme référence entre autre, la

¹⁸ Pour aller plus loin, LOUSSOUARN, BOUREL et de VAREILLES-SOMMIÈRES, pensent qu'« il est curieux de constater que, bien que l'unification des règles de fond soit une tâche apparemment plus difficile que l'unification des règles de conflit, elle semble avoir été réalisée plus facilement », ils citent à cet égard la Convention de Bruxelles du 24 Août 1924 sur les connaissements, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz Paris, 8ème éd. 2004, n° 37, p.29. BATTIFOL et Lagarde considèrent aussi qu'on a atteint « des résultats positifs dans le domaine des règles matérielles » et que « le droit maritime a offert un terrain particulièrement favorable à ces négociations », *Traité de droit international privé*, Tome 1, LGDJ Paris, 8ème éd. 1993, n° 32, p. 45. Monsieur Courbe cite, de même, la Convention de Bruxelles de 1924 comme étant une convention qui a unifié les règles de fond, *Droit international privé*, Compact droit, Armand COLLIN, Dalloz Paris, 2000, p. 11. Si de telles unifications sont possibles, ce la peut servir de base à convention sur l'unification de certaines règles applicables au document électronique de transport. Sans préjudice de la convention de Rotterdam de 2008.

Loi type de la CNUDCI dite loi *sur le commerce électronique* et son guide d'incorporation de 1996 et la Loi type sur la signature électronique et son guide d'incorporation de 2001. La première définit l'activité commerciale comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes : fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route¹⁹.

Aussi, si l'on s'interroge sur la notion de dématérialisation, elle consiste en la transformation d'un document ou d'un flux de documents papier, ainsi que les traitements qui leur sont appliqués, en documents, flux et traitements numériques. Pour atteindre cet objectif, la dématérialisation cherche à conserver en flux électronique une valeur juridique équivalente à celle des documents papier, quels que soient leur support et leurs moyens de transmission, ainsi que leurs modalités d'archivage. Mais de façon plus générale, il serait également utile de permettre l'interchangeabilité des supports, notamment la transformation de messages numériques en documents papier sans perte de valeur juridique. Par ailleurs, l'article 2 a) de la Loi type définit le *message de données* comme étant, l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie. Le b) de poursuivre que le terme *échange de données informatisées* (EDI) désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information²⁰.

Se pose alors la question de l'applicabilité de ces normes aux spécificités du transport maritime. Nous ne faisons pas la distinction entre le commerce et le transport dans l'étude du cadre institutionnel **(a)**. Mais, Il apparaît clairement que, même s'ils sont différents, le commerce maritime entretient un rapport étroit avec le transport maritime **(b)**.

a. Le cadre institutionnel du commerce maritime

Parmi les organismes qui élaborent les normes applicables aux activités maritimes internationales, figure le Comité Maritime international (CMI). Il est le cadre juridique du droit maritime et a inspiré plusieurs conventions. Il régleme certaines questions relatives à l'abordage,

¹⁹ Loi type de 1996, art. 1- champ d'application.

²⁰ Art. 2, définition, Loi type, *op-cit*.

au connaissance, à l'assistance en mer et à la saisies des navires. C'est sous ses auspices, en 1990, que des règles faisant référence au connaissance négociable ont été élaborées. Force est de constater qu'actuellement, le CMI est en désuétude au profit de l'Organisation Maritime Internationale (OMI). Émanation des Nations Unies, l'OMI uniformise les règles de sécurité en matière de transport maritime. Il met en place des conventions sur les normes de construction navale et des règles de formation des équipages. Toutefois, une catastrophe²¹ maritime étendra son domaine d'action à tel point qu'elle devint une instance incontournable.

Il faut reconnaître que beaucoup d'organismes en relation avec le droit maritime ont vu le jour sous l'égide des Nations Unies. C'est le cas de la *CNUCED* dont le siège est à Genève. Les pays en développement y participent massivement. Ces derniers sont de grands exportateurs et ont recours aux navires des pays industrialisés. Mais cette relation n'est pas toujours équilibrée. Les pays en voie de développement considèrent que la relation avec les pays industrialisés les lèse. Relation pays chargeurs/pays armateurs, défavorable aux premiers. Pour ces raisons la première convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance (1924), ratifiée par ces pays chargeurs, a été par la suite dénoncée par certains d'entre eux au profit de la convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (1978).

Dans la présente thèse, une recommandation (la recommandation CEFACT) fera l'objet d'une étude approfondie dans la mesure où l'intérêt du sujet porte sur les principes énoncés par cet organisme. Ce dernier a pour mission de renforcer les capacités des entreprises ainsi que les organisations commerciales et administratives des pays développés, des pays en développement et des pays en transition à échanger efficacement des produits et des services. Il s'attache principalement à faciliter les transactions nationales et internationales grâce à la simplification et à la normalisation des processus, procédures et flux d'informations, et à contribuer ainsi au développement du commerce mondial. C'est dans ce sens que la Recommandation N°. 35 pour la création du cadre juridique d'un guichet unique pour le commerce international élaboré par le CEFACT-ONU a été créé. Mais quel genre de rapport le commerce maritime entretient-il avec le transport maritime ?

b. Les rapports entre le commerce maritime et le transport maritime

9. L'essentiel du commerce maritime international concerne particulièrement le transport de marchandises par la mer. Car, l'activité de transport apparaît désormais comme l'un des supports

²¹Le naufrage du *Torrey Canyon* au large de la Cornouaille Britannique en 1967. La destruction par bombardement du bateau a provoqué la marée noire. Comment réagir juridiquement ? Le problème de la limitation de responsabilité se pose. Il faut trouver un système d'indemnisation. Création d'un organe international : le FIPOL. Fonds international d'indemnisation des pollutions par hydrocarbures. L'OMI prit les devants et dépassa sur ce dossier le CMI, qui perdit alors beaucoup de sa légitimité.

inéluables pour les ventes et les échanges universels²². Or, le déplacement de plusieurs tonnes de riz ne peut se faire que par la voie maritime. On s'intéressera alors, de façon large, au déplacement de la marchandise par mer. Pour ce faire, on fera appel au droit du commerce maritime. Le but du transport maritime est essentiellement d'assurer les livraisons de marchandises, vendues, des lieux de production aux lieux de consommation. C'est donc un moyen, un service accessoire d'un ensemble économique. Sa fonction est de déplacer des matières premières vers les zones industrielles de transformation et de répartir des produits finis vers les lieux de consommation, en utilisant la mer comme route.

10. Le rapport entre le droit commercial et le droit du transport réside dans la définition du terme commercial. Ce dernier est emprunté à la CNUDCI, qui précise dans la loi type du 21 juin 1985 sur « *l'arbitrage commercial international* » que le terme « *commercial devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation à caractère commercial, contractuel ou non contractuel. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services : accord de distribution ; (...); transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière* ». De cette activité née une relation contractuelle.

11. Le contrat de transport maritime de marchandise suppose que le déplacement soit effectué par un transporteur professionnel. Or, le terme transporteur désigne toute personne par laquelle ou au nom de laquelle un contrat de transport de marchandises par mer est conclu avec un chargeur²³. Le Code civil français vise l'entrepreneur de voiture professionnel et le Code de commerce énonce les obligations de la profession de transporteur. Ainsi, le statut de transporteur professionnel permet de spécifier le contrat de transport au sein des contrats civils et commerciaux. Malgré tout, il reste toujours des cas de transports non professionnels (le covoiturage, le déménagement).

Le contrat de transport a un caractère commercial puisque les transporteurs ont la qualité de commerçants en vertu du Code de commerce article L110-1 al.5 : la loi répute acte de commerce toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par mer²⁴. Par contre, pour le chargeur (expéditeur ou destinataire), le caractère civil ou commercial est tributaire de l'activité habituelle²⁵ (article 2 Acte uniforme sur le droit des transports OHADA). Par exemple, le

²²J.M. JACQUET, DELEBECQUE PH., CORNELOUP S., «*Droit du Commerce International*», 2ème édition Dalloz, 2010, p. 361.

²³ Art. 1, Définitions, des Règles de Hambourg, 1978.

²⁴ Article L 110-1 modifié par la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 – article 22. <https://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁵ Voir aussi l'Acte uniforme sur le droit des transports de l'OHADA, article 3 -6. L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature : les opérations de transport. Article 2 : est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession.

contrat est commercial si la marchandise est déplacée dans le cadre d'une activité commerciale régulière. Si non, il peut s'agir d'un acte mixte qui est commercial pour le transporteur et civil pour l'expéditeur. Tel est le cas d'un déménagement.

12. Il résulte de cette analyse que le transport maritime est impérativement lié au système économique. Par ailleurs, les armateurs des pays maritimes participent souvent au trafic pour le compte de tiers et adaptent par conséquent leurs navires par rapport à la conjoncture économique pour obtenir une bonne rentabilité du capital. Cette situation fait que les transporteurs proposent, de plus en plus, un service *door to door* (porte à porte) c'est le transport combiné ou multimodal dans lequel le transport maritime n'est qu'un des maillons de la chaîne. Le contrat de transport de marchandise par mer est le contrat par lequel le transporteur s'engage à déplacer une marchandise entre deux ports moyennant le paiement d'un prix par le chargeur²⁶.

Paragraphe 2 : le contrat de transport de marchandises par mer : un instrument juridique

13. Comme nous venons de le voir, donc l'engagement de déplacer la marchandise est matérialisé par le contrat. Ce dernier est de type consensuel (négocié librement), c'est-à-dire qu'il est valablement formé dès l'échange des consentements, dès l'accord des parties contractantes. Juridiquement, il faut distinguer la conclusion du contrat qui ne nécessite pas de formalisme et le commencement d'exécution du contrat, c'est-à-dire le moment à partir duquel le transport va débiter et qui nécessite un document de suivi, un document écrit. On peut mettre en place un contrat particulier puis établir les documents nécessaires.

14. Le document de transport permet d'apporter la preuve du contrat qui a été conclu, il démontre que des marchandises ont été remises au transporteur, et le document doit être en adéquation avec les marchandises transportées. En pratique, la négociation du contrat porte sur différents points : le mode de transport, le type de navire nécessaire en fonction de la catégorie de marchandise (périssable, dangereuse...). A ce niveau le donneur d'ordre a une obligation d'information vis-à-vis du transporteur. L'accord portera sur le prix du transport et les délais, sachant que les tarifs sont libres. Avant de confier la marchandise au transporteur, l'expéditeur ou le donneur d'ordre doit, selon les clauses du contrat, s'occuper du conditionnement (emballage) et de l'identification des marchandises. Le chargeur doit fournir des informations sur les caractéristiques des marchandises et donner des instructions très précises concernant le conditionnement (conteneur frigorifique) et le chargement en ponté ou non (animaux vivants). Le transporteur effectue

²⁶ Art. 1, Règles de Rotterdam, *op-cit.*

l'opération de prise en charge suivant les clauses du contrat. C'est-à-dire les opérations matérielles : chargement et déchargement. En cas d'anomalie constatée par le transporteur (ex : défaut de conditionnement, manque d'indication ou d'instruction) le transporteur peut refuser la prise en charge. S'il l'accepte, il doit émettre des réserves sur le document de transport afin de se protéger contre d'éventuels dommages qui pourraient déjà exister. A défaut de vérification et d'indication, les marchandises sont censées être prises en bon état, elles doivent donc arriver dans un état similaire à destination. A défaut, le transporteur est présumé responsable. La prise en charge est à la fois une opération matérielle et juridique. Toutefois, la définition de cette notion fait défaut et le moment de son exécution est difficile à établir. Ainsi l'engagement de déplacer la marchandise est matérialisé par le contrat **(a)**, elle suscite aussi l'élaboration de documents qui accompagnent la cargaison **(b)**. Il est important aussi de rappeler que le commerce maritime est une combinaison d'activités et les Incoterms occupent une place non négligeable dans les ventes maritimes **(c)**. la dématérialisation de la lettre de voiture tend à être effective dans les transports de marchandises par route ce qui peut inspirer la dématérialisation du connaissance négociable **(d)**.

a. Le contrat électronique : conditions de formation

15. C'est autour de cette notion de contrat électronique que s'articule cette thèse car la dématérialisation des documents a pour fondement la conclusion des contrats et l'échange d'information via Internet. En effet, si la formation du contrat *classique* est régie par un arsenal de textes juridiques, il en est autrement pour la formation du contrat électronique. Mais, ce dernier, au moment de la rédaction de cette thèse, tend à être réglementé par des textes spécifiques. De ce point de vue, la formation du contrat via Internet sera étudiée en référence aux dispositions internationales et aux différents codes : comme le Code civil français qui a défini le contrat dans son article 1101²⁷. De cette définition résulte, la théorie de l'autonomie de la volonté qui est traditionnellement rattachée à la philosophie de la liberté contractuelle. Les individus sont, essentiellement libres, on se laisse assujettir à des obligations par sa volonté. Donc, faire intervenir une autorité extérieure à celle des individus reste toujours une exception. Appliquant cette idée au régime juridique du contrat électronique, on retrouve évidemment les trois grands principes dérivés : la liberté contractuelle, l'effet relatif des conventions, et la force obligatoire du contrat entre parties. Pour le premier principe, le consentement est l'élément primordial du contrat, si bien

²⁷ Modifié par l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La définition du contrat figure toujours à l'article 1101 mais est légèrement modifiée. Le contrat est défini comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Par ailleurs, le terme « convention » disparaît au profit de celui de « contrat ». Cette analogie peut être critiquée dans la mesure où une convention n'est pas nécessairement un contrat.

que le formalisme doit rester exceptionnel, et la loi, en principe, agit comme addition à la volonté, ou moyen d'interprétation.

16. L'offre de service sur internet, si elle parvient à la conclusion d'un contrat, obéi à un ensemble de condition. Il y a contrat électronique lorsque se rencontrent plusieurs volontés concordantes : une offre ferme et précise doit faire l'objet d'une acceptation pure et simple. L'offre (ou pollicitation) se définit comme la proposition ferme de conclure un contrat à des conditions déterminées. Elle doit être ferme (ne pas comporter de réserves) et précise (tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat doivent y figurer). Par exemple pour qu'il ait vente, selon l'article 1583 du Code civil français, il faut une chose et un prix²⁸. Alors, l'acceptation de l'offre suffit à ce que le contrat soit formé. Chacun étant libre de créer sa propre norme, et ne pouvant être lié que s'il l'a voulu, nul ne saurait être assujetti à une « loi » à laquelle il n'aurait pas souscrit. Le contrat, ne doit donc pas nuire aux tiers, et même ne doit leur profiter que s'ils l'acceptent (le cas du destinataire qui acquiert un connaissance négociable). Cette acceptation se présente comme un corollaire de l'autonomie de la volonté. Si les parties ont voulu se lier, elles demeurent tenues. La volonté dont il faut tenir compte est celle qui a existé lors de l'échange des consentements, par courrier électronique par exemple, et non celle, versatile, qui évolue par la suite. Ce qui nous semble impossible dans le cadre des échanges électroniques qui se font totalement par écrit. pour cette raison, le contrat s'impose au juge, puisqu'il est la « loi » des parties. Toutefois, la notion de déséquilibre significatif pousse les juges à intervenir dans les contrats. Mais seuls les contrats d'adhésion sont concernés par cette notion²⁹.

17. Toutes ces notions doivent être appliquées au processus contractuel via Internet. Même si ce dernier pose la question de l'éloignement des cocontractants³⁰. Dans le contrat de transport maritime, l'offre peut être faite à une personne déterminée ou au public. Lorsqu'elle a été faite au public, elle lie l'offrant, (appelé également pollicitant) qui accepte, aux mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée (article 1114 C. civ.). L'offre peut également être assortie d'un délai (article 1116 C. civ.). Dans ce cas, l'offrant ne peut révoquer son offre tant que le délai n'est pas expiré. L'offre non assortie d'un délai doit toutefois être maintenue durant un délai raisonnable. L'offre devient caduque lorsqu'elle n'a pas été acceptée à l'expiration d'un délai exprès ou d'un délai raisonnable (art. 1117 C. civ.). Elle devient également caduque en cas de décès de l'offrant, sauf lorsqu'elle était assortie d'un délai exprès. La caducité se distingue de la nullité en ce que l'acte juridique est valable. Il n'a été privé d'effet qu'en raison d'un fait postérieur à sa création.

²⁸ Article 1583 crée par la Loi 1804-03-06 promulguée le 16 mars 1804, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁹ Article 1171 al. 1 nouveau du code civil français

³⁰ L. GRYNBAUM, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation », Dalloz. 2003, p. 1706.

L'acceptation doit quant à elle être pure et simple. Dans le cas contraire, il s'agit d'une contre-proposition.

Dans notre cas d'espèce, le commerce électronique est dominé par la conclusion des contrats électroniques. Or, la fonction première du contrat est de jouer le rôle de preuve de la volonté des parties. La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens et services³¹ (le transport).

18. L'écrit même, quand le droit commun ne l'exige pas souvent, et ceci en raison de l'absence de formalisme pour certains contrats (dont le montant n'excède pas une certaine somme) et du principe de la liberté contractuelle, est toujours produit entre professionnels. À fortiori, en matière de contrat électronique la loi dispose que celui qui propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, doit mettre à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction³². On en déduit que la fixation de l'information sur un support électronique, en d'autre terme l'écrit électronique est admis aux conditions sus-évoquées. Il en résulte que le contrat électronique qui opère simplement, par rapport aux contrats traditionnels, une modification du support de l'échange, n'entraîne pas la modification de la nature juridique du contrat.

19. Mais le contrat conclu via Internet soulève souvent la question de la loi applicable. De ce point de vue, l'article 6 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)³³, rappelle le principe selon lequel le contrat conclu entre un professionnel et un consommateur est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. Ce principe est assorti de conditions. En effet, le principe sus-évoqué ne s'applique que si le professionnel exerce son activité dans le pays où le consommateur a sa résidence habituelle, ou par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

Ce principe ne déroge pas cependant au principe de libre choix de la loi applicable au contrat. Par ailleurs, l'article précise, en outre, que le choix de la loi applicable par les parties ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du principe ci-dessus. La CJUE a d'ailleurs apporté, dans un arrêt³⁴ du 28 juillet 2016,

³¹ Article 1125 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique transposant la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

³² Article 1127-1 de la Loi préc.

³³ Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), publié au JO L.177 du 04/07/2008 p. 06.

³⁴ Voir dans l'affaire c-191/15, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par l'Oberster Gerischtshof (Cour suprême, Autriche), par décision du 9 avril 2015, parvenu à la Cour le 27 avril 2015.

des précisions³⁵ sur les dispositions de l'article 6. Selon la Cour, les contrats qui ne font pas l'objet d'une négociation et qui sont gouvernés par la loi de l'État membre du siège du professionnel, doivent contenir des stipulations aptes à informer le consommateur qu'il bénéficie également de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause.

Toutefois, il est constant, sauf pour certains contrats qui sont spécifiques et nécessitant un formalisme spécifique, qu'aucune forme particulière n'est requise pour la validité du contrat de transport. En tant qu'acte bilatéral, l'acceptation de l'offre est un élément fondamental de la formation du contrat à distance. Si l'offre s'inscrit dans la phase préparatoire, avec la manifestation de l'acceptation se noue alors la relation contractuelle. C'est seulement à partir de cet instant que les droits et obligations énoncés dans l'offre deviennent effectifs.

20. Si les contrats à distance, dont les contrats électroniques, mettent en relation des parties physiquement éloignées l'une de l'autre, il en résulte aussi que l'échange des consentements s'effectue à distance. Ainsi, l'acceptation de l'offre à distance prend souvent la forme d'un message électronique virtuel signé électroniquement et envoyé à l'adresse électronique de l'offrant. Mais, pour entraîner la formation du contrat à distance, ce message de données doit traduire de manière parfaite la volonté certaine et non équivoque du contractant, surtout du consommateur, d'accepter le contenu de l'offre proposée (les conditions générales). Cette forme d'acceptation s'est rapidement avérée insuffisante à protéger le consommateur qui contracte à distance, et notamment en ligne. C'est pourquoi pour s'assurer qu'il s'engage en toute connaissance de cause, le législateur adopte conformément aux actes internationaux³⁶ et communautaires de nouvelles dispositions spécifiques relatives à la conclusion du contrat électronique³⁷. Ces nouvelles règles viennent s'ajouter à celles déjà existantes en matière de contrats à distance qui ne sont d'ailleurs pas toutes d'importance égale. De ce fait, la conclusion des contrats électroniques est tout à fait possible pourvu qu'elle soit adaptée à l'expression du consentement et aux conditions d'ordre légal. N'empêche qu'il est

³⁵ Selon la Cour, le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), doivent être interprétés. En ce sens, et sans pour autant déroger aux dispositions de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de chacun de ces règlements, la loi applicable à une action en cessation au sens de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, dirigée contre l'utilisation de clauses contractuelles prétendument illicites par une entreprise établie dans un État membre qui conclut des contrats par voie de commerce électronique avec des consommateurs résidant dans d'autres États membres et, notamment, dans l'État du for, doit être déterminée conformément à l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 864/2007, alors que la loi applicable à l'appréciation d'une clause contractuelle donnée doit toujours être déterminée en application du règlement n° 593/2008, que cette appréciation soit effectuée dans le cadre d'une action individuelle ou dans celui d'une action collective.

³⁶ Adoption des recommandations de la Loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique.

https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf.

³⁷ Voir la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2000 pour la confiance dans l'économie numérique qui a introduit l'article 1125 dans le Code civil français.

important de souligner que dans un mode pareil, où le contrat de transport maritime est difficilement discutable, il prend plus la forme d'un contrat d'adhésion que d'un contrat ordinaire.

21. Dans le cadre du contrat de transport de marchandise, c'est le transport à proprement parler qui doit s'opérer dans le respect des délais qui ont été négociés. En cas de retard, le transporteur peut être considéré comme responsable sauf s'il arrive à prouver que le problème vient d'un cas de force majeure ou d'un événement extérieur ou du comportement d'une tierce personne génératrice de l'accident, etc.. Or, dans le cadre du transport maritime, les délais ne sont qu'indicatifs. Les compagnies ont une obligation de moyens (la personne qui subit le dommage doit prouver qu'elle n'est pas responsable). A destination, la marchandise doit être livrée. La livraison de la marchandise, comme la prise en charge, est à la fois une opération matérielle et juridique. Le déchargement peut se faire dans les mêmes conditions que le chargement suivant les clauses free in and out (FIO). Lors du déchargement, le destinataire peut constater des dommages apparents, son intérêt est d'émettre des réserves précises sur le document de transport pour établir la preuve de ce qu'il constate et pouvoir obtenir une indemnisation.

Tout acte de commerce est susceptible de contestation, les raisons peuvent en être innombrables. Afin de résoudre les litiges, au mieux des intérêts des entreprises, les contrats commerciaux prévoient généralement une clause compromissoire qui désigne un arbitre agréé par toutes les parties au contrat. L'arbitre est un juge du droit autant que du fait car l'arbitrage est l'institution d'une justice privée.

C'est la relation contractuelle qui fait naître les documents et nous tenterons d'analyser le processus de leur dématérialisation.

b. La dématérialisation des documents du commerce maritime

22. La dématérialisation peut être comprise comme étant la manifestation de la volonté, qui traditionnellement, était fixée sur un support papier, est maintenant inscrite sur un support électronique³⁸. Elle est aussi une opération liée à de nouvelles technologies consistant à remplacer un support matériel tangible par un procédé électronique³⁹. Par exemple le connaissance dématérialisé est détaché de son support matériel historique à savoir le papier⁴⁰. De ce point de vue, La dématérialisation des documents du commerce maritime ne peut se faire sans pour autant comprendre les notions d'original et de copie. Le passage de la frontière numérique implique des changements et soulève des questions intéressantes, que la thèse se propose d'examiner sous l'angle

³⁸ E. A. CAPRIOLI, « *signature électronique et dématérialisation* », LexisNexis, 2014, p. 3 s.

³⁹ Vocabulaire juridique G. CORNU, Puf. 8^e éd. 2007.

⁴⁰ L. FEDI, *la dématérialisation du connaissance maritime : utopie ou réalité du XXI^e siècle ?* In *Mélange en l'honneur de C. SCAPEL*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2013, p. 220.

du droit. À travers une approche interdisciplinaire, on s'attache à clarifier les concepts pour procéder à une qualification de la copie numérique et montrer les variations et les similitudes terminologiques autour des notions de document original, de copie, de signature électronique, d'archivage, d'intégrité et d'authenticité. Proposé par la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur la signature électronique, le statut du document électronique est analysé, en évaluant conjointement sa valeur probante et informationnelle. Confrontant les principes à la pratique, la thèse prend la mesure du débat sur la dématérialisation des documents négociables. Compte tenu des incertitudes, controverses et contradictions relevées, on souligne la nécessité d'une réforme homogène et transversale pour mieux encadrer les pratiques de numérisation et ainsi permettre une véritable reconnaissance de la dématérialisation du document électronique négociable.

Il s'agira dans cette thèse de la dématérialisation des documents du commerce. On vise ici entre autres, la saisie automatique des informations dans le système informatique et la translation d'un document papier original vers une forme numérique, principalement suite à un processus de scanning. Toutefois, nous approfondirons l'étude des originaux électroniques (documents natifs).

Pourquoi un tel choix ? On constate que l'environnement papier et l'environnement électronique ne peuvent être étudiés séparément. À notre avis, la dématérialisation mérite de retenir l'attention, étant donné l'ampleur croissante de cette pratique, mais aussi les mutations qu'impliquent le passage de la frontière du numérique et les questions spécifiques qui en découlent.

Il convient de rappeler que le point de vue proposé est basé sur le droit de tradition civiliste, en particulier le droit Français et Africain, étant donné la place centrale que l'écrit y occupe sur le terrain probatoire. Encore une fois, on s'attachera à clarifier les concepts pour procéder à une qualification de la notion de documents primaires et de documents secondaires au regard de la technique et du droit. Ensuite, le statut du document numérique sera analysé, en évaluant conjointement sa valeur probante et informationnelle.

La qualification technique et juridique du document électronique et la copie numérique passe nécessairement par l'examen des notions de support et de langage informatique. En l'occurrence, on observe que si ces notions sont communes à la technique et au droit, elles n'y sont pas exactement comprises de la même manière. On ne manquera pas de souligner les convergences et les divergences à cet égard et la nécessité cruciale de clarifier le sens que l'on donne aux concepts lorsqu'on touche à une question technique comme la dématérialisation ou la preuve des actes juridiques.

La dématérialisation fait intervenir deux types de documents : le document original qui est directement créé dans le système informatique et le document dérivé du premier. Ce dernier qui est une copie de l'original est numérisé grâce au scanner. Or, on ne peut examiner la notion de copie sans passer par celle d'original.

23. La notion d'original peut être diversement comprise d'une discipline à l'autre, voire au sein de la même discipline. À cet égard, pour qualifier un document d'original ou de copie, les disciplines examinées se basent sur différents critères. Ainsi, en droit de la preuve, dans les pays de tradition civiliste comme la France et les pays francophones d'Afrique, le critère retenu est celui de la signature du document. Un autre critère, plus secondaire, est celui de la présentation du document sur son support d'origine. Dès lors, en droit de la preuve, l'original est synonyme d'*écrit signé*. Cette particularité mérite un mot d'explication. Il convient d'abord de rappeler qu'en droit civil, l'écrit signé est la reine des preuves, (sauf bien entendu l'aveu qui est rarement utilisé), nettement supérieure aux témoignages et aux présomptions. La preuve par écrit signée est ainsi la seule qui soit recevable en justice pour prouver un acte au-delà d'un certain montant ou pour contredire un écrit signé produit par l'autre partie⁴¹. À défaut de la signature, il peut être admis comme commencement de preuve par écrit.

24. Lorsque le terme « original » est utilisé dans les dispositions du Code civil relativement à la preuve, la doctrine considère qu'il désigne l'écrit revêtu d'une signature, qu'il soit établi par des personnes privées (acte sous signature privée) ou par un officier public (acte authentique). L'original conjugue ainsi les fonctions de l'écrit et de la signature : l'original est d'abord un écrit, c'est ensuite un écrit qui émane directement de la personne à qui on l'oppose et c'est enfin un écrit qui l'identifie⁴². La signature est ainsi le seul critère pour pouvoir qualifier un document d'original en termes de preuve⁴³.

Partant, les autres critères (support) ne sont pas aussi pertinents pour déterminer le caractère original d'un document sur le terrain probatoire⁴⁴. Ainsi, par exemple, dans le transport maritime de marchandises, le connaissement est émis avec plusieurs originaux. Il faut comprendre par là que *l'original ne doit pas nécessairement être unique*. À contrario, la loi exige souvent la constitution de plusieurs originaux, en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct⁴⁵.

Si la dématérialisation a posé des difficultés par le passé, c'est à cause du support de l'écrit et de la notion d'original électronique. Dans le contexte d'aujourd'hui, le support est inopérant face au

⁴¹ Article. 1341 C. civ. français. Des exceptions sont toutefois prévues aux articles. 1347 et 1348, et les preuves peuvent être administrées par tous moyens dans un certain nombre de cas. Pour plus de détails sur ces règles de preuve civile dans le domaine de l'archivage électronique, sur ce point M. DEMOULIN, « L'archivage électronique et le droit : entre obligations et précautions », dans M. DEMOULIN, *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 13-35.

⁴² P. GAUDRAT, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-cadre) », dans F. GALLOUÉDEC- GENUYS (dir.), *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 172.

⁴³ J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? – Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », Cahier. Lamy Droit de l'informatique, 1988, H, p. 13, n° 19.

⁴⁴ D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, n° 6000, p. 127.

⁴⁵ Article 1325 C. civ français. : *Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.*

concept d'équivalence fonctionnelle. Par conséquent, le document *original ne doit pas être confondu avec son support d'origine*. D'ailleurs, *l'original n'est pas une notion tributaire du papier ou du support électronique* : un original peut désormais être un écrit électronique revêtu d'une signature électronique, les notions classiques d'écrit et de signature ayant été adaptées en ce sens par le législateur⁴⁶. Au contraire, en droit, une copie est la *reproduction littérale* d'un original, *quel que soit le procédé de reproduction* (transcription manuelle, photocopie, microfilm, télécopie, numérisation, etc.)⁴⁷. Donc le processus de reproduction (scanner ou numérisation) permet de restituer à l'identique non seulement le contenu, mais également la forme de l'original, y compris les signatures des parties. Dès lors, il est clair que la copie numérique d'un document papier signé à la main est juridiquement une copie. Elle ne pourrait être qualifiée d'originale même après numérisation. Retenons tout simplement que, l'absence de signature n'empêche pas nécessairement un document d'être qualifié d'original. Ici la notion d'original doit être comprise dans le sens d'un document natif exempt de toute copie. En d'autres termes on ne peut le qualifier d'acte sous seing privé⁴⁸. Ce dernier étant un acte établi entre particuliers et revêtu de leur signature en vue de faire preuve⁴⁹ de leur accord.

L'indifférence du support de l'écrit a précipité le processus de dématérialisation. En effet, il importe peu que l'écriture de l'original ait été initialement apposée par les parties ou n'en était qu'une reproduction, puisque c'est bien la signature qui confère à l'écrit la qualité d'original, et non le support. Ceci résout bien des controverses juridiques sur les notions d'original et de copie dans l'univers numérique, où un original électronique peut aisément changer de support durant son cycle de vie tout en restant lié à une signature électronique.

De nombreux documents sont utilisés par les opérateurs économiques et plus particulièrement les transporteurs maritimes. Parmi ces documents figure, entre autre, le connaissement et la lettre de transport maritime. En effet, la délivrance du connaissement n'est pas obligatoire et le transporteur ne le fait que sur demande du chargeur. Le chargeur peut utiliser le connaissement de plusieurs façons. Il peut le garder à titre de reçu, preuve des quantités de marchandises chargées, ou encore le transférer à un mandataire réceptionnaire à destination (le mandataire s'identifiant juridiquement à lui). Il peut aussi le transférer en vendant la marchandise en cours de route (cela grâce à la négociabilité du document). Avec son caractère de titre représentatif de la marchandise, le tiers acquéreur du connaissement se présentera au bord pour se faire livrer la marchandise. Par ailleurs, les opérateurs économiques notamment le transporteur et le chargeur sont souvent confrontés aux

⁴⁶ Article 1108-1 et 1366 et s. du C. civ. français.

⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, PUF, 1987, V° Copie et Reproduction.

⁴⁸ L'acte sous signature privé ne répond à aucune exigence de forme particulière. Toutefois, il est fréquent que la rédaction de certains types de contrats (contrat de crédit, contrat de travail) soit assortie d'exigences légales de forme.

⁴⁹ N. VERHEYDEN- JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier 1991, p. 194, n° 396.

aléas du transport maritime faisant naître une responsabilité en cas de sinistre ; pour parer à cette situation, les Incoterms ont été créés.

c. Les statistiques de la dématérialisation

L'intérêt de la thèse repose sur le fait que la dématérialisation des documents est l'un des piliers de la transformation numérique des entreprises, même si c'est loin d'être le chantier le plus innovant mené actuellement dans les entreprises. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un marché important comme le confirment les derniers chiffres de l'étude « *Le marché de la dématérialisation des documents à horizon 2020* » publiée par Xerfi-Percepta⁵⁰. D'après ce cabinet, la croissance de ce marché va ainsi s'accélérer en France avec une croissance annuelle moyenne entre 2017 et 2020 à 5% contre 3% entre 2013 et 2016. « Toujours prépondérant, le segment des flux entrants, circulants et sortants continuera de céder du terrain face aux segments de la sécurisation des échanges et de l'archivage électronique », indique Xerfi-Percepta.

De ce point de vu, en 2016, le marché de la dématérialisation documentaire en France est ressorti à hauteur de 6,34 milliards d'euros et en 2017, elle a avoisiné 6,53 milliards d'euros. En 2020, Xerfi-Percepta prévoit que ce marché frôlera les 7,75 milliards d'euros. *Malgré de solides moteurs de croissance, les professionnels de la dématérialisation doivent composer avec une culture papier toujours très présente. Dans le même temps, ils se heurtent aux fortes pressions tarifaires de leurs donneurs d'ordres, en raison notamment d'une offre par segment souvent banalisée et interchangeable. Dans un tel contexte, certains futurs clients sont susceptibles de renoncer purement et simplement à externaliser la dématérialisation de leurs documents*⁵¹. »

On peut affirmer que la transition numérique des entreprises a peu à peu façonné l'un des marchés les plus porteurs à savoir le marché du numérique. C'est ce que révèlent les chiffres du marché de la dématérialisation des documents, de la gestion de contenus et de l'archivage publiés le 1er avril 2016 par le cabinet SerdaLab en partenariat avec Archimag⁵². Fort d'un chiffre d'affaires global de 12,6 milliards d'euros en 2014, le marché de la dématérialisation respire la santé et progresse de 2,3 % par rapport à l'année 2013. Selon les projections de SerdaLab, ce chiffre d'affaires global devrait atteindre les 14 milliards d'euros en 2018.

⁵⁰ <https://www.xerfi.com/catalogue-general-des-etudes/xerfi-percepta>

⁵¹ D. PHILIPONE, Lemondeinformatique, <https://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-dematerialisation-documentaire-un-marche-de-6-5-mdeteuro-en-france-pour-2017-68782.html>. 09/2018

⁵² <http://www.archimag.com/demat-cloud/2016/04/01/infographie-chiffres-cles-marche-dematerialisation-gestion-contenus-archivage>. 23/09/2018.

Preuve du dynamisme de ce marché, la dématérialisation compte aujourd'hui plus de 67 000 salariés. L'étude⁵³ SerdaLab précise que cet effectif a augmenté de plus de 3,5 % par rapport à l'année 2013, signe que ce secteur en croissance est confiant en l'avenir et embauche. Au sein du marché global de la dématérialisation, de la gestion de contenus et de l'archivage, SerdaLab a identifiés deux grands types d'acteurs : les acteurs de la dématérialisation et de la gestion de contenus et les acteurs de l'archivage. C'est le premier groupe qui porte à lui seul 91 % de ce marché, grâce à un chiffre d'affaires de 11,5 milliards d'euros, tandis que les acteurs de l'archivage se partagent les 9 % restants (1,1 milliard de chiffre d'affaires).

D'un autre côté, parmi les 15 secteurs de la dématérialisation et de la gestion de contenus recensés par l'étude, certains ont le vent en poupe et font vivre une grande partie du marché. A eux seuls, les éditeurs de logiciels de dématérialisation et de gestion de contenus s'arrogent 48 % du marché global de la dématérialisation avec un chiffre d'affaires de 5,5 milliards d'euros. Viennent ensuite les scanners d'entreprise (2,2 milliards d'euros de chiffre d'affaires, soit 19 % du marché) mais la croissance de ces derniers est malgré tout en net recul par rapport à 2013 (- 3,4 %). Enfin, si le secteur du Cloud est le troisième plus porteur du marché de la dématérialisation (0,8 milliards d'euros de chiffre d'affaires, soit 7 % du marché), il connaît actuellement une stabilisation puisqu'il affiche un très léger recul par rapport à l'année 2013 (- 0,2 %). Trois autres secteurs se distinguent par leur grand dynamisme en opérant la plus forte croissance par rapport à l'année 2013. C'est le cas des solutions logicielles de workflow/BPM (+ 11,8 %), des éditeurs et sociétés open source (+ 8,5 %) et du conseil en dématérialisation (+ 6 %).

Du côté de l'archivage, les trois plus gros secteurs sont le mobilier et le matériel d'archives (392 millions d'euros), les prestataires en archivage électronique (353 millions d'euros) et les prestataires en archivage physique (276 millions d'euros). Notons que la très forte croissance du secteur de l'archivage électronique (+ 8 % en un an) est en passe de faire de lui le premier secteur du marché de l'archivage.

d. L'EDI validé par les Incoterms

D'autres développements à caractère juridique, ont émergé ces dernières années. Ainsi, les Incoterms de la C.C.I. constituent un exemple éclatant de la prise en compte de l'E.D.I. par les milieux d'affaires. Confrontée en effet aux évolutions conjointes des transports maritimes et aux modes électroniques de communication, la présente version (2010) reconnaît le principe de la

⁵³ Méthodologie de l'étude : 733 entreprises ont été inventoriées et étudiées une par une. Leurs chiffres d'affaires et bénéfices ont été recueillis pour chacune (dont les bilans sont disponibles) depuis 2006 jusqu'à 2014. (Les chiffres 2015 ne sont pas encore disponibles, les bilans de l'exercice 2015 n'ayant pas encore été déposés au greffe)

validité juridique de l'E.D.I. (Échange de Données Informatisées). L'admission d'une option électronique offre aux parties la possibilité d'entreprendre la dématérialisation de certains documents du commerce international. Selon Mr. Pierre JASINSKI⁵⁴, les évolutions sont de trois ordres : - glissement vers les incoterms à l'arrivée (DAT, DAP, DDP) ; - marginalisation des incoterms maritimes (FAS, FOB, CFR, CIF) ; - irruption de l'E.D.I. Cette évolution dont il s'agit touche à la question du lieu d'exécution du contrat électronique qui parfois soulève de sérieuses difficultés⁵⁵ ; surtout dans le cadre du transport maritime où l'exécution matérielle se fait par la livraison de la marchandise à un lieu bien déterminé. Dans ce sens l'article 46 du CPC pose des règles qui donnent compétence au lieu de livraison effective. Mais, le choix des Incoterms (EXW) de départ bouleverse cette règle.

25. Depuis l'adoption des fameuses règles UNCID de la CCI, la pratique a élaboré des modèles d'accords d'échange de données informatisées. L'accord d'échange se définit comme suit : c'est un contrat-cadre par lequel deux ou plusieurs personnes, physiques ou morales, établissent les conditions juridiques et techniques d'utilisation de l'échange de données informatisées (EDI) dans le cadre de leurs relations commerciales. D'une part, les aspects liés à la validité et à la preuve des messages électroniques, y sont précisés, et d'autre part, les relations contractuelles pour l'ensemble du processus d'échange de données, ainsi que les responsabilités qui vont avec. Mais, la valeur juridique accordée à la recommandation, laquelle, lorsqu'elle émane d'une organisation internationale, est dépourvue de force obligatoire. Ce type d'instrument invite les États à qui il s'adresse, à agir d'une certaine manière.

Les mesures nécessaires pour faciliter le commerce international doivent être introduites dans les ordres juridiques internes et internationaux. Au demeurant, le droit français comporte des particularités juridiques qui méritent d'être portées à l'attention de la pratique maritime des pays en développement (PED). Pour ce qui est des parties commerciales, il est recommandé d'utiliser des Lettres de Transport Maritime (L.T.M.) non négociable, si possible, lorsque la cargaison ne fait pas l'objet d'une revente en cours de transport. Ensuite d'un autre côté, il est préférable d'émettre un connaissement en un exemplaire original. Mais faudrait-il encore définir le régime juridique de ce connaissement. Enfin, il convient de prendre en considération le désavantage d'utiliser un connaissement négociable dès lors qu'il existe un risque pour l'acheteur à destination, d'utiliser une lettre de garantie bancaire en l'absence d'un connaissement original. Le connaissement maritime ou son équivalent électronique en utilisant un système de registre électronique avec un tiers opérateur doit être requis uniquement lors des opérations de vente pendant le transit.

⁵⁴ Les nouveaux incoterms et le crédit documentaire, Banque 1990

⁵⁵ E. A. CAPRIOLI, « Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique » Litec, LexisNexis, 2002, p 20.

26. Avec la dématérialisation, les « *international commercial terms* » seront adaptés aux différents modes de transport. Toutefois, il est utile de rappeler qu'ils ne constituent pas des contrats de transport qui restent gouvernés par un cadre juridique impératif spécifique⁵⁶. En effet, les Incoterms désignent *de jure* dix catégories d'obligations du vendeur et de l'acheteur afin d'éviter les erreurs dans la négociation et la conclusion du contrat de vente international. Ainsi, à chaque Incoterm correspond un contrat de vente type qui s'adapte *de facto* à une situation particulière d'une entreprise sur un marché⁵⁷. Le transport de la marchandise, contrat interdépendant et accessoire à la vente, est envisagé par l'Incoterm mais seulement sous deux aspects principaux : qui de l'acheteur ou du vendeur paie le(s) transport(s) et qui doit en assumer les risques afférents.

Les Incoterms sont incorporés dans plus de quatre-vingt pour cent (80%) des ventes internationales et sont utilisés y compris par des États qui ont leur propre système standardisé tels que les États-Unis⁵⁸. Utilisés principalement par les entreprises positionnées à l'international, par les organisateurs de transport, les transporteurs, les douanes,... Les Incoterms sont des outils au profit de la facilitation des échanges internationaux. Les matières premières sont notamment cotées sur des places de marché à l'aide d'un Incoterm, les statistiques du commerce extérieur sont analysées avec des règles Incoterms⁵⁹. Ils sont donc omniprésents à l'échelle internationale et la maîtrise du contenu de leurs obligations respectives est une nécessité pour les opérateurs. Or, dans un contexte d'échanges commerciaux toujours plus rapides avec la dématérialisation et en mutation constante, ces opérateurs ont besoin de disposer d'outils adaptés à leurs nouvelles contingences. Vecteur majeur du commerce mondial, le transport maritime est un domaine de prédilection des Incoterms avec des conditions spécifiques largement connues et privilégiées des praticiens les fameuses « *ventes maritimes* » telles que FOB, CFR ou CIF. Avec la nouvelle codification, ces Incoterms évoluent en intégrant notamment le renforcement de la sûreté des expéditions maritimes, la dématérialisation des échanges via les communications électroniques, la conteneurisation ou encore le développement du transport multimodal de porte à porte⁶⁰. C'est cette situation spécifique

⁵⁶ Tome I : « Transport Intérieur et international » et Tome 2 : « Commission de transport, mer, fer, air, commerce extérieur » des *Lamy Transport*, éd. Lamy 2010.

⁵⁷ L. FEDI, « *La nouvelle codification des incoterms 2010 : entre simplification et rationalisation de la vente maritime internationale* », DMF n° 724, 2011, p. 303-313.

⁵⁸ Les INCOTERMS américains (Revised American Foreign Trade Definitions, -1941) n'ont pas tout à fait la même signification que les INCOTERMS internationaux. Le FOB américains s'interprète de façon différente, il faut nécessairement préciser les conditions de livraison en stipulant dans le contrat « Incoterms FOB New York, ICC Incoterms ». Le FOB de la CCI n'est utilisé qu'en transport maritime contrairement au FOB américains qui s'applique à tous les modes de transport.

⁵⁹ Les statistiques du commerce extérieur français sont analysées selon une base « FAB », Franco à bord, et « CAF », Coût Assurance Fret. Cf. « Historique de la balance commerciale de la France » site internet : <http://lekiosque.finances.gouv.fr>. Les termes FAB et CAF se retrouvent dans la loi française no 69-8 du 3 janvier 1969 sur l'armement et les ventes maritimes, J.O.R.F. du 5 janvier 1969, p. 200.

⁶⁰ R. GUPTA : « Avant-propos » in *Incoterms® 2010*, p. 128.

du commerce maritime qui doit faire face à la complexité du commerce électronique et par conséquent à la dématérialisation des documents.

e. La dématérialisation du contrat de transport de marchandises par route

Bien que l'industrie du transport routier ait longtemps privilégié les échanges d'informations sous format papier, il n'en demeure pas moins que beaucoup d'échanges d'informations sont erronées. Toutefois, l'avancée technologique très attendue vers la modernisation permet de limiter les échanges d'informations erronées, trop souvent engendrés par une mauvaise gestion du circuit documentaire, notamment en cas de litige. En effet, le Décret n° 2017- du 3 janvier 2017 portant publication du protocole additionnel relatif au CMR⁶¹ ouvre la voie à la dématérialisation de la lettre de voiture (art.1 et 2 du protocole). Elle peut désormais être établie en toute légalité sous format électronique. Comme pour le connaissance, cette dématérialisation de la lettre de voiture permet une communication électronique tendant à une meilleure harmonisation des pratiques, une standardisation des documents et des normes techniques, entres autres, en matière de signatures électroniques et de procédés d'authentification. De ce point de vue, Chaque acteur de la chaîne de transport pourra ainsi enregistrer instantanément toutes les informations dont il dispose et bénéficier d'une vision immédiate de la lettre de voiture électronique. Par ailleurs, le protocole de 2008 dispose en son article 4 que la lettre de voiture électronique doit comporter les mêmes informations légales que celle en version papier. Le procédé employé pour son établissement doit garantir l'intégrité des indications qu'elle contient et ces dernières ont l'obligation d'être accessibles à toute personne habilitée à cet effet. Ces informations peuvent être complétées ou modifiées, mais doivent assurer la préservation des renseignements originaux⁶². Dès lors, il n'est pas contesté que la dématérialisation de la lettre de voiture offre un précieux gain de temps et une lecture facilitée des documents manuscrits parfois illisibles. Elle présente aussi des avantages non négligeables, tels qu'une parfaite visibilité des éventuels retards à l'expédition ou incidents de parcours pouvant être signalés aux différents acteurs de la chaîne de transport, chargeurs, chauffeurs et clients, en temps réel. Tous étant connectés au système informatique. Face à la spécificité du droit maritime et à la complexité du commerce électronique, la dématérialisation de la lettre de voiture facilitera le transport de porte à porte qui combine un transport maritime et un transport routier.

⁶¹ JORF n°0003 du 4 janvier 2017.

⁶² Art. 4 du protocole, la France ayant adhéré le 5 octobre 2016 au Protocole additionnel à la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) concernant la lettre de voiture électronique (e-CMR ou CMR électronique), celui-ci est entré en vigueur pour l'Hexagone à compter du 3 janvier 2017. Le contenu de ce protocole est publié (D. n° 2017-1, 3 janv. 2017, JO 4 janv.). Sur ce sujet, voir notamment TILCHE M., « CMR électronique – Petits changements », BTL 2016, n° 3619, p. 618 et TILCHE M., « 14 questions sur... L'e-CMR », in BTL 2017, n° 3629, p. 54.

SECTION 2 : La spécificité du droit maritime face à la complexité du commerce électronique : problématique

*Le trait le plus frappant, c'est que le droit maritime ne ressemble à aucune autre branche de nos disciplines juridiques. Il a un caractère original qu'il doit à un particularisme très accentué*⁶³, (RIPERT). Avant tout développement, nous tenons à rappeler une question ayant trait à la spécificité du droit du commerce maritime. Pourquoi dit-on que ce droit possède quelques spécificités et que la réglementation est parfois différente de celle applicable aux activités terrestres ? À tel point qu'il faille élaborer un droit spécifique du commerce électronique appliqué au droit maritime. La réponse est double selon les cas. La terre ferme est différente de la mer où on est souvent guidé par l'intuition et l'affront des risques liés à la navigation maritime.

27. D'abord, en droit civil par exemple, la responsabilité est intégrale pour l'auteur du dommage, article 1240 du Code Civil français. Or en droit maritime la responsabilité est limitée : l'auteur du dommage n'indemnise pas la totalité du préjudice, article 4 et suivants de la Convention de Bruxelles de 1924 et article 5 (5, 6, 7) de la Convention de Hambourg de 1978. Ensuite en droit civil, celui qui est propriétaire de la chose subit seul les atteintes portées à la chose. « *Res perit domino* ». En droit maritime : il y a des hypothèses où le propriétaire perd la chose et où les participants à l'expédition vont l'aider à supporter ce préjudice. « Principe de l'avarie commune » article 24 de la convention Hambourg de 1978. Enfin, le connaissement, est un document au régime juridique propre (titre représentatif de la marchandise, reçu de la marchandise, preuve du contrat de transport) qui produit des effets juridiques ignorés par le Code Civil (celui qui possède le connaissement original, est propriétaire de la marchandise).

28. Donc la spécificité du droit maritime est tributaire du milieu dans lequel s'exerce l'activité. En effet la mer est un espace mouvant qui échappe à tout contrôle c'est un espace hostile auquel l'homme doit s'adapter. Le risque est donc considérable et nécessite une solidarité qui apparaît sous la forme d'entraide. Cette coutume a été codifiée et est devenue une obligation : il s'agit de l'obligation d'assistance aux vies humaines en mer. Au niveau économique on retrouve le concept d'avarie commune dont le but est le partage des risques. La solidarité entre les transporteurs maritimes est sans équivalent à terre. La matière maritime a une dimension internationale : le transport de marchandises par des zones géographiques de souveraineté différente, ou des zones sans réelle souveraineté. Au cours d'un même itinéraire les gens de mer sont exposés à une modification des règles applicables : il est difficile de maîtriser le droit applicable. C'est un

⁶³ G. RIPERT, *Droit maritime*, 2 éd. 1922, Librairie ARTHUR Rousseau, p.61, n° 52.

domaine où l'insécurité juridique est relativement importante, qui s'ajoute à l'insécurité économique. Compte tenu de ces aléas, le droit maritime a su s'adapter : il s'est spontanément institutionnalisé. Des pratiques communes sont apparues : des coutumes, des usages et une réglementation issue des recommandations des organismes internationaux est adoptée et appliquée aux pratiques du commerce maritime. C'est cette évolution qui a motivé le choix du sujet (**paragraphe 1**). Mais depuis l'avènement du phénomène de dématérialisation, des idées ont émergé de la doctrine et des conventions et soulèvent des questions d'ordre technique et juridique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Choix du sujet et justification

29. L'intérêt de la dématérialisation des documents du commerce maritime a pour fondement la facilitation des échanges de données et partant la célérité des opérations commerciales qui est devenue une exigence du développement économique dans le monde. C'est parce que plusieurs documents sont échangés dans le processus de déplacement de la marchandise que la dématérialisation s'impose pour parer au retard dans l'émission ou la transmission des documents. Nous rappelons au passage que le déplacement des personnes n'entre pas dans le cadre de cette étude. Même s'il constitue une activité maritime. Par ailleurs le commerce maritime comprend dans cette thèse le transport maritime de marchandises et la vente maritime de marchandises étant donné que les deux activités sont liées la première étant la suite logique de la seconde. On parle alors d'import et d'export. Ce sont ces activités qui font naître des documents. Et cette thèse a pour objectif de démontrer dans la mesure du possible, la nécessité d'une dématérialisation de ces documents. Elle apporte par là une contribution à *l'adaptation du droit du commerce maritime au droit du commerce électronique international*.

Pour cela les recommandations des organes des Nations Unies en matière de commerce électronique seront les référentiels de nos arguments et de nos hypothèses auxquels nous ajouterons les résultats de la recherche sur les *pratiques modernes* du commerce maritime. Mais pourquoi une thèse sur les aspects juridiques de la dématérialisation des documents du commerce maritime ? Pourquoi les États africains sont-ils davantage concernés par ce phénomène technologique ? C'est à ces questions que la thèse essayera de répondre.

En effet, actuellement, les États, ayant un littoral ou non, connaissent des opérations d'imports et d'exports. Ces opérations font intervenir les administrations douanières et administratives. En outre ils mettent en relation les transporteurs, les chargeurs, les transitaires, les banquiers et les assureurs. De ce point de vue, les systèmes informatiques sont devenus incontournables.

Toutefois, il existe des variantes dans les systèmes informatiques douaniers. Les opérateurs transfrontaliers sont soumis à des différences de traitement par chacune des administrations douanières, à différentes conditions d'accès électronique à la douane, ce qui est coûteux et risque d'entraver la rapidité des transactions. De plus, il y a des divergences dans les échanges de données et les communications électroniques entre les administrations douanières et les opérateurs et entre les opérateurs. Cette situation n'est plus tenable dans un monde où l'économie *dicte sa loi*. Les autorités douanières doivent faire face aux nouveaux défis en exécutant leurs tâches, grâce aux nouvelles exigences contradictoires que leur imposent les opérateurs et la célérité du commerce.

Par ailleurs, les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant l'utilisation de ces techniques de communication et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent contribuer à limiter les possibilités qu'ont les entreprises d'accéder aux marchés internationaux. Pour cela, il est nécessaire de traiter un volume accru de marchandises qui franchissent les frontières tout en tenant compte du fait qu'il faut également réduire les coûts et les délais. Les autorités sont soumises à plus de contraintes concernant de graves problèmes de contrôle qui touchent à l'environnement, la santé et la sécurité. Dès lors, il est capital, pour aplanir ces difficultés, de mettre en place des procédures et des documents commerciaux simplifiés conformes aux normes internationales, car elles constituent une base commune convenue au plan international pour des mesures similaires appliquées dans des régions et des pays différents.

30. Les documents commerciaux harmonisés représentent un premier pas en direction de l'automatisation des procédures commerciales et d'une présentation informatisée des documents. La célérité du commerce extérieur dépend d'un système de procédures efficaces, modernes et simples. La simplification des formalités du commerce extérieur, l'informatisation des principaux intervenants, la normalisation des documents commerciaux, l'allégement du contrôle douanier, la gestion des risques et l'amélioration de la logistique portuaire sont autant de conjonctures, notamment, pour la réduction des coûts inhérents aux procédures du commerce international, les coûts élevés de la production de documents papier et la réduction des délais de stationnement des marchandises dans les ports et les autres aires de dédouanement. Mais comment se présente la dématérialisation sur le plan juridique ?

Paragraphe 2 : La problématique de la dématérialisation

Deux questions majeures et complémentaires ont suscité la rédaction de cette thèse. Dans un premier temps, nous chercherons à comprendre de façon détaillée dans quelle mesure, une dématérialisation documentaire est-elle nécessaire pour les organisations ? En plus, une dématérialisation totale des documents (zéro papier) ou partielle est-elle possible ou envisageable ?

Cela a pour conséquence l'analyse technique et juridique de l'existence ou non d'un équilibre parfait entre les supports de l'information que sont le papier l'ordinateur et ses accessoires. Pour arriver à une réponse satisfaisante, il nous faut retracer d'abord le développement conceptuel et l'élaboration matérielle du document papier au cours de l'histoire des activités maritimes et du droit des transports maritimes en particulier. Ensuite, explicitant le processus d'implications sociales, politiques et économiques ; le détail des rapports complexes qu'il entretienne avec les notions clefs que sont la liberté contractuelle et l'ordre public, les relations de reconnaissance sociale et leur accomplissement institutionnel devront être présentés. Nous chercherons par là à bien comprendre les caractères économiques et juridiques du document papier, dans la mesure où le processus de dématérialisation des documents du commerce maritime est une condition sine qua non à la fois du développement économique et de la rationalité des institutions judiciaires qui devront le régler.

31. Le deuxième volet de notre recherche part du constat que la simplification des procédures du commerce extérieur, associée à l'exploitation des technologies de l'échange informatisé des données, doit avant tout servir l'acteur commercial. Ce qui soulève en l'occurrence la question du cadre juridique et institutionnel à mettre en place pour une réglementation de la dématérialisation. En d'autres termes comment devra se régler le contentieux de la dématérialisation inhérent aux activités de vente et de transport ? Comment sera organisée la procédure contractuelle via Internet ? D'autre part, sur quelles bases juridiques seront traités les éléments suivants : - la signature électronique, - la preuve électronique, - le document original, - l'écrit, - le connaissance négociable, - la sécurité et la sûreté des échanges électroniques, - la protection du consommateur – l'archivage... ? Par ailleurs, s'il y a coexistence entre documents papiers et documents électroniques, cela devra être strictement réglementé afin d'en retenir le régime juridique. Pour ce qui est de la clause contenue dans un connaissance et attribuant compétence à une juridiction étrangère, comment pourrait se régler les litiges nés de l'exécution de la convention ? Dès lors qu'elle est reconnue valide entre le chargeur et le transporteur, sera-t-elle opposable au destinataire des marchandises qui, en acquérant le connaissance au porteur, a succédé au chargeur dans ses droits et obligations ? L'obligation de signer le document original pose une délicate question pour un éventuel passage à l'informatique. Différents aspects qui peuvent constituer un obstacle à la dématérialisation devraient être traités : le document original et la copie, la valeur probatoire des enregistrements des données, la formation des contrats, la conservation des messages, les responsabilités, la loi applicable au connaissance électronique. La question majeure que posent ces concepts se trouve liée aux moyens de preuve de l'écrit électronique : faudrait-il accepter, par là, les moyens de preuve de droit commun ou encore, faudrait-il inventer ou du moins créer de nouveaux

modes de preuve qui seront en mesure de témoigner de la véracité de l'écrit électronique ? Ce qui, par conséquent, soulève le problème du faux en matière électronique.

Le courrier électronique sera étudié sur la base de l'hypothèse qu'il pourrait être un moyen permettant la circulation du connaissance négociable. Le but est de permettre ou du moins de proposer un palliatif, jusque-là contesté, au mode de circulation du titre représentatif de la propriété de la marchandise.

32. L'autre question est d'ordre technique, elle est en rapport avec le support qui est souvent un outil de la technologie. L'ordinateur peut connaître ainsi des défaillances techniques consécutives à un vice de fabrication ou encore à un problème de manipulation. On se retrouve avec des données perdues ; soit en période d'archivage ou pendant les transactions. Serait-on, dès lors, en situation de force majeure ? A notre avis la force majeure dans la dématérialisation serait difficile à démontrer dans la mesure où la bonne foi peut faire défaut même si elle est présumée. Toutefois cette hypothèse est à écarter. En effet, l'existence des *data center*, qui offrent des possibilités de stockage de données dans différents serveurs, situés dans différents pays, font de telle sorte que les données ne se perdent plus ou du moins se perdent difficilement. Cette délocalisation des serveurs touche la plupart des États africains dont certains fournisseurs d'accès à Internet ont eu recours à cette méthode. Le statut juridique du site internet et du serveur soulève le problème de l'établissement stable en matière fiscale et fait ressortir ainsi les limites de la dématérialisation.

SECTION 3 : L'état de la dématérialisation et ses limites

La position des pays en développement dans le cadre du phénomène de dématérialisation à beaucoup inspirée la rédaction de cette thèse. Cependant, parmi les pays en développement, les États du continent africain et plus particulièrement ceux de l'Afrique de l'Ouest retiendront notre attention. Ce choix est dû à des raisons pédagogiques mais aussi informationnelles. L'Afrique de l'Ouest offre un meilleur cadre d'étude grâce aux nombreuses institutions d'intégration économique, juridique et financière. En outre, sur le plan géographique, ces États offrent une façade maritime avec des ports innovants dans le domaine des nouvelles technologies. Toutefois des exemples d'intégration ou de législations issues des autres États de l'Afrique Centrale, de l'Est, du Nord ou du Centre seront utilisés en guise d'illustration ou de comparaison.

Les pays africains notamment ceux de l'Afrique de l'Ouest, ont besoin après la phase de dématérialisation, entamée par exemple au Sénégal en 2004, d'un outil juridique capable de résoudre rapidement les litiges qui découleront de la dématérialisation dans la mesure où les

procédures de droit commun risqueraient de ne pas répondre aux exigences de rapidité vu le nombre de dossiers qui seront traités.

Le but de cette section est de diagnostiquer l'état de la dématérialisation à travers l'environnement du guichet unique qui prend en considération tous les éléments de la dématérialisation. L'analyse permettra de comprendre le fonctionnement du guichet unique (**paragraphe**). A ce niveau une remarque s'impose et suscite une attention particulière sur les obstacles qui ralentissent le processus de dématérialisation (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Généralités sur le guichet unique

33. Le guichet unique est donc une application concrète des concepts de facilitation du commerce dont la finalité est de réduire les obstacles non tarifaires procurant ainsi des avantages non négligeables aux opérateurs du commerce maritime international⁶⁴. Dans le contexte de la présente thèse, le guichet unique doit être compris comme étant un système permettant aux participants du commerce et du transport de communiquer des informations et documents normalisés à un seul point d'entrée afin de satisfaire à toutes les formalités requises en cas d'importation, d'exportation et de transit. Si les informations se trouvent sur un support électronique, les données individuelles ne doivent être soumises qu'une seule fois.

En des termes plus précis, le guichet unique a pour but d'accélérer et de simplifier les flux d'informations entre les milieux d'affaires et les pouvoirs publics et de procurer des avantages significatifs à tous ceux qui interviennent dans les échanges transfrontières. Il requiert alors une gestion généralement centralisée, ce qui permet aux autorités portuaires et administratives compétentes de recevoir les informations dont elles ont besoin ou d'y avoir accès. En outre, les autorités des différentes places portuaires et les administrations participantes doivent coordonner leurs contrôles. Dans certains cas par exemple, le guichet unique peut comporter un système d'encaissement des droits, taxes et redevances.

Toutefois, force est de constater qu'un guichet unique n'implique pas forcément le recours à un système informatique sophistiqué. Or, la sélection et l'adoption par les pouvoirs publics de moyens informatiques appropriés ne peuvent que faciliter les opérations portuaires d'import et d'export.

34. Comme nous l'avons évoqué un peu plus haut, le guichet unique est une facilité transfrontalière *intelligente* qui permet aux parties intéressées aux échanges et aux transports de déposer des informations normalisées, essentiellement par voie électronique, auprès d'un point

⁶⁴ Cf. Recommandation N° 33, CEE-ONU par l'intermédiaire du Centre des Nations Unies pour la Facilitation du commerce et les Transactions Électroniques (CEFACT-ONU), 2004, réf. ECE/TRADE/352.

d'entrée unique en vue de satisfaire à toutes les exigences officielles à l'importation, à l'exportation et en transit⁶⁵. Toutefois, les Membres de l'OMD préfèrent utiliser l'expression " environnement " de guichet unique car l'installation d'un guichet unique comprend toujours un ensemble de facilités interdépendantes, de prescriptions officielles et de processus opérationnels des services officiels transfrontaliers⁶⁶.

La création d'un environnement de guichet unique pour les procédures de contrôle appliquées aux frontières aux moyens de transport, au matériel de transport, aux marchandises et aux membres d'équipage est considérée par les administrations des douanes comme la solution aux problèmes complexes que soulève la gestion de l'information et de l'automatisation aux frontières lorsqu'elle implique plusieurs services officiels transfrontaliers. Un environnement de guichet unique est évidemment une question technique complexe qui ne peut fonctionner sans avoir étudié au préalable les aspects de nature politique et autres aspects non liés à la technologie de l'information⁶⁷. Même si le guichet unique a pour finalité de faciliter les opérations aux frontières par la mise en place d'un système informatique qui prend en compte la dématérialisation des documents, il n'en demeure pas moins que cette dernière a des limites qui ne facilitent pas son expansion.

Paragraphe 2 : Les limites à la dématérialisation

Malgré les acquis et les avancées de la dématérialisation, il existe dans certains pays, des obligations légales impératives qui interdisent la dématérialisation des documents de transport maritime, exigeant un connaissance maritime sur support papier pour des raisons de contrôle des changes ou en imposant des inspections avant l'embarquement ou encore pour réaliser le dédouanement des marchandises. Si la dématérialisation des documents est techniquement une réalité, elle comporte cependant un risque majeur inhérent à son support d'utilisation : l'informatique⁶⁸. Le risque informatique prend différentes formes dont le « *crack* » des logiciels ou *hacking*, le détournement de l'identité ou du domaine le *hijacking* qui est une forme d'usurpation d'identité⁶⁹. Malheureusement ces risques ne sont pas couverts par les *Protecting and Indemnity Club* (P& I). Ainsi, le processus de dématérialisation, en dépit des obstacles juridiques (a) est confronté aux obstacles structurels (b), et psychologiques (c).

⁶⁵<http://www.wcoomd.org/fr/topics/facilitation/activities-and-programmes/single-window/single-window.aspx>:

02/2018.

⁶⁶OMD, *ibidem*.

⁶⁷ OMD, site internet, *op-cit*.

⁶⁸ L. FEDI, *op-cit*, p. 226.

⁶⁹ L. FEDI, *ibidem*.

a. Les limites juridiques de la dématérialisation des documents

La fonction première des documents est de servir de preuve aux différentes opérations commerciales. Toutefois, il a fallu modifier le droit de la preuve pour y faire pénétrer le document technologique. Ainsi, sa recevabilité comme moyen de preuve n'est plus contesté. Mais sa recevabilité quant aux conditions préalables de fiabilité pose problème. Comment savoir si un document technologique qui constate un contrat et crée des obligations pour les parties signataires n'est pas un faux, signé par un usurpateur, ou n'a pas été altéré après sa signature, de manière à trahir la volonté commune des parties exprimée à l'origine ? Une autre difficulté tient à la nature dématérialisée du document technologique, et notamment du document numérique produit par ordinateur. L'état dans lequel se trouve le document à l'intérieur de l'ordinateur est tel qu'il ne peut pas être lu par les sens de la personne humaine. Il faudra faire apparaître l'image du document sur un écran ou sur une feuille de papier pour que le tribunal puisse prendre connaissance de l'information qu'il véhicule. Cette difficulté est inhérente au document technologique. Elle n'existe pas pour les moyens de preuve traditionnels. Le juge entre en contact direct avec eux. Il peut lire de ses propres yeux le contrat écrit et signé sur papier. Il peut tenir dans ses mains l'élément matériel, ce qui n'est pas possible avec le document technologique.

35. Cependant, dans le commerce maritime, un seul document tarde à être totalement dématérialisé. Le connaissement négociable possède trois fonctions : reçu du chargement des marchandises, preuve du contrat de transport et titre représentatif des marchandises. Vue sous cet angle, on pense que la dématérialisation des documents-titre en l'occurrence le connaissement maritime négociable (au porteur et à ordre) est impossible sur le plan juridique ; du fait de son caractère immatériel. Car, seule la transmission matérielle des documents négociables transfère les droits incorporés au titre. En effet, une partie de la doctrine pense qu'en EDI, un document électronique ne peut valablement posséder les caractéristiques juridiques de la négociabilité, étroitement liées à la possession physique du document papier. C'est pourquoi, elle pense, que la substitution du support électronique à la place du papier, ne pourra s'opérer qu'avec un document non-négociable. Par ailleurs, la détermination de la juridiction compétente lorsque survient un litige est une question essentielle pour les acteurs du commerce international. Il faudrait dès lors inclure dans le contrat électronique une clause attributive de juridiction. Mais cette technique fait naître des limites structurelles.

b. Les limites structurelles

36. L'examen des procédures d'échange de données informatisées, présentées dans les différents circuits du commerce maritime, et l'examen des différents systèmes d'information des principaux acteurs font apparaître certains dysfonctionnements qui ralentissent le processus de dématérialisation des documents. Les principaux dysfonctionnements relevés se résument aux points suivants : le nombre d'exemplaires des documents en circulation dans le processus d'importation est trop élevé et il existe un manque de synchronisation entre les divers systèmes informatiques des transitaires commissionnaires et armateurs. La dématérialisation de l'ensemble des documents du commerce maritime nécessite l'adhésion de tous les acteurs qui interviennent dans les divers processus du commerce extérieur. Ces acteurs sont appelés à réformer leur système informatique à l'instar de l'initiative du guichet unique. En outre, la dualité des processus est maintenue. Elle se traduit par l'utilisation en même temps de l'outil informatique pour l'établissement et la transmission de certains documents et aussi par l'obligation de la remise du même document sur support papier. (Pour aller plus loin voir annexe n°1, l'arrêt GLENCORE de 2017).

37. La dématérialisation présente parfois des inconvénients pour certaines entreprises, notamment en termes de sécurité des données. Il est donc important d'utiliser un système d'archivage électronique, qui interdit toute modification ou suppression d'un document numérisé. Par ailleurs, le risque de perte des documents numérisés est également présent, par exemple à cause d'une attaque malveillante, les données sont perdues. Il faut donc bien veiller à la sécurité du réseau informatique de l'entreprise. La question du stockage est également à relever, puisque les besoins augmentent au fur et à mesure que la masse de données augmente. Les entreprises ont donc besoin de matériels performants et modulables, et se tournent vers les serveurs, qui présentent un coût supplémentaire, tant à l'achat qu'en frais d'entretien. Mettre en place la dématérialisation de son entreprise demande de l'investissement matériel avant tout. Car pour pouvoir gérer tout un tas de procédés informatiquement, et ce de façon transversale au sein de la structure, la première étape sera d'opérer une expansion du parc informatique à la totalité des services. Cela peut donc représenter un investissement conséquent sur court terme, qui peut également être accompagné d'achat de solutions afin de conserver les données pour les plus grosses entreprises comme un data center, pour pouvoir stocker numériquement une certaine quantité de données.

Il n'existe pas toujours de solution miracle pour chaque problème, et bien que la dématérialisation se présente comme la réponse à certaines questions que se posent les opérateurs économiques pour la gestion des documents, elle n'est malheureusement pas sans faille pour le moment. Comme nous l'avons vu un peu plus haut, la dématérialisation amène à stocker

numériquement une quantité importante de données au sein de l'entreprise, de manière quasi générale et souvent à l'aide de data center. Un premier problème se pose : ces systèmes de sauvegarde ont une capacité de stockage limitée, et au bout d'un certain temps, il serait difficile de conserver trop de documents sans les saturer et devoir, le cas échéant, procéder à une extension de ces systèmes. Ce procédé se répéterait à chaque fois que l'on atteindrait le seuil critique de stockage, et cela engendrerait trop de frais mais également un problème de place. Il faudra alors établir un moyen de garder chaque type de document selon leur importance sur un certain temps donné pour ne pas surcharger le système. En plus des limites structurelles, la dématérialisation rencontre des obstacles liés au comportement humain.

c. Les limites psychologiques

Le risque de fraude existe comme pour le papier, bien qu'il soit beaucoup plus compliqué de falsifier un document électronique. Cette situation engendre un frein psychologique : sentiment que le document électronique n'a pas une vraie valeur probante et qu'il est plus facile de modifier une preuve sur un document électronique que sur un document papier.

Une récente étude menée par l'université de Virginie aux États-Unis⁷⁰ vient de soulever un point extrêmement important pour comprendre pourquoi aujourd'hui la signature électronique subit un retard qu'il reste toujours à combler, alors qu'elle est indissociable de son auteur, a la même valeur juridique que la signature manuscrite, et représente un pas de géant pour l'entreprise vers la transformation digitale. Le professeur Eileen Chou s'est ainsi intéressée au comportement et à la perception face à différents types de signatures⁷¹. Avec son étude, plusieurs groupes de personnes ont dû classer des contrats signés via cinq types de signatures – manuscrites et électroniques (Pin, Avatar, case à cocher, software) – du plus sûr au moins sécurisé, selon eux. Les différents contrats étaient exactement les mêmes hormis le mode de signature, et bien que toutes les signatures remplissent le même objectif, les signatures électroniques ont été perçues – inconsciemment – comme ayant moins de valeur et étant moins sûres. Et plus le mode de signature est impersonnel (case à cocher), plus la perception est mauvaise. La signature d'un contrat de manière manuscrite reste clairement un acte qui sécurise. Plus encore, la dimension sociale est prédominante : moins il y a d'implication, de détail personnalisé, moins il y a adhésion et confiance.

⁷⁰ KAEB THOMAS, *signature électronique et frein psychologique*, informatique news, parut le 14/04/2015, <https://www.informatiquenews.fr/signature-electronique-et-freins-psychologiques-thomas-kaeb-wacom-34426>, consulté le 27/02/2018.

⁷¹ EILEEN Y CHOU, cité par THOMAS KAEB article *ibidem*, Étude de décembre 2014 « social psychology & personality science » « e-signature diminish the signer's presence and decrease acceptance », <http://www.lccjti.ca/doctrine/chou-eileen-y-paperless-and-soulless-e-signatures-diminish-the-signers-presence-and-decrease-acceptance>.

Pour que la signature électronique soit adoptée à grande échelle, il faut fluidifier l'expérience client : en lui permettant de signer tout simplement avec un stylo. C'est ce que cette étude révèle, les freins psychologiques et culturels sont toujours prédominants. Il est important de ne pas négliger cet aspect dans la construction de son projet numérique. Alors que les clients demandent toujours plus d'efficacité, la proximité reste un élément déterminant dans leur expérience. Il existe d'ailleurs aujourd'hui des solutions permettant de signer un document électroniquement tout en garantissant une expérience et une retranscription fidèle de la signature manuscrite. Pour que la signature électronique soit adoptée à grande échelle, il faut donc fluidifier l'expérience du client : en lui permettant de signer tout simplement avec un stylo. Les tablettes signature lui permettent de comprendre facilement ce qui se passe par un acte habituel qui se réalise à la source du document numérique. Cette technologie rend le processus de dématérialisation naturel et transparent pour la clientèle et donc en facilite sa démocratisation. La signature électronique sur tablette correspond à l'enregistrement numérique de l'image de la signature manuscrite, et donc des caractéristiques propres au style de l'écriture de l'auteur. Cela peut également inclure la dynamique de la signature, à savoir la pression appliquée du stylet sur la tablette et la vitesse de signature. Il est donc dorénavant possible de recueillir toutes les informations graphologiques nécessaires en cas de litige, au même titre que la signature manuscrite sur papier. Les documents signés sont dès lors considérés comme des originaux⁷².

La dématérialisation se heurte encore à un frein psychologique car le document n'est plus palpable et la peur de perte de données, encore présente. Pourtant le stockage électronique est plus sûr, "lorsqu'on met dans une armoire ou un coffre fort un document papier, on sait physiquement où il se trouve et on a par conséquent un sentiment de sécurité. Si l'on fait la même démarche en électronique, la perception de cette sécurité n'est pas la même alors qu'il va être beaucoup plus difficile de se procurer la "clé" pour accéder au document électronique qu'un double de la clé du coffre fort !", souligne le directeur général de Keynectis, PASCAL COLIN. Si l'électronique promet aujourd'hui plus de sécurité que le papier, le chemin de son adoption est encore long. La perception populaire est l'exact contraire. Pourtant, comme l'explique maître ERIC CAPRIOLI, avocat à la Cour et vice-président de la FNTC, "actuellement on peut estimer que les technologies et les solutions sont disponibles sur le marché, que le cadre juridique est quasiment complet et que tous les documents (hormis quelques exceptions résiduelles) peuvent être dématérialisés que ce soit dans la sphère privée ou dans la sphère publique". Mais toujours selon l'étude de marché du laboratoire SerdaLab, la forte culture papier (mentionnée par 68 %) et la résistance au changement (citée par 54 %) freinent encore le développement de la dématérialisation. Un travail qui passe par un changement des mentalités, ce qu'explique PASCAL COLIN de Keynectis : "En

⁷² KAEB THOMAS, *ibidem*.

France on dématérialise peu non pas pour des questions de sécurité mais parce qu'il y a des contraintes liées au changement de procédé et également, il ne faut pas se le cacher, un frein psychologique humain naturel. Cette volonté de modernisation des échanges doit être pensée puis intégrée au sein des structures avant tout en réponse à une politique de maîtrise des coûts : "On ne vient pas à la dématérialisation parce que c'est plus sécurisé mais uniquement parce que c'est plus économique"⁷³, conclut PASCAL COLIN.

SECTION 4 : L'état de la dématérialisation sur le plan international : le rôle des acteurs du commerce maritime et la solution proposée par l'OMD et la CNUDCI

A ce titre, des travaux ont été initiés par divers organismes communautaires et internationaux notamment la CNUDCI avec l'adoption de la loi type sur le commerce électronique de 1996 et la Loi type sur la signature électronique de 2001, et l'OMD avec le guichet unique. Aussi en Afrique par exemple, l'Union Économique Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), ont pris en compte cette nouvelle donne, pour se conformer à l'ère de la dématérialisation et l'apparition de nouveaux modes de preuve. L'UEMOA, la CEDEAO et l'OHADA, ont adopté des nouvelles règles visant à résoudre les difficultés soulevées par le commerce électronique communément appelé e-commerce. Ce dernier se définit comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure, à distance et par voie électronique, la fourniture de biens et la prestation de services ». En effet, ces trois institutions, l'une sous-régionale, et les deux autres à vocation régionale, distinctes du point de vue de leurs missions, ont dû incorporer le support électronique dans leur environnement juridique alors même que l'accès à internet est encore très limité dans certains pays membre dont les populations, dans leur grande majorité, sont fortement analphabètes.

Dans le cadre du programme de modernisation des systèmes de paiement initié par la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO), il a été institué un dispositif juridique s'attachant, notamment, « à la sécurisation des paiements électroniques par la reconnaissance dans la zone UEMOA de la preuve électronique relativement à tous les instruments et procédés de paiement électronique ». Il s'agit du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de

⁷³ Par ANNE-SOPHIE DAVID Publié le 31/08/2010 sur :

<https://www.lenouveleconomiste.fr/lesdossiers/dematerialisation-safe-control-3652/>. Consulté le 26/02/2018.

paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA), édicté par le Conseil des ministres de ladite organisation : le Titre I de la deuxième partie, composé des articles 17 à 30, étant expressément intitulé « De la preuve électronique ». Cependant un constat doit être opéré sur le caractère sectoriel du domaine desdites dispositions qui ne sont applicables qu'à certains « participants » déterminés et à certaines « opérations » données, entre autres, les transactions bancaires et financières et les systèmes de paiement. Il s'ensuit que, malgré l'intimité du couple forme/preuve, ce n'est pas, en réalité, le « contrat électronique », variété de contrat à distance ou par correspondance, qui est encadré par le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA. Qu'elle soit de gré à gré ou d'adhésion, une telle modalité de contrat ne fait donc pas l'objet, de dispositions spécifiques ni en droit de l'UEMOA, ni en droit interne sénégalais. Ainsi, pour remédier aux carences du droit positif en la matière, le projet de loi rapporté entend faire en sorte qu'au-delà du cadre strict du paiement, l'acte écrit électronique, de manière générale, fasse son entrée dans le droit interne des États membres.

38. Par ailleurs, toujours en Afrique, l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général (AUDCG) pose un certain nombre de principes qui servent de base à l'utilisation des procédures électroniques. L'essentiel du principe de la dématérialisation des formalités et des procédures est contenu dans l'article 79 alinéa 1 qui énonce que « les dispositions du présent Livre s'appliquent aux formalités ou demandes prévues par le présent Acte uniforme, par tout autre Acte uniforme ou par toute autre réglementation. Ces demandes ou formalités peuvent être effectuées par voie électronique dès lors qu'elles peuvent être transmises et reçues par cette voie par leurs destinataires ». Par ailleurs, concernant la validité des documents et des signatures électroniques, il faudra noter que l'écrit électronique et la signature électronique sont reconnus et produisent les mêmes effets que les documents papier et la signature manuscrite. Le principe ainsi posé ne limite pas le procédé d'une signature électronique qualifiée dont l'usage reste possible en vertu de l'article 82, alinéa 1 de l'AUDCG. Au demeurant, le législateur OHADA a appréhendé la signature électronique dans son aspect définitionnel et son utilisation à des fins juridiques en tant qu'instrument d'identification et d'authentification dont les caractéristiques et les composantes techniques sont spécifiées à l'article 83 dudit Acte.

A l'instar des organismes internationaux les acteurs du commerce maritime tenteront de mettre en place des systèmes de transfert de documents dématérialisés (**paragraphe 1**). Ces tentatives dont la plupart ont échoué, favoriseront le processus de standardisation des documents électroniques basé sur le modèle proposé par l'OMD et la CNUDCI (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La dématérialisation tentée par les acteurs du commerce maritime

Sur la même question, la pratique a maintes fois expérimenté l'informatisation de la fonction négociable des documents du transport maritime. En premier lieu, l'expérience du *Seadocs Registry*, avec la *Chase Manhattan Bank*⁷⁴, n'a pas abouti pour des raisons de coûts et d'ordre psychologique. L'expérience était fondée sur un registre central où les connaissements papier devaient être conservés. Une fois le document émis et réceptionné, le système devait permettre aux parties commerciales d'échanger des messages électroniques ayant trait à la cargaison en mouvement.

De même, le Comité Maritime International a adopté en 1990 les Règles pour les connaissements électroniques. Ces Règles ne sont pas basées comme le *Seadocs* sur un système de registre centralisateur des documents, mais sur un système de clé confidentielle, dont la création et la destruction, lors de chaque transfert de droits, sont opérés par chaque compagnie maritime en cause. Le système pourrait également fonctionner au moyen d'un organisme groupant les différents transporteurs. Pour l'instant ces Règles n'ont pas pénétré la pratique. Il semble en effet difficile pour les chargeurs d'admettre que le transporteur surveille et assure le contrôle électronique de ses propres connaissements.

Le projet pilote de connaissance EDI du BIMCO (Conseil Maritime International et Baltique qui représente près de 2 200 membres) semble le plus avancé sur le sujet. L'objectif de base consiste à obtenir un instrument informatisé aussi fonctionnel que le connaissance papier normalisé par les soins de l'organisme. La particularité du système repose sur la fonction de tiers opérateur de réseau (supervisé par le BIMCO), organisme agissant au nom de tous ses membres (chargeurs et armateurs). Plusieurs avantages en découlent : neutralité, confidentialité et intégrité du contrôle des connaissements. Le projet utilise des signatures numériques (au moyen de cartes à puce) combinées avec des numéros uniques de connaissance et non pas un système de clés privées à l'instar des Règles du CMI⁷⁵. L'opérateur d'un transfert a l'obligation de confirmer ce message.

En dernier lieu, les États Unis par le biais du National Committee on International Trade Documentation (NCITD) ont proposé un nouveau connaissance électronique avec un système de contrôle électronique opéré sur les marchandises. Le scénario envisagé découple la fonction d'enregistrement du connaissance maritime de celle du transporteur contrairement aux Règles du CMI. Aussi, il incombera à une " partie assurant le contrôle" de gérer les connaissements

⁷⁴ Voir en ce sens les travaux de la Chase Manhattan Bank, avec le «Seadocs-scheme», qu'elle a abandonné, ECE/TRADE/240 p. 10.

⁷⁵ Les Règles du CMI pour le connaissance informatisé, et notes explicatives de M. RAMBERG : Mise à jour L/C, avril 1991, p. 21 à 31 : ces Règles du CMI ne sont pas fondées sur la notion de bureau central d'enregistrement mais sur celle de «code confidentiel». Ce code est destiné à être utilisé par chaque transporteur individuellement, mais le système pourrait aussi être exploité par un groupe de transporteurs reliés à un bureau central d'enregistrement.

électroniques, soit par l'une des parties à l'expédition, soit par un organisme tiers de communication. D'après Mr Ake Nilson⁷⁶, le scénario est le suivant : - Le chargeur envoie au transporteur des instructions relatives à l'embarquement. - Le transporteur émet un connaissance informatique comprenant un numéro de référence unique et l'envoie à la partie assurant le contrôle et aux autres parties à la transaction (chargeur, destinataire, ports, transitaires, banques, assureurs, etc. - La partie assurant le contrôle assigne un Code individuel d'Identification (NPI) et l'envoie au chargeur. - Le chargeur assigne le connaissance au destinataire par un endossement électronique envoyé à la partie assurant le contrôle et validé par le NPI. - La partie assurant le contrôle assigne un NPI au destinataire et le lui transmet avec le numéro unique de connaissance. (Pour les transferts en chaîne, répéter les opérations 4 et 5) - Pour la livraison, le dernier destinataire peut envoyer électroniquement les instructions relatives à la livraison au transporteur, par l'intermédiaire de la partie assurant le contrôle, ou demander un connaissance sur papier, en s'identifiant dans les deux cas grâce à son NPI.

Face à l'échec de la tentative de dématérialisation, il fallait trouver une alternative pour s'adapter aux exigences des échanges électroniques qui encore une fois font naître des documents. Il s'agira alors de tenter une standardisation des documents circulant.

Paragraphe 2 : La standardisation des documents électroniques

Face à cette situation, des recommandations destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime furent proposés. Il s'agit notamment de la recommandation n° 12 intitulée « mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime » (document TRADE/WP.4/R.697) (annexe 2). Cette recommandation visait à modifier les pratiques officielles et commerciales pour réduire le plus possible l'utilisation des documents de transport négociables et encourager leur remplacement par des lettres de transport maritime ou d'autres documents de transport non négociables ; encourager l'utilisation de documents de transport originaux uniques ; encourager l'utilisation de documents de transport normalisés et avec verso en blanc. Les problèmes dus à l'arrivée tardive au lieu de destination des documents de transport seraient ainsi évités, et le passage du traitement des données sur papier à ce qui était alors

⁷⁶Le projet de connaissance EDI du BIMCO, Symposium "EDI et les transports, Pratiques actuelles et développements futurs, C.C.I., Paris, 18 juin 1991.

connu sous le nom de traitement automatique de l'information (TAI), à savoir l'échange électronique de données, pourrait être facilité⁷⁷.

39. Ainsi, ces recommandations ont conduit les États membres à adapter leurs législations aux nouvelles pratiques des transports maritimes. En effet, lors des échanges commerciaux, qu'ils soient nationaux ou internationaux, l'acheteur et le vendeur ont des devoirs réciproques. Le vendeur est tenu de livrer les marchandises et l'acheteur de les payer⁷⁸. Avec le commerce international, la situation géographique, les facteurs politiques, juridiques et économiques, ont institué une pratique commerciale structurée dont le processus de paiement est multiforme. Il peut par exemple être effectué sur un compte courant, sous la forme d'un encaissement documentaire ou au moyen d'un crédit documentaire régi par les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale. On parle alors de remise documentaire : dans cette optique, la remise «présumée» est considérée comme devant être effectuée par le vendeur qui remet à l'acheteur un «document de transport» émis par une tierce partie indépendante : le transporteur de la marchandise. Ce document, appelé connaissance par la pratique, a un statut juridique lui permettant de transmettre un droit de propriété sur les marchandises.

Nous l'avons souligné, la vente maritime et le transport maritime ont fait naître des documents. Ces activités notamment le transport de marchandises par conteneurs offre des possibilités de transport multimodal⁷⁹. Mais, le document de transport type pour le transport par voie maritime est le connaissance négociable. À cause de son caractère négociable, les droits étaient transmis lors du transfert matériel du document. La pratique puis la réglementation ont voulu qu'il soit émis en plusieurs exemplaires *originaux*, tous valables. Ce document permet par conséquent à la première personne présentant un des «originaux» de se faire livrer les marchandises au lieu de destination.

40. La négociabilité du connaissance a posé des problèmes à tel point que le groupe de travail⁸⁰ a recommandé qu'il soit abandonné au profit des connaissances uniques non négociables.

⁷⁷ Neuvième session, mars 1979 du groupe de travail CEFACT, Recommandation n° 12. Voir aussi la cinquième session, qui s'est tenue en mars 1999, lors de cette session le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le Commerce et les Transports a décidé de recommander, ECE/TRADE/240 page 3.

⁷⁸ ECE/TRADE/240, p. 4.

⁷⁹ Ce type de transport fait naître des documents : le *document de transport multimodal négociable*, élaboré sur la base du connaissance négociable, et également émis en plusieurs exemplaires *originaux*, tous également valables. Il est la conséquence logique sur le plan documentaire de l'avènement du transport maritime multimodal de chargements en conteneurs, précédé ou suivi d'un transport par voie terrestre, par voie fluviale ou par voie aérienne, et/ou accompagné d'un transport par «navire de collecte» vers un «porte-conteneurs» assurant la liaison entre des ports «régionaux» spécialisés. Il est à noter que, selon la Règle 2.6 des Règles CNUCED/CCI applicables aux documents de transport multimodal, l'expression *document de transport multimodal* désigne un document qui constitue la preuve d'un contrat de transport multimodal. Il peut être remplacé par des messages conçus pour être utilisés dans le cadre d'échanges de données informatisées dans la mesure où la loi applicable l'autorise. Le document peut être émis sous forme négociable, ou émis sous forme non négociable et désigner nommément un destinataire.

⁸⁰ La Recommandation, publiée sous la double cote TRADE/WP.4/INF.61 et TD/B/FAL/INF.61, a été adressée le 15 juin 1979 aux «participants au commerce international, y compris les armateurs, chargeurs, destinataires, banques, assureurs et autres parties intéressées au transport maritime de marchandises», ainsi qu'aux «gouvernements, organisations internationales intéressées et organismes nationaux de facilitation du commerce». ECE/TRADE/240 page

Mais cette proposition n'a pas été accueillie par les acteurs du commerce maritime. Dans certains secteurs commerciaux, on insiste sur l'utilisation du connaissance négociable, pour la vente des marchandises en cours de route. Sa dématérialisation ne fait que faciliter son transfert. En outre, son utilisation évite les transmissions tardives et les frais et risques supplémentaires possibles engendrés par l'envoi par la poste au port de destination, où il arrive souvent bien après les marchandises. Cette dernière situation peut devenir financièrement préoccupante pour les opérateurs commerciaux, compte tenu des débats qui ont lieu actuellement sur la dématérialisation du connaissance négociable. La remise des marchandises est retardée à cause de l'arrivée tardive des documents. Il faut se rappeler que même s'il est possible d'obtenir des lettres de garantie bancaire afin d'assurer la remise des marchandises sans avoir à présenter le connaissance, ces lettres de garantie sont onéreuses pour la partie commerciale, et elles affectent sérieusement les facilités de crédit qui pourraient être accordées par la banque.

41. Depuis l'élaboration de la version initiale de la Recommandation n° 12, la transmission automatisée de données a subi une révolution avec l'avènement des échanges de données informatisées. Déjà en 1979, quelques chargeurs disposaient de systèmes conçus de façon à utiliser les techniques de traitement automatique de l'information afin de réduire la circulation de documents sur papier. Grâce à la reproduction par ordinateur des documents virtuels, la production de documents de transport et de documents connexes est devenue facile et rapide. Alors, l'échange de données informatiques assure le transfert électronique d'un ordinateur à un autre, les contenues informationnels, issus des transactions commerciales ou administratives, au moyen d'une norme convenue permettant de structurer les transactions ou les données des messages. L'EDI est plus rapide, plus efficace et plus précis que les systèmes de documents sur papier.

La dématérialisation des documents est encadrée par les Règles des Nations Unies concernant l'échange de données informatisées pour l'administration, le commerce et le transport (EDIFACT-ONU). Ces règles ont été élaborées pour constituer la norme internationale conformément à laquelle les messages EDI sont structurés et transmis entre systèmes informatiques indépendants. Actuellement, quelque 160 messages ont été mis au point ou sont à divers stades d'élaboration. Parmi ceux-ci, plus de 40 portent sur la circulation des marchandises, cela va du message de type «document de transport» à ceux qui correspondent à la déclaration en douane de marchandises destinées à l'importation, à l'exportation ou en transit. Actuellement, on examine aussi la possibilité d'introduire dans certains messages sur «la circulation des marchandises» des données qui leur

5. Les points essentiels de la Recommandation étaient les suivants : en ce qui concerne les connaissances négociables, Décourager leur utilisation dans les cas où elle n'est pas nécessaire ; Limiter le nombre d'exemplaires originaux et de copies émises ; Encourager l'élaboration et l'utilisation d'un format documentaire normalisé (...).

conféreront un statut contractuel plus proche de celui des documents traditionnels sur papier qu'ils sont appelés à remplacer.

42. Cependant, l'objectif de la thèse est d'apporter une contribution consistant à résoudre le problème de l'EDI et de l'EDIFACT. Dans le cadre de la dématérialisation, un message électronique peut posséder le caractère juridique de «négociabilité» actuellement associé à la possession matérielle d'un document sur papier. Par conséquent, nous ne pensons pas que toute initiative visant à utiliser des documents dont la fonction de négociabilité aura été éliminée, facilitera le passage de l'échange de données sur papier à l'EDI. Cette objection montre à quel point il importe de surmonter l'inertie commerciale et l'attachement aux documents papiers. Ce qu'il faut retenir c'est que, dans certains types de transactions, surtout quand les marchandises font l'objet d'un échange au cours du transit, il peut être difficile sur le plan commercial de se passer de la notion de négociabilité.

SECTION 5 : Typologie des documents utilisés par les agents maritimes et les transitaires dans le cadre des opérations du commerce international

La présente typologie concerne les documents du commerce maritime attestant le contrat de vente ou portant engagement de transporter des marchandises, ainsi qu'aux documents administratifs et sociaux des Gens de mer et des documents de bord. Certains de ces documents sont potentiellement dématérialisable. Or, la dématérialisation a pour objectif de remplacer les documents du commerce international et plus particulièrement ceux du transport maritime sur papier par un «message électronique équivalent. La tâche n'est certes pas facile mais les conditions sont réunies pour y parvenir. Il s'agira dans cette section de dresser une liste exhaustive des différents documents émis dans une opération commerciale de vente suivie d'un transport maritime. Nous verrons les documents commerciaux et les documents de transport (**paragraphe 1**), mais aussi les documents portuaires et douaniers, les chartes party et les documents de bord (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : les documents commerciaux et les documents de transport

Le document joue un rôle important dans tous les domaines du droit. Il y remplit des fonctions infiniment diverses, qui vont, graduellement, de la constatation jusqu'à la représentation. Ce paragraphe se propose, en premier lieu, de faire une typologie des documents afin d'étudier l'objet et

l'effet de leur fonction. Les situations juridiques, c'est-à-dire les faits et les actes emportant des effets de droit, en sont l'apanage. Le document qui les constate remplit alors un rôle de preuve, mais aussi - quand cela s'impose - un rôle de publicité, rendant de la sorte opposable aux tiers les droits issus de la situation juridique constatée. Il permet ainsi d'assurer l'efficacité de cette situation : parce que le document est établi régulièrement, le fait ou l'acte constaté accède à la sphère juridique et y produit ses effets⁸¹. Outre une fonction élémentaire de constatation, le document peut aussi remplir une fonction élaborée de représentation : représentation de droits, mais aussi de biens corporels. L'étude s'emploie, en second lieu, à identifier les conditions précises qu'elle requiert. Nettement plus controversée que la précédente, cette fonction insuffle au document la vertu de « rendre présent » ce qui ne l'est pas, ou pas pleinement : les droits, dénués de matérialité, et les biens corporels immobilisés⁸². Le document facilite ainsi la réalisation d'opérations juridiques sur ces éléments. S'agissant des droits, la représentation ainsi réalisée confine, dans certains cas, à l'incorporation. La possession du document confère alors la titularité du droit lui-même dont, corrélativement, il modifie la nature juridique et emprunte la valeur⁸³.

Il s'agit des documents échangés entre les acteurs du commerce maritime soit pour réserver un espace de chargement dans un navire ou pour connaître la cotation. Ce sont les documents commerciaux (1), les documents de transport (2) et la charte party (3).

1. Les documents de liaison entre les opérateurs du commerce maritime

L'utilisation de certains de ces documents peu se limiter à l'intérieur de l'entreprise. D'autres par contre peuvent servir comme document de liaison principalement entre l'agent maritime et le chargeur, le transporteur, le destinataire des marchandises et les autres acteurs de la chaîne logistique.

Le Schedule	Il s'agit d'un document d'information client établit pour le service commercial de l'agence maritime. Les données de base lui sont fournies par l'armateur. Y figurent les différentes dates d'arrivée (ETA – Estimated Time of Arrival) et de départ (ETD – Estimated Time of Departure) du bateau par voyage et par port d'escale.	Il n'existe pas d'obstacles à la dématérialisation de ce document
--------------------	--	---

⁸¹ AUDIC Olivia, *les fonctions du document en droit privé*, LGDJ, institut André Tunc, EJA, 2004, 505 p.

⁸² AUDIC Olivia, *ibid.*

⁸³ AUDIC Olivia, *ibid.*

La demande de cotation	Elle est établie par le chargeur et transmise à l'agent maritime (représentant de l'armateur pour établissement d'un devis de transport). Elle donne une description détaillée de la marchandise ; du type d'emballage ; le type de transport choisi et la destination finale.	Ce document peut être dématérialisé sans souci
La cotation	Ce document est établi par l'agent maritime pour le compte du chargeur. Il détermine les conditions de facturation de la marchandise pour le voyage.	Ce document peut être dématérialisé
La maquette	C'est un formulaire standard fourni par l'agent maritime au chargeur. Il aide à faire la description de la marchandise. Le formulaire rempli sert de document de base pour l'établissement du draft.	Ce document est dématérialisé à travers le système connecté de la compagnie auquel le chargeur peut avoir accès
Le draft	Le draft est un brouillon de connaissance. Il est établi par le service documentation export de l'agent maritime. Après émission, il est ensuite soumis à la procédure interne de validation (généralement par le shipping Manager). A la suite de cette validation, il sert de source pour l'établissement des différents modèles de connaissances.	
Le booking	Ce document est établi par la section BOOKING de l'agence maritime. Il formalise la réservation d'un espace de chargement sur un navire à la demande du chargeur. Son but est de faciliter le contrôle du volume de chargement à embarquer sur le navire.	Les compagnies maritimes à travers leur site internet permettent aux chargeurs de réserver un espace de chargement. (CMA.CGM)
L'avis d'arrivée	C'est un document émis par le service « Documentation Import » de l'agence maritime. Il est adressé au destinataire de marchandise, porteur du connaissance ou « NOTIFY PARTY ». On y trouve des renseignements sur la date probable ou effective d'arrivée de la marchandise, la date et le lieu de livraison prévus.	Il peut être remplacé par un message de données. Ou être transmis par courrier électronique
La facture pro forma	Ce document est émis par le service « Facturation » de l'agence maritime. Il indique le montant du fret (à l'export) de la marchandise ou le coût estimatif d'une prestation liée à l'exportation.	
La facture	C'est un document comptable reprenant les montants des différentes prestations (fret, surestaries, location, modifications, remise	

	documentaire) dont le propriétaire de la marchandise doit s'acquitter
	avant de se faire établir un bon de livraison (en anglais DELIVERY ORDER).
Delivery order (Bon de livraison)	Le bon de livraison est délivré au client à la suite du règlement de toutes les prestations dues à l'agence maritime. Ce document autorise l'acconier à livrer la marchandise du client après le règlement des factures de manutention.

2. Les documents usuels utilisés en transport maritime

Ces documents, sont les plus importants car ils déterminent le mouvement de la marchandise. Ils servent de support de preuve, de gestion et de contrôle de l'exécution d'un transport de marchandises par un navire donné. Ils sont émis par l'agent maritime à l'issue d'une longue chaîne administrative qui fait intervenir divers prestataires.

Documents	Fonction	État de la dématérialisation
Le Manifeste	Document de transport maritime ou aérien qui récapitule l'ensemble des marchandises chargées dans un port ou aéroport à destination d'un autre port ou aéroport.	Le manifeste électronique est opérationnel à travers le guichet unique électronique
Le Connaissance : Un document spécifique au transport de ligne régulière	« Bill of lading ». Titre représentatif de la marchandise lors d'un transport maritime, tenant lieu de reçu de ce que l'armement charge à bord du navire. Titre négociable, le connaissance est établi par le représentant de l'armateur et il permet au destinataire de réclamer la marchandise auprès de l'armateur. Le <i>connaissance « à bord »</i> est émis lorsque la marchandise a été chargée à bord du navire cité. Le transporteur, l'agent du transporteur, le capitaine du navire, l'agent du capitaine sont les quatre parties normalement autorisées à apporter cette annotation.	La dématérialisation du connaissance non négociable n'est pas encore effective. Et la dématérialisation du connaissance négociable est en cours d'étude par le groupe de travail de la CNUDCI. C'est la fonction de titre représentatif qui pose problème à la dématérialisation
La Lettre de	La Lettre de Transport Maritime (LTM) est un document utilisé en	

Transport Maritime (LTM)	<p>matière de transport maritime. Elle est délivrée par le chargeur à chaque propriétaire de marchandise lors d'un envoi de groupage. Ce document a été mis au point pour permettre au chargeur d'en communiquer les éléments au destinataire par télématique dès le chargement de la marchandise afin que ce dernier puisse immédiatement prendre toutes les dispositions nécessaires pour en effectuer le dédouanement et la réception.</p> <p>Contrairement au connaissement la LTM n'est pas un titre de détention de la marchandise, c'est seulement un reçu et un contrat de transport. Comme telle, elle se compare de préférence à la lettre de voiture internationale (CMR) et à la lettre de transport aérien (LTA) : elle n'est, en effet, pas négociable.</p> <p>La présentation de la LTM n'est pas nécessaire au destinataire pour retirer la marchandise.</p> <p>La dématérialisation de la LTM ne pose aucun problème technique ni juridique</p> <p>C'est un document qui est dématérialisé.</p>
Le connaissement émis par le NVOCC	<p>En pratique, le NVOCC délivre à ses clients un connaissement à son nom, document appelé «House Bill of Lading» qui présente la particularité de comporter un en-tête indiquant sa dénomination sociale et toutes ses coordonnées. Il remet ce connaissement au chargeur et reçoit de son sous-traitant (le transporteur maritime réel) un connaissement sensiblement identique souvent dénommé « Master Bill of Lading » (connaissement principal). Pour le transporteur maritime, le NVOCC est donc le chargeur alors que pour les ayants droit de la marchandise, le NVOCC est le transporteur. Le House Bill of Lading » est signé par le NVOCC et le « Master Bill of Lading » par le Transporteur Maritime. Cette coexistence de deux titres de transport, entre le NVOCC et son client et entre le NVOCC et le transporteur réel, pose problème. Le NVOCC apparaît juridiquement comme le transporteur maritime. Les destinataires agiront donc en responsabilité contre lui. Le NVOCC, après avoir assumé ses responsabilités de transporteur à l'égard de ses clients, peut ensuite se retourner contre le transporteur maritime réel sur la base du « Master Bill of Lading ». Mais s'agissant d'un régime de responsabilité purement contractuel, ces documents ne font pas toujours référence aux conventions internationales et ne contiennent pas les mêmes conditions et clauses de transport. Il arrive aussi que ces documents soient signés « as agent for the carrier » et non « as carrier ». Cette mention a pour but de tenter de transférer les risques et les</p>

	responsabilités au transporteur réel.
	C'est un document potentiellement dématérialisable.

3. La charte partie un document spécifique

En transport maritime, un affrètement est un contrat de location d'un navire. Les chargeurs ayant besoin de transporter des biens ne possèdent quasiment jamais de navire en leur nom propre et font donc appel à des compagnies de transport maritime. Ces opérateurs mettent à la disposition du chargeur un navire en état de navigabilité, moyennant une rémunération appelée fret. La charte-partie concerne principalement le tramping⁸⁴, et le connaissement est affecté à la ligne régulière. La loi française de 1966 définit le contrat d'affrètement comme étant celui par lequel un frèteur s'engage à mettre un navire à la disposition d'un affréteur, moyennant rémunération. Le terme « charte-partie » provient de l'expression latine *per medium charta incidebatur, et sic fiebat partita*. La charte était coupée par le milieu et était ainsi partagée⁸⁵. En effet, dans le passé, chacun des deux exemplaires du contrat était rédigé sur la moitié d'un support unique coupé en deux. Chaque moitié était ensuite remise à l'une des deux parties contractantes. Pour vérifier l'authenticité des exemplaires, il suffisait de vérifier qu'ils s'assemblaient parfaitement.

Dans les pays de tradition civiliste, le droit maritime moderne distingue le contrat d'affrètement (ou *charter*, terme emprunté à l'anglais) du contrat de transport. Le premier se dit lorsqu'un navire ou une partie du navire est mis à la disposition de quelqu'un (appelé l'*affréteur*) ; l'écrit qui le constate s'appelle la *charte-partie*. La *charte-partie* est donc l'instrument du contrat d'affrètement. Elle stipule les obligations des parties et leur tient lieu de loi. « Lorsqu'il est écrit, le contrat est constaté par une charte partie qui énonce, outre le nom des parties, leurs engagements et les éléments d'individualisation du navire. » Le second sert à définir les rapports entre l'expéditeur et le transporteur de marchandises ; on nomme *connaissement* l'écrit qui le constate. En common law, l'anglais emploie les mêmes mots "charter-party" et "charter" pour désigner à la fois l'affrètement d'un navire et l'écrit qui le constate, tandis que son contraire, "bill of lading", à l'instar du *connaissement* du droit civil, ne désigne que l'écrit. Il arrive qu'un *connaissement* soit joint à un contrat d'affrètement. On parle alors d'un *connaissement émis en vertu d'une charte-partie* ou, plus brièvement, d'un *connaissement de charte-partie*. Le terme *contrat de charte-partie* forme un léger pléonasme ; on le trouve dans la documentation.

⁸⁴ Service de transport maritime à la demande, c'est-à-dire que le navire est affrété au voyage ou à temps. Ce type de service concerne le transport du pétrole, des minerais de fer, du charbon et des céréales. Il s'oppose à la ligne régulière.

⁸⁵ A. de MILTITZ, *Manuel des consuls*, Londres & Berlin, Asher 1837, tome 1, p. 266.

Le navire affrété peut connaître une gestion nautique et une gestion commerciale : la compagnie chargée de la gestion nautique doit donc assurer l'armement du navire. Elle doit notamment pourvoir à son équipement adéquat en moyen de propulsion, moyens de sécurité, de communications, équipage et assurance. Pour ce qui est de la gestion commerciale la compagnie est chargée de conclure des contrats de transport, elle prend en charge les coûts nécessaires à l'exploitation commerciale du navire (carburant, frais portuaires, éventuellement opérations de manutention).

Tout comme la dématérialisation, le concept de l'affrètement est en constante mutation. Les opérateurs continuent d'avoir recours aux chartes parties⁸⁶ à temps⁸⁷ et/ou au voyage⁸⁸ et même coque nue⁸⁹ pour répondre aux besoins en transport de marchandises. Mais l'imagination de la pratique est désormais sans limites en la matière : à titre d'exemple, on observe que les formes traditionnellement connues vont parfois faire l'objet d'aménagements. Il en résulte notamment des contrats d'affrètement à temps pour un voyage et d'affrètement au voyage pour une période de temps déterminée que l'on observe particulièrement dans le transport de marchandise en vrac⁹⁰. Pour sa part, la charte coque nue n'a désormais d'intérêt véritable en termes d'analyse juridique que dans les opérations de financement d'achat de nouvelles unités. A côté de ces formes dites classiques, on assiste à l'émergence des techniques nouvelles : contrats d'affrètement d'espaces, contrat de tonnage, ou de volume, contrats de services, contrat de fret. De sorte qu'il est devenu désuet et quelque peu incorrect de soutenir qu'il n'existe que trois formes d'affrètement.

Dès lors, il est important pour les juristes de faire preuve d'originalité : aussi bien sur l'approche de la qualification juridique de chacune des figures contractuelles, que sur les aspects d'identification de la qualité des parties. Ils soulèvent également les difficultés quant à la détermination du régime de responsabilité qu'il convient d'appliquer entre les parties d'une part, et à l'égard des tiers d'autre part. Doit-on appliquer un régime autonome ou hybride face à la

⁸⁶ Le frèteur met à disposition de l'affrêteur un navire armé (équipage, carburant) pour un temps donné contre une rémunération : le fret. Le frèteur garde la gestion nautique tandis que l'affrêteur conserve la gestion commerciale.

⁸⁷ Pour aller plus loin : *De l'importance des catégories juridiques : la nature juridique du « trip charter »* par DELEBECQUE PH., Gazette de la Chambre n° 45, 2018.

⁸⁸ L'affrètement au voyage consiste à louer les services du navire pour le transport d'une marchandise.

⁸⁹ L'affrètement coque nue (*bare boat* en anglais) est un contrat au travers duquel un frèteur (généralement le propriétaire du navire) met à la disposition de l'affrêteur (généralement un opérateur) un navire "nu" (la coque) pour que ce dernier puisse l'exploiter commercialement. La "coque nue" est généralement équipée de moteurs (bien qu'un affrètement coque nue puisse consister en la location d'une coque vide). Le contrat est conclu pour une durée déterminée, et le taux de fret (le prix auquel est affrété le navire) est basé sur la durée (généralement payable à la quinzaine ou au mois). Les affrètements coque nue sont en réalité des affrètements à temps (cf. infra) conclus pour des durées pouvant aller jusqu'à 20 ans ou plus. L'avantage de l'affrêteur est d'obtenir un navire qu'il peut exploiter commercialement, sans en être propriétaire et éviter ainsi d'avoir à sortir une trésorerie très importante pour l'achat du navire, de même que d'éviter d'assumer les risques liés à la propriété du navire.

⁹⁰ AZÉBAZÉ Serge Directeur adjoint Groupe EYSSAUTIER Membre institutionnel de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris Communication lors de la journée Ripert le 27 juin 2011 à Paris.

démultiplication des contrats⁹¹ ? C'est tout l'intérêt que suscite le thème du contrat d'affrètement maritime, dans ses évolutions et ses perspectives. L'imagination des praticiens ne manque pas d'originalité : des formes nouvelles sont apparues avec leur contingent d'interrogations sur le quel les juristes doivent désormais se pencher en y apportant des réponses imprégnées d'originalité et qui cadrent avec l'évolution même du contrat d'affrètement.

Une distinction s'opère entre les affrètements qui seront le seul apanage des armateurs de lignes régulières. Ce sont les affrètements dits fermés et les affrètements ouverts à tout opérateur.

- Exemple de formes d'affrètements fermés : Le vessel sharing agreement, le slot charter agreement, le swap agreement, le tonnage pool agreement.

- Les affrètements dits « ouverts » à tout opérateur : certains affrètements peuvent être conclus en dehors de tout protocole préalable. Cette forme n'est pas nécessairement conclue entre deux armateurs de lignes régulières. Ces formes seront qualifiées d'affrètements ouverts. Exemple : les affrètements de slots « Slot charter party » dans le cadre d'un consortium ou d'activité d'un N.V.O.C.C.

Par ailleurs, plusieurs figures contractuelles se rapprochent de l'affrètement de manière à créer la confusion même dans l'esprit du juriste. Où se situe la frontière qui permet de distinguer rigoureusement le contrat d'affrètement et les contrats voisins : contrat de services, contrat de tonnage, contrat de volume ? Face aux évolutions récentes des figures contractuelles dans le transport maritime de ligne et de vrac, le Professeur Philippe DELEBECQUE notamment a pu écrire qu'il est « *inexact de dire que le droit français ne connaît que trois types d'affrètement* »⁹². Il ajoute à juste titre que « *ce serait, entre autres approximations, occulter la pratique de l'affrètement d'espaces, de ces contrats entre armateurs dont on connaît ou encore celle des successions de voyages* »⁹³. S'agissant du contrat d'affrètement d'espaces, le Professeur Yves TASSEL propose une dissection en deux ou trois contrats qui coexistent dans une organisation des choses qui est fondamentalement économique⁹⁴. Toutes ces remarques appellent le juriste à faire preuve de vigilance et d'originalité dans l'approche des concepts.

Dans les nouvelles figures contractuelles d'affrètement, le régime des obligations des parties est particulièrement marqué par la réciprocité des engagements. Cette réciprocité des obligations et de situations juridiques révèle bien ici le caractère absolu de la liberté contractuelle qui gouverne la matière de l'affrètement. Les accords d'échanges croisés d'espaces de navires procurent certes des

⁹¹ Ibidem.

⁹² DELEBECQUE Philippe, *Contrats de « services » : quelle qualification ?*, Gazette de la Chambre (Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris), n°4, p.2.

⁹³ Exemple du code maritime nordique, article 253, al.2

⁹⁴ TASSEL Yves, *le contrat d'affrètement d'espaces*, communication Journée Ripert de l'AFDM, 28 juin 2004, DMF 2005, n°655. « *Le premier contrat est le contrat de transport ou de commission de transport ; le deuxième contrat est le contrat proprement dit d'affrètement d'espaces ; le troisième contrat est l'accord plus large qui relève de la catégorie de l'échange croisé d'espaces, que l'on nomme vessel sharing agreement (VSA)* »

*avantages énormes aux tiers quant à la fréquence des dessertes et à la qualité de l'offre de service. Mais, en ce qui concerne la sécurité des transactions, on peut déplorer l'ignorance et la méconnaissance par les tiers de la multiplicité des contrats qui peuvent parfois venir se juxtaposer à l'accord de base. Cette situation est en effet source de nombreuses difficultés d'identification de la qualité et des responsabilités de chaque intervenant*⁹⁵.

La pratique fait observer, en effet, des situations complexes : C'est notamment le cas lorsque, le chargeur dont la marchandise est endommagée, dirige son action en réclamation contre le transporteur réel, apporteur d'espaces au VSA (*Vessel Sharing Agreement*) qui n'est pourtant pas l'émetteur du connaissement. Ce transporteur de fait cherchera toujours à se prévaloir des clauses de la charte partie, protectrices de ses intérêts, pour faire obstacle à l'action des intérêts cargaison fondée sur le connaissement. Il est difficile voire impossible d'envisager une révision des mécanismes contractuels, de nature à admettre, l'action directe du chargeur ou du réceptionnaire, tiers à l'accord de partage d'espaces, contre le transporteur de fait, retenu comme véritable responsable des dommages causés à sa cargaison. La solution est donnée par la jurisprudence étatique en matière d'affrètement classique. La cour de cassation décide que le propriétaire du navire est le transporteur (Cass. Com. 21 juill.1987, « Vomar », DMF 1987, 573). Et ceci permet au tiers porteur qui n'a pas toujours connaissance de la charte et de ses dispositions d'avoir un interlocuteur et de préserver son recours.

On évite ainsi des successions interminables d'appels en garantie et d'actions récursoires dans lesquelles vont se perdre certains gestionnaires sinistres dont les actions seraient au passage anéanties par les effets de la prescription⁹⁶. Pour le moment, on observe avec satisfaction que la jurisprudence de la Chambre arbitrale maritime de Paris adopte une analyse très pragmatique dans le cas de « *bloc contractuel* »⁹⁷ que constituent la charte-partie et le connaissement. Pour François ARRADON, « *le collège arbitral doit, tout spécialement en ce domaine difficile, s'attacher à la réalité des relations commerciales. Il doit, garder son pouvoir de libre appréciation et dire en fonction des circonstances précises du voyage, des usages commerciaux internationaux, de la personnalité des contractants (à la charte-partie et au connaissement), et bien sûr avant tout de la rédaction des connaissements, comment les termes et références qu'ils contiennent doivent être interprétés* »⁹⁸.

⁹⁵ AZÉBAZÉ Serge, *op-cit*.

⁹⁶ Pour ce qui est de la prescription en France voir la loi du 17 juin 2008.

⁹⁷ Selon l'expression empruntée au Professeur Philippe DELEBECQUE par François ARRADON : *Charte-partie et connaissement*, Éditorial de la CAMP, Gaz. Ch. Automne 2003, n°2, p.p. 1/9.

⁹⁸ ARRADON François, *ibid*.

De ce point de vue, c'est la solution française édictée par l'arrêt « Vomar » qui est retenue par la communauté maritime internationale⁹⁹ : en effet, les Règles de Rotterdam prévoient que si les termes du contrat ne permettent pas d'identifier le transporteur conformément aux exigences de la convention internationale (art. 37.2), mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné : le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur (art. 36.2). Il s'agit d'une présomption simple qui peut être renversée par des éléments de fait.

i. Exemples de charte-partie

INTERTANKVOY 76	modèle de charte-partie au voyage spécifiquement adapté aux hydrocarbures
General Time CP	charte-partie généraliste à temps
GENCON CP draft	charte-partie au voyage. Généraliste et l'une des plus utilisées par les professionnels. Néanmoins favorable aux fréteurs puisque émanation de la BIMCO.
BALTIME	charte-partie à temps. Généraliste et une des plus utilisées. La charte-partie BALTIME ³⁹ est traditionnellement celle de l'affrètement à temps (BOXTIME pour les conteneurs).
SYNACOMEX 90	charte-partie au voyage adaptée aux affrètements de céréaliers
La charte-partie Marine Nationale N°1	contrat administratif pour l'affrètement des navires de la Marine Marchande par la Marine Nationale
NYPE 93 New York Produce Exchange	marchandises solides, vrac, paquebots
ASBATIME	Vrac sec/grain
SUPPLYTIME	Pour les navires offshor
LINERTIME 68	Ligne régulières pour des trafics océaniques
AFRICANPHOS 1950	pour les phosphates africains rédigés en français
Baltimore Form C Grain 1913	céréales au départ du Nord des USA

⁹⁹ Intervention de M. Philippe DELEBECQUE, réunion débat sur « l'identification du transporteur » le 18 novembre 2010, Gaz. Ch. N°24 – Hiver 2010/2011, pp. 2/11.

ii. Variantes du contrat d'affrètement

Ces formes de contrat d'affrètement ne figurent pas dans la loi de 1966, mais se pratiquent dans la réalité

Affrètement en voyages consécutifs ou trip charter

C'est un contrat qui prévoit une succession de voyages les uns derrière les autres.

Affrètement en travers, en bloc au forfait ou lumpsum charter

C'est un contrat qui en échange d'un fret global, met à la disposition de l'affréteur, un ou des navires, dont un certain port en lourd utile et un volume correspondant sont garantis par contrat. L'affréteur charge au poids ou au volume et est taxé suivant le forfait. Lors de la remise de la Notice of Readiness le Capitaine donnera le port en lourd disponible ainsi que le volume par cale.

Contrat de tonnage ou contrat de volume

Utilisé pour de grandes quantités en plusieurs voyages. C'est un accord entre 2 intervenants pour la remise de tout ou partie des expéditions durant un temps et sur un déplacement déterminés. On peut le retrouver sous forme de contrat de transport ou d'affrètement. Le contrat oblige l'affréteur à fournir une quantité déterminée de marchandises définies et l'armateur à transporter dans un temps donné. Concrètement ce contrat s'apparente, pour l'armateur, à une succession d'affrètements au voyage, généralement non consécutifs, pour lesquels il garde toujours le choix du ou des navires à nommer, afin d'enlever les diverses cargaisons. Le contrat peut être à court, moyen ou long termes (5 ans), il contient alors une clause d'indexation de fret estimé en fonction de l'évolution de certains paramètres.

Paragraphe 2 : les documents portuaires, les documents douaniers et les documents de bord.

Le transport maritime débute dans un port et prend fin dans un port. De ce point de vue, les agents maritimes et les transitaires sont en contact avec les autorités portuaires et les autorités douanières. Ils échangent des documents dans le cadre des opérations portuaires (1) mais aussi dans le cadre des opérations douanières (2). Le bord aussi dispose des documents obligatoires pour la navigation (3).

1. Les documents au service des opérations portuaires

Il s'agit d'un ensemble de documents et autorisations établies par l'agent maritime, et dont le but est de déclencher ou d'accompagner la réalisation de certaines opérations sur le terrain.

Tous ces documents sont dématérialisés à travers le guichet unique portuaire

La demande de pilote	C'est un document adressé au Commandant du port. Ce dernier valide la demande et désigne un pilote pour le guidage du bateau à travers le chenal d'accès au port.
La demande de shifting navire	Cette demande est adressée à l'autorité portuaire pour un mouvement d'un poste à quai à un autre en vue d'effectuer des opérations de manutention.
Le laisser passer de marin	Le laisser passer est établi par le service des opérations de l'agence maritime et visé au commissariat spécial du port. Il permet la libre circulation des marins sur le territoire national durant l'escale.
La demande d'escale	C'est une demande adressée à l'autorité portuaire pour solliciter le contrôle d'un navire à la fin des opérations de manutention.
La clearance	C'est une déclaration remplie par le service des opérations et visé par la douane. Elle libère après contrôle le bateau et l'autorise à quitter le quai et le port.

2. Les documents douaniers

Ce sont des documents établis par des prestataires au service de la marchandise. Ce sont : l'autorité portuaire, la douane, les services sanitaires, phytosanitaires et de l'environnement, l'acconier, le chargeur ou le client.

Ces documents sont dématérialisés à travers le système informatique interconnecté de la douane. (GUCE au Cameroun et GAINDE AU Sénégal)

Les documents de la douane	<p>La douane Camerounaise délivre diverses attestations de vérification et autorisations liées à l'importation ou à l'exportation des marchandises :</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ La déclaration en douane ○ La demande d'escorte (lors de l'acheminement des marchandises le long d'un corridor de transit ou sous certains régimes suspensifs) ○ La demande d'arraisonnement (du bateau) ○ L'autorisation d'embarquement (des marchandises sur le bateau à l'export) ○ L'autorisation de débarquement (des marchandises du bateau à l'import)
La demande de débarquement	Cette demande est adressée au service de traitement des manifestes imports de la douane pour solliciter le débarquement des marchandises du bateau.
La demande d'embarquement	A l'inverse de la demande de débarquement, la demande d'embarquement est adressée au service de traitement du manifeste export

	de la douane. Le but étant d'obtenir une autorisation d'embarquer la marchandise.
La demande de shifting conteneur	C'est un document adressé à la brigade maritime de la douane pour les opérations de manutention d'un conteneur dans le bateau.
La demande d'écór	Elle est adressée à la douane (Brigade d'écór) pour solliciter le pointage des marchandises sur le bateau.
Acquit-à-caution de transit (Transit bond-note)	Document de douane national qui permet de transporter des marchandises en transit douanier sans acquittement préalable des droits et taxes à l'importation, contenant généralement tous les éléments nécessaires à la liquidation éventuelle des droits et taxes à l'importation et l'engagement assorti d'une garantie de représenter les marchandises au bureau de destination sous scelllements douaniers intacts.
CARNET ATA (ATA carnet)	Document douanier international qui, émis dans le cadre de la Convention ATA et de la Convention d'Istanbul, comporte une garantie valable à l'échelon international et peut être utilisé, en lieu et place des documents douaniers nationaux et en garantie des droits et taxes à l'importation, pour couvrir l'admission temporaire de marchandises ainsi que le transit de ces marchandises. Il peut être accepté pour le contrôle de l'exportation temporaire et de la réimportation des marchandises ; mais dans ce cas la garantie internationale ne joue pas.
DAA ou Document d'Accompagnement Administratif	Titre de mouvement communautaire obligatoire pour la circulation des produits en suspension de droits d'accises entre 2 entrepositaires agréés.
DAE ou Document Administratif Électronique	La mise en place de la procédure GAMMA est fondée sur la dématérialisation du document d'accompagnement administratif (DAA) qui est devenu le Document Administratif Électronique (DAE). AKANEA propose un service sécurisé et certifié par l'Administration des Douanes pour la gestion des déclarations en douane, Akanea DOUANE GAMMA .
DSA ou Document Simplifié d'Accompagnement	Titre de mouvement communautaire pour les produits ayant déjà supportés les droits d'accises. Le DSA est intégré dans la procédure GAMMA et peut être dématérialisé.
T2L et T2LF	Document sous couvert duquel s'effectuent les échanges de marchandises communautaires avec une partie du territoire douanier communautaire à statut fiscal particulier (ex. DOM), lorsqu'il y a lieu de prouver le caractère communautaire des marchandises.
T5	Document d'accompagnement permettant d'attester la sortie du territoire douanier de la Communauté de produits de la PAC (Politique Agricole Commune), lorsque le bureau de sortie est différent du bureau de dédouanement.

Les documents sanitaires, phytosanitaires et de l'environnement	<p>Ce sont des attestations de contrôle ou des certificats d'inspection. Ils précèdent généralement la procédure de déclaration en douane des marchandises</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Certificat phytosanitaire (délivré par le service phytosanitaire représentant le ministère de l'agriculture et en charge du contrôle des produits alimentaires) ○ Certificat de qualité (délivré par le service sanitaire représentant le ministère de la santé et en charge du contrôle des médicaments). ○ Certificat de qualité (délivré par le service de l'environnement représentant le ministère de l'environnement et en charge du contrôle de divers produits chimiques, toxiques et dangereux pour l'homme ou son environnement).
Certificat de poids	c'est un document qui atteste le poids exact des marchandises expédiées. Il est délivré par un organisme officiel.
Certificat d'origine	C'est un document émis et signé par la chambre de commerce, visé par la douane ou encore par un organisme officiel. Il atteste de l'origine des marchandises.
Note de poids et liste de colisage (packing list)	Ces documents ont pour but de fournir des indications relatives au poids, au conditionnement, au contenu de chaque colis en complément de celles portées sur la facture.
Certificat d'analyse	Il est émis par un laboratoire agréé ou un expert. IL donne la composition des produits analysés (minerais, produits chimiques, pharmaceutiques etc....).
Certificat de circulation DDI	Document établi par l'exportateur pour des produits qui relèvent du marché commun(C.E.E). Il est utilisé pour le bénéfice des réductions de droits de douane.

3. Les documents de bord

Lorsque l'on navigue il y a des documents nautiques indispensables (et obligatoire) à avoir à bord. Ces documents peuvent être rassemblés dans un seul ouvrage ou séparé de manière distincte. En France, par exemple c'est le SHOM (Service Hydrographique et Océanographique de la Marine) qui définit, élabore, tient à jour et diffuse la documentation nautique générale des espaces maritimes français en métropole et en outre-mer ainsi que sur les zones de l'ancienne union française. Ils centralisent, exploitent et diffusent, dans les meilleurs délais, les informations concernant la sécurité en navigation, pour tous les usagers de la mer. Les documents de bord du bateau sont les documents

qui doivent être laissés à bord du bâtiment¹⁰⁰ et sont notamment : Les documents permettant d'identifier le bâtiment si nécessaire le certificat d'immatriculation l'extrait d'inscription des droits réels le carnet de jaugeage pour les bateaux de commerce. On note entre autre, les documents des gens de mer (a) qui posent souvent problème pour leur dématérialisation (b)

Intitulé du document	Possibilité de dématérialisation
Le titre de navigation	Certificat de bateau, certificat communautaire, carte de circulation ou autres documents en tenant lieu
Le carnet des huiles usées	atteste que les déchets pétroliers ont été déposés dans des installations agréées
Un exemplaire du règlement général de police <ul style="list-style-type: none"> - Demande d'attribution d'un poste à quai - Admission dans le port <ul style="list-style-type: none"> ▪ Une déclaration d'entrée comportant : <ul style="list-style-type: none"> L'identification du navire Date et heure probable d'arrivée Nombre total de personne à bord Les caractéristiques physiques du navire Les avaries du navire L'état récapitulatif des titres de sécurité Le formulaire de l'OMI FAL n° 1 	Les armateurs, courtiers, consignataires doivent adresser à la capitainerie du port, par écrit ou par voie électronique, selon le modèle en usage dans le port, une demande d'attribution de poste à quai comportant les renseignements nécessaires à l'organisation de l'escale.

Carte marine	Elle doit couvrir l'intégralité des zones naviguées, doit être en version papier (et protégées) ou bien en version électronique sur un support adapté. Elle doit être régulièrement mises à jour.
RIPAM (Règlement International pour Prévenir les Abordages en Mer) ou un résumé avec texte et images	Il peut éventuellement prendre la forme de plaquettes autocollantes ou être téléchargé sur support électronique.
Mémo du balisage de la zone fréquentée	soit en format électronique soit sous format autocollant
Livre des feux	Au format papier ou disponible numériquement sur un support adapté

¹⁰⁰ Article R 4241-33 du code des transports à compter du 01/09/2014.

Journal de bord	Avec les éléments de navigation et de sécurité importants. Au format papier mais peut être disponible sous format numérique.
Annuaire des marées	Officiel en format papier ou numérique ou un document élaboré à partir de ce dernier. Il n'est pas obligatoire en Méditerranée.
Le rôle d'équipage	<p>Tout navire ou autre engin flottant dont l'équipage est constitué de marins professionnels doit être titulaire d'un rôle d'équipage délivré par l'autorité administrative. Le rôle d'équipage est l'acte authentique de constitution de l'armement administratif du navire. Il permet de certifier toutes les personnes qui se trouvent à bord.</p> <p>Il est disponible sous format papier mais peut être dématérialisé.</p>
Permis de circulation	Tout navire ou autre engin flottant dont l'équipage n'est pas constitué exclusivement de personnel professionnel exerçant la profession de marin doit être titulaire d'un permis de circulation.
LE TIME SHEET	Il est évident que pour faire tous ces décomptes il faut un relevé précis et contradictoire, établi par le bord et les pointeurs de terre et signé conjointement. Ce relevé ou time-sheet (horaire de manutention) servira au calcul des staries, surestaries, etc. Ce document contient les indications utiles telles que les heures d'accostage, de notice déposée, de début des opérations, des temps d'arrêt et des raisons de ces arrêts, des quantités chargées ou déchargées.
LE STATEMENT OF FACT	Établi de manière contradictoire c'est le « rapport de voyage commercial » qui regroupe l'ensemble des documents du voyage en question, et permet d'établir le compte de voyage et de servir de base au règlement comptable entre affréteur et fréteur, voire au règlement des litiges.

a) Les documents des gens de mer

Le passeport, la certification STCW-2010 et le livret maritime sont considérés comme des documents de voyage essentiels pour des Gens de Mer. Il est important de noter que le Livret Maritime est un document obligatoire pour tout point d'entrée nécessitant un visa de transit. Chaque personne embarquée doit détenir ces documents, notamment le livret maritime, ce qui constitue un document officiel et légal de son expérience maritime. Le Capitaine du navire signe le document à chaque fois qu'un marin est détaché du navire attestant de son expérience à bord. C'est l'un des documents les plus importants à bord lorsqu'un marin voyage. Même si une personne n'a que ce document, il est considéré comme 'Marin' [*Seaman*].

<p align="center">Un Livret Maritime</p>	<p>C'est un registre continu du service d'un marin. Ce document certifie que la personne en possession est un marin [ou une personne embarquée] selon <i>La Convention Internationale des Standards of Training, Certification and Watch keeping for Seafarers (STCW)</i>, 1978, modifié en 1995 puis en 2010.</p> <p align="center">Il peut être dématérialisé</p>
<p>Les documents d'identité des gens de mer</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Pièce d'identité des gens de mer (C-185 OIT) ❖ Livret de service du marin ❖ État du service en mer ❖ Registre des qualifications 	<p>L'article 2 de la convention 185 de l'OIT, adoptée à Genève, le 19 juin 2003 demande à chaque État de fournir à ses ressortissants, exerçant la profession de marin, qui en font la demande, une pièce d'identité conforme, comportant des données biométriques ; un enregistrement de chaque pièce d'identité délivrée, suspendue ou retirée par lui, doit être conservé dans une base de données électronique. Un centre permanent doit être accessible en vue de vérifications. Cette carte doit être lisible par un lecteur SID (Seafarers' Identity Documents), tel qu'ils s'en trouvent dans les aéroports.</p>

Livret maritime et document d'identité.	<p>L'autorité maritime délivre gratuitement au marin un livret professionnel qui mentionne l'engagement, sans contenir aucune appréciation des services rendus, ni aucune indication sur les salaires (C. trav. mar., art. 14 - Conv. OIT, no 22 de 1926, art. 8)¹². Ce livret mentionne les brevets et diplômes, les visites médicales d'aptitude à la navigation, la stabilisation du marin dans son entreprise. Ce livret constituait une preuve de l'appartenance à l'équipage, il était devenu une pièce d'identité, un véritable passeport, un document international de circulation (Conv. OIT, no 108 de 1958)¹³. Il est apparu nécessaire de distinguer avec soin la pièce d'identité du marin et son livret professionnel maritime, qui constate ses engagements professionnels</p> <p>Ce document peut être dématérialisé.</p>
--	---

b) La problématique des documents d'identité à données biométriques

La ratification de la Convention 185 de l'OIT semble soulever des difficultés juridiques dans quelques pays notamment en Espagne, à cause de l'ampleur du principe de protection de la vie privée. Par ailleurs, en France, il s'agit d'une question de méthode, plus qu'une question de principe¹⁰¹. Depuis 1984, date de création du Fichier National des Empreintes Digitales, premier dispositif biométrique à lui avoir été présenté, la CNIL, Commission nationale de l'informatique et des libertés, examine chaque dispositif en prenant en compte les caractéristiques de la biométrie utilisée et les risques qu'elle comporte pour les libertés individuelles et la protection des données personnelles. *A cet égard, la CNIL n'autorise l'enregistrement des empreintes digitales dans une*

¹⁰¹ 2è Colloque International Sûreté maritime Code ISPS International Ship and Port facility Security. Entre devoirs citoyens et obligations. Colloque organisé par le port autonome de Nantes Saint-Nazaire et l'École de la Marine Marchande de Nantes 27-28 septembre 2007 Cité des Congrès, Nantes. Pièce d'identité des gens de mer. Patrick CHAUMETTE Professeur de droit à l'Université de Nantes

base centralisée que si cette technologie se justifie par un "fort impératif de sécurité". Il s'agit, par exemple, du contrôle de l'accès aux sites nucléaires¹⁰².

SECTION 6 : Méthodologie et plan de la thèse

L'argumentaire de la présente thèse se fera à travers une méthode analytique des aspects techniques et juridiques de la dématérialisation des documents du commerce maritime international (**paragraphe 1**) pour mieux exposer et argumenter les deux hypothèses proposées (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : méthodologie

Pour ce qui est de la première hypothèse, la démarche à adopter sera une approche participative. Celle-ci consistera à étudier les documents utilisés par les différentes parties prenantes afin de mieux cerner les enjeux du commerce maritime et de circonscrire efficacement les problèmes. Au cours de cette première intervention, il sera question de faire une analyse des pratiques, des outils de travail utilisés et des normes réellement appliquées dans le commerce maritime et dans le cadre de la dématérialisation. Ceci aura pour but de mieux dresser un état des aspects techniques et juridiques de la dématérialisation des documents notamment le connaissance dans les pays européens et ceux en développement.

De manière pragmatique, la recherche s'appuiera sur les guides, les articles les revues et la doctrine pour recueillir les données et informations nécessaires pour l'élaboration de la thèse. Cette approche permettra aussi de recueillir les avis et opinions des différents acteurs impliqués dans le processus de dématérialisation ainsi que de certains opérateurs économiques. Cette démarche servira à : collecter le maximum d'informations et de documentation liés à la dématérialisation des documents et à la simplification des procédures du commerce maritime dans les pays européens et africains. À travers cette approche théorique, nous saisirons le mode réel de fonctionnement et les pratiques adoptées par chaque intervenant dans le processus d'élaboration et de dématérialisation des documents. Cela nous permettra ensuite de relever les dysfonctionnements éventuels qui peuvent se dégager, de cerner les projets en cours, leurs objectifs et leurs impacts successifs sur l'évolution des travaux en la matière, d'évaluer la portée réelle et la dimension de chaque projet ainsi que leur finalité dans le processus de facilitation du commerce maritime. L'objectif visé est d'en tirer des conclusions afin d'élaborer nos propositions d'amélioration du système juridique mis en place pour accompagner le phénomène de dématérialisation.

¹⁰² *Ibid.*

43. La deuxième hypothèse quant à elle, portera sur l'analyse approfondie des textes existants, tant sur le plan national qu'international tout en se focalisant sur les pratiques et les normes applicables au niveau des pays européens et africains. Ce qui permettra de mieux cadrer notre analyse sur un plan opérationnel en vue de sa parfaite structuration. En clair, préalablement aux actions précédentes, pour une bonne synchronisation et une parfaite synergie des actions, nous passerons également en revue un certain nombre de conventions internationales et nationales existantes en vue de discerner leur position par rapport à la question. C'est à ce titre que, dans le cadre de la recherche d'une formulation synthétique et d'une harmonisation des propositions globales, l'analyse qui sera faite dans la présente thèse, consistera à se focaliser sur les pratiques et normes internationales. Le but a été de bâtir une argumentation se fondant sur une approche analytique à variables multiples. Car, il fallait, sur la base des similitudes et des divergences quelque fois observées dans les principales conventions internationales mises en place par l'ensemble du système des Nations Unies, dont la finalité et l'objectif premier visent principalement la simplification et la facilitation des procédures, pouvoir puiser des éléments essentiels capables d'orienter nos suggestions sur le plan national. L'objectif premier dans cette approche systémique est qu'au-delà des Conventions, les orientations et les apports éventuels puissent non seulement prendre en compte un système de recommandations déjà faites dans le cadre de la mise en œuvre d'un certain nombre de règles juridiques, mais aussi de pouvoir s'inspirer des atouts qui s'y dégagent. Cela permettra de déboucher sur un programme d'harmonisation des règles applicables aux documents de transport.

A ce titre, les conventions internationales qui ont servi et guidé cette réflexion sont entre autres : La Convention sur la facilitation du trafic maritime international, dite Convention FAL de l'Organisation maritime internationale (OMI), signée à Londres en 1965, et qui vise entre autres à : réduire le coût des formalités administratives que nécessite le commerce extérieur ; réduire, simplifier et harmoniser les documents commerciaux et de transport les plus couramment utilisés ; améliorer les formalités qui sont causes de retards excessifs et onéreux. Les développements s'articuleront d'avantage sur les recommandations de la CNUCED, la CNUDCI, et du CEFAC.

L'objectif concret poursuivi par la présente thèse est d'arriver à un processus simplifié et efficace qui permette d'assurer une bonne prise en charge des échanges internationaux. Les résultats de la thèse devront permettre aux participants du commerce maritime de choisir le moyen le plus efficace pour assurer une parfaite fluidité du trafic maritime et une facilitation des échanges de documents.

S'il est établi aujourd'hui que l'utilisation de différents formulaires peut constituer un obstacle et créer des entraves au développement du trafic maritime en raison de l'importance des échanges de documents aux escales des navires, il n'en demeure pas moins que l'organisation globale et les

processus de traitement des opérations peuvent également constituer des obstacles majeurs à la facilitation des échanges.

Par conséquent, il est opportun d'envisager dans un premier temps, une mise en conformité des documents et des procédures étatiques avec les dispositions des conventions et dans un deuxième temps, d'apprécier la nature des projets en cours. Une parfaite analyse de ce processus permettra d'arrimer les systèmes africains au système des nations unies et de pouvoir répondre favorablement à la mondialisation. De manière spécifique, il s'agit dans la mesure du possible de procéder à l'harmonisation des documents nationaux des états de l'Afrique de l'Ouest avec ceux proposés par l'OMI. Il faut aussi préparer un programme de formation et d'encadrement en vue du renforcement des capacités du personnel de l'administration maritime pour une bonne maîtrise du fonctionnement de l'outil informatique. Proposer une réduction du nombre de documents d'importation et d'exportation à travers une identification de ceux susceptibles d'être regroupés, dématérialisés ou supprimés ; proposer un cadre réglementaire propice à la mise en œuvre des documents électroniques prévus ainsi que les ajustements nécessaires aux textes en vigueur afférents à la réduction du nombre de documents et du règlement des litiges.

Paragraphe 2 : plan de la thèse

44. Condition d'une automatisation du traitement des données, la dématérialisation bien conçue permet des gains de productivité tout en facilitant le partage d'information. Entraînant un changement profond des pratiques, progressivement à tous les échelons du commerce maritime. Il est intéressant à plusieurs titres que la dématérialisation soit un projet partagé par des ensembles de partenaires commerciaux. De ce point de vu, le gain de productivité apporté à un secteur par une dématérialisation de ses agents économiques peut faire l'objet d'une reconnaissance et d'un soutien de la part de l'État. Actuellement, les difficultés juridiques et techniques commencent à disparaître et on tend vers une exploitation complète de la dématérialisation.

L'avènement de la dématérialisation des documents et son rapport avec la spécificité du droit des transports maritimes conduisent à proposer une présentation de la dématérialisation tendant à tirer des éléments techniques et juridiques de celle-ci. La thèse propose une présentation générale de l'évolution de la dématérialisation des documents du commerce maritime en deux parties. La première partie est consacrée aux éléments spécifiques de l'émergence des techniques de communication et expose le processus d'adaptation et d'appropriation du droit du commerce maritime de chacun des éléments techniques (**Partie I**). La seconde partie développe les éléments communs de la dématérialisation et du droit du commerce maritime, en particulier le contentieux. Il

s'agira de voir si la dématérialisation à créer de l'insécurité dans les échanges commerciaux et fait naître de nouveaux contentieux (**Partie II**).

**PREMIÈRE PARTIE : L'ESSOR DE LA DÉMATÉRIALISATION
DES DOCUMENTS DU COMMERCE
MARITIME**

*Le modèle proposé aux pays du tiers monde (pays en développement) à la recherche du développement économique est un système économique qui reconnaît le rôle fondamental de la propriété privée et de la responsabilité qu'elle implique dans le contrôle des moyens de production et de la créativité des hommes en matière économique. Il s'agit là de l'économie de marché ou, plus simplement, de l'économie libre entourée et appuyée par un cadre juridique adéquat et solide au service de la liberté des hommes et aux directives fondamentales morales*¹⁰³ (JEAN PAUL II).

Le développement économique passe nécessairement par le commerce international. Ce dernier est régi par une multitude de règles, provenant toutes de différents ordres juridiques. Certaines règles sont adoptées par deux ou plusieurs pays, ou par des organisations internationales. Elles apparaissent sous le vocable de traités accords internationaux. C'est règles ont vocation à régir notamment, pour les pays qui les ont acceptées, le commerce des produits et des services, les contrats de vente internationale de marchandises par mer et l'arbitrage. D'autres règles, à vocation communautaire, sont adoptées par des gouvernements nationaux et sont généralement applicables dans leur territoire. Certaines règles de référence sont adoptées par des organismes privés et sont appliqués par des entreprises, qui y font référence, pour l'exécution de leurs contrats. C'est fréquemment le cas des Incoterms adoptés par la Chambre de commerce internationale. En matière de vente internationale de marchandises, c'est la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente internationale de marchandises qui s'appliquera le plus souvent¹⁰⁴.

45. Le secteur du commerce international recouvre tous les documents échangés entre les parties prenantes, depuis l'appel d'offres jusqu'à la conclusion d'un contrat de transport par mer, en passant par l'échange de documents entre celui qui fait des offres (transporteur potentiel) et celui qui les reçoit (chargeur potentiel). On distingue généralement deux catégories de fonctions documentaires dans ce secteur, selon les parties qui créent les documents, à savoir l'acheteur et le vendeur ou encore le transporteur et le chargeur le banquier et le demandeur de crédit. Bien que communs aux parties, les documents contractuels ont été classés dans le secteur des ventes en raison du fait qu'ils sont souvent préparés par le vendeur ou par le transporteur. Dans le commerce international, l'établissement d'un contrat implique un échange de documents créés dans des pays différents où il se peut que des matrices ou formules-cadres nationales soient utilisées pour l'exportation aussi bien que pour l'importation. Il arrive que l'on observe une incompatibilité de

¹⁰³ JEAN PAUL II, Encyclique Centesimus Annus, 1.5, 1991, part. 42. http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/fr/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.

¹⁰⁴ Ce traité international a été adopté lors d'une conférence diplomatique tenue à Vienne, en Autriche, le 11 avril 1980. Il a été ratifié par de nombreux pays. Il contient un ensemble de règles juridiques régissant la formation des contrats de vente de marchandises, les obligations de l'acheteur et du vendeur, les recours en cas de rupture du contrat et d'autres aspects du contrat.

<https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>. (08/2017).

présentation lorsque les documents alignés de la série d'exportation d'un pays sont confrontés avec ceux de la série d'importation d'un autre pays¹⁰⁵.

46. L'utilisation de moyens techniques pour la conclusion des contrats soulèvent de nombreuses questions : - l'échange de consentements est parfois douteux, en raison de la non simultanée de l'offre et de l'acceptation. - aucun contrôle de l'identité, de la capacité de la personne, - erreur involontaire sur la datation de l'acte, - problème de la preuve, - problème de conflits de loi et de juridiction compétente en cas de litige. Cette situation nécessite dès lors un cadre juridique faisant appel à la création d'un droit du contrat numérique. La création de ce cadre juridique suscite une compréhension des aspects techniques de la dématérialisation. Pour s'en convaincre, il nous faut rappeler l'évolution des pratiques du commerce maritime (**Titre I**), pour pouvoir faire une analyse de la dématérialisation des documents du commerce maritime (**Titre II**).

¹⁰⁵ Sur ce point, Directives concernant l'application de la formule-cadre des Nations Unies pour les documents commerciaux, annexe informative à la recommandation 1 adoptée par le Centre des Nations Unies pour la Facilitation du commerce et des transactions électroniques, 2002, (CEFACT-ONU), ECE/TRADE/270.

TITRE I : DE L'EVOLUTION TECHNOLOGIQUE DES PRATIQUES DU COMMERCE MARITIME INTERNATIONAL...

Cette partie sera abordée sous l'angle des techniques et pratiques utilisées dans le commerce maritime international, pour mieux appréhender le fondement juridique des échanges internationaux. Il est sans nul doute admis que la technique est une conception d'ordre non pas absolue, mais relatif, en ce sens que le précepte varie selon les époques et les milieux. De même nous remarquons que les pratiques du commerce maritime ne demeurent pas moins statiques. L'objectif est de comprendre et de maîtriser l'évolution des principales techniques et méthodes du commerce international. Ces dernières sont ici analysées à travers leurs spécificités ; sur la base des enjeux commerciaux. Le choix des conditions de transport, de commerce, de vente et d'achat longtemps pris en compte, est désormais adapté aux technologies de l'information et de la communication¹⁰⁶. Les différentes solutions de transports à l'international sont étudiées, notamment en termes de simplification des procédures douanières. L'étude met aussi en exergue les impératifs liés au choix de la solution logistique en y intégrant la fonction technologique dans un contexte commercial donné.

47. Les grandes institutions internationales, telles que le GATT¹⁰⁷ puis l'OMC¹⁰⁸, ont poussé les États à faciliter les échanges. Par ailleurs, les progrès techniques ont permis une diminution des coûts de transport, et la réduction progressive des barrières douanières. Réfléchir, tout au début, de cette thèse, sur l'origine des pratiques commerciales internationales, ne nous semble pas inutile. Dans la mesure où, Les individus se sont livrés en tout temps aux échanges de divers biens. Le système commercial mondial ayant subi une forte transformation, il est aujourd'hui plus complexe et plus fragmenté, avec une prolifération des nouvelles techniques et procédures.

48. L'informatique est un outil de management, elle facilite le commerce électronique, les transactions et les opérations commerciales sans que les concernés se déplacent pour se rendre sur le lieu de vente ou d'achat¹⁰⁹. Les opérations achats-ventes, les transferts bancaires des fonds peuvent actuellement, avec l'aide de l'informatique, circuler grâce au réseau interconnecté à

¹⁰⁶ A ce propos, BREESE, Pierre KAUFMAN, Gautier Martin, Jean-Jacques, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, (19-2011) DL 2000 « *l'internet offre des possibilités de diffusion des informations, des créations et des offres nouvelles en raison de la dématérialisation de tous les échanges, de l'indépendance entre la localisation matérielle des moyens techniques et le lieu d'exécution des échanges, et enfin du caractère nécessairement mondiale de tout acte commis sur internet* », Guide juridique de l'internet et du commerce, Vuibert, p.17.

¹⁰⁷ Accord Général sur les Tarifs douaniers et le commerce en anglais General Agreement on Tariffs and Trade fut signé le 30 Octobre 1947 par 23 pays, pour harmoniser les politiques douanières des parties signataires. C'est accord multilatéral de libre échange. Disponible sur https://www.wto.org/french/trapto_f/gatt_f.htm

¹⁰⁸ L'Accord sur l'Organisation Mondiale du Commerce comprend l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994. C'est cet instrument qui est dénommé GATT de 1994. Il est fondé sur les textes de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce originel, dénommé aussi GATT de 1947. Idem.

¹⁰⁹ Voir BREESE, Pierre Kaufman, Gautier Martin, Jean-Jacques, Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, (19-2011) DL 2000, *op.cit.*

l'internet. De même, les techniques contractuelles ont évolué et on parle de contrat électronique. Ce sont, tous ces concepts qui ont subi les effets de la révolution technologique à l'exemple de l'ordinateur qui est devenu incontournable dans tous les domaines de l'économie et plus particulièrement dans le commerce maritime international. Les échanges sont informatisés à travers cet outil, la célérité des opérations est devenue possible et concrète. Il s'agira, pour mieux comprendre le principe d'échange informatisé, d'analyser son fonctionnement, dans son ensemble afin de vérifier la fiabilité et l'ampleur des techniques utilisées (**sous titre I**). Par ailleurs, les intervenants, considérés comme acteurs, vont faire l'objet d'une étude approfondie pour mieux cerner leur rôle dans l'évolution des pratiques commerciales par la création des documents dématérialisés (**sous titre II**)

SOUS TITRE I : le fonctionnement des échanges de documents informatisés : de l'échange physique à l'échange numérique

C'est un fait : chaque fois que la société accomplit un saut brutal vers un nouveau mode de production, il y a des gagnants et des perdants. Il se pourrait bien que la révolution informatique exacerbe les lignes de fracture actuelles de notre société, en créant de nouveaux ghettos de l'information. Michio KAKU¹¹⁰

49. Le droit est un domaine inévitablement touché par la révolution numérique comme, les échanges commerciaux. Mais qu'est-ce qu'on entend par échanges informatisés ? Par définition, ce concept renferme plusieurs acceptions aussi bien techniques que juridiques. Cependant la seconde conception est réservée au Titre II de cette étude. En effet, nous allons faire d'abord et, pour des raisons pédagogiques, une définition séparée des deux notions, avant de les étudier ensemble. Selon le dictionnaire Larousse, un échange est une action de s'adresser, d'envoyer réciproquement des choses à une ou plusieurs personnes. Ça peut être aussi une opération commerciale entre deux individus de même pays ou de pays différents ou entre deux pays, on parle alors d'échanges internationaux. On y voit alors une convention par laquelle deux propriétaires se cèdent respectivement un bien contre un autre bien. En des termes techniques, l'échange est entre autre, une communication réciproque de renseignement de documents. C'est la circulation sur des réseaux des informations d'origines diverses selon des normes spécifiées. Pour ce qui est de l'informatique : il est d'abord une science du traitement rationnel et automatique des informations considérée comme le support de la connaissance et de la communication. Ensuite, il est l'ensemble des applications de cette science, qui met en œuvre des matériels tels que, l'ordinateur, le scanner, les logiciels et l'internet. C'est deux conceptions sont désormais combinées par nécessité ou du moins par souci de célérité des opérations et de gain économique. En fin, dans le commerce maritime, l'échange informatisé met en relation des opérateurs économiques entre eux. Mais ces derniers sont aussi en relation avec l'administration pour les besoins de contrôle et de réglementation. C'est pourquoi, l'échange de documents occupe une place prépondérante dans ces relations. Ces documents sont notamment, les documents de transport maritime, les documents commerciaux, les documents administratifs et les documents bancaires. Tous ces documents doivent répondre aux exigences de formalisme classique sous peine de faire naître un contentieux. Or, avec l'avènement du numérique, le formalisme classique laisse progressivement la place au formalisme dématérialisé.

¹¹⁰M. KAKU, Vision. *Comment la science va révolutionner le 21^e siècle*, Albin Michel, 1999.

Ces documents sont adaptés à l'informatique (**chapitre I**). Mais cela s'accompagne de la connaissance et de la maîtrise des techniques de création, de suivi, d'évaluation, de stockage et d'archivage de ces documents (**chapitre II**). De telle sorte que l'ensemble soit traité dans des systèmes interconnectés (**chapitre III**).

CHAPITRE I: la dématérialisation des documents du transport maritime

De la théorie à la pratique... tel est le rêve du jeune juriste qui veut éprouver ses connaissances in concreto dans le monde des réalités. Toutefois, l'exercice paraît a priori périlleux car la technologie est reine dans le monde de l'électronique et le juriste, si technicien qu'il soit, n'est pas forcément ingénieur en système d'information mais il sait appréhender l'ensemble au-delà de sa dimension technique. (Laurent FEDI, in Mélange en l'honneur de C. SCAPEL)

La révolution technologique¹¹¹ et sa mise en application sur le commerce et le transport maritime ont abouti à une évolution des pratiques. Car la dématérialisation a provoqué, à certains endroits, l'abandon du document papier au profit du document électronique. Il est aujourd'hui admis en théorie que l'adaptation du commerce maritime au commerce électronique a une conséquence non négligeable sur le développement des échanges de documents. De façon générale, il a fallu canaliser techniquement cette nouvelle manière de commercer voire de transporter. Ce nouvel outil s'introduit progressivement dans les rapports commerciaux et génère des travaux de révision et de recommandation des organisations internationales. Des normes sont élaborées et des modèles de contrats de transport sont proposés. Cependant, une question semble attirée notre attention ; elle repose sur la difficulté d'instaurer un système de document dématérialisé pour le transport maritime. Dans la mesure où, cette activité qui est le centre névralgique de l'économie mondiale, se montre à travers ces acteurs, réticents pour ce qui est de la dématérialisation du connaissance (nous reviendrons sur ce concept dans le Titre I, 2^{ème} partie).

50. Actuellement, la dématérialisation des documents de transport maritime est au centre des débats juridiques et plus particulièrement, sa conception technique suscite beaucoup d'interrogation du point de vue de la fiabilité et de la sécurité de l'internet. Il faut reconnaître que le secteur des transports maritimes compte parmi les pionniers en matière de normalisation internationale des documents¹¹². Les coûts liés à l'utilisation du papier étant évalués à environ sept pourcent (7%) du coût total d'une opération de transport. En outre, les documents physiques circulent moins vite que

¹¹¹ A ce propos Albert GORE, Jr. Vice Président Washington, D.C. disait, dans un document intitulé « A Framework For Global Electronic Commerce que « we are on the verge of revolution that is just as the change in the economy that came with the industrial revolution. Soon electronic networks will allow people to transcend the barriers of time and distance and take advantage of global markets and business opportunities no even imaginable today, opening up a new world of economic possibility and progress » : *nous sommes au début d'une révolution qui est aussi profonde que le changement qui est survenu dans l'économie avec la révolution industrielle. Bientôt, des réseaux électroniques permettront à des gens de transcender les barrières du temps et des distances, de tirer profit de marchés globaux et d'opportunités d'affaires même pas imaginables aujourd'hui, ouvrant ainsi un nouveau monde de possibilités économiques et de progrès.* Disponible sur <http://uazone.org/gis/ecom.htm> le 19/10/2016.

¹¹² La Convention de Bruxelles pour l'unification des Règles applicable au connaissance.

les marchandises parce qu'ils transitent par la poste. Mais surtout en raison de la complexité de certains circuits de crédit documentaire. Or, les transactions dématérialisées permettent à la fois de réduire les coûts et d'accélérer la circulation des documents contractuels entre des endroits éloignés.

Le commerce électronique sera juridiquement consacré avec, à la clé, des concrétisations très précises, notamment en transport maritime avec, au final, l'élaboration des nouvelles Règles de Rotterdam qui sont susceptibles de devoir régir le transport maritime¹¹³, ces Règles intègrent la notion de document électronique de transport dans le cadre des lignes régulières, et élargissent aussi le transport maritime au transport multimodal.

Le commerce électronique prend forme avec le développement des réseaux télématiques que mettent en place les grandes entreprises et les banques. Cependant force est de constater que ces réseaux servent uniquement aux transactions interentreprises. Par ailleurs, les services en ligne vont donner aux consommateurs, la possibilité d'avoir accès à des informations sur des produits et d'acheter à partir d'un terminal informatique.

Cette relation, ou encore cet échange est possible grâce à un outil qui est l'ordinateur. Mais aussi radical que l'invention de l'imprimerie et la machine à vapeur, l'avènement de l'ordinateur, bouleverse le système de production et d'échange. L'ordinateur et les réseaux ont accéléré le passage à une société fondée sur l'immatériel, qui s'organise autour de la communication. Il est alors nécessaire, pour nous, de comprendre le concept d'ordinateur en tant qu'outil de communication, mais aussi matériel de création de données à travers un mécanisme spécifique. **(Section I)**. De plus la détermination des documents à travers des normes préétablies n'est pas à négliger dans la mesure où le langage de l'ordinateur est standard et uniforme pour une compatibilité sans faille **(Section II)**.

¹¹³ Pour aller plus loin voir, Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer dite les règles de Rotterdam New York 2008 Adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 2008, la convention établit un régime juridique uniforme et moderne régissant les droits et les obligations des chargeurs, transporteurs et destinataires en vertu d'un contrat de transport de porte à porte comprenant une étape maritime internationale. La convention donne suite et fournit une alternative moderne aux conventions antérieures relatives au transport international de marchandise par mer, en particulier la convention de Bruxelles, 25 Aout 1924 et ses protocoles, et la convention de Hambourg, 31 mars 1978. Les Règles de Rotterdam constituent un cadre juridique qui tient compte des nombreuses nouveautés technologiques et commerciales qu'a connues le transport maritime depuis l'adoption de ces conventions, dont le développement de la conteneurisation, l'aspiration à un transport de porte à porte en vertu d'un contrat unique et le développement des documents électroniques de transport. La convention fournit aux chargeurs et transporteurs un régime universel contraignant et équilibré à l'appui de l'exécution des contrats maritimes de transport où peuvent intervenir d'autres modes.
www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html .

SECTION I : les mécanismes de création des documents électroniques

51. Le concept d'ordinateur¹¹⁴ recouvre l'ensemble des fonctionnalités, de création, de support, de technique, de communication, de production, de diffusion, et de stockage de données basées sur le numérique. C'est-à-dire le traitement de l'information sous la forme d'une suite de 0 et 1¹¹⁵(en appelé Bit) communément appelé le langage binaire. Ainsi grâce à l'ordinateur, des documents sont créés. Par définition l'ordinateur est un ensemble de circuits électroniques permettant de traiter l'information d'une manière automatique et très rapidement. Il est composé de deux environnements : un environnement matériel et un environnement logiciel. Pour ce qui est de l'environnement matériel, il est constitué de périphériques d'entrée (souris, clavier, scanner, microphone) et de sortie (écran, haut parleur, imprimante). Les deux pouvant être combinés (graveur, lecteur disque) dans certains cas. L'environnement logiciel regroupe tout ce qui est logiciels de base ou système d'exploitation (Windows) et logiciels d'application (éditeur de texte, navigateur). L'informatique est le traitement automatique de l'information qui peut être entre autre, de type texte, dessin, image et son.

52. Un besoin est à la base de la création de l'information de type texte grâce à l'éditeur. Et dans le cadre du commerce maritime, il peut s'agir notamment, d'un besoin de transport. Alors le début d'une longue série de production de documents, aboutira à la satisfaction du besoin. Ce besoin fait naître une relation entre deux ou plusieurs parties, liées entre elles par un contrat qui est souvent le premier document établi pour définir les fondements de la relation. Ces parties à l'origine de l'information sont notamment, le transporteur, le chargeur et éventuellement le destinataire. Chaque partie devra fournir des informations personnelles mais surtout des informations concernant l'opération. Ces informations sont appelées données quant elles sont saisies dans l'ordinateur. Pour ce faire le logiciel d'application installé dans l'ordinateur est utilisé. C'est-à-dire le système qui crée la compatibilité des données qui circulent d'un ordinateur à l'autre. Cette circulation des données fait naître un échange (**paragraphe 1**) dans le circuit informatique (**paragraphe 2**).

¹¹⁴ Un ordinateur est un ensemble de circuits électroniques permettant de manipuler des données sous forme binaire, c'est-à-dire sous forme de bits. Le mot « ordinateur » provient de la société IBM. François Girard, alors responsable du service promotion générale de publicité de l'entreprise IBM France, eut l'idée de consulter son professeur de lettres à Paris, afin de lui demander de proposer un mot caractérisant le mieux possible ce que l'on appelait vulgairement un « calculateur » traduction de l'anglais « computer ». Ainsi, Jacques Perret, agrégé de lettres, professeur de philologie latine à la Sorbonne, proposa le 16 avril 1955 le mot « ordinateur » en précisant que le mot « Ordinateur » était un adjectif provenant du Littre signifiant « Dieux mettant de l'ordre dans le monde ». Ainsi, il expliqua que le concept de « mise en ordre » était tout à fait adapté. Source cours du Professeur Mr SOUSSI, www.ihet.rnu.tn/download/Cours%20Informatique.pdf.

¹¹⁵ Le Bit est la plus petite unité d'information manipulable par une machine numérique. Il est noté b « binary digit », c'est-à-dire 0 ou 1 en numérotation binaire. www.clashinfo.com/dico/definition-b/art10-bit.html.

Paragraphe 1 : la notion d'échange de données informatisées

53. Il est admis avant tout que l'EDI est une procédure d'automatisation des opérations commerciales et plus particulièrement les opérations du transport maritime. Il affecte plusieurs aspects du transport maritime international, prenant en compte le mouvement des marchandises, les documents qui les composent, de même que les modes de paiement. Il est aussi utilisé dans de nombreux secteurs d'activités comme dans les universités pour l'envoi rapide de notes, les fabricants ou concepteurs, pour transmettre des dessins complexes. Les consommateurs l'utilisent pour des transactions bancaires, (achats et ventes par carte de crédit). Une question se pose et à trait à la signification de l'EDI¹¹⁶ : c'est quoi l'échange de données informatisées ? De quelle façon peut-il être utilisé au sein d'une organisation ou d'un système ? Partant d'une approche théorique, de son utilisation, **(A)** les objectifs et les champs d'application seront étudiés afin de mieux comprendre cette notion **(B)**. Dans le transport maritime les secteurs d'activité, utilisant les échanges de données informatisées, deviennent de plus en plus nombreux et sont constitués notamment par : les transporteurs/armateurs, la douane, le port, la banque. Tous ces acteurs utilisent une technique.

A- L'approche technique : l'utilisation des données informatisées

54. Le concept d'EDI est l'expression générique qui caractérise un échange d'informations automatique entre deux systèmes à l'aide de messages standardisés, d'ordinateur à ordinateur ou de système d'informations à système d'informations ; en réduisant les interventions humaines au strict nécessaire¹¹⁷. Il permet entre autre, une grande réactivité et fiabilité dans le traitement de l'information et d'éviter les tâches de type éditions papier et de ressaisies, coûteuses en temps, en argent, en unité d'œuvre, en nuisances, et erreurs. L'EDI se propose d'organiser les interfaces entre les ordinateurs ou les systèmes pour qu'ils se reconnaissent, identifient leurs droits respectifs, puissent poser des questions types et structurer les échanges d'informations selon des formats standards dans le respect des droits de chacune des parties prenantes, notamment en ce qui concerne la confidentialité et la propriété intellectuelle relatives aux données échangées. Il concerne donc les interfaces et non l'organisation interne des ordinateurs ou systèmes ni les liaisons qu'ils utilisent pour échanger entre eux. Dans la réalité, ces liaisons sont de plus en plus celles de l'internet, des procédures particulières de codage permettant de sécuriser ces échanges.

¹¹⁶ A propos de l'historique de l'EDI voir l'ouvrage de Philippe GARO « l'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique » 2012, p.79. Voir aussi CLARKE, Roger, « Electronique Data Interchange : an introduction », Principal, Xamax Consultancy Pty Ltd, Canberra. Sur : <http://www.rogerclarke.com/EC/EDIIntro.html>.

¹¹⁷ Article 2 « Définition » de la loi type de 1996.

55. Dès lors, l'EDI est adapté aux échanges de tous les domaines (transport, douane, banque, juridique, administratif), et pas seulement à ceux du commerce électronique, à partir du moment où ces échanges sont suffisamment répétitifs pour justifier d'être dématérialisés et automatisés. Mais s'il ne s'agit que de commander une dizaine de produits une fois par semaine, le fax ou la messagerie électronique sont largement suffisants ! Pour être échangés de façon optimale, les messages véhiculés par l'EDI utilisent un langage informatique commun basé sur un ensemble de règles des Nations Unies comme par exemple les normes Échange de Données Informatisées pour l'Administration, le Commerce et le Transport (EDIFACT). Ces normes offrent une modélisation normalisée des documents commerciaux et un ensemble de dictionnaires de données standardisés et codifiés. Elles comprennent un ensemble de standards internationaux, de répertoires et de guides pour l'échange informatisé de données structurées et en particulier pour ce qui concerne le commerce de biens et de services. Elles sont définies pour permettre la communication entre systèmes d'information indépendants. L'échange de données informatisées est le moyen pour deux entités (transporteur et chargeur) d'échanger des informations ou des documents selon un format standardisé, et par le biais d'outils informatiques. Il ne nécessite pas forcément que les applications (Windows, Linux) utilisées de part et d'autre soient identiques.

56. L'EDI est conçu pour remplacer la transmission des informations sur papier et pour pallier à l'inefficacité des systèmes manuels. Son but est de réduire les interventions humaines dans le processus de traitement de l'information. On parle alors de dématérialisation de l'information. De ce fait, il repose sur le principe que les données originales ne doivent être entrées qu'une seule fois dans le système, après quoi elles peuvent être transmises entre les parties intéressées par voie électronique uniquement. Ainsi, les procédures d'opérations commerciales sont automatisées. Par ailleurs, il ne s'agit pas du tout d'une messagerie électronique, d'un télécopieur ou d'un système de transfert des informations sur bande puisque ces trois systèmes requièrent tous une interface homme-machine (à un certain niveau de l'opération, du moins) et que de façon générale, l'utilisateur doit interpréter et réintroduire les données échangées. Donc l'échange de document sous forme de message par exemple devis, bordereau de commande d'expédition, facture, et avis de paiement est exploité automatiquement par les applications des partenaires de l'échange. Le schéma ci-dessous, tel que nous l'avons conçu, nous permet de mieux comprendre et de valider le circuit ordinaire d'un échange de document.

Schéma technique d'échange de données

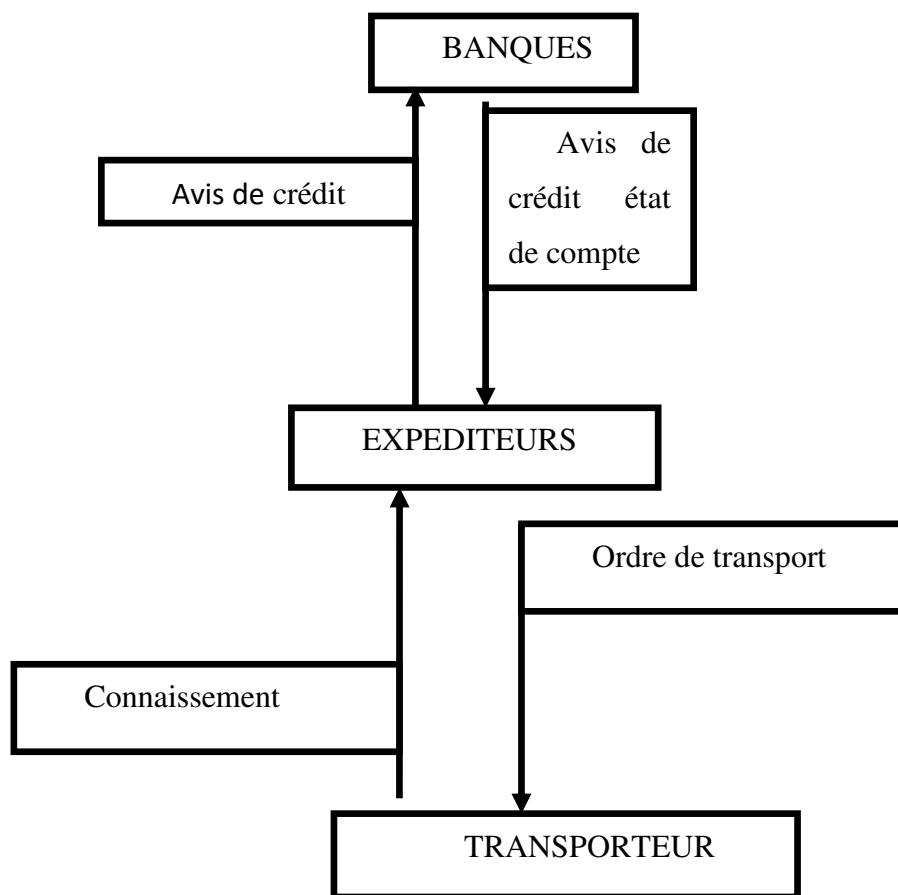


Schéma 1

57. Le schéma reprend la configuration simplifiée d'un échange standard et fréquent de données dans une entreprise de transport et ses partenaires. Il met en relation trois entités que sont : la banque (crédit documentaire), l'expéditeur (chargeur/vendeurs /acheteurs) et le transporteur (armateur). Il apparaît sur le schéma les opérations à l'origine des échanges. Étant entendu que l'EDI est une technique qui permet d'automatiser les échanges de données entre deux applications informatiques via un utilisateur, une application, un système d'exploitation et un matériel informatique (ordinateur) . Toutefois, l'entrée des données dans le système est subordonnée au préalable à des actes qui déclenchent le processus de création des données informationnelles. Par exemple l'ordre de transport émis par l'expéditeur ou le chargeur est précédé souvent d'un avis de crédit adressé à la banque pour couvrir les frais de transport. Pour ce faire, les partenaires doivent s'entendre sur une structure de message normalisée et sur une procédure d'application. Cependant, l'uniformisation des systèmes suffit, et il n'est pas besoin que les systèmes des partenaires soient identiques, puisque la normalisation (langage unique) permet l'échange quel que soit le logiciel utilisé. Le schéma met aussi en relation, les applications propres à chaque système informatique avec l'interface dans lequel les données sont enregistrées.

58. Dès lors, la procédure grâce à laquelle un organisme peut échanger des « données documents » d'affaires avec ses partenaires obéit à l'utilisation d'un format standard assimilable par la machine et permet le transfert des documents d'une application à l'autre. Le schéma le plus commun commence au moment où un chargeur envoie un ordre de transport EDI à un transporteur. Ce dernier accuse d'abord réception puis émet un document de transport sur lequel figure toutes les informations nécessaires à l'opération. Le chargeur peut éventuellement faire parvenir à sa banque le document pour obtenir la prise en charge financière de son expédition. Ce qui met fin à la première partie du cycle. La seconde partie commence avec l'arrivée à destination de la cargaison. Elle implique l'administration douanière et l'autorité portuaire. Ainsi, les données **(a)** sont échangées dans un réseau **(b)** d'ordinateur **(c)**.

a. La notion de données informatiques

59. Une donnée par définition est une information codée, figée et transmissible. Elle nécessite, dès lors, une codification permettant à la fois sa collecte et son rapprochement avec d'autres données formulées dans le même système (référentiel). Par exemple une date d'émission du connaissance peut être comparée à une autre date. La donnée est immuable, ce qui veut dire qu'elle ne doit pas changer, elle est égale à elle-même. Comme dans notre exemple, les deux dates de par leur distinction ne peuvent être une donnée qui change (la date d'émission est immuable pour tout connaissance une fois enregistré dans le système elle ne peut être changée). Par conséquent, ce type de données, s'il est transcrit sur papier, peut être considéré comme une donnée physique. Elle est transmissible en ce qu'elle peut être mémorisée, et confiée à un système d'enregistrement, qui souvent est composé d'individus (nous y reviendrons dans le second chapitre) pour traitement immédiat ou ultérieur¹¹⁸. Quant à la donnée numérique, par exemple, la mémorisation est confiée à un système informatique et non transcrit sur papier. Tout compte fait, cette définition, de par sa simplicité, consacre une grande extension et permet de désigner des situations très distinctes. Il existe des données symboliques élémentaires : lettre, chiffre, octet, pictogramme. Elles constituent une réalité objective à un double niveau : d'une part, elles sont inscrites sur un support matériel et peuvent circuler indépendamment de leur créateur ; d'autre part, leur signification dépourvue d'ambiguïté, est dépendante d'un code purement conventionnel et dont l'espace de validité peut être extrêmement vaste. Par contre, leur contenu sémantique est limité par le nombre de symboles différents, la forme externe étant le *bit*, symbole binaire, qui ne peut avoir que deux significations possibles.

¹¹⁸E. PERES, (rapporteur), « *les données numériques un enjeu d'éducation et de citoyenneté* », les éditions des journaux officiels, (Avis du Conseil économique, social et environnemental), 2015, p. 12

La *donnée* est donc, un fait (date d'émission du connaissance) ou une notion représentée sous une forme conventionnelle (le langage) convenant à une communication, une interprétation ou un traitement soit par l'homme soit par des moyens automatiques¹¹⁹. La *donnée variable* est, dans les traitements périodiques, une donnée prenant à chaque période des valeurs différentes comme par exemple le nombre d'heures travaillées¹²⁰, le nombre de connaissance émis ou encore la quantité de marchandise transportée.

b. L'échange de données dans le réseau informatique

60. Les échanges de données se font par le canal d'un réseau. La notion de réseau peut être comprise avec le professeur Pierre TRUDEL comme étant l'ensemble d'éléments ou de services réunis par différents liens de nature organisationnelle¹²¹. Il est la base des échanges en ligne. Il met en relation deux ou plusieurs ordinateurs échangeant ainsi des informations. Le réseau peut être interne, pour faire allusion à l'intranet ou externe pour parler de l'internet. L'intranet relie les ordinateurs dans un même endroit (entreprise, administration, services dans le même immeuble). Il peut aussi recourir à des moyens de connexion entre les systèmes de réseau existant dans un pays. A ce niveau, il peut exister une similitude entre l'extranet et l'EDI¹²². L'EDI et l'extranet permettent de relier une entreprise à ses clients et fournisseurs¹²³. La relation d'affaire entre les différents partenaires rend important le recours à l'intranet. Or, ce dernier fait apparaître une relation au moins entre deux intranets utilisant les ressources du réseau internet¹²⁴. Partant de ce fait, l'extranet autorise les deux entreprises à correspondre hermétiquement entre elles, en toute sécurité avec les clients et de partager des informations sur internet dans leur propre espace virtuel. D'un autre côté, un réseau comme internet n'est pas seulement un ensemble d'ordinateurs interconnectés. C'est un espace (le cyberspace) qui peut servir de support à des secteurs entiers de l'économie, mettre en relation l'administration et le citoyen, arbitrer des communautés transnationales de personnes qui se forment non pas sur le critère géographique, mais sur des affinités intellectuelles et culturelles¹²⁵. Nous avons constaté que l'extranet est un réseau fermé qui met en relation des personnes partageant des intérêts communs.

¹¹⁹Définition ISO 8000 relative à la qualité des données de référence.

¹²⁰A. BRYGO, *le mot information en informatique et liberté, étude terminologique*, Bulletin de l'EPI (Enseignement Public et Informatique) n° 67, Association EPI, p 78.

¹²¹P. TRUDEL, *Quel droit et quelle régulation ?* Sociologie et société Vol XXXII. 2, p.192 (cité par DIONE, A., le droit douanier le commerce électronique et la dématérialisation, p.9)

¹²² BELLEFONDS, (De) Xavier Linant (1991), *Le nouveau droit des EDI*, Paris, Ed. Parques, p. 107. ; CAPRIOLI. E. (1992), EDI et droit du commerce international : état de l'environnement légal, Cahier Lamy, 1,2

¹²³ J. HUET, *Aspect juridique de l'EDI, Échange de données informatisées*, (Recueil Dalloz chron. 1991) p.181

¹²⁴ A. DIONE, *Le droit douanier, le commerce électronique et la dématérialisation*, Harmattan, 2015, p. 10

¹²⁵ F. OSSAMA, *les nouvelles technologies de l'information : enjeux pour l'Afrique Subsaharienne*, l'Harmattan, 2001, p. 27

61. Dans un autre ordre d'idée, l'Internet est un réseau ouvert en ce qu'il est une interconnexion d'une multitude de réseaux d'ordinateurs disséminés à travers le monde. Il est le réseau des réseaux. C'est un réseau ouvert puisque quiconque possède un ordinateur, un modem et un logiciel de connexion peut s'y relier, après avoir requis les services d'un fournisseur d'accès¹²⁶. En effet le réseau numérique est un ensemble d'ordinateurs connectés entre eux par des liaisons physiques (liaison numérique, liaison spécialisée, satellite, etc.). En d'autre terme, il permet l'échange de données entre machine distantes souvent relayées de canal en canal par des machines intermédiaires. Sur ce point, l'internet est constitué de serveurs qui communiquent entre eux indépendamment d'un site ou d'une autorité centrale. Il utilise un protocole qui permet l'interconnexion, à grande échelle. C'est un réseau informatique mondial formé d'un ensemble de réseaux nationaux, régionaux et privés qui communiquent au travers du protocole TCP-IP qui est le couple de protocole de base le plus important pour l'Internet mis au point par VINTON Cerf et Bob KHAN en 1973. Le Protocole de Contrôle de Transmission (TCP, Transmission Contrôle Protocole), est un langage rudimentaire commun qui permet à deux ordinateurs d'établir une liaison entre eux et de contrôler l'émission et la réception de messages quel qu'en soit le contenu. Pour ce qui est du « Protocole Internet » (IP), il régit l'attribution des adresses Internet et la manière dont les informations circulent depuis l'émetteur jusqu'au destinataire. Cette série de règles définit le fonctionnement de l'internet indépendamment des différences entre les ordinateurs des divers pays du monde. Cependant, si les échanges sur Internet sont possibles, ils se font grâce à un codage appelé donnée, ces données renferment des informations et transit entre ordinateur.

c. Généralité sur les échanges entre ordinateurs

62. L'ordinateur est une machine à traiter l'information, de manière formelle. Pour autant qu'on lui ait auparavant indiqué comment mener à bien ce traitement. Il est toutefois important de saisir dans quel sens le mot *information* doit-il être compris, dans le contexte qui nous occupe. En effet, information signifie, ici, l'ensemble des renseignements que l'on prend sur quelque chose et par néologisme l'ensemble des renseignements obtenus par quelqu'un¹²⁷. Par exemple les renseignements que le transporteur obtient sur la personne du chargeur et de la marchandise. D'après le dictionnaire d'informatique Morvan¹²⁸, l'information est un élément à la base de la communication des connaissances. L'information est aussi la signification que l'on attribue à une

¹²⁶ J. HUET, *le commerce électronique, le droit du multimédia- de la télématique à l'internet*, Paris, les éd. du téléphone, p. 228-229.

¹²⁷ Définition tiré du Dictionnaire Robert.

¹²⁸ P. MORVAN, *Dictionnaire de l'informatique*, Larousse 1981, 341p.

expression conventionnelle ou « donnée » de telle sorte qu'elle constitue pour l'observateur un élément de connaissance. C'est aussi le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui¹²⁹. Étant admis que la donnée est un fait ou une notion représenté sous forme conventionnelle convenant à une communication¹³⁰.

63. A ce stade, il est important de préciser par des exemples les distinctions issues de cette notion, pour éviter que n'importe qu'elle activité rationnelle soit présentée comme traitement d'information. Dans la mesure où l'interprétation et le traitement de l'information sont effectués soit par l'homme ou par des moyens automatiques, tel que l'ordinateur. Les exemples sont fort nombreux, mais afin de pouvoir à la fois obtenir des descriptions précises et simples, nous présenterons, sous forme de schéma, (conçu par nous même) les échanges d'information par ordinateur, entre les transitaires, les agents maritimes et les destinataires dans une activité de transport de marchandise.

Ici nous avons un échange d'information d'ordinateur à ordinateur.



64. Le schéma ci-dessus est un échange de base pouvant être utilisé par tous les acteurs. Il est en l'occurrence simplifié dans la mesure où il constitue l'origine du circuit documentaire aboutissant à la délivrance du produit. Ainsi dans ce cas d'espèce, le transporteur reçoit, à travers son système informatique (ordinateur), une demande de transport d'une cargaison ou encore l'exportateur reçoit une commande de marchandise par le biais de son partenaire importateur. Ce dernier traite la demande ou la commande et envoie la réponse. C'est à partir de ce moment que les informations sont échangées. Ce schéma démontre que sur l'échiquier international, la voie maritime reste le moyen privilégié pour le transport des marchandises.

Au sein de la multitude d'activités inhérentes à ce secteur, de nombreux professionnels interviennent. A l'import par exemple, les premiers intervenants de la chaîne du transport maritime sont les armateurs, ceux qui arment les navires pour divers types de marchandises, conteneurisées ou en vrac. Ils ont la responsabilité de trouver de la cargaison pour leurs navires de commerce, et les sociétés d'import-export s'adressent à eux pour assurer le transport de leurs colis. Le schéma reprend le circuit des messages est des données qui sont échangées. Ainsi l'ordre d'envoi du message

¹²⁹ Vocabulaire juridique, GERARD CORNU, association Henri Capitant, 8^e éd. 2009.

¹³⁰ M. GINGUAY, LAURET A. Masson, 4^e édition, 1990.

dans lequel les informations concernant la cargaison sont transcrites peut varier d'un niveau à l'autre. Les amateurs interviennent directement dans le circuit du commerce international. Cependant, au port de débarquement, les armateurs ont des représentants légaux pour assumer les responsabilités du navire et de toute la cargaison le long du trafic. Lorsqu'un navire fait escale dans un port, il a forcément un consignataire (consignee) sur place pour interagir avec les autorités portuaires et autres intervenants maritimes.

Après eux, les transitaires, aussi appelés commissionnaires agréés en douane, reçoivent le message et se positionnent pour gérer le reste du processus jusqu'à la sortie des marchandises. Ils sont incontournables au niveau du trafic maritime, parce qu'ils sont les seuls habilités à assurer le dédouanement des marchandises pour autrui. Et aucune marchandise ne peut normalement sortir d'un port sans eux. Une fois la cargaison entreposée dans l'enceinte portuaire, ce sont les hommes du transit qui contrôlent le reste du processus en assurant l'interface entre le client et les autres intervenants. A savoir les sociétés d'import-export, le consignataire, la douane et le port. Le transitaire doit fournir les informations utiles à son client pour le suivi des marchandises soumis à dédouanement. Avec le consignataire, il fait l'échange des connaissements (bill of lading, en abrégé : BL) pour les rendre négociables. Rappelons que c'est un document essentiel par lequel le capitaine d'un navire reconnaît avoir reçu des marchandises qui y sont mentionnées et s'engage à les transporter, conformément aux instructions reçues et après vérification des données informationnelles. Toute cette procédure tant à asseoir la relation technique qui est au cœur des échanges de données. L'objectif ainsi déterminé fait apparaître le fondement même de la technique utilisée pour échanger des données.

B. L'approche théorique : le champ d'application des échanges de données

De notre point de vue, l'EDI est adapté à tous les domaines du commerce, pas seulement à ceux du commerce électronique, au moment où ces activités sont suffisamment répétitives pour justifier d'être dématérialisées ou encore automatisées. Nous l'avons vu, l'EDI se propose d'organiser les interfaces entre les ordinateurs pour qu'ils se reconnaissent, identifient leurs droits respectifs. Il pose les questions types, structure les échanges d'information selon des formats de données standards dans le respect des droits de chacune des parties prenantes, notamment en ce qui concerne la confidentialité et l'intégrité des documents échangés. Il concerne les interfaces et non l'organisation interne des ordinateurs (matériels) ou systèmes ni les liaisons qu'ils utilisent pour communiquer entre eux. Ces liaisons, sont plutôt celles de l'Internet, avec des techniques de codage pour la sécurisation des échanges. Du fait de ces avantages, il confère aux entreprises rapidité et valeur ajoutée. Toutefois, le concept d'échange de données informatisées est vieux de quelques

années ; il est basé sur le postulat que les données originales ne doivent être entrées qu'une seule fois dans le système, après quoi elles peuvent être transmises entre les parties (qui sont en relation d'affaire) par voie électronique. Par ailleurs, l'échange de donnée se fait grâce à un circuit informatique qui relie les différents ordinateurs.

Paragraphe 2 : l'interconnexion via le réseau informatique

65. L'étude de la dématérialisation des documents du commerce maritime nous oblige, pour des raisons pédagogiques, à étudier le domaine d'interconnexion des ordinateurs. L'étymologie du mot réseau, nous l'avons souligné, renvoie au latin *rétis*, c'est-à-dire au filet, « ouvrage formé d'un entrelacement de fils ». Cette ancienne acception textile désigne, selon le *Littré*, un tissu de fil ou de soie, en forme de rets¹³¹. Le réseau peut aussi désigner un ensemble d'éléments interconnectés¹³². La notion de réseau n'a été reprise que récemment dans le champ social, par extension d'un terme utilisé pour désigner les réseaux neuronaux et les circuits informatiques¹³³. En effet l'ensemble des échanges de données passe par un réseau. Les ordinateurs communiquent entre eux et partagent des ressources¹³⁴. Par exemple, les informations qu'un ordinateur dispose sont accessibles aux autres, l'imprimante et le scanner peuvent être partagés. En d'autre terme, les réseaux informatiques permettent la communication, la transmission et l'accès à l'information grâce aux ordinateurs. Se basant sur la puissance de traitement de l'ordinateur. Le réseau offre des avantages comme la facilité avec laquelle il est possible de communiquer des informations partout dans le monde. La simplicité avec laquelle un utilisateur peut changer de poste de travail sans pour autant devoir transporter ses fichiers sur un support de stockage amovible. Le réseau est donc basé sur le principe de partage d'information issu, nous l'avons vu, de divers besoins depuis le réseau d'une toute petite entreprise jusqu'aux grandes sociétés.

66. Pour comprendre la dématérialisation, il est nécessaire d'étudier à ce niveau la relation existante entre le concept de dématérialisation et la notion de réseau. Si le terme générique de « réseau » signifie un ensemble d'entités constituées entre autre d'objets et de personnes, interconnectées les unes avec les autres ; la circulation des éléments immatériels concerne bien la dématérialisation dans la mesure où le physique disparaît pour laisser place à l'immatériel. Le domaine des réseaux informatiques sert à plusieurs buts distincts notamment la communication

¹³¹ Dictionnaire de langue française, d'après l'ouvrage d'Émile LITTRÉ (1863-1877).

¹³² F. DENORD, « *théorie des Réseaux* », Encyclopédia universalis (en ligne) consulté le 14/08/2017. URL : <http://www.uinveralis.fr/encyclopedia/theorie-des-reseaux/>.

¹³³ P. BANTMAN, « *Le concept de réseau* », *VST - Vie sociale et traitements* 1/2004 (n° 81), p. 18-19

¹³⁴ F. OSSAMA., *les nouvelles technologies de l'information : Enjeux pour l'Afrique subsaharienne*, (Études Africaines), Ed. L'Harmattan, 2001, p. 128.

entre personnes par exemple l'échange de courrier électronique et la discussion en direct¹³⁵. Les performances d'un réseau sont tributaire de son architecture (topologie)¹³⁶, de la technique de transmission utilisée pour faire communiquer les ordinateurs qui le constituent (protocole)¹³⁷ et des supports de transmission par lesquels les ordinateurs sont interconnectés. De surcroît, les protocoles sont hiérarchisés en quatre couches dans le modèle TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) ou en sept couches dans le modèle ISO (Open Standard Interconnection). Chaque couche s'occupe d'apporter un plus permettant la transmission de données, et de fournir des éléments avec les couches de niveau supérieur. Néanmoins, la connexion de deux ordinateurs (lien réseau) est insuffisante pour parler de réseau, il en faut souvent trois ou plus. C'est par exemple le cas entre groupe et couple : dans un couple on retrouve deux personnes alors qu'à partir de trois on parle de groupe.

La croissance de la société de l'information entraîne la création, l'échange et le stockage d'un volume de plus en plus important de données et d'informations sur des supports papier. En même temps, les entreprises organisent leurs activités avec. Dans ce contexte, la réduction du volume des documents papiers est plus que nécessaire pour des raisons de coûts liés au stockage. La dématérialisation de l'information entraîne la création ou la substitution des « documents électroniques » (support électronique), aux documents physiques (support papier). Cette notion doit être déterminée pour mieux comprendre la relation existante entre le physique et le virtuel.

SECTION II : la détermination des documents dématérialisés

Une interrogation demeure toujours lorsqu'il s'agit de vendre ou d'acheter à l'international, qui de l'acheteur ou du vendeur doit fournir les documents nécessaires à l'achat des marchandises et à leur acheminement au lieu de destination ? Bref, du fait du contexte des opérations économiques, il est important que le vendeur précise ce qu'il vend et l'acheteur ce qu'il achète. L'objectif est

¹³⁵ A. TANENBAUM, « *réseaux, architectures, protocoles, applications* », Inter-Edition, introduction au réseau informatique, MIAGE, 2007

¹³⁶ Une topologie de réseau informatique correspond à l'architecture (physique ou logique) de celui-ci, définissant les liaisons entre les équipements du réseau et une hiérarchie éventuelle entre eux. C'est la façon dont les équipements sont interconnectés et la représentation spatiale du réseau (topologie physique). Elle peut aussi définir la façon dont les données transitent dans les lignes de communication (topologie logique).

¹³⁷ Le protocole est une série d'étapes à suivre pour permettre une communication harmonieuse entre plusieurs ordinateurs ou périphériques reliés en réseau. Ils sont classés en deux catégories : les protocoles où les machines s'envoient des accusés de réception (pour permettre la gestion des erreurs). Ce sont les protocoles dit orienté connexion, les autres protocoles qui n'avertissent pas la machine qui va recevoir les données sont les protocoles dits non orientés connexion.

d'optimiser la rédaction, l'analyse et le traitement des principaux documents import/export dans le cadre d'une opération commerciale internationale.

67. Les acteurs sont obligés de gérer efficacement les relations avec les tiers, émetteurs ou rédacteurs des documents comme, les transitaires, les transporteurs et les banques. La maîtrise de la logistique dans le commerce maritime est un atout important pour l'importateur ou l'exportateur. Car cela lui permet de choisir le meilleur moyen de transport qui tient compte de la quantité et de la qualité de la marchandise. Pour ces raisons, la Chambre de Commerce Internationale a mis en place des règles et usances pour prendre en compte les relations entre les opérateurs économiques. Le but est d'harmoniser et d'unifier les échanges internationaux. Partant de ces considérations des documents usuels sont utilisés en matière de commerce international et peuvent être regroupés en quatre catégories essentielles : Les documents commerciaux (factures, bon de commande, contrat de vente, etc....). Ces types de documents précisent par exemple les caractéristiques essentielles de la marchandise et le prix. Ils comportent des renseignements sur l'acheteur et le vendeur (raison sociales, adresse,), sur la marchandise (nature, quantité, poids), sur les prix (devises, unitaires, totaux) et sur les conditions de vente (incoterm)¹³⁸.

A côté des documents commerciaux, on retrouve les documents du transport international de marchandises. Ces dernières expédiées d'un pays à l'autre font l'objet soit d'un transport maritime, soit d'un transport aérien ou enfin d'un transport terrestre. L'entreprise de transport remet un document au chargeur reconnaissant la prise en charge de la marchandise le (connaissance) ; il est uniquement utilisé dans le transport maritime ou encore la lettre de transport maritime LTM. Ils sont aussi appelés documents logistiques (liste de colisage, attestation de transport et certificat d'inspection). Pour les documents douaniers, la douane délivre des attestations de vérification et des autorisations liées à l'importation ou à l'exportation des marchandises. Elle délivre entre autre, la déclaration en douane, la demande d'escorte lors de l'acheminement des marchandises sous certains régimes suspensifs, la demande d'arrondissement, l'autorisation, d'embarquement et l'autorisation de débarquement du navire à l'import et enfin le certificat d'origine. Il faut aussi ajouter à cette liste les documents financiers qui sont des instruments et techniques de paiement à l'international (crédit documentaire). En somme, notre thèse se propose d'étudier l'ensemble de ces documents dans le cadre de la dématérialisation. Ainsi leur technique de création sous la forme originale

¹³⁸ Les incoterms (contraction des mots anglais : International Commercial TERMS) sont des termes normalisés qui ont pour but de définir les « droits et devoirs » des importateurs et des exportateurs (vendeurs ou acheteurs) qui effectuent des échanges internationaux et nationaux. Ils ont été créés par la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Les incoterms s'expriment par une abréviation anglophone en trois lettres suivies de trois points. Les trois points définissent le lieu exact où s'applique la règle incoterm négociée. Ils représentent un langage commun et on pour but de régler la répartition des frais liés au transport de marchandises et le transfert des risques au cours du transport. Ils apparaissent dès l'offre de prix et sur tous les documents commerciaux. Malgré les différentes mises en œuvre d'unification des pratiques du commerce international, le processus d'application des incoterms reste néanmoins complexe.

(paragraphe 1) est analysée de même que leur migration vers la forme dérivée (copie, scan) (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : les formats originaux des documents

68. Le débat ne porte plus sur la possibilité de dématérialiser les documents papiers ou sur leur élimination au profit du document numérique. Cette mutation soulève plutôt la question de la frontière entre ces deux techniques. Notre thèse se propose d'examiner sous l'angle de la technique et de la technologie les notions de support et de contenant. A travers cette approche conceptuelle, nous tenons à clarifier les notions pour procéder à une qualification des formats originaux et montrer les variations et similitudes technologiques autour des concepts de dématérialisation. Le format original est analysé, en évaluant simultanément sa valeur formelle et sa signification. Le terme « original » vient donc du latin « originalis » signifiant ce « qui existe dès l'origine »¹³⁹. Cette définition se rapproche à la notion Biblique d'« originel » caractérisant le « Au commencement¹⁴⁰, (...) ». C'est à dire le début, la toute première fois. Ce concept utilisé comme substantif, est défini par le Grand Robert comme un ouvrage humain dont il est fait des reproductions¹⁴¹. En ce sens le terme original peut être considéré comme émanant directement de son auteur et par extension est la source même.

69. L'original se rattache dès lors au document qui dispose d'un contenu cognitif voire informationnel. Mais qu'est-ce qu'un document ? Est-ce une pièce écrite servant d'information, de preuve ; ou encore une unité d'information correspondant à un contenu singulier¹⁴² ? Cependant, la communication de l'information n'implique pas forcément la médiation d'un document¹⁴³. Un simple échange verbal non enregistré par exemple peut contenir des informations. Toutefois, il ne renferme pas pour autant le caractère d'un document pour la simple raison qu'il n'est pas fixé et ne peut donc être conservé. Pour qu'il soit document, il faut que la communication soit formelle et durable en d'autre terme inscrite sur un support afin de pouvoir être par la suite stocké et archivé. Ce paradigme met en exergue l'importance de l'inscription matérielle, cette dernière variant selon les supports technologiques existants. Ainsi le document papier nécessite un support physique alors que le document numérique utilise des moyens électroniques pour une fixation et une lecture de l'information.

¹³⁹ G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8^{ème} éd. Paris, PUF, « Original »

¹⁴⁰ Livre de la GENESE, Chapitre 1, Bible.

¹⁴¹ Grand Robert en ligne, « *Original* » Nouvelle édition numérique

¹⁴² Larousse Français

¹⁴³ H. FONDIN., *Rechercher et traiter l'information*. Paris : Hachette éducation, 1994.

70. Le statut de document s'étend à tout objet quel qu'il soit, dès lors qu'une personne considère l'information dont il est porteur. Le transporteur maritime par exemple, quant il reçoit un courriel¹⁴⁴ à lui adressé par le chargeur, émet un objet sur lequel les informations concernant la marchandise les identités des parties sont inscrites. Cet objet est potentiellement un document de par sa signification¹⁴⁵. A ce stade, l'intention de communiquer donne au document tout le sens de son existence. La pensée basée sur la caractéristique essentielle du document lui donne sa particularité. Et le fait de le considérer comme un objet ce comprend mieux à travers l'étymologie du mot document. En effet, ce terme vient du latin *documentum* (enseignement, démonstration), dérivé de *docere*¹⁴⁶ (faire apprendre, enseigner). Or, il apparaît de cette définition une fonction de mise en rapport entre deux acteurs du commerce maritime ou même plus. Laissant apparaître exactement leur intention d'échanger ou du moins de commercer.

Dans le contexte du commerce international, il est nécessaire de prendre en compte le rôle des producteurs de document qui comme nous l'avons énoncé donne naissance au document original par la création de l'information. Leur besoin d'acheter, de vendre et de transporter, fait naître entre autre un besoin de communiquer ou de conserver une information en attachant à un support défini, une connaissance, un message. La conséquence immédiate aboutit sur la réception et au traitement de l'information.

71. Le principe de document émane alors, de la convention entre émetteur et récepteur partageant la connaissance des codes nécessaires à la production d'une part, et à la lecture, d'autre part, du contenu informationnel. De ce fait, le rapport entre l'information et le support est si étroit au motif que le document est synonyme de support. Toutefois la comparaison de plusieurs documents de même support suffit à comprendre qu'il existe une différence entre les documents. Cela signifie que, tout type de document est identifiable de par sa forme, qu'il présente et qui est le miroir d'une structure particulière. Un bon de commande se distingue d'un contrat de transport ou d'une facture ou encore d'un article de magazine.

La démarche structurelle du document est complexe dans la mesure où elle met en relation une multitude d'architectures, apportant des contraintes à l'organisation et à l'élaboration finale du document ; pour lui donner à la fois son type et son identité. En ce qui concerne la recherche, plusieurs modalités formelles ont été différenciées (*cf. Section 2 : la détermination des documents dématérialisés*). Par structure formelle, il faut comprendre la modalité sur laquelle le document est

¹⁴⁴ Le courriel est devenu la traduction officielle de, e-mail en France le 20 Juin 2003 suite à la publication au Journal Officiel. En 1997, la commission générale de terminologie et de néologie avait proposé le terme « courrier électronique », qui reste utilisable en tant que synonyme de, e-mail.

Le courrier électronique est un service de messages écrits et de documents envoyés électroniquement via un réseau informatique (internet) dans la boîte aux lettres électronique d'un destinataire choisi par l'émetteur.

¹⁴⁵ F. MOLIRANO, *Document et information*. In Défidoc, 2005.

¹⁴⁶ Dictionnaire Français Larousse.

conçu. Ainsi, la structure logique se rattache au contenu intellectuel du document ; c'est à dire au texte et à l'écrit (la donnée). Elle est conventionnellement rattachée à la catégorie du document (facture, bon de livraison, connaissance, bon d'enlèvement page internet, boîte aux lettres, etc.). Par ailleurs, le format organisationnel est nécessaire, en ce qui nous concerne, par les nouvelles technologies de l'informatique (facture électronique, contrat électronique, etc.).

72. Pour revenir à la notion d'original, nous comprenons qu'un document électronique dans sa version originale, présente une seule et unique forme, différente de sa version imprimée du fait qu'il change de support qui constitue le noyau physique du document étant entendu que le contenu ne change pas. Toutefois, la copie fiable a la même force probante que l'original¹⁴⁷ au sens de l'article 1379 du Code Civil Français. Par contre, l'impression sur papier d'une facture commerciale dématérialisée n'a pas la valeur d'un original¹⁴⁸.

73. A vrai dire, il n'existe pas de rupture entre le document traditionnel (papier) et le document numérique.¹⁴⁹ Néanmoins, des inquiétudes demeurent car, les concepts d'instabilité de sécurité et de confiance par exemple, sont pris en compte dans l'élaboration des documents. De sorte que la page web¹⁵⁰ ou le courriel qui apparaît à partir des résultats de recherche, n'est qu'une éventualité du document à un instant donné¹⁵¹, une actualisation de celui-ci peut le faire disparaître d'un seul clic. Pour ce qui est des documents dématérialisés, le contenu est menacé dans son intégrité s'il n'est pas protégé. Comment être certain que le message reçu émane bien de son créateur (document original) ? Le support en effet facilite la mobilité du document. Ce dernier circulant rapidement et facilement d'un ordinateur à l'autre.

74. Au fond, la typologie des documents dématérialisés, et leur disparité sont tributaires de leur multiplicité de format. Celui-ci dépend des applications et des systèmes d'exploitation qu'utilisent les acteurs du commerce maritime pour les créer. Le problème de l'unité documentaire posé par la thèse fait ressortir dès lors, l'une des conditions permettant d'octroyer aux documents dématérialisés le statut d'objet dont la souplesse garantit un meilleur archivage. Étant donné que, le regroupement de l'information sur un objet unique donne à l'information son caractère homogène. Pour cela, la notion de granularité de l'information étant étroitement corrélée au format, l'ambiguïté de l'information en est facilement écartée.

En somme, les incertitudes sur la dématérialisation de certains documents (connaissance, document bancaire et fiscal) relevées dans le cadre de l'étude, démontre la nécessité d'une réforme

¹⁴⁷ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016- art. 4.

¹⁴⁸ Article 289 bis/289 V 1^{er} alinéa du Code Général des Impôts (loi n°2012-1510 du 29 décembre 2012- art. 62 (V)

¹⁴⁹ MAS, S., *Propos généraux sur la notion de document*. In *Archive Ouverte en Science de L'information et de la communication* (en ligne), <http://archivesic.ccsd.cnrs.fr>; 2003.

¹⁵⁰ Une page web est constituée d'une ou de plusieurs ressources distinctes du World Wide Web dont la principale ressource est un document écrit dans le langage HTML.

¹⁵¹ A. TRICOT, *Apprentissage et recherche d'information avec des documents électroniques*. (Mémoire en vue de l'habilitation de diriger des recherches. Discipline : Psychologie, soutenue le 15/12/2003.

homogène et transversale pour mieux encadrer la dématérialisation et ainsi lever l'ambiguïté entre le document original papier et la copie numérique.

Paragraphe 2 : les formats dérivés des documents dématérialisés

Depuis l'avènement de l'informatique, la dématérialisation des documents est devenue une nécessité incontestable pour tous les acteurs du développement économique et social. Des projets de numérisation des documents papiers se multiplient dans tous les secteurs et plus particulièrement dans le domaine du commerce maritime. La remarque qui s'invite à ces initiatives est que la tentation est énorme du fait de vouloir accélérer le processus d'élimination du support papier. Cette action n'est pas sans susciter une certaine méfiance chez les opérateurs économiques (assureurs, banquiers, trésor) et chez les juristes. Ces derniers s'interrogent entre autre, sur le statut, la valeur et le format conférés à la copie numérique. Partant de ces considérations, l'examen des enjeux des formats dérivés sous l'angle des techniques de création des documents, sera proposé.

75. Dans ce contexte, nous appelons document dérivé tout document qui n'entre pas dans le champ de définition du document original. Par conséquent un document scanné (numérisé) photocopié n'est pas un document original, c'est un document dérivé. Cette notion doit être comprise dans le cadre de la dématérialisation comme le passage du physique à l'immatériel et vice versa. Donc dans le premier cas un document est créé sur support papier et est ensuite numérisé, dans le second cas c'est l'inverse qui se produit, le document papier est photocopié. La copie numérique est en effet le résultat de la translation d'un document papier original vers une forme numérique. La qualification technique du document dérivé passe nécessairement, encore une fois, par l'examen des notions d'original et de copie. Le document original ayant déjà fait l'objet d'étude dans le premier paragraphe de cette section, nous nous focaliserons uniquement sur la copie (scanner) et sur la photocopie.

76. Plusieurs techniques permettent de créer des documents dérivés : il s'agit entre autre, de la technique du « scanner », le fait « d'imprimer sur papier » et la « photocopie ». La photocopie¹⁵² étant un simple duplicata ou du moins la reproduction du document papier original via un dispositif électronique communément appelé « photocopieuse », ne fait pas dans cette étude, l'objet d'une réflexion approfondie dans la mesure où ce type de document dérivé n'intéresse pas pour autant, la dématérialisation : c'est un document physique.

¹⁵²38 Dictionnaires et Recueils de Correspondance (Media DICO) : processus de reproduction d'image sur un matériel sensible (papier), par propagation de l'énergie (lumière visible, ultraviolet, rayonnement). Les premiers procédés photographiques furent développés au XIX^e siècle par le français L.J.M. DAGUERRE et l'anglais Fox TALBOT.

77. Par contre, selon le dictionnaire français en ligne LINTERNAUTE, un scan est le résultat d'une numérisation d'un document qui est passé sous un scanner afin de l'enregistrer dans une version numérique sur un ordinateur. Le terme peut être aussi une contraction du mot scanner¹⁵³. Du reste, le document dérivé « numérisé » doit être considéré comme la conversion des informations d'un support papier (texte, image) en données numériques que l'ordinateur peut traiter. Le scanner¹⁵⁴ est donc un dispositif (appareil) qui dématématise le document physique par un copiage de l'original papier sur le support électronique. Toutefois, le document perd sa qualité d'original dès l'instant qu'il ne se trouve plus sur son support premier. Or, la numérisation sous forme électronique du document physique n'est qu'une copie par rapport à l'original papier (c'est un transfert de support). Dans un objectif de conservation, la numérisation vise à reproduire dans son intégralité et au plus près le document original au moment du scan sans chercher à l'améliorer. D'un autre côté, le fait d'imprimer¹⁵⁵ peut être compris dans le sens de la dématématisation comme, le procédé par lequel la donnée numérique prend la forme physique par un transfert du support numérique au support papier. De ce fait, l'imprimante est conçue pour permettre la création et la conservation sur support papier des données produites par des programmes informatiques. En somme, dématématiser un document repose sur le fait de le transformer en l'inscrivant sur un support électronique. Par exemple l'information de transport ou le contrat de vente qui est stockée et transmise sur support papier, peut être scannée (numérisée) sur support électronique et diffusée par échange de données.

Ainsi, deux formes de dématématisation ont été étudiées : D'une part, la dématématisation des documents dits « originaux » qui repose sur la saisie directe des informations dans le système informatique, permettant aux entreprises de partager et de recevoir directement des documents entrants ou d'émettre des documents sortants sous forme de données ou d'information numérique. D'autre part la dématématisation de documents dérivés (copie), comme les pièces jointes, les bons de commande, les factures, les titres de transport (...) ; reçus au format papier puis numérisés (par scanner) afin de les stocker et de les archiver ou encore les partager via le système interconnecté. *(Les aspects juridiques des documents originaux seront étudiés dans le titre II de cette partie).*

¹⁵³ Dictionnaire français en ligne : <http://www.linternaute.com/dictionnaire/fr/definition/scan/>, 07/2016.

¹⁵⁴ Scanner ou Scanneur est un appareil qui procède à l'exploitation séquentielle d'une surface par balayage en vue d'en obtenir une image.

¹⁵⁵ Media DICO : faire ou laisser une empreinte sur quelque chose (reproduction automatique de l'information à la sortie d'un ordinateur par l'intermédiaire d'une imprimante).

CHAPITRE II : Les mécanismes à la base de la conception

technique des documents

Le transfert de message sur internet est souvent non sécurisé. Cependant, les échanges peuvent être sécurisés par des protocoles de cryptage tels que SSL¹⁵⁶. Il est souvent préférable de mieux identifier l'émetteur et le récepteur du message, plutôt que d'établir l'authenticité du matériel ou des applications (navigateur web). De ce fait le récepteur d'un message possède la preuve indéniable et concrète de l'identité de l'émetteur. Mais deux risques demeurent et indisposent les opérateurs utilisateurs du web : d'une part une personne intermédiaire peut se faire passer pour l'émetteur du message, ou d'autre part que le récepteur ne puisse plus prouver que le message reçu est bien le message que l'émetteur lui a transféré. Les mécanismes d'authentification des documents (**section 1**) et la conservation de l'intégrité des informations émises permettent d'y répondre (**section 2**).

SECTION 1 : Le mécanisme d'authentification des documents

électroniques

78. Il existe un moyen fréquent et constant d'authentification des données électroniques. Cette méthode est le fruit d'une multitude de recherches sur la cryptologie¹⁵⁷ des clés asymétriques. Dans le mécanisme d'authentification, les signatures numériques occupent une place importante. Différentes techniques sont utilisées pour reproduire la signature manuscrite. Et les signatures numériques définies par « NIST SP 1800 » (National Institute of Standards and Technology),¹⁵⁸ reproduisent les sceaux de cire utilisés dans l'antiquité pour cacheter les lettres administratives en général. Or, le sceau peut être comparé à une clé de signature secrète qui ne doit être possédée que par le signataire. C'est sur cette base que la signature numérique est conçue (**paragraphe 1**). Par ailleurs, la mise en place d'un processus rigoureux de vérification des identités préalable à l'échange de données informatiques représente un coût conséquent pour les opérateurs économiques

¹⁵⁶ Conçu par Netscape, SSL est un protocole se plaçant entre la couche application et la couche transport permettant d'assurer la confidentialité, l'authentification et l'intégrité des données lors des communications. Disponible sur www.linux-france.org/prj/edu/archinet/systeme/ch23s05.html. 10/2016.

¹⁵⁷ Le concept de cryptographie des clés asymétriques permet à une entité émettrice (une personne, un serveur ou un programme) d'envoyer un message sécurisé à une entité réceptrice. Pour cela, l'opérateur émetteur crypte le message en utilisant la clé publique du récepteur. Cette clé est diffusée de telle sorte que tout émetteur puisse utiliser la clé publique du récepteur pour crypter la donnée. Le message crypté est ainsi illisible et ne peut être décrypté que par la clé privée correspondante. La clé privée doit être conservée de manière sécurisée par le récepteur, qui ne doit pas la publier.

¹⁵⁸ L'institut nord-américain NIST produit des référentiels (préfixés « SP » pour Spécial Publication concernant toutes les technologies dont une série est réservée à la sécurité des technologies de l'information. Disponible dans <http://csrc.nist.gov/publications/PubsSPs.html>.

qui font appel aux autorités de certification. Mais l'importance est que les certificats numériques validés par les organes étatiques en charge de leur réglementation, soient couramment utilisés pour sécuriser et authentifier les communications sur internet et au sein des intranets des entreprises (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : le mécanisme de la signature numérique

79. L'informatique et le juridique sont aujourd'hui indissociables du fait du commerce électronique et le droit est mis à l'épreuve des concepts technologiques. Il est temps pour les juristes de comprendre les mécanismes à la base de la création des documents numériques pour, le cas échéant en déterminer l'aspect juridique. Dans ce sens, Philippe GARO disait que : *« l'informatique n'est pas notre monde. En conséquence, nous ne pouvons pas avoir l'outrecuidance (prétention) de décrire le fonctionnement de la signature électronique d'une façon hautement technique. Au demeurant, il est néanmoins nécessaire de cerner le fonctionnement général de la mise en place d'une signature électronique qui aura pour but de permettre d'identifier l'émetteur du document sur support électronique et de garantir que ce même émetteur s'est vraiment engagé sur le bon document qui sera reçu par le destinataire¹⁵⁹ »*. Il est dès lors utile pour nous de comprendre le mécanisme de la signature électronique. En effet, la signature numérique est un mécanisme qui permet d'authentifier un message, autrement dit de prouver qu'un message provient bien d'un expéditeur donné, à l'instar d'une signature sur un document papier. Par exemple un importateur veut signer numériquement un message destiné au transporteur. Pour ce faire, l'importateur utilise sa clé privée pour chiffrer le message, puis envoie le message accompagné de sa clé publique.

80. Selon la norme ISO 7498-2 :1989, la signature électronique est conçue comme l'ensemble des données ajoutées à une unité de données, ou transformation cryptographique d'une unité de données, permettant à un destinataire de prouver la source et l'intégrité de l'unité de donnée protégeant contre la contrefaçon¹⁶⁰. La signature électronique est de ce fait étroitement liée à l'identité numérique du signataire. C'est ce lien fort qui scelle un accord, affirme une position ou

¹⁵⁹ PH. GARO, *l'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique*, Bibliothèque du Centre de Droit Maritime et des Transports, Aix-Marseille, 2012, p.312

¹⁶⁰ Modèle de référence de base des systèmes de traitement de l'information, Interconnexion de Systèmes Ouverts. IL établit un cadre permettant de coordonner le développement des normes existantes et à venir pour l'interconnexion des systèmes. Disponible sur www.iso.org/obp/ui/fr/#iso:std:iso:7498:-2:ed-1:v1:fr consulté le 22/10/2016. Le modèle de référence de l'ISO 7498-2 connaît une 2^e partie nommée Architecture de sécurité. Cette partie donne une description générale des services de sécurité et des mécanismes associés qui peuvent être fournis par le modèle de référence. En effet la deuxième partie élargit le champ d'application de l'ISO 7498 afin de couvrir les communications sûres entre systèmes ouverts.

Pour plus d'information visitez le site www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue/catalogue_tc/catalogue_detail.htm.

encore garantit une conformité à la réglementation ; dans tous les cas, c'est une démarche qui revêt une importance pour la personne physique ou morale¹⁶¹.

81. Tout compte fait, la signature électronique nécessite : la garantie de l'intégrité du document, et un lien avec l'identité du signataire. Pour cela la cryptographie est utilisée. Or, pour identifier une personne sur internet, on a non seulement besoin d'une signature électronique mais aussi d'un certificat électronique. Par ailleurs, Les documents électroniques se caractérisent autant par leur contenu (les données ou informations), leur forme (les formats dans lesquels les données peuvent être structurées), que par le contexte national ou international ; économique ou administratif dans lequel ils sont créés. Données, formats et contexte forment le document électronique. Seul l'archivage et le stockage permettent de conserver ces informations. C'est pourquoi les techniques de conservation de ces documents doivent être comprises. En vue d'asseoir le fondement de la dématérialisation et de la reconnaissance juridique de l'écriture électronique.

On sait que la production de documents électroniques est multiple et obéit à plusieurs usages. Par conséquent, l'archivage électronique est l'ensemble des documents (issus d'un échange de données natives) produits ou reçus et conservés par les personnes privées ou morales ; dans le cadre de leurs activités. C'est entre autre, l'information véhiculée dans les courriels, les contrats électroniques¹⁶². Du fait de la complexité technique et fonctionnelle de la dématérialisation, il faut une distinction claire entre l'archivage, le stockage et la sauvegarde. Mais cette opération ne peut être effectuée sans pour autant définir le langage informatique qui est à la base de l'écriture informatique **(a)**. Le concept de support électronique sur lequel le document dématérialisé est directement créé, sera étudié dans son fondement technique et sa fonction. **(b)**

a. Le langage informatique

82. Pour mieux comprendre et appréhender la dématérialisation dans toute sa dimension, il est nécessaire d'étudier le langage électronique. Non pas dans sa dimension technique, mais dans sa compréhension matérielle équivalente à la technique d'écriture sur papier. On désigne en effet, par *langage* tout système de signes vocaux (paroles) ou graphiques (écritures) permettant aux individus d'exprimer leur pensée pour communiquer entre eux¹⁶³. Cette définition fait en générale référence à

¹⁶¹ P. COLIN, Préface du Guide de la signature électronique de la Fédération des Tiers de Confiance du Numérique (FNTC), Octobre 2013. La Fédération des Tiers de Confiance est née à la suite de la publication le 13 mars 2000 de la Loi "portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique". Elle avait alors vocation de structurer les échanges numériques naissants, autour des deux "piliers" : signature électronique et archivage électronique.

¹⁶² Selon le code du patrimoine, article L211, modifié par l'article 1 de la loi n°2008-695 du 15 Juillet sur les archives (France)

¹⁶³ Dictionnaire LAROUSSE en ligne (www.larousse.fr) (01/08/2016).

la notion de langage naturel suivant la convention des mots formés par les lettres d'un alphabet ; renfermant une syntaxe rigoureuse et riche en sens. A ce niveau, c'est l'homme qui est impliqué dans le maniement des signes (écriture) et non l'ordinateur. Or, le langage informatique communément appelé programmation¹⁶⁴ est un langage permettant de formuler et de produire des algorithmes¹⁶⁵ et des programmes informatiques qui appliquent ces algorithmes¹⁶⁶. En conséquence, le langage de programmation sert à commander les circuits des ordinateurs permettant à l'homme de communiquer avec la machine. Le langage de programmation constitue en effet, en informatique, l'ensemble des signes (l'alphabet du langage) et des règles (syntaxe) utilisés pour programmer les ordinateurs.

83. Toutefois, l'utilisateur qui veut transmettre ses ordres à l'ordinateur le fait par l'intermédiaire des langages de programmation. C'est derniers se situent en quelque sorte à mi-chemin entre le langage humain et le langage machine. C'est-à-dire, qu'ils sont suffisamment proches des langages humains qu'ils peuvent être écrits, compris et modifiés. En outre, ils sont définis de façon stricte, de sorte que les programmes qui les utilisent sont traduits dans le langage machine de n'importe quel ordinateur. En somme, l'ensemble des mots formés à partir de l'alphabet constitue le vocabulaire du langage de programmation. Le résultat apparaît, visible, lisible et compréhensible sur l'écran pour ensuite être interprété, traduit, diffusé, archivé ou stocké. Après avoir défini la notion de langage informatique, nous nous intéresserons à la distinction entre l'archivage et le stockage **(1)** avant d'étudier l'aspect virtuel des documents créés sur un support électronique **(2)**.

1- La distinction entre l'archivage et le stockage des documents

84. La CNUDCI fournit davantage de précision sur les modalités de conservation de documents dans l'article 10 de la loi-type sur le commerce électronique, dont le titre est « Conservation des messages de données ». Cet article dispose que *« lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou information soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes :*

¹⁶⁴ Un ordinateur est une machine construite pour exécuter de manière séquentielle des fonctions primitives telles que les calculs arithmétique. Donc un programme est la traduction d'un algorithme dans un langage de programmation.

¹⁶⁵ L'algorithme est une suite d'instructions, qui une fois exécutée correctement, conduit à un résultat donné. Pour fonctionner, un algorithme doit contenir uniquement des instructions compréhensibles par l'ordinateur. Il est aussi constitué d'une suite finie de règles à appliquer dans un ordre déterminé à un nombre fini de données pour arriver avec certitude, en un nombre fini d'étapes, à un certain résultat et cela, indépendamment des données.

¹⁶⁶ LINTERNAUTE, www.linternaute.com/dictionnaire/fr/definition/langage-de-programmation 08/2016).

➤ *L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consulté ultérieurement ; et*

➤ *Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues ; et*

➤ *Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de dates et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent »¹⁶⁷.*

La production de document électronique est exponentielle. Chaque opérateur du commerce maritime produit sur son poste de travail des documents dont certains peuvent faire l'objet d'archivage ou de stockage. Dans le cadre du commerce maritime international, plusieurs documents sont créés ensuite partagés stockés et archivés. Du fait de sa complexité fonctionnelle et technique, de son caractère pérenne et juridique, l'archivage¹⁶⁸ électronique doit être distingué de la sauvegarde et du stockage¹⁶⁹. En effet, chacun obéit à des règles strictes et joue un rôle dans les transactions internationales.

85. Pour l'informaticien, l'archivage est vu comme une opération effectuée pour libérer de l'espace sur le disque dur. Il fait donc soit de la sauvegarde (procéder à des copies) soit du stockage (garder des données ou documents dans un espace). Pour archiver, il est primordial de bien gérer sa messagerie électronique¹⁷⁰. Autrement dit l'archivage électronique est l'ensemble des actions visant à identifier, recueillir, classer, conserver, sécuriser, communiquer et restituer des documents électroniques, pour la durée nécessaire à la satisfaction des obligations légales ou pour les besoins d'information. C'est par exemple l'exigence légale demandée au commerçant d'enregistrer et d'archiver, toutes les opérations commerciales, dans le grand livre. L'archivage électronique apporte une solution à la fois performante et économique ; dans la mesure où il permet de définir une configuration d'archivage propre à chaque activité et à chaque partenaire car cela évite dès lors d'envoyer une copie papier des factures ou connaissance dans chaque service. Par exemple l'archivage du manifeste permet de le transférer aussi bien à l'administration douanière qu'au service sanitaire. En droit, l'archivage électronique a vocation à conserver¹⁷¹ la valeur juridique des

¹⁶⁷ Loi-type CNUDCI, art. 10, consultable sur le site : www.uncitral.org.

¹⁶⁸ E. CAPRIOLI, « L'archivage électronique », JCP éd. G 2009 n°38.

¹⁶⁹ L'archivage électronique confère une valeur juridique aux documents allant de leur création (document natif) jusqu'à l'échéance de leur conservation

La sauvegarde est une copie de données d'un support sur un autre pour permettre la restauration de celles-ci à un état antérieur, en cas de panne du système informatique.

¹⁷⁰ Les définitions suivantes ont été retravaillées à partir des glossaires des normes ISO 16575-2 et de la norme AFNOR NF Z-42013.

¹⁷¹ C'est l'opération juridique ou matérielle destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine etc. G. CORNU, vocabulaire juridique.

documents depuis leur création jusqu'à leur destruction¹⁷². Or, le stockage électronique est le fait de garder des données ou des documents dans un espace. Cependant, c'est une opération qui ne vise pas à préserver ces données ou ces documents¹⁷³.

Il est sans nul doute admis que l'auteur du document électronique peut être dûment identifié par les moyens techniques que nous verrons dans les chapitres à venir. En effet, pour plus de garantie de la compétence juridique et de la validité de l'acte, le document établi doit être conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité en le mettant à l'abri de toute altération ou modification. Il faut comprendre par là que l'opération de conservation consiste à assurer la sauvegarde d'un droit et que ce mot est juridiquement synonyme d'archivage¹⁷⁴.

Le stockage et l'archivage font partie de la politique de gestion des risques inhérents au fonctionnement de l'entreprise. Dans la continuité des pratiques du stockage et de l'archivage des documents papier, et pour les mêmes raisons, l'entreprise est actuellement en mesure de stocker et d'archiver des documents dématérialisés¹⁷⁵.

86. Il est clair que dans une société numérique, une grande partie des informations et des documents sont en corrélation avec notre vie privée et professionnelle. Pour les armateurs, les chargeurs et les entreprises, c'est leurs dossiers, fichiers ou encore ceux de leurs clients ou fournisseurs qui sont stockés ou archivés. En conséquence, et contrairement aux documents papiers, un document numérique se conserve et se duplique sans aucune altération. Mais puisque rien n'est éternel, on ne peut intégrer dans cette acception les archives électroniques. Cela veut dire que quelque soit le support la garantie de conservation ne peut durer une éternité. Comme le papier se dégrade au fil des années, l'ordinateur (disque dur, clé USB) connaît aussi le même sort. Cette inquiétude soulève notamment la problématique de la garantie et de l'intégrité des informations stockées et archivées. Les techniques de stockage et d'archivage règlent ce problème et nécessitent une façon de faire basée sur la connaissance et la maîtrise des systèmes d'exploitation.

La réduction des risques de destruction est le domaine où le stockage et l'archivage électronique présentent le plus d'avantages par rapport aux méthodes traditionnelles. En effet, ces derniers permettent de mettre en place un contrôle strict et une traçabilité complète des accès aux archives¹⁷⁶ pour renforcer au mieux la confidentialité des documents. D'ailleurs, la perte des documents stockés et archivés lors de leur consultation est limitée voir nulle avec l'avènement des serveurs de

¹⁷² Éric CAPRIOLI, « *signature électronique et dématérialisation* », LexisNexis, 2014, p. 193.

¹⁷³ Vadémécum (document électronique) 2013, la gestion des courriels, (Archives nationales fontainebleau direction des archive nationales France 2010).

¹⁷⁴ Éric CAPRIOLI, *op-cit*, p. 191.

¹⁷⁵ Guide de l'archivage électronique et du coffre-fort électronique, FNTC (Fédération Nationale des Tiers de Confiance), 2010.

¹⁷⁶ L'archivage est expressément prévu à l'article 1366 du Code civil français.

stockage. Cette situation est possible grâce à l'aspect virtuel des documents et leur bonne gestion à travers le système informatique.

2- La gestion électronique des documents

Dans le commerce maritime international : les informations utilisées dans les connaissances, lettres de transport maritime et manifestes ; pour le transport, la logistique, le dédouanement, se retrouvent en grande partie dans les écrits comme les contrats, les factures, les chartes party, les bons de commande, etc. Ce qui veut dire que plus de 80% de l'information des transactions du commerce mondial existe sous forme de documents papier ou électronique. L'agencement de ces informations se fait avec le langage et les outils informatiques. Ainsi le document électronique se trouve au milieu des préoccupations et prend une importance stratégique du fait qu'il est l'outil de communication privilégié dans le cadre des transactions internationales de partenaire à partenaire (intranet) et de partenaire à gouvernement.

Les acteurs économiques utilisent le potentiel de la technologie qui permet une meilleure gestion des documents, une réduction des coûts et un gain de temps considérable. L'objectif de ce paragraphe est de décrire de façon structurée les types de documents courants utilisés dans la pratique du commerce maritime car le sujet soulève la problématique particulière reliée à l'utilisation des supports électroniques dans les échanges de documents. Les éléments constitutifs de la structure logique d'un document, les attributs et les valeurs qui façonnent les données doivent être étudiés.

87. La gestion électronique des documents est définie dans le Dictionnaire encyclopédique de l'information comme un ensemble de logiciels ayant pour rôle de réaliser les diverses étapes de la chaîne de traitement d'un document comme par exemple l'acquisition, la restitution et la diffusion¹⁷⁷. C'est la fonction de l'EDI.

Nous l'avons vu, la numérisation permet de passer d'une représentation analogique de la réalité à une représentation numérique par échantillonnage¹⁷⁸. Ce qui veut dire que la digitalisation (numérisation en français) est la transformation d'un objet réel (document papier) en une suite de nombres que l'ordinateur traduit en langage lisible et compréhensible. Ainsi, dans l'environnement du commerce maritime, il est important que les documents soient réutilisables et interchangeables.

88. Lors de l'enregistrement des documents (contrats, connaissance, LTM, factures, bons à enlever, etc.) dans un format donné, il faut qu'il puisse être accessible durant tout le circuit. La

¹⁷⁷J. CHAUMER, *Gestion électronique de document*. In CACALY, Serge et al ; Dictionnaire encyclopédique de l'information et de la documentation. Nouvelle éd. Paris : Nathan, 2001. P.250-252

¹⁷⁸J.Y PRAX ; LARCHER, Simon, *La gestion Électronique Documentaire*. Paris : Dunod, 2004. P.52.

création de document standard favorise l'interopérabilité et la portabilité des documents. L'élaboration par exemple, du standard XML¹⁷⁹ répond de façon technique aux exigences de la création des documents numériques. Il favorise entre autre la diffusion et la consultation des documents sur des applications et des médias divers, tout en conservant le document dans son intégrité et en garantissant sa pérennité.

89. Pour nous le document électronique renferme des informations virtuelles. Et ces informations sont constituées de données et de structures logiques. Si on se réfère au modèle de contrat électronique de vente ou de transport, les éléments d'information sont extraits des premières pages (identification des parties, conditions d'exécution, clause attributive de compétence, etc.). Dans notre contexte, le terme « donnée » nous permet de distinguer les types de document. Par exemple : le contrat de vente se distingue du contrat de travail de par son contenu. La structure logique quant à elle correspond au marquage des parties internes qui composent le document. La rédaction du contrat de travail par exemple obéit à une certaine logique d'écriture reconnaissable par tous (identification des parties, type de contrat, durée du contrat) de même que la facture commerciale (identification des marchandises, leur quantité, leur prix et leur origine) et presque tous les documents administratifs sont structurés dans cette même logique.

90. Cependant, dans le contexte de la dématérialisation, les éléments de données sont saisis dans l'ordinateur par les créateurs et les utilisateurs (armateurs, administration douanière, transitaires...). Il convient que cette intervention humaine soit réalisée pour guider l'automatisme informatique car même si l'ordinateur est intelligent, il n'est pas encore en mesure d'interpréter le volontarisme contractuel.

Ainsi l'opérationnalisation des données dans le système informatique passe par l'établissement d'un format commun. Pour les acteurs du commerce maritime, la gestion des documents consiste à indexer un grand nombre de données numériques aux formats les plus divers (texte, image...) selon les critères définis aussi bien par les normes internationales que par les entreprises. Or, ce mode de gestion suppose en particulier de mettre en place des systèmes informatiques puissants et compatibles avec l'ensemble des systèmes existants. De ce fait, l'exploitation efficace des modèles de LTM, de connaissance de contrat, de facture client/ fournisseur et formulaire est optimale.

Il est à noter que la plupart des documents échangés dans le commerce sont au format A4¹⁸⁰. Dans la désignation des formats, le nombre qui suit la lettre A indique le nombre d'opérations de

¹⁷⁹ XML (Extensible Markup Language) est une famille de langage qui fait l'objet d'une recommandation par le W3C (World Wide Web Consortium fondé en 1994 pour promouvoir la compatibilité des technologies du Web) Le fichier XML est accompagné d'une feuille de style décrivant l'apparence physique du document et d'une DTD (Document Type Définition) présentant la structure logique du document (elle fournit un référentiel de balise qui permet de structurer le document identifiant ainsi les différents éléments du document exemple : titre et auteur).

¹⁸⁰ L'organisation internationale de normalisation (ISO) fixe les principaux formats papier d'usage général en mars 1967. La norme NFQ 02-000 homologuée en France définit depuis 1969 les formats A4.

division qui ont été faites à partir du format de base auquel est attribué le nombre 0. Par exemple, A4 correspond au format A0 divisé une première fois pour donner A1, une deuxième pour donner A2, une troisième pour donner A3 et une quatrième pour obtenir A4. C'est pour dire qu'en général, c'est ce type de format qui s'affiche sur l'écran de l'ordinateur lors de la saisie des données. Et tout le concept de support de l'écriture électronique repose sur cette architecture de format. Mais le format A4 de l'ordinateur ne perd son caractère virtuel que s'il est imprimé.

Toutefois, les documents EDI sont directement traités par les ordinateurs sans l'intervention humaine, alors un format standard est nécessaire pour que l'ordinateur soit en mesure de traiter les documents. Comme nous l'avons vu un peu plus haut, le format standard permet de définir le type et la forme de l'information exigés (nom, date de naissance, nombre entier ou décimal). Sans l'uniformisation des formats, chaque partenaire commercial enverrait à son cocontractant des documents en utilisant son propre format. Et puisque l'anglais ne parle pas allemand l'ordinateur de ce dernier ne pourrait pas lire le document. Pour échanger ils doivent utiliser le même langage. Actuellement il existe plusieurs normes en matière d'EDI, c'est notamment la norme TRADACOMS, ANSI, EDIFACT, pour chaque norme il existe différentes versions comme ANSI 5010, ou EDIFACT version D12, Release A. C'est la norme qui détermine l'architecture du support.

b- L'architecture du support de l'écriture électronique

Le concept de support doit être compris dans sa diversité, son caractère et son rôle. Qu'est-ce que le support de l'écriture électronique ? Pour répondre à cette question, il nous faut comprendre les motifs du choix d'un support, l'exploitation de leur surface et de leur matière. On sait depuis longtemps que l'ordinateur a la capacité de traiter des données et qu'il participe à la construction des documents. Ainsi divers logiciels sont utilisés pour fixer l'écriture, alors que la force de fixation des données dépend autant du dispositif matériel que du logiciel qui accueille l'inscription. On note aussi que c'est en raison de leur relation aux supports et aux formats qui les portent que les différents documents informatifs peuvent simplement énoncer quelque chose pour un usager. Il suffit pour s'en convaincre de constater que, dans la plupart des cas, le support de l'écriture correspond au format déjà défini. L'extension de l'analyse du support et de la notion d'écriture conduit alors à s'intéresser à la structure matérielle (ou technique) du support **(1)**, et à la manière dont elle offre au destinataire une surface d'inscription, et une surface de déchiffrement ou d'action **(2)**.

1- Le fondement technique

91. L'information doit exister pour que l'ordinateur puisse la gérer. Il s'agit de l'acquisition directe sous forme numérique du document à travers le texte saisi sur un logiciel. Il existe plusieurs logiciels pour créer un document dématérialisé. C'est pourquoi il est important de bien connaître ses besoins et de choisir la technologie adaptée aux types de documents (selon qu'on rédige un contrat, une facture, un bon de commande, etc.). Ainsi, lors de la création d'un document, le choix de la technique et du format est primordial car cela doit se faire en fonction des usages internationaux. Dans ce cas, la modification se fait facilement pour une réutilisation antérieure ; les modalités de création et d'acquisition sont respectées pour un meilleur accès et une interopérabilité entre les systèmes. Mais souvent, dans beaucoup de cas, c'est le problème d'interopérabilité des systèmes qui se pose ce qui fait que le choix du format est important. En effet, la lecture de documents dématérialisés nécessite le recours à des appareils spécifiques voire sophistiqués, à la fois matériels (ordinateur, lecteur) et logiciels (système d'exploitation). Or le matériel et les logiciels évoluent. C'est notamment ce qui fait la différence des technologies entre les pays développés et ceux en développement car dans beaucoup de ces pays, certaines versions de logiciels ne sont pas compatibles pour lire les documents produits dans les pays développés.

92. Le fondement technique du support doit se comprendre dans le contexte de la dématérialisation comme la base sur laquelle l'information est fixée. On remarque alors une coexistence de nombreux formats incompatibles et parmi ces derniers il faut distinguer les formats propriétaire¹⁸¹ de type texte. Tel que les formats de Microsoft (word excel power point...) et le format d'Adobe (PDF) devenu une norme ISO¹⁸². C'est le format de fichier qui préserve les polices, les marges, les objets graphiques et la mise en forme de tout document source. La restitution du document est fidèle à l'original et ne dépend ni de la configuration de l'ordinateur, ni de la version du logiciel.

L'environnement technique de la dématérialisation, se caractérise par l'utilisation des logiciels, des formats de documents et des systèmes d'exploitation. Mais le risque est de négliger certaines contraintes techniques et de mettre en place un outil inadapté aux besoins et aux applications existantes. Une analyse fine de l'existant permet d'éviter de tels risques et doit notamment

¹⁸¹ Les formats propriétaires sont élaborés par des sociétés privées destinés à être utilisés avec des logiciels ou appareils vendus par cette même entreprise dont les modes de représentation ne sont pas publiés.

¹⁸² ISO (International Organization for Standardization) 1947 : Une norme qui désigne un ensemble de spécification décrivant un objet, une manière d'opérer. Il en résulte un principe servant de règle et de référence technique. Les normes sont élaborées par des organismes dont les plus connus sont au niveau international. Au niveau français il y'a l'AFNOR (Association Française de Normalisation). Pour PDF/A-3: il y'a la norme ISO 19005-3 publiée en octobre 2012 qui définit des sous ensembles du format PDF à des fins d'archivage à long terme de documents électroniques. Cette spécification PDF/A-3 publiée par l'ISO garantit la sécurité et la fiabilité de la diffusion et des échanges de documents électroniques.

favoriser, le recensement des documents dématérialisés. De plus, l'identification des usages (fonction) et la spécificité de chaque document (format, taille, nature, valeur juridique, volume) est pris en compte pour asseoir un modèle standard de document. Cette analyse permet aussi de comprendre les choix concernant les supports et la capacité de stockage des systèmes et le niveau de sécurisation des données.

D'ailleurs, dans le premier chapitre nous avons présenté l'ordinateur comme un ensemble de circuits électroniques interconnectés. Pour établir la communication entre ces éléments matériels et l'homme, considéré comme l'utilisateur. Pour cela, il est nécessaire d'avoir une interface appropriée qui rend possible la communication entre l'homme et la machine d'où l'importance d'étudier les systèmes d'exploitation de ce support.

2- Les systèmes d'exploitation

Pour appréhender cette notion nous en préciserons d'abord la définition et le rôle dans un environnement dématérialisé. Puis, nous passerons en revue l'utilisation de ces systèmes par les différents acteurs du commerce maritime mondial.

93. De façon générale, le Système d'Exploitation (SE) ou en anglais Operating Système (OP), est l'ensemble des programmes¹⁸³ centraux d'un appareil informatique qui sert d'interface entre le matériel et les logiciels¹⁸⁴. Il est en effet, un logiciel qui permet d'utiliser l'ordinateur, élément matériel, de façon optimale et équitable. Le terme logiciel est pris ici dans le sens de programme intégrés exécutant un ensemble de tâches reliées. Il facilite ainsi l'exploitation des périphériques matériels dont il coordonne et optimise l'utilisation ; il met à la disposition des logiciels une interface de programmation standardisée et réalise différentes fonctions visant à assurer la fiabilité (tolérance aux pannes, détection des fautes) et la sécurité informatique (traçabilité, confidentialité, intégrité et disponibilité). Dans l'ordinateur, le système d'exploitation gère le ou les processeurs¹⁸⁵ ainsi que la mémoire. Il fait fonctionner les périphériques (clavier, souris, écran, disque dur), il gère aussi l'affichage de l'écran et détecte les actions de l'utilisateur. C'est le système d'exploitation qui affiche les fenêtres¹⁸⁶ et présente le contenu des unités de stockage (disque dur, CD, DVD...). En résumé, un système d'exploitation est avant tout un logiciel essentiel au fonctionnement d'un ordinateur. Il fournit une interface permettant la communication entre l'humain et la machine par

¹⁸³ INTERN@UTE, Dictionnaire Français en ligne : la programmation informatique est l'écriture de programmes servant à créer un logiciel. Un programme contient l'ensemble des informations nécessaires pour que le logiciel remplisse sa tâche. www.linternaute/dictionnaire/fr/definition/ :16/08/2016

¹⁸⁴ Lexique de l'informatique « définition système d'exploitation » sur : www.additeam.com/SSII/systeme-d'exploitation-os/. 11/08/2016. 22h 32.

¹⁸⁵ Le processeur est un circuit électronique qui effectue les opérations arithmétiques et logiques

¹⁸⁶ La fenêtre est un cadre dans le bureau qui affiche le contenu d'un programme, d'un répertoire ou d'un fichier créé par un traitement de texte.

les différents logiciels d'application, tels les traitements de texte. C'est grâce à lui aussi que ces logiciels peuvent accéder aux ressources matérielles de l'ordinateur ; il peut ainsi recevoir des commandes du clavier ou de la souris et afficher les résultats à l'écran. Comme système d'exploitation nous avons Windows avec ces multiples versions dont le plus utilisé est Windows XP.

94. D'une part, maîtriser les systèmes d'exploitation, c'est maîtriser le circuit informationnel d'échange de données et c'est aussi gagner la bataille des flux d'informations mondiales¹⁸⁷. Il est sans nul doute admis que les nouvelles technologies définissent un nouveau système de production, de distribution et de consommation de l'information dans un contexte où celle-ci est devenue facteur clé pour les échanges commerciaux. L'utilisation des systèmes d'exploitation suscitée par la dématérialisation dérive précisément du fait qu'ils permettent la création rapide de documents numériques (simple saisie), de manipuler les documents, et de faire circuler un volume considérable de données d'un point à l'autre du monde. D'autre part, la maîtrise des systèmes d'exploitation constitue une des conditions décisives pour élaborer de bon document tel que les factures les contrats et les titres de transport dans un système dématérialisé. C'est aussi la condition majeure que doivent remplir les acteurs du commerce maritime pour devenir ou rester compétitifs. La gestion et la maîtrise des systèmes d'exploitation favorisent la maîtrise de l'information et le traitement des données. L'information étant considérée comme la nouvelle monnaie du royaume international¹⁸⁸. Mais cette gestion de l'information est plus efficace si elle est centralisée et sécurisée.

Paragraphe 2 : le concept de certificat électronique dans quelques États

95. Le concept de certificat numérique est un corollaire du concept de signature numérique. Ainsi, l'identité du signataire est portée par son certificat, qui est un support de l'identité numérique, infalsifiable, délivrée par une Autorité de certification¹⁸⁹. A ce propos, Philippe Garo cite PIETTE-COUDOL Thierry, en ces termes : « *la première précaution consiste en la signature du message électronique. La seconde en la protection de la signature par un procédé sûr, le traitement cryptographique et la transmission de la clé publique du signataire au destinataire du message. (...) Une troisième précaution pour asseoir la confiance est la certitude de la correspondance entre la clé publique et l'identité de la personne. C'est pour satisfaire ce besoin qu'on introduit dans le*

¹⁸⁷D. ROTHKOPF, « *Dominer l'ère de l'électronique, vers un nouveau siècle d'impérialisme américain* », le monde diplomatique, Aout 1998. Dans ce contexte, la maîtrise de l'information est l'une des priorités majeures de la politique américaine

¹⁸⁸NYE, S. Joseph / OWENS A. William (anciens hauts responsables américains): « le monde diplomatique », 1998. (Ils assimilent le pouvoir de l'information au 21^e siècle à celui du nucléaire au 20^e siècle).

¹⁸⁹Guide de la signature électronique, op. , cit. p. 16.

schéma relationnel une tierce personne dite partie de confiance »¹⁹⁰. On remarque que l'intervention de la troisième personne dans le rapport bilatéral garantit la fiabilité de l'identité numérique. Elle permet la confiance entre les parties qui échangent des messages. La Fédération Nationale des Tiers de Confiance nous délivre le schéma de la chaîne de confiance dans leur guide de la signature électronique publié en Octobre 2013 ; en effet selon le guide, il existe une chaîne de confiance dans l'établissement d'une identité numérique. Cette confiance dit-il s'établit au travers d'une chaîne qui part du document signé pour aboutir au contrôle de la fiabilité de l'Autorité de Certification. Rappelons au passage que c'est l'ANSSI¹⁹¹ qui règlemente l'exercice de la profession de Prestataire de Service de Certification. Par conséquent, la confiance en la signature électronique réalisée à l'aide d'un certificat émis par un prestataire de service de certification reconnu par l'ANSSI découle de la confiance en cette même Autorité. Nous savons maintenant que le certificat sert à lier l'identité d'une personne à sa clé publique et que cette certification émane d'une autorité de certification qui se porte garante de l'exactitude des données certifiées.

Ailleurs au Sénégal, par exemple il est créé une commission nationale de cryptologie rattachée au secrétariat général de la présidence de la république. Cette commission est chargée de toute question relative au développement des moyens ou prestations de cryptologie au Sénégal. De même, les organismes exerçant des prestations de cryptologie doivent être agréés par la commission nationale de cryptologie¹⁹².

Au Maroc, l'Autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification électronique, a pour mission entre autre de proposer au gouvernement les normes du système d'agrément et de prendre les mesures nécessaires à sa mise en œuvre ; d'agréer les prestataires de service de certification électronique et de contrôler leurs activités¹⁹³. La loi Marocaine n° 53-05 reconnaît le contrat électronique et la signature électronique. Toutefois, pour adopter cette signature, il faut qu'elle soit sécurisée. Or cette sécurisation émane de la délivrance d'un certificat, le certificat est délivré par un prestataire que l'on nomme *tiers de confiance*¹⁹⁴.

¹⁹⁰ PH. GARO, *op-cit.* p. 318.

¹⁹¹ En France, l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information a été créée par le décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009 sous la forme d'un service à compétence nationale. L'Agence assure la mission de d'autorité nationale en matière de défense et de sécurité des systèmes d'information. Elle est rattachée au Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale, sous l'autorité du premier ministre. Source : www.ssi.gouv.fr.

¹⁹² Au Sénégal l'article 16. s. de la loi 2008 sur la cryptologie définit les conditions générales d'utilisation, de la fourniture, d'importation et d'exportation des moyens et des prestations de cryptographie

¹⁹³ Dahir n° 1-07-129 du kaada 14 28 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques. Bulletin Officiel N° 5584- 25 Kaada 1428 (6-12-2007). Disponible : www.egov.ma/sites/default/files/fileswysiwyg/Loi%20n°5305%relative%20à%20l'échange%20électronique20%électronique%20de%20données%20juridiques.pdf.

¹⁹⁴ Dans ce contexte, Sylvain ALASSAIRE, conseil juridique en droit des Affaires, Gérant-Associé du cabinet Allassaire Juriconseil et membre de la commission juridique, fiscale et social de la Chambre Française de Commerce et d'Industrie Marocaine disait dans une interview publié le 13 février 2015 « *Aujourd'hui, au Maroc, il n'existe pour l'instant qu'un seul prestataire autorisé par la Direction Générale de la Sécurité des Systèmes d'Information. [...] Loi donne la possibilité aux prestataires étrangers « tiers de confiance) de candidater au Maroc si leur pays d'origine a signé une convention de reconnaissance réciproque des prestataires* ».

En Côte d'Ivoire, l'Autorité en charge de la régulation des Télécommunications est habilitée à veiller à la sécurité des réseaux et systèmes d'information. A cet effet, elle procède : à l'audit et à la certification des systèmes d'information des personnes morales établies en Côte d'Ivoire et exerçant des activités de transactions électroniques ; elle délivre aussi les certificats électroniques (l'audit, le contrôle et la certification sont soumis à redevance)¹⁹⁵.

96. De ce point de vue, il est constant que presque tous les États ont mis en place une Autorité qui contrôle l'échange de données informatiques. En effet cela se comprend du fait que le circuit informatique est un domaine sensible car il met en exergue des informations individuelles touchant à l'identité même de la personne en général. Ainsi, à l'image des pays européens, certains États Africains sont très en avance sur la sécurisation des échanges informatiques. Il est dès lors utile pour nous de comprendre les notions de sécurité et de sûreté dans l'élaboration des documents électroniques. Si la sûreté protège contre les défaillances provoquées par des causes technologiques et fortuites, la sécurité est considérée comme une protection contre les défaillances provoquées par des causes mal intentionnées.

SECTION 2 : la conservation de l'intégrité des informations documentaires

97. L'une des causes de manque de confiance au système informatique de certains opérateurs du commerce maritime réside dans les failles de ces systèmes informatiques. Il est admis aujourd'hui que la sécurité informatique pose d'énormes problèmes aux activités économiques notamment les transactions bancaires où des numéros de comptes sont trafiqués. En effet, la sûreté et la sécurité mettent en relief le concept de risque qui est la potentialité que l'utilisateur d'un ordinateur connecté à Internet peut subir des dommages. La vulnérabilité est le niveau d'exposition face à une menace dans le contexte de la dématérialisation de certains documents. Tout cela trouve sa source dans les failles d'un système informatique. D'un côté, la sûreté appliquée aux systèmes informatiques et aux systèmes d'information en général recouvre énormément de domaines : failles des programmes, virus et compères, hack¹⁹⁶, failles techniques, mauvaises pratiques des utilisateurs (**paragraphe 1**). D'un autre côté, la sécurité informatique est l'ensemble des moyens mis en œuvre pour réduire la vulnérabilité d'un système contre les menaces accidentelles ou intentionnelles. Il

¹⁹⁵ Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire 12 septembre 2013

¹⁹⁶ Il existe une communauté, une culture partagée, de programmeurs expérimentés et de spécialistes des réseaux, dont l'histoire remonte aux premiers mini-ordinateurs, il y'a plus de vingt ans et aux premières expériences de l'ARPAnet. Les membres de cette culture ont créé le mot « hacker ». Il ya un autre groupe de jeunes qui se proclament « hacker » en s'introduisant à distance dans des systèmes informatiques et en piratant les systèmes à l'aide d'outils produits par d'autre. Disponible sur <http://ylescop.free.fr/mrim/cours/securite.pdf>.

faut alors identifier les exigences fondamentales en sécurité informatique pour comprendre l'aspect juridique de ces notions (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la sûreté des données dans les systèmes informatiques

« *La défiance est mère de sûreté* » Aristophane¹⁹⁷

Tous les acteurs du commerce électronique cherchent à se protéger contre les défaillances provoquées par la vulnérabilité¹⁹⁸ des technologies de l'information et de la communication. Et actuellement nul ne peut affirmer avoir maîtrisé totalement le fonctionnement des systèmes de l'internet. De ce fait chaque opérateur cherche les moyens efficaces de se protéger contre les attaques de leur système.

98. Dans ce sens, *les autorités* Américaines ont dû se résoudre à réviser les multiples intrusions informatiques dont ont été victimes un certain nombre d'administrations ainsi que quelque serveurs informatiques du très prisé NASDAQ, le marché boursier américain spécialisé sur les valeurs technologiques¹⁹⁹. Ce qui a fait que le FBI et les services de sécurité du président ont pris l'affaire au sérieux et ont fait appel aux entreprises de sécurité informatique les plus performantes pour essayer de trouver la piste des pirates. De plus, l'Union Européenne n'est pas en reste dans la mesure où elle a suspendu les transactions sur la Bourse carbone, victime d'une série de cyber attaques ayant entraîné le vol et la revente de quotas d'une valeur de 28 millions d'euros environ. L'Autriche, la Grèce, la République Tchèque, la Pologne et l'Estonie ont été visées²⁰⁰.

99. Dans ce contexte géostratégique tendu, la sûreté des espaces et, plus largement la sûreté de la haute-mer constitue un défi majeur face à de nombreuses menaces et activités illicites : piraterie, terrorisme, attaques informatiques (...) ²⁰¹. La sécurisation des mers et des océans implique la coopération croissante des États et des organisations régionales. C'est dans ce contexte que l'Union européenne a adopté, le 24 juin 2014, une stratégie de sûreté maritime.

¹⁹⁷ Aristophane né à Athènes (Grèce) en -450 et mort en -386. Son style, un mélange de poésie, d'humour et de grossièreté. Il critique les institutions, la justice, la politique et y promulgue des valeurs telles que la paix ou la sagesse. Source : www.linternaute.com/biographie/aristophane/

¹⁹⁸ Une vulnérabilité dans un logiciel ou un matériel informatique est une faiblesse de conception ou d'implémentation qui rend possible des attaques pouvant nuire aux différents aspects de la sécurité d'un système d'information : sa disponibilité, la confidentialité des données qu'il contient ou l'intégrité de leur traitement.

¹⁹⁹ www.logistique-securisee.fr/indexe.php/surete-informatique/44-failles-techniques/72-cyber-attaques-serveurs-nasdaq

²⁰⁰ Source : le figaro.fr publication du 07/02/2011 par Hayat GAZZANE

²⁰¹ Propos du premier ministre français dans « *stratégie nationale de sûreté des espaces maritimes* » adopté en conseil des ministériel de la mer du 22 octobre 2015. Disponible sur :

http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piecejointe/2015/11/strategie_nationale_de_surete_des_espaces_maritimes.pdf.

100. Par ailleurs, le guide de sécurité de Windows XP mis à jour le 20 octobre 2005 propose des informations pour évaluer et prévenir les risques d'attaque du système Microsoft Windows XP. Selon le guide, bon nombre d'entreprises commettent l'erreur de sous-estimer la valeur de leur infrastructure informatique²⁰². Une attaque du système informatique peut mettre hors service la connexion web et endommager l'intégralité des données stockées dans l'ordinateur, générant un manque à gagner ou une perte de confiance des clients et partenaires.

101. Au regard de ces attaques, l'échange de données et l'intégrité des documents sont menacés. S'il n'est plus contestable que le commerce et par conséquent les documents du commerce sont dématérialisés et adaptés à l'informatique, il n'en demeure pas moins que les acteurs du commerce doivent connaître les risques pour les maîtriser. En effet aucun préjudice ne doit mettre en péril la pérennité du commerce maritime surtout pour les pays en développement. Dès lors, la pertinence de l'analyse des risques de défaillance du système dépendra de l'identification correcte des moyens et mesures de sûreté à mettre en œuvre pour protéger efficacement les ressources du système informatique.

102. Si nous revenons à la notion de sûreté (prise non pas dans le sens d'une garantie fournie par l'engagement d'une caution) qui, elle-même est conçue comme l'état, le caractère ou la qualité de ce qui est sûr, de ce qui est à l'abri de tout danger, de ce qui ne court aucun risque, nous comprenons qu'elle est l'état de quelqu'un qui n'a rien à craindre pour sa personne ni pour ses biens parce qu'il aura pris les précautions nécessaires pour mettre ces biens en sûreté²⁰³.

103. Cette recherche nous a permis de faire le lien entre la sûreté informatique et la dématérialisation des documents car la défaillance d'un système informatique engendre l'insécurité et par conséquent la multiplication des attaques. Comme ce fut le cas aux États Unis le vendredi 21 octobre 2016 où une attaque informatique massive a paralysé une partie du web. En effet, l'attaque était de type « déni de service », *qui consiste à saturer un service de connexion pour le rendre inaccessible, a visé plus spécifiquement les services de Domain Name Système (DNS). Le DNS est en quelque sorte l'aiguillage d'Internet : lorsqu'un internaute tape un nom de domaine par exemple www.lemonde.fr, c'est le serveur DNS qui oriente automatiquement l'internaute vers le site désiré*²⁰⁴. Tout cela pour dire que même les géants en sécurité informatique ne sont pas épargnés. Ce qui rend ce type d'attaques difficile à contrer, rapporte *le Monde* (journal).

²⁰² Le guide décrit les principales contre-mesures de sécurité disponible dans Windows XP avec SP2, les vulnérabilités auxquelles elles permettent de parer et les potentielles conséquences négatives, le cas échéant, de la mise en œuvre de chacune des contre-mesures. Disponible sur <http://technet.microsoft.com/fr-fr/library/cc163069.aspx>

²⁰³ Définition toupie.org/Dictionnaire/sûreté.htm

²⁰⁴ Source *le Monde* du 22/10/2016 : « Une attaque informatique majeure a paralysé une partie du web pendant plusieurs heures. Voir aussi le site www.lemonde.fr/pixels/article/2016/10/21/_5018361_4408996.html.

L'afflux de connexions ne provient pas d'une seule source, qui pourrait alors être bloquée. Pour réaliser ces attaques, les pirates ont le plus souvent recours à un botnet²⁰⁵, un réseau de machines infectées qui participent toutes à l'attaque, à l'insu de leur propriétaire. Ainsi, comme nous l'avons vu dans ce paragraphe, la sûreté est un corollaire de la sécurité car cette dernière œuvre pour réduire la vulnérabilité d'un système contre les menaces accidentelles ou intentionnelles.

Paragraphe 2 : la sécurité dans les transferts de documents dématérialisés

Avec l'avènement des réseaux d'Internet et le développement des Technologies de l'Information et de la Communication, la Sécurité des Systèmes d'Information est devenue un sujet plus que capital dans la mesure où le système d'information est un élément vital pour la plupart des entreprises²⁰⁶. A ce stade, nous tenons à rappeler les principes de sécurité qui consistent à s'assurer que les ressources matérielles et logicielles sont employées dans le cadre prévu. Dès lors, les problèmes de sécurité informatique apparaissent souvent sous deux formes : la sécurité de l'ordinateur (serveur, système d'exploitation et données qu'il contient) et la sécurité qui provient directement ou indirectement de l'essor des réseaux informatiques (cyber-attaque de pirate). Dans ce sens, la dématérialisation des documents du commerce suggère une définition de ce qui est à protéger (le contenu informationnel). En effet, les opérateurs du commerce maritime sont désireux de sauvegarder leur système et pour cela ils doivent déterminer leur périmètre de sécurité. Le périmètre de sécurité, au sein de l'univers physique, délimite l'intérieur (au sein de l'entreprise dans sa connexion intranet) et l'extérieur (l'interconnexion avec l'internet qui dépasse les limites de l'entreprise). Mais sa définition doit aussi englober les éléments immatériels (données) qui sont stockés et archivés dans l'ordinateur et qui sont transférés entre partenaires économiques. Pour cela, les partenaires qui échangent des données doivent pouvoir s'identifier les uns les autres. Leur identité doit être authentifiée et leur droit d'accès doit être vérifié au regard des habilitations qui leur ont été attribuées pour par exemple, signer un document.

104. Les référentiels (ISO 27001)²⁰⁷ en matière de sécurité informatique sont nombreux, mais quelques questions perturbent notre réflexion : d'une part, peut-on résoudre la sécurité informatique

²⁰⁵ FREYSSINET, Éric : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01077117/document>: un botnet est un ensemble constitué par des systèmes compromis qui lorsqu'ils sont connectés à Internet communiquent avec un système de commande et de contrôle des données. La compromission évoquée est l'installation d'un logiciel malveillant, quel qu'en soit le mode de diffusion, qui directement fait communiquer le système compromis avec le système de commande et de contrôle ou entraîne l'installation d'un module qui permet cette communication.

²⁰⁶ AMAN. Vladimir, *Concevoir la sécurité informatique en Entreprise*, www.cybercrimactu.wordpress.com 2014, p. 10.

²⁰⁷ L'ISO 27001 est une norme internationale qui décrit les exigences pour la mise en place d'un Système de Management de la Sécurité de l'Information (SMSI). Ce dernier est destiné à choisir les mesures de sécurité à mettre en

sur la base d'application de procédures techniques ? D'autre part, avec l'évolution extra-rapide des inventions informatiques, à quelle vitesse évoluera la sécurité informatique dans cet espace virtuel et complexe ? En réponse à ces questions nous rappelons l'utilité de la sauvegarde régulière des données et de la documentation. A chaque ensemble de données il convient de déterminer la périodicité des opérations de sauvegarde en fonction bien entendu des nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise. Les supports de sauvegarde doivent être stockés de façon à être disponibles après un sinistre tel que l'attaque de « hacker ».

105. La notion de périmètre de sécurité évoquée un peu plus haut dans ce paragraphe se fragilise au fur et à mesure que les frontières entre les pays disparaissent du fait de l'interconnexion. On doit prendre en considération la situation géographique : les ordinateurs ne sont plus fixes grâce à l'avènement des ordinateurs portables que l'on transporte librement d'un point à un autre ; voire d'un pays à l'autre tout en restant connecté à Internet. De même la considération juridique est à prendre en compte pour déterminer : les lois qui s'appliquent à un serveur hébergé en Allemagne, qui appartient à une grande entreprise française, qui sert des clients Africains et Chinois. Nous reviendrons sur ces questions dans la deuxième sous partie de cette thèse.

106. Cependant, la sécurité informatique nous pousse aussi à nous demander si la dématérialisation des documents sera totale dans les pays Africains comme le pensent certains adeptes de l'informatique. En effet, selon les chiffres de Knowdys au 30 juin 2014, la cybercriminalité rapporte entre 12000 et 13000 dollars par jour à un réseau de pirates informatiques en Afrique de l'Ouest²⁰⁸. Et au Sénégal par exemple, le bureau de la cour de répression de l'enrichissement illicite (CREI) a été attaqué en 2015 par des pirates. Et toutes les informations collectées par les enquêteurs contre le fils du président²⁰⁹ se sont envolées²¹⁰. Aussi en 2013, l'opérateur Sud-Africain MTN a été victime d'une attaque : une intrusion dans leurs serveurs DNS ; qui a engendré la panne du service internet.

107. Dès lors, pour permettre aux investisseurs et aux transporteurs de choisir l'Afrique comme destination, il faut assurer la sécurité informatique aussi bien en Afrique centrale qu'en Afrique de l'ouest. Car, sur le continent, les perspectives de la criminalité informatique tendent à s'industrialiser. Dans ce contexte, la dématérialisation des documents est menacée et son évolution

place afin d'assurer la protection des biens sensibles d'une entreprise sur un périmètre défini. Il est dès lors important pour les tiers de confiance de se faire certifier ISO 27001 pour garantir à leur client, actionnaires partenaires la sécurité de leur système informatique.

²⁰⁸ Knowdys est né du développement de GwethMarshall Consulting (GMC), premier cabinet d'intelligence économique et affaires publiques spécialisé sur les pays membre de la Communauté économique monétaire des Etats d'Afrique centrale (CEMAC).

Source : www.africadilgence.com/etude-du-marche-de-la-securite_informatique-en-afrique-187390/. Publié le 10 septembre 2014 « Etude du marché de la sécurité informatique en Afrique »

²⁰⁹ Karim WADE fils de l'ancien président de la république du Sénégal Me Abdoulaye Wade, poursuivi pour des faits supposés d'acquisition de biens illicites lorsqu'il était au ministère lors du mandat présidentiel de son père

²¹⁰ Article de presse OSIRIS mars 2013 « la sécurité informatique en question sur le continent Africain »

ralentie au profit des documents papiers qui continuent encore de gagner la confiance des opérateurs ; leur risque de piratage étant quasi nul.

108. Ailleurs, dans le transport maritime, le système d'information et le réseau informatique sont devenus incontournables cela même à l'intérieur des navires. Les systèmes de navigation, les postes bureautiques utilisés par l'équipage et le poste de contrôle de la cargaison des porte-conteneurs font désormais partie du système informatique des navires. Or, les risques de sécurité évoqués ici n'épargnent pas les compagnies maritimes. Elles peuvent faire l'objet d'intrusion, de vol de données ou encore de prise de contrôle de leur système de navigation²¹¹.

Le piratage et la délinquance informatique qui se développent très rapidement en Afrique perturbent l'économie du continent. Cependant, pour prévenir son accroissement l'Union Africaine et la Commission Économique pour l'Afrique aux Nations Unies (UNECA), ont rédigé une convention régionale qui n'attend que la signature des États membres. Cette convention va attirer les opérateurs économiques souvent réticents sur la dématérialisation des documents à cause de la vulnérabilité des systèmes informatiques africains.

²¹¹ Pour aller plus loin : consulter le guide des bonnes pratiques de sécurité informatique à bord des navires, CGPME-ANSSI, mars 2015. Le guide propose des mesures de sécurité adaptées aux spécificités du transport maritime. Les compagnies maritimes sont invitées à s'approprier les différentes recommandations du guide et à les adapter à leur propre contexte.

CHAPITRE III : les systèmes de gestion des documents

dématérialisés : le guichet unique

109. Par système de gestion des documents nous faisons allusion à la notion de guichet unique qui donne la possibilité de conclure des contrats par voie électronique, soit par l'utilisation de la messagerie électronique, soit par l'emploi d'une plateforme en ligne (sur internet). Selon la Commission des Nations Unies pour l'Europe, le concept d'un point d'entrée unique ou guichet unique est un environnement qui vise à accélérer et simplifier les flux d'information entre les commerçants et les pouvoirs publics et à apporter des avantages significatifs à tous les acteurs intervenant dans les échanges transfrontaliers²¹². Dans notre contexte, c'est un système qui permet aux opérateurs commerciaux notamment ceux du commerce international, de fournir l'information à un seul organisme pour satisfaire à toutes les prescriptions réglementaires liées à l'importation et à l'exportation. Toutefois, c'est par le point d'entrée unique que sont traités toutes les données et tous les documents. Le guichet unique est généralement géré par un seul organisme qui transmet les données aux autres entités concernées. Toutefois, le présent chapitre analyse dans sa globalité, certains concepts de guichet unique. En examinant d'abord la définition la plus largement répandue et reconnue par la recommandation 33 du CEFAC/ONU²¹³ et l'OMD. L'aspect technique de l'environnement des guichets uniques y est aussi abordé. Enfin, le chapitre traite le concept de guichet unique en tant que système au service du commerce international et un moyen de contrôle des opérations aux frontières. Par ailleurs, le champ d'application des services des guichets uniques permet de déterminer les zones de couvertures pour délimiter le domaine de compétence des organismes gouvernementaux et de réduire par conséquence les redondances. Par exemple le commerce maritime, fait intervenir diverses agences qui gèrent différentes zones. C'est notamment le cas de l'administration des douanes, de l'inspection sanitaire et phytosanitaire, de la police.

Différents systèmes sont utilisés pour la réception, le traitement et la diffusion des documents électroniques. Pour notre part, nous verrons les modèles de guichet unique utilisés en Europe avant de les comparer avec ceux établis en Afrique (**section1**). Cette démarche nous permet de comprendre les diverses formes de guichet unique dans la mesure où leur rôle ne se limite pas uniquement aux opérations douanières notamment le choix du régime douanier pour la marchandise

²¹²Groupe de travail des procédures du commerce international (ITPWG) CEFAC-ONU/ CEE-ONU : Nation Unies Commission Économique pour l'Europe : « le concept de guichet unique », <http://www.unece.org>, 2003 (consulté en ligne 19/08/2016)

²¹³Recommandation N°33 Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et des transports électronique (CEFAC-ONU) Genève, juillet 2005. (United nation publication)

importée. De plus, plusieurs programmes de guichet unique ont été mis au point et sont entrés effectivement en service (**section 2**).

SECTION 1 : les catégories de guichet unique

Il est constant que presque plus de 80% des marchandises échangées dans le monde transit par voie maritime. De ce fait, au cours des deux dernières décennies, les administrations des douanes de la plupart des pays européens ont mis en place des systèmes automatisés afin d'améliorer la facilitation du commerce mondial. Or le guichet unique fait évoluer les structures gouvernementales et privées en répondant à leurs besoins. En Europe par exemple, les services gouvernementaux sont proposés aux citoyens et aux entreprises commerciales à travers une interface unique. De plus, le guichet unique analyse les contrôles officiels du point de vue de l'opérateur commercial et envisage toutes les interactions possibles entre les opérateurs commerciaux et les gouvernements. Une telle approche met en lumière toutes les redondances dans les procédures, les doublons dans les formalités et le manque d'efficacité au moment de remplir les formalités au niveau des frontières²¹⁴.

110. En français l'expression de guichet est connue comme étant un comptoir un point de service de l'administration ou toute autre entité offrant des prestations. Combiné avec le terme « unique », il devient une interface entre les opérateurs économiques et l'administration. La notion de guichet unique est désormais évoquée sous diverses dénominations à travers l'Europe et l'Afrique. Partant des différentes expériences des régions d'Europe, on remarque, qu'il existe des domaines d'application du concept de guichet unique pour le commerce maritime et à chaque domaine d'application correspond un type de guichet unique dont les fonctions sont distinctes les unes des autres mais restent complémentaires (**paragraphe 1**). L'Afrique est cependant composée de plusieurs régions économiques dont certains se sont déjà regroupées dans des espaces économiques et entre autre sur la base de critères géographiques, linguistiques, politiques et économiques. Cependant sur le plan de la facilitation des échanges, l'harmonisation des pratiques n'est pas effective chaque pays utilise son propre système de guichet unique (**paragraphe 2**).

²¹⁴Organisation Mondiale des Douanes (OMD) : « Comment construire un environnement de guichet unique ? »
Recueil de l'OMD. 2011. P.11

Paragraphe 1 : les modèles Européens de guichet unique

111. L'expression guichet unique pour le commerce international doit être comprise dans sa globalité comme moyen de facilitation des activités commerciales. Dans les transactions internationales, les échanges intervenant entre les opérateurs couvrent différents processus, qui débutent par le partenariat commercial et/ou la commande de produit, ensuite portent sur le transfert et l'expédition (transport), le dédouanement et enfin le paiement des marchandises faisant l'objet de la transaction. Or, dans le cadre de la recommandation 33²¹⁵, « *le guichet unique est défini comme étant un service qui permet aux parties intéressées (commerçants, transporteurs /armateurs, douanes) de déposer des informations et des documents dématérialisés auprès d'un point d'entrée unique en vue de satisfaire à toutes les exigences officielles à l'importation, l'exportation et au transit. Et si les informations se présentent sous la forme électronique, alors les éléments de données individuelles devront faire l'objet d'une transmission unique* ».

Différents portails sont utilisés dans la gestion des guichets uniques et sont destinés aux transactions commerciales et au transport. Ainsi, dans la catégorie des services entre opérateurs commerciaux (B2B)²¹⁶ et le service entre opérateurs commerciaux et les organismes gouvernementaux (B2G)²¹⁷, on note une relation étroite. Par exemple, le contrat de transport de marchandise, qui est sans nul doute un service B2B, peut faire intervenir dans certains cas l'administration par exemple, l'intervention de l'administration douanière pour le contrôle des marchandises dangereuses.

112. Cependant, le concept de modèle de guichet unique soulève des questions à savoir : peut-il y avoir un seul guichet unique au lieu d'une multitude de guichets uniques ? Dans la mesure où il existe différents secteurs : maritime, commercial, transport, douane etc. De ce point de vue, le guichet unique doit être considéré comme un système informatisé unique qui connecte un ensemble d'organismes. Mais une distinction s'opère pour déterminer les limites d'application entre le

²¹⁵ Recommandation N° 33 Source : CEE-ONU Par l'intermédiaire du centre des Nations Unies pour la Facilitation du Commerce et les Transactions Electroniques (CEFACT_UNU) publié en 2004 :

La recommandation et les lignes directrices complémentaires constituent l'un des premiers documents publiés par une organisation internationale dans le but de fournir des orientations sur la mise en place d'un guichet unique. Elles ont été élaborées sur la base d'un examen des guichets uniques en service, notamment aux Etats-Unis, à Maurice et en Suède. Le document commence par présenter et analyser les différents modèles technologiques et organisationnels du Guichet unique. Ensuite, il énumère les avantages que représente le Guichet unique pour les milieux d'affaires et les administrations publiques, et cite, en se référant aux exemples de Guichet unique existants, les services éventuels que ce système peut offrir, pour ce qui est des aspects pragmatiques, les mesures pratiques, les normes et les instruments revêtent une importance capitale.

²¹⁶ B2B : En anglais Business To Business, abréviation utilisée pour désigner les échanges de professionnels à professionnels. Par exemple un chargeur qui contacte un transporteur pour l'expédition de sa marchandise

²¹⁷ B2B : Business To Gouvernement cette relation désigne les relations entre les entreprises et l'administration publique. Par exemple une entreprise de manutention et l'administration portuaire.

système de guichet unique est les systèmes autonomes dans le cadre des opérations entre professionnels.

113. D'un autre côté, il convient d'examiner, à la lumière du cadre analytique, la description d'un guichet unique. En effet, plusieurs approches sont possibles pour comprendre le concept de guichet unique : le guichet unique national le guichet unique international, et le guichet unique portuaire. Le premier fait intervenir la douane et les autres organismes nationaux chargés de la réglementation des flux transfrontaliers. A ce niveau, les données prennent leur source dans le pays d'exportation, puisque les marchandises circulent au travers le pays pour atteindre leur lieu de destination. Elles se retrouvent dès lors assujetties aux contrôles exercés par les organismes nationaux. Le guichet unique portuaire sert d'intermédiaire entre l'administration publique et les usagers du port. Les guichets uniques portuaires, appelés aussi Cargo Community Système (CCS), offrent des services aux acteurs économiques. On peut en nommer, notamment, le service de partage de données du manifeste et de son état de traitement, le partage des informations relatives aux flux logistiques et la centralisation des paiements (taxes portuaires) autour d'un guichet électronique.

114. En Europe, la directive 2010/65 entrée en vigueur au premier Juin 2015 reprend les principes fondamentaux de la dématérialisation des données à travers le guichet dont le rôle est encore une fois la simplification des procédures pour les déclarants²¹⁸. Toujours, selon cette directive, la simplification des procédures déclaratives découle de l'interconnexion des systèmes d'information garantissant à l'utilisateur que chaque donnée ne soit saisie qu'une seule fois. Mais cette dernière une fois saisie, peut être utilisée à plusieurs reprises²¹⁹ *single reporting, multiple use*. A cet effet, la directive européenne 2010/65 impose aux États membres la mise en place d'un guichet unique pour la transmission des formalités déclaratives. L'enjeu de la transposition de la directive est d'assurer une communication efficiente entre les systèmes existants en France et en Europe. Il s'agit par exemple, des systèmes douaniers (Delta, NSTI, ECS, Trigo), du guichet unique pour les marchandises AP+²²⁰, ainsi que du système d'information pour les navires. La majorité des ports français et des DOM-TOM est équipée d'AP+. Par conséquent, le système a fait ces preuves depuis sa mise en place en septembre 2005 à Marseille. Le logiciel n'a pas cessé d'évoluer aussi bien sur le plan technique (serveurs, base de données et plate-forme de communication) que

²¹⁸ EUR-Lex-tr0047 : Directive 2010/65/UE du parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 concernant les formalités déclaratives applicables aux navires à l'entrée et/ou à la sortie des ports des États membres et abrogeant la directive 2002/6/CE

²¹⁹Ministère français de l'environnement de l'énergie et de la mer : « Présentation du guichet unique portuaire », 2015. www.developpement-durable.gouv.fr. 22/08/2016

²²⁰AP+ est le guichet unique portuaire qui gère les formalités administratives et douanières liées à la marchandise. Ce système informatique implanté sur les ports français relie tous les acteurs portuaires privés et publics afin de gérer le passage portuaire des marchandises.

fonctionnel (métiers et réglementaire). Il est utilisé dans presque une trentaine de ports en France et à l'étranger (Mayotte).

Ailleurs, en Europe, l'Association européenne des Ports Community Système (EPCSA), créée en juin 2011, réunit des opérateurs européens de plateforme électroniques de plusieurs États. Parmi elles on note : Dakosy (Hambourgen Allemagne), Soget (le havre en France), dbh (Brême en Allemagne), Maritime Cargo Processing (Felexstowe, Royaume-Uni), Portbase (Rotterdam au Pays-Bas) et Portic (Barcelone en Espagne). Ces membres fondateurs de l'Association se fixent pour objectif d'influencer les politiques au niveau de l'Union Européenne, afin de développer la logistique électronique à travers tous les ports européens et d'agir comme un élément clé du transport maritime²²¹.

En somme, le guichet unique des affaires permet la mise en place d'une plateforme pour l'accomplissement de transactions commerciales liées au commerce international. Le guichet unique des affaires complète le plus souvent le modèle portuaire. En effet, son existence peut difficilement être envisagée dans un contexte où il n'existe pas de plateforme de service fédératrice des opérations du commerce comme dans la plupart des États Africains. Ces modèles existent dans un environnement totalement virtuel ou du moins partiellement virtuel dans la mesure où ils coexistent avec le système manuel (document papier). Aussi, les guichets uniques peuvent avoir une portée locale comme c'est le cas pour le guichet unique portuaire ou une portée internationale comme du reste, pour le guichet unique douanier.

Paragraphe 2 : les modèles Africains de guichet unique

Le commerce est le levier important de création de richesse et son développement doit figurer parmi les priorités des agendas des décideurs politiques, particulièrement dans les pays en développement²²². A cet égard, la facilitation des échanges constitue un élément primordial. Dans ce contexte, l'Afrique est entrain de relever le défi de la facilitation électronique des échanges en essayant de tirer profit des solutions déjà existantes et qui offrent l'avantage de cadrer avec les réalités socio-économiques des pays Africains. Partant de ces considérations, de nombreux États Africains ont déjà mis en place des systèmes informatiques douaniers et des guichets uniques électroniques avec quelques différences. Selon la Commission des Nations Unies pour l'Afrique

²²¹ Newsletter de WK-transport-logistique.fr : les opérateurs de « Port Community Système » créent une association européenne. 2011. « conférence inaugurale de l'EPCSA au siège de l'Organisation Mondiale des Douanes.

²²² Nation Unies : Commission Économique pour l'Afrique : « Étude sur les insuffisances dans l'utilisation Technologique de l'Information et de la Communication (TIC) pour la Facilitation des échanges dans les pays africains et outils pour rapprocher les écarts existants en matière de TIC » version 1.0. 26 juin 2008

dans son rapport du 26 juin 2008, les nombreux outils de facilitation électronique du commerce qui existent dans le monde doivent servir de continuité transfrontalière des échanges.

Toutefois, en 1981 la CNUCED (Commission des Nations Unies pour le Commerce et le Développement) a reçu une demande du secrétariat de la Communauté Économique Des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) concernant le traitement et la production de résultats statistiques du commerce extérieur entre les pays membres. Une étude préliminaire a fait apparaître que la meilleure solution était la saisie des informations à la source, c'est-à-dire lors des opérations de dédouanement²²³. C'est à partir de là que le processus de modernisation des procédures de dédouanement débute dans plusieurs pays Africains. D'un autre côté, les États Africains progressent dans l'établissement de système de commerce électronique.

De ce fait, le programme SYDONIA++ (Système Douanier Autonome) de la CNUCED a été créé pour automatiser les opérations douanières et aider les pays à faciliter le commerce. Il est utilisé par plus de 85 pays dans le monde dans la mesure où le programme travaille avec des technologies liées à internet et des outils informatiques fiables pour bâtir le système SYDONIAWorld. Selon les créateurs, le système doit mettre en œuvre des codifications et des documents normalisés, les standards internationaux sont créés et les procédures sont simplifiées. Les résultats attendues de cette mise en œuvre sont l'application uniforme de la réglementation douanière à l'ensemble du territoire, l'amélioration du suivi du recouvrement des droits et taxes.

D'ailleurs, SYDONIA++ est le système informatique douanier utilisé dans plus de 40 pays Africains notamment au Benin, au Cameroun, au Botswana, au Cap vert, en Côte d'Ivoire, au Togo, au Gabon. Le logiciel SYDONIA++ fonctionne sur micro-ordinateur dans un environnement client serveur. Cependant certains pays comme le Sénégal avec GAINDE et l'Algérie avec SIGAD²²⁴ ont développé leur propre système. Ils sont en effet des systèmes informatisés de gestion des activités douanières, qui couvre la plupart des procédures liées au commerce maritime international. Le système traite entre autre les manifestes et les déclarations en douane, les procédures comptables, ainsi que le transit et la gestion des entrepôts.

S'intéresser aux traitements des données informatisées, revient à s'interroger sur la façon dont le droit appréhende au regard des avantages et des inconvénients le concept de dématérialisation des régimes économiques douaniers. Étant entendu que le régime douanier est la destination douanière donnée à une marchandise par le dépôt d'une déclaration en douane et qui détermine sa situation vis-à-vis de la réglementation.

²²³ Bulletin SYDONIA (Système Douanier Autonome) : SYDONIA est le noyau du SIID. www.asycuda.org

²²⁴ Système d'information et de Gestion Automatisée des Douanes

SECTION 2 : les régimes douaniers et la dématérialisation

Les traitements de données économiques montrent le degré de participation des acteurs administratifs et économiques dans le processus de dématérialisation. Dans une société où l'information dicte sa loi, cette réflexion soulève l'intéressante question de la révolution juridique qui accompagne l'émergence de nouvelles méthodes de communication et d'échange. Le bouleversement juridique né du développement de la technologie de l'information a pour conséquence l'apparition de nouveaux usages. La nécessité d'utiliser les procédés informatiques et la mondialisation des échanges ont dynamisé la gestion de la fonction douane. Au vu de ces impératifs, les administrations douanières se fixent désormais comme priorité d'offrir un service adapté aux besoins des opérateurs économiques. Il en va notamment de la dématérialisation des formalités douanières. Comment encadrer les régimes économiques dans un système informatique ? Cette question suscite l'hypothèse que les techniques, les règles et normes établies doivent servir à l'orientation des choix qui précèdent le déroulement des opérations économiques. En effet, soumettre ces régimes à la scène internationale des échanges dits virtuels, semble à première vue difficile.

115. Il s'agit avant tout de mettre en rapport les activités commerciales avec ceux du transport, même s'il va de soi que les deux activités peuvent se combiner. L'étude des régimes économiques douaniers nous permettra dans un premier temps de comprendre et d'analyser, dans le cadre de la dématérialisation des documents, les concepts d'entrepôt sous douane ou entrepôt de stockage d'une part, et le concept de transit dans le commerce international d'autre part. Nous ferons, pour cerner les notions d'entrepôt et de transit, une description technique et juridique de ces concepts. Afin de déterminer les difficultés et incertitudes inhérentes à son adaptation au commerce dit électronique et pour mieux asseoir les possibilités de la dématérialisation des régimes économiques au niveau international.

Mais qu'est-ce que le régime économique douanier ? Les régimes douaniers économiques définissent le traitement douanier applicable aux marchandises importées. Elles peuvent séjourner ou circuler sur le territoire sans être mises à la consommation. Elles sont temporairement mises sur le marché intérieur pour une utilisation spécifique ou concourir à la fabrication de produits destinés à être exportés. Elles sont replacées sur le marché en l'état ou après transformation à l'étranger, après avoir été temporairement exportées. On remarque entre autre que les régimes douaniers économiques permettent le stockage, la transformation, l'utilisation ou la circulation de marchandises en suspension des droits de douanes, des taxes intérieures de consommation de même que tous autres droits et taxes et mesures de prohibition de caractère économique dont elles sont

passibles. Dès lors, les opérateurs économiques ont le choix entre plusieurs régimes. Comme par exemple le transit, les entrepôts de douane, l'admission temporaire, l'exportation temporaire et le réapprovisionnement en franchise.

116. Toutefois une distinction doit être opérée entre les régimes économiques à vocation industrielle et ceux dits suspensifs. Les premiers sont destinés à favoriser les exportations des entreprises nationales, alors que les seconds intéressent la suspension des droits et taxes des produits importés pour la fabrication ou la transformation. L'objectif étant l'amélioration de la position concurrentielle des marchandises exportées sur le marché extérieur en réduisant les coûts financiers de production. Il s'agit à ce niveau de l'admission temporaire pour perfectionnement actif, le réapprovisionnement en franchise et l'exportation temporaire pour perfectionnement passif.

De par sa nature, une opération de transit compte plusieurs participants. Non seulement les administrations douanières, mais également d'autres services gouvernementaux et opérateurs du secteur privé ; comme les transporteurs et les transitaires, sont inévitablement impliqués dans une opération de transit. Si l'administration douanière joue un rôle essentiel dans une opération de transit, la coopération et la coordination avec d'autres services gouvernementaux et avec le secteur privé sont indispensables pour garantir l'efficacité et l'efficience d'un système de transit. Cependant force est de constater qu'au Sénégal le transit est exclu du transport maritime²²⁵. Dans le cadre de cette étude nous nous intéresserons uniquement au régime de l'entrepôt de stockage (**paragraphe 1**) et du transit (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La dématérialisation et le régime de l'entrepôt sous douane

117. L'entrepôt douanier a pour fonction d'assurer le stockage des marchandises dans l'attente d'une destination d'apurement. Cette fonction n'empêche pas d'effectuer des manipulations usuelles ou des ouvraisons sous le régime du perfectionnement actif, mais ces activités doivent rester annexes et faire l'objet d'autorisation. Le placement en entrepôt a pour effet d'autoriser le stockage des marchandises originaires des pays tiers en suspension totale des impositions dues lors de l'importation. Le placement sous n'importe quel régime douanier, apure le régime de l'entrepôt,

²²⁵ Article 160.3 du code des douanes (2014) Sénégal « le transport par voie maritime est exclu du transit ». Cependant une contradiction semble porter à confusion cette disposition dans la mesure où le code de 2014 dans son Chapitre II - transport avec emprunt du territoire étranger ou de la mer, plus précisément à l'alinéa 2 de l'article 159 dispose que « Sont dispensées des droits et taxes et prohibitions de sortie et d'entrée, les mêmes catégories de marchandises qui sont transportées par mer, d'un port à un autre du territoire douanier. » et on peut noter aussi à Article 166. 3 « Le transit ordinaire peut être utilisé par n'importe quel usager. »

y compris un nouveau placement en entrepôt, la destruction des marchandises sous le contrôle douanier, ou encore l'abandon au profit du trésor.

Toutes les marchandises sont admissibles, en principe, en entrepôt de stockage à l'importation. Cependant, conformément à l'article 36 du traité de Rome et au point 2 de l'article 58 du code des douanes communautaire, certaines marchandises peuvent être frappées de restrictions ou d'interdiction de stockage. *Des interdictions ou restrictions d'entrée dans les entrepôts de stockage peuvent, à l'égard de certaines marchandises, être prononcées à titre permanent par les autorités communautaires ou à titre temporaire par les autorités nationales*, (article 177 alinéa 1 du code des douanes Sénégalais de 2014). Contrairement au code des Douanes Communautaire (CDC) qui mentionne deux catégories d'entrepôts (publique et privé) ; article 99 CDC, le Code des Douanes Sénégalais (CDS) énumère quant à lui trois catégories ; article 176 CDS²²⁶.

118. L'incertitude de la dématérialisation du régime de l'entrepôt de stockage constitue un frein considérable à la simplification des procédures douanières dans certains pays Africains qui ne se sont pas encore dotés des moyens informatiques adéquats. Toutefois si certains traînent dans le processus de dématérialisation, d'autres à l'exemple du Sénégal et du Maroc sont très avancés dans leur phase expérimentale de guichet unique. En effet la complexité du concept d'entrepôt sous douane dans le cadre des procédures simplifiées, soulève le problème de l'interopérabilité, de la compatibilité et de la réglementation des systèmes informatiques. L'étude se propose alors de comprendre comment le franchissement des marchandises du territoire douanier est perçu à travers l'échange de documents (A). Dans la mesure où, les marchandises stockées doivent être gérées par un système informatique harmonisé (B).

A. La circulation des documents numérisés et le franchissement des marchandises de la frontière

119. La prise en charge des marchandises dans le système informatique douanier passe par l'échange de documents. Le développement des systèmes informatisés de traitement de données portuaires et douanières est plus accentué en Europe, qu'en Afrique. Par ailleurs ces dispositifs conçus dans un cadre communautaire sont souvent des systèmes privés. On les appelle des prestataires de connexion. Il s'agit entre autre des usagers (transporteurs, armateurs...), des

²²⁶ Loi 2014-10 du 28 Février portant code des douanes Sénégalaises ; article 176 : Le régime de l'entrepôt de stockage est le régime douanier en application duquel des marchandises importées ou à exporter, sont stockées sous contrôle de la douane dans un lieu désigné à cet effet, en suspension des droits et taxes exigibles. Sauf dispositions spéciales contraires, la mise en entrepôt : suspend l'application des prohibitions et autres mesures économiques, fiscales ou douanières dont sont passibles les marchandises admises en entrepôt. Il existe trois catégories d'entrepôt de stockage : l'entrepôt public, l'entrepôt privé, l'entrepôt spécial.

systèmes informatiques douaniers raccordés à l'administration via un canal technique d'interconnexion. Ces personnes peuvent être opérateurs et effectuer certaines procédures informatiques douanières, ou offrir des services de connexion à des opérateurs (ORBUS au Sénégal). Elles établissent avec l'administration un contrat de connexion dont les caractéristiques techniques et modalités, propres à chaque canal technique, sont spécifiées par l'administration. Pour ce qui est des opérateurs, il s'agit des personnes habilitées par la douane pour utiliser une ou plusieurs procédures informatiques douanières (commissionnaire en douane agréé, transitaire...). Ils établissent avec l'administration des douanes, par procédure, un accord qui fait mention du prestataire de connexion utilisé (qui peut être eux même).

120. Cependant l'administration douanière de ces pays participe fortement à l'élaboration fonctionnelle des formalités douanières. Ce qui fait que la prise en charge douanière est s'effectue par la localisation de la marchandise et son identification. Elle assure par conséquent le suivi, en temps réel et, le contrôle à postériori des documents et du mouvement des marchandises, dans le territoire douanier. Elle peut situer les responsabilités au regard des dispositions douanières. Il faut noter au passage que l'apurement de la prise en charge s'effectue dans le système informatisé. Les opérations à caractère douanier, notamment les opérations de stockage et d'entreposage sont prises en compte dans le système grâce à des interfaces et des applications correspondantes.

A l'importation la marchandise franchit la limite du territoire douanier. A cet effet, on oblige le transporteur à emprunter la route légale désignée dans la demande de placement sous un régime d'entrepôt, pour empêcher toute exploitation illicite de la marchandise. Dans le commerce maritime par exemple, le capitaine du navire est habilité à conduire les marchandises en douane. L'édition du manifeste bord accompagne cette formalité et c'est le premier document d'information sur la marchandise. Les marchandises arrivant par voie maritime doivent être inscrites sur le manifeste ou état général de chargement²²⁷. Le manifeste peut se présenter sur support papier ou électronique. Le capitaine d'un navire arrivé dans la zone maritime du rayon des douanes doit, à la première réquisition du service des douanes : mettre les agents des douanes en mesure de consulter utilement le manifeste électronique et soumettre si possible, le manifeste électronique au visa des agents des douanes qui se rendent à bord. Le capitaine du navire ou son représentant doit, quarante huit (48) heures avant l'arrivée du navire, télécharger le manifeste électronique dans la plate-forme prévue à cet effet. Au plus tard, vingt quatre (24) heures après l'arrivée du navire et sous peine de sanctions requises par l'administration des douanes, le capitaine du navire ou son représentant doit enregistrer le manifeste CARGO dans le système de dédouanement du service des douanes (GAINDE au Sénégal).

²²⁷ Article 62 alinéa 1 du code des douanes Sénégalaise 2014 *précité*.

121. Dans un système informatisé cette opération de conduite en douane est caractérisée par la saisie électronique de la déclaration sommaire. En Europe par exemple une déclaration sommaire d'entrée doit être déposée avant l'introduction des marchandises dans le territoire douanier de la Communauté. Celle-ci sert surtout à effectuer des analyses de risques à des fins de sécurité. La déclaration sommaire d'entrée est à distinguer de la déclaration sommaire pour dépôt temporaire qui sert de communication de présentation en douane et à l'identification des marchandises en douane.

Jusqu'à l'arrivée sur le territoire douanier, il est possible de procéder à une modification de la déclaration sommaire d'entrée. Un changement de premier bureau de douane d'entrée est à notifier avec une demande de détournement. En Allemagne par exemple, la déclaration sommaire d'entrée doit être déposée par voie électronique, via ATLAS-EAS, auprès du premier bureau de douane d'entrée, avant l'introduction des marchandises dans le territoire douanier de la Communauté²²⁸. Il existe de nos jours un seul système pour les déclarations d'importation et d'exportation dans plusieurs pays comme par exemple : - ACE (Automated Commercial Environment)²²⁹ aux USA, - DELTA (système de dédouanement en ligne) en France, - ATLAS ((Automatisiertes Tarif- und Lokales Zollabwicklungssystem, ou système de dédouanement tarifaire et local automatisé) en Allemagne²³⁰, - PLDA (PaperLess Douanes et Accises) en Belgique²³¹, - CFSP (Customs Freight Simplified Procedure) au Royaume Uni, - GAINDE (Gestion Automatisée des Informations Douanières et Économique)²³² au Sénégal, - BADR (Base automatisé de Dédouanement en Réseau) au Maroc.

L'utilisation de ces systèmes uniques permet entre autre, la gestion des documents d'exportation pour les déclarations d'importation correspondantes. Elle facilite aussi l'archivage de toutes les

²²⁸ Article 36 bis du règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant le code des douanes communautaires. La déclaration sommaire d'entrée peut être effectuée également via Internet sous ICS (IIA).

²²⁹ (ACE) Automated Commercial Environment : Grâce à ACE en tant que guichet unique, les processus manuels sont simplifiés et automatisés, le papier est éliminé, et la communauté commerciale américaine est en mesure, plus facilement et efficacement de se conformer aux lois et règlements américains.

²³⁰ http://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Zoelle/ATLAS/atlas_node.html: (Mai2016) ; ATLAS permet de traiter électroniquement les déclarations douanières visant à placer les marchandises sous le régime du transit, ainsi que les actes administratifs. Cela signifie que le participant peut saisir électroniquement ses déclarations d'importation et d'exportation ainsi que les déclarations douanières visant à placer les marchandises sous le régime du transit.

²³¹ PLDA est la nouvelle application pour l'introduction électronique et le traitement des déclarations. Elle offre deux possibilités : PLDA-Web : une application web, mise à disposition gratuitement par l'administration pour l'introduction des déclarations douanières et accisiennes. PLDA-EDI : une application permettant d'introduire les déclarations douanières et accisiennes de manière électronique par le biais d'un message EDI (avis EDIFACT ou XML) envoyé par le système informatique des opérateurs, au système des Douanes et Accises.

²³² www.gainde2000.sn Mai 2016 : Le métier de GAINDE 2000 consiste à éditer des solutions informatiques pour accroître l'efficacité du commerce et du transport, particulièrement en Afrique. Les solutions informatiques proposées par GAINDE 2000 s'inscrivent dans la dynamique des exigences du marché et des recommandations des institutions internationales qui ont compétence en matière de facilitation commerciale. Ainsi, les normes internationales sont systématiquement appliquées.

données concernant les déclarations douanières de même que la surveillance des processus d'importation et d'exportation.

122. L'adaptation du logiciel aux exigences légales économiques potentielles est à noter. Car elle rend possible l'utilisation d'un régime douanier économique implémenté ; par exemple : le perfectionnement actif et passif des marchandises importées, le régime de l'entrepôt sous douanier, le transfert et le régime du transit. Une fois l'ensemble des données réuni dans le système, ce dernier contrôle l'intégralité des informations et les enregistre dans le système. Néanmoins, l'opérateur ou le consignataire pourra éventuellement consulter les messages et le cas échéant les modifier, les supprimer ou les confirmer pour un nouvel enregistrement. Tout compte fait, les données sont traitées avec des matériels informatiques et des systèmes d'exploitation. Ainsi les données peuvent circuler entre les systèmes dans des réseaux physiques de communication.

123. La circulation des documents dans cette étude doit être conçue comme une procédure de traitement de l'information. En effet, elle s'entend comme processus de changement de l'information en une matière détectable par un observateur. Il est sans nul doute admis que l'échange des informations numérisées doit se faire sur la base des concepts d'interopérabilité et de compatibilité des systèmes d'exploitation. Il convient de faire au passage la distinction entre interopérabilité et compatibilité : On peut affirmer que la compatibilité est une notion verticale qui fait qu'un outil peut fonctionner en respectant toutes les caractéristiques de son état. Quant à l'interopérabilité, il s'agit d'un concept transversal permettant à une multitude de systèmes de pouvoir communiquer entre eux, parce qu'ils pourront fonctionner ensemble. Or on ne peut parler d'interopérabilité d'un système que si on connaît intégralement toutes ses interfaces.

124. L'interopérabilité est considérée comme très importante voire critique dans de nombreux domaines, dont l'informatique, et au sens large les activités maritimes. Les différents systèmes, appareils et logiciels divers utilisés doivent pouvoir interagir sans heurts. Compte tenu du fait que ces éléments sont produits par des constructeurs divers, avec des méthodes variées, et qu'ils répondent à des besoins spécifiques. L'idée la plus simple consiste à définir une base explicite, ou un ensemble de normes, que chaque système va implanter dans son propre fonctionnement. Cette norme joue un double rôle : elle est d'abord un indicateur de la façon dont le dialogue entre les différents systèmes doit s'opérer et cristallise donc les besoins de ce dialogue ; elle est ensuite une passerelle de communication, qui va pouvoir éventuellement s'adapter aux besoins changeants des systèmes. La norme est alors la base de conception des interfaces.

125. Pour revenir au concept qui nous occupe, nous remarquons que le franchissement de la frontière s'accompagne notamment avec la déclaration générale de cargaison, la déclaration de pacotille et la déclaration d'avitaillement conformément aux normes de l'OMI (Organisation Maritime Internationale). Toutes ces informations doivent être saisies et validées dans le système

unique. Cependant un problème fondamental se pose dans la plupart des pays Africains. Il s'agit, en effet, de la conformité des systèmes informatiques aux normes de l'OMD (Organisation Mondiale de la Douane). A l'échelon mondial, les mises en correspondance, grâce aux systèmes informatiques nationaux, d'éléments de données avec le modèle de données de l'OMD sont établies et dans l'ensemble présentées au secrétariat de l'Organisation. Toutefois, les renseignements concernant la conformité vis-à-vis du modèle de données, ne sont pas disponible pour certains pays africains ce qui ralentit le processus de compatibilité des données au niveau mondial. Il n'est pas à exclure que beaucoup de projets actifs en cours, impliquent l'utilisation du modèle de données. Par exemple au Ghana le GCMS (Ghana Customs Management Système ou Système de Gestion de le Douane du Ghana) est en cours d'alignement sur la version 3.3 du modèle de données de l'Organisation. Cette dernière a fournit une assistance en renforcement des capacités.²³³ D'ailleurs, actuellement, beaucoup d'armateurs centralisent tout leur état de chargement qu'ils transmettent au capitaine par la voie dématérialisée. Or, le niveau de développement des systèmes informatiques de certains pays africains est relativement faible ou n'est pas en mesure de prendre en charge les données reçues. L'entrepôt de stockage nécessite aussi la gestion périodique de la marchandise jusqu'à l'enlèvement.

B. La manipulation des marchandises stockées et l'enregistrement des documents dans le système informatique

126. Une fois les marchandises stockées dans les magasins appropriés, s'engage alors la procédure qui doit aboutir à leur enlèvement. Cette situation de la marchandise soulève une question non moins importante. Comment doit se comporter le système informatique fasse au régime de l'entreposage ? L'enlèvement est précédé par les procédures commerciales logistiques, la procédure économique à la frontière et la procédure fiscale de porte ou procédure de douane proprement dite. Ce qui nécessite aujourd'hui la mise en place d'un système portuaire connecté au système douanier. Pour s'arrimer au processus de dématérialisation ainsi décrit un peu plus haut, chaque procédure commerciale devra être enregistrée automatiquement et simultanément dans le

²³³ Le Modèle de données de l'OMD est un jeu de données exigées, combinées avec soin, qui s'appuient mutuellement et sont mises à jour à intervalles réguliers pour satisfaire aux exigences procédurales et juridiques des organismes chargés de réglementer les flux transfrontaliers, comme la douane, qui contrôlent les transactions à l'exportation, à l'importation et en transit. Il est conforme aux autres normes internationales telles que le Répertoire des éléments de données commerciales des Nations Unies (UNTDDED). Il inclut non seulement les jeux de données relatifs aux différents régimes douaniers mais également les informations exigées par d'autres organismes chargés de réglementer les flux transfrontaliers aux fins de la mainlevée et du dédouanement des marchandises aux frontières. Le Modèle de données de l'OMD soutient la mise en œuvre d'un guichet unique en permettant la transmission des informations à tous les services publics grâce à la manière unique dont il organise les informations réglementaires. Cet instrument qui a déjà 10 ans est de plus en plus utilisé par les Membres de l'OMD.

système de données harmonisé. Afin d'éviter par conséquent la redondance des données. Un seul document suffit à établir la situation du régime économique. La dématérialisation des documents met en place un modèle unique de document regroupant l'ensemble des données harmonisées selon le modèle de l'OMD. On y trouvera entre autre le modèle de demande d'autorisation de placement sous le régime douanier économique qui intègre les procédures de passage d'un régime économique à l'autre.

127. Les demandes de manipulation s'effectuent par simple courriel. Les données une fois saisies dans le système, les marchandises pourront circuler dans le territoire et passer d'un entrepôt à l'autre sans qu'il soit besoin d'y reprendre les informations saisies à l'entrée de la frontière. L'entrepôt sous douane ayant pour fonction essentielle le stockage des marchandises, ne doit pas faire obstacle à la manipulation usuelle de ces dernières. Par exemple, le reconditionnement et les contrôles qualité, peuvent se dérouler sur place dans l'entrepôt ou dans un autre endroit. Les marchandises placées sous le régime de l'entrepôt douanier ou un régime de transformation, ou placées dans une zone franche, peuvent subir les manipulations usuelles destinées à en assurer la conservation, à en améliorer la présentation ou la qualité marchande ou à en préparer la distribution ou la revente²³⁴.

128. La durée de stockage des marchandises n'est pas limitée dans le temps dans l'Union²³⁵ contrairement à certains pays Africains comme le Sénégal où la durée est de douze mois.²³⁶ Cette observation sur le séjour des marchandises en entrepôt amène à réfléchir sur le coût administratif qu'impliquent la surveillance et le contrôle d'un entrepôt sous douane. En effet la mise en place de dispositif administratif disproportionné pourrait avoir un impact par rapport au besoin économique. Tout compte fait, le système d'entrepôt sous douane doit être connecté au système douanier pour un contrôle effectif des mouvements des marchandises.

L'information préalable au déplacement peut se faire par l'envoi de message électronique. Ce qui déclenche automatiquement le système de contrôle qui aboutit par la suite à la validation de l'opération. Par ailleurs, la marchandise peut à tout moment sortir de l'entrepôt, dans le cadre du système interconnecté et doté d'une technologie d'alerte. De plus, la taxation est effectuée en fin de mois sur la base des éléments admis à l'entrée au moment du choix du régime²³⁷.

²³⁴ Article 220 Règlement (UE) n° 952/2013 du parlement européen et du conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'union (refonte)

²³⁵ Article 238.1 CDC op.cit. (La durée du séjour des marchandises sous un régime de stockage n'est pas limitée)

²³⁶ Article 179 al.1 Code des douanes sénégalaises (2014) (Les marchandises, peuvent séjourner en entrepôt de stockage pendant un délai maximum d'un (01) an fixé par arrêté du Ministre chargé des finances)

²³⁷ Article 112.3 du Code des Douane Communautaire : lorsque, [...], la marchandise d'importation est mise en libre pratique sans présentation en douane et avant le dépôt de la déclaration qui s'y rapporte et que les éléments de taxation afférents à cette marchandise ont été reconnus ou admis lors de son placement sous le régime de l'entrepôt douanier, ces éléments sont considérés être ceux à prendre en considération [...], sans préjudice d'un contrôle à postériori.

Dans cette situation il est souhaitable de mettre en place dans chaque site d'entreposage un système connecté au système douanier et consultable par tous. Pour la demande d'entrepôt, il est préférable, dans l'interface des systèmes interconnectés, de faire figurer un formulaire comportant un ensemble de rubriques qui doivent être remplies selon des indications précises. Ce formulaire doit être accessible et compatible avec les interfaces du système des opérateurs concernés. La douane peut aussi ouvrir le fichier afin de contrôler la demande et la valider le cas échéant. Un seul bureau peut gérer les demandes dans le territoire de l'État. L'autorisation est délivrée via le système dans la boîte de réception du demandeur. Mais, dans de nombreux pays, la conception et le développement de systèmes automatisés et la définition des données et des informations exigées s'effectuent souvent sans beaucoup de coordination entre les agences de réglementation, et sans beaucoup de coordination ni de consultation des autres agences gouvernementales. En conséquence, les entités commerciales doivent répondre à divers messages et formulaires électroniques, ce qui mène à une augmentation des coûts et bien souvent à l'inexactitude des données. Le régime du transit connaît le même sort.

Paragraphe 2 : Les régimes du transit et la dématérialisation des documents

Aujourd'hui, le commerce international se matérialise par de nombreux échanges de marchandises entre divers pays. Lors de leur acheminement, les marchandises importées ou exportées suivent un itinéraire composé par une succession d'opérations de transport, de manutention, et de stockage. Les différents points intermédiaires où s'effectue le changement du mode de transport sont nombreux. Au niveau de chaque point de transit, se trouve un intermédiaire spécialisé qui prend en charge la marchandise, réalise les différentes formalités de transit conformément aux instructions qu'il a reçues. C'est pourquoi, les transitaires ont de plus en plus varié leurs prestations. Alors que leur activité principale se limitait à assurer le passage de la marchandise en transit par exemple, c'est eux qui effectuent les formalités de déclaration en douanes, l'obtention de certificats et autorisation. Nombreux sont, parmi eux, ceux qui exercent de nos jours en tant que commissionnaire.

129. Le transit est conçu comme une procédure dans laquelle les marchandises peuvent circuler sous le contrôle de la douane entre le bureau de douane de départ et le bureau de douane de la destination finale. Les procédures dysfonctionnelles de transit douanier augmentent les coûts de transport et constituent un obstacle majeur au commerce international. La façon d'assurer la sécurisation et l'efficacité du système de transit a fait l'objet de nombreuses discussions au sein de la communauté internationale.

Il faut souligner au passage que le transit s'applique à tout mode de transport terrestre, aérien, ferroviaire, maritime (ligne régulière). Mais force est de souligner que les transports internationaux maritime et aérien sont, quant à eux, libres de régime douanier car ils ne se caractérisent pas par le passage sur des territoires. Ce qui n'est pas toujours le cas, nous y reviendrons largement dans les prochains développements.

130. faut retenir, toutefois, que le concept de régime de transit permet aux marchandises, sous certaines conditions, de circuler dans le territoire douanier en suspension des droits et mesures du commerce extérieur. Ce sont donc des mesures de facilitation du franchissement des marchandises des frontières, dans le cadre de l'importation. Il est à l'origine de plusieurs conventions entre territoires douaniers. Par exemple la Communauté Européenne a noué une relation douanière entre ses États membres nommée : Accord Européen de Libre Échange (AELE). En 1987, deux conventions ont été conclues entre la Communauté européenne et tous les pays de l'AELE. Ces conventions visent à faciliter l'importation, l'exportation et la circulation des marchandises à destination et/ou en provenance du centre de la Communauté européenne et des pays de l'AELE. L'une a institué un régime de transit commun²³⁸, tandis que l'autre a permis de simplifier les formalités d'importation, d'exportation et de transit²³⁹.

131. Les marchandises en transit peuvent être placées sous un régime. Par exemple, le régime de l'admission temporaire permet d'importer temporairement une marchandise dont l'entreprise a besoin pour son activité (essais, réglages, exposition, etc.). La marchandise ne doit pas subir de modifications. Dès lors qu'elle est réexportée, l'entreprise utilisatrice ne paie ni droit, ni taxe. Dans le cadre de ce régime, le carnet ATA (Admission Temporary Admission), délivré par les chambres de commerce et d'industrie, facilite la circulation internationale des marchandises en simplifiant les formalités douanières. Son utilisation est recommandée notamment pour les échantillons commerciaux et le matériel d'exposition.

Mais en principe toute marchandise tierce qui entre sur le territoire douanier d'un pays doit être dédouanée. Toutefois, les régimes du transit apportent une exception à ce principe. On distingue le transit interne qui s'effectue dans le même territoire douanier et le transit externe qui met en relation deux territoires douaniers de deux pays différents.

En matière de transit terrestre, le carnet ATA (Admission Temporaire/ Temporary Admission) facilite la circulation internationale des marchandises en simplifiant les formalités douanières, et permet d'obtenir une suspension des droits et taxes. Il se substitue aux documents douaniers normalement requis pour une opération d'importation temporaire, d'exportation temporaire ou de

²³⁸ Convention CE/AELE relative à un régime de transit commun, du 20 mai 1987, JO L 226, du 13.8.1987 + modifications.

²³⁹ Convention CE/AELE sur la simplification des formalités dans les échanges de marchandises (et un document administratif unique - DAU - à utiliser pour ces échanges), JO L 134 du 22.5.1987 + modifications).

transit. Il permet entre autre, la participation à des foires et expositions, la présentation d'échantillons commerciaux ou encore l'utilisation du matériel professionnel, scientifique ou pédagogique utilisé lors d'une participation à des salons. Nous verrons, par rapport à la situation géographique, que le régime de transit obéit à des conditions de garantie financière (A) mais aussi à des procédures nécessitant l'échange de document (B).

A- La situation géographique et la garantie financière du régime de transit

132. Ce régime est une solution administrative simple et peu coûteuse car il permet de transporter des marchandises non dédouanées à travers plusieurs États. En effet, il est important de rappeler l'importance de la coopération douanière en matière de transit. Et pour ce faire la mise en place d'un système harmonisé reste impérative pour l'échange de données et la facilitation du transit. Par ailleurs, les procédures et les documents demandés pour une opération de transport routier sont moindres que pour des modes combinés ou alternatifs (maritime, fluvial, ferroviaire). La compétitivité de ces modes dépend pourtant en partie de la rapidité des procédures attachées au traitement des marchandises qu'ils transportent. Ceci est particulièrement vrai pour le trafic conteneurisé, qui concerne des flux tendus, sensibles aux coûts d'acheminement avec des schémas logistiques complexes et des exigences de ponctualité de plus en plus sévères²⁴⁰.

133. La procédure standard, dès lors, se déroule sous forme électronique tel que le nouveau système informatique de transit (NCTS)²⁴¹. Le système émet un document douanier qui accompagne les marchandises au début de l'opération de transit. Le choix du formulaire se fait en fonction du statut et de la circulation des marchandises dans le territoire. Étant entendu que le régime de transit exige que soient présentés les marchandises au bureau de douane situé sur la route normale que doit emprunter le transporteur. Par exemple, dans le transport maritime de courte distance entre les ports de l'Union européenne, l'agrément en ligne maritime régulière est nécessaire. En effet, cette procédure donne un statut communautaire aux marchandises transportées et les formalités de débarquement et d'embarquement sont par conséquent allégées. Ainsi donc, les marchandises peuvent circuler librement, de la même manière qu'en transport routier.

134. La procédure de transit s'effectue, dans le système informatique douanier. Dans la mesure où le programme informatique prend en charge l'ensemble des données provenant des divers

²⁴⁰ Procédures douanières et transport intermodal (direction générale de la Mer et des Transports Mars 2007), <http://www.developpement-durable.gouv.fr> : (Mai 2016).

²⁴¹ Le système informatique du régime de transit commun porte le nom de «Nouveau système de transit informatisé (NCTS)». Utilisé principalement pour les marchandises en transit dans le trafic routier, il est obligatoire dans le transit international. La procédure d'expédition se déroule par voie électronique. Ce système ne s'applique pas aux transports qui sont effectués en procédure simplifiée par le rail, les airs, les voies navigables ou les conduites.

opérateurs et intervenants, notamment les auxiliaires de transport. Le régime de transit repose sur l'échange de messages électroniques entre les opérateurs économiques et les bureaux de douane. Le partage de données entre bureaux de douane lors d'une opération de transit est nécessaire pour garantir la célérité des procédures de transit. Pour cela, il faut que le bureau de douane où la déclaration de transit est présentée partage des informations sur les marchandises en transit avec les autres bureaux de douane concernés. Dans ces conditions, il est fort probable d'éviter de présenter la même déclaration.

Pour être utilisés au niveau national et international, les messages doivent respecter les normes ayant trait à la procédure et à la technique proposées par les conventions internationales en matière de facilitation des procédures douanières. L'utilisation de normes internationales comme le Modèle de données de l'OMD (Organisation Mondiale de Douane) garantit la compatibilité des exigences des autorités publiques en matière de présentation de rapports et permet le partage et l'échange d'informations entre les autorités publiques concernées, y compris les douanes. Il en résulte une facilitation accrue du commerce²⁴².

135. A rappeler qu'en matière de déclaration douanière de marchandise sous un régime suspensif de droits et taxes comme le transit, il y'a un engagement cautionné par une banque validé par la douane. Il s'agit en quelque sorte d'une garantie. En effet, le système de garantie veille à ce que les droits et taxes de douane sujets à risque pendant une opération de transit soient couverts en permanence jusqu'à ce que les marchandises soient présentées à la douane du bureau de destination. Si la garantie est un élément essentiel d'une opération de transit, le processus tend à se compliquer du fait de l'implication d'autres parties prenantes comme les banques, les compagnies d'assurance et les associations privées. Selon le codes des douanes du Sénégal le transport des dites marchandises doit avoir lieu sous le couvert d'un acquit-à-caution²⁴³.

136. Un système de garantie qui fonctionne correctement accélère les opérations de transit et réduit les problèmes de recette des pays de transit²⁴⁴. L'engagement solidaire du soumissionnaire et de la caution de satisfaire aux prescriptions des lois et règlement en vigueur, est nécessaire. Les engagements sont d'ordre fiscal et juridique. D'ordre fiscal parce qu'ils concernent les droits et taxes dont le paiement est suspendu, d'ordre juridique parce qu'ils se réfèrent expressément aux prescriptions des lois et règlement propres au régime douanier suspensif. Toutefois, le concept d'acquit à caution est un acte public et authentique dont les énonciations font foi jusqu'à

²⁴² <http://www.wcoomd.org>: Manuel sur le transit Pour l'établissement de systèmes efficaces de transit pour les PDSL Organisation mondiale des douanes

²⁴³ Article : 154 du code des douanes (2014) Sénégal « Les marchandises transportées par les voies terrestre, maritime ou aérienne, d'un point à un autre du territoire douanier, en suspension des droits et taxes ou prohibitions ou bien placées sous régime douanier suspensif, doivent être couvertes par un acquit-à-caution. »

²⁴⁴ Manuel sur le transit Pour l'établissement de systèmes efficaces de transit pour les PDSL Organisation mondiale des douanes. Op. Cit.

inscription de faux²⁴⁵. A ce niveau, une question se pose et implique celle de savoir, dans un système dématérialisé comment cette situation sera-t-elle gérée ? En d'autre terme, dans quel système cette application doit-elle être intégrée ? Si on sait que l'opération fait intervenir aussi bien l'administration douanière, la banque, le trésor et l'opérateur économique.

137. A notre avis, dans un système interconnecté, cela ne doit pas poser de difficultés, d'autant plus que l'information est partagée en temps réel, et que les différentes autorisations sont données et les contrôles effectués. L'intervention d'un certain nombre de formalismes peut constituer un obstacle à la dématérialisation des documents nécessaires pour la réalisation de l'opération de transit. Il en va ainsi par exemple, dans certains pays africains comme le Sénégal, où l'apposition du cachet et la signature du receveur sont obligatoires pour délivrer une autorisation. Mais avec la signature électronique ce problème est réglé. De plus l'autorisation du Directeur des douanes est souvent requise ; ce qui nous semble dérisoire dans la mesure où ces autorisations peuvent constituer un frein à certaines opérations. Il est mieux de légiférer que de confier les autorisations à des personnes dont la corruption pourrait tenter. Des décisions du Directeur général des douanes peuvent fixer les modalités de la vérification des marchandises (article 129.2 Code des Douanes Sénégalaises). Ce qui donne trop de pouvoir au directeur de la douane. Tout compte fait, il est par conséquent recommandé de procéder à la vérification systématique de l'authenticité de la signature, par un procédé de vérification certifié.

138. L'informatisation du transit est aujourd'hui conçue comme un élément fondamental. Et les administrations douanières s'adaptent aux besoins du commerce international avec célérité et flexibilité. Le choix d'un système harmonisé et compatible, sert d'instrument de gestion et de contrôle des opérations de transit. Son fonctionnement tient compte de la qualité des opérateurs et de leur niveau de formation en matières technologique et informatique. Or le système doit être accessible et moins sophistiqué pour une première utilisation. De cette façon, l'utilisation d'un document unique permet une gestion plus moderne et plus efficace que le système papier aux nombreuses lacunes.

En définitive, le système informatique doit pouvoir traiter toutes les procédures liées au transit à travers lesquelles les marchandises circulent. Cela notamment par toutes les voies de transport de bout en bout. Dans ce cas le document unique peut servir de base à l'enregistrement des opérations. Cependant, ces aménagements ne peuvent se faire qu'à un niveau communautaire comme à l'instar de la Communauté Européenne. D'ailleurs dans les pays en développement, le système ne peut être opérationnel immédiatement du fait de la conscience populaire encore attachée au papier par méfiance de l'électronique qu'elle ne maîtrise pas trop. Ce qui ralentit l'alignement de ces pays au système connecté.

²⁴⁵ Article 116.2° Ter Code des douanes et impôts indirects du Maroc.

Actuellement, le support papier est utilisé conjointement avec le support électronique au fur et à mesure que les opérateurs se dotent de l'outil informatique et se forment en même temps. Le transit interne ou externe connaît désormais un développement fulgurant et assimile par ailleurs les concepts technologiques existants en la matière. Toutefois, le transit intéresse dans la plupart des États, le transport routier.

139. Quid maintenant du transport maritime dans la mesure où ce dernier peut se présenter sous différentes formes à savoir, le transport multimodal et le transport combiné (les marchandises pouvant circuler d'un port du territoire à un autre). Cette situation intéresse forcément le transit et toute mise en place de système informatique doit en tenir compte. Étant donné que le secteur maritime couvre l'essentiel, sans nul doute, du transport maritime des matières premières. L'entrée et la sortie des marchandises du territoire douanier via la voie maritime restent possibles entre certains pays partageant le même littoral. A ce niveau, nous faisons allusion au régime de passage par les détroits servant de navigation internationale. En effet le régime juridique des eaux des détroits est prévu par la convention de Montego Bay sur le droit de la mer dans ses articles 34 et suivants. Et à notre avis, le passage des marchandises d'un territoire à l'autre est communément appelé transit. Ainsi, l'article 38 .2 de la convention de Montego Bay de 1982 définit le droit de passage en transit comme étant l'exercice de la liberté de navigation (...) continu et rapide par le détroit entre une partie de la haute mer ou une zone économique exclusive et une autre partie de la haute mer ou une zone exclusive. L'exigence de la rapidité ou de la continuité du transit n'interdit pas le passage par le détroit pour accéder au territoire d'un État riverain, le quitter ou en repartir sous réserve des conditions d'admission sur le territoire de cet État. Alors pour quelles raisons exclure le transport par voies maritimes du transit ? Cela nous semble incohérent. Qu'en est-il maintenant des échanges de documents numérisés dans le régime du transit ?

B- Les échanges de documents numérisés dans le cadre du régime douanier du transit

140. A ce niveau, plusieurs types de documents sont échangés. Chaque document étant lié à un service administratif de contrôle (douane, service qualité, santé, sécurité, environnement, trésor...). C'est pourquoi le système de Guichet Unique²⁴⁶ est le meilleur moyen d'atteindre l'objectif de célérité et d'efficacité des opérations de douane. A cet effet, nous l'avons évoqué, la mise en place en 1994 de SYDONIA++ par la CNUCED (Commission des Nation Unies pour le Commerce et le

²⁴⁶ Modèle de données de l'OMD, Harmonisation des données du Guichet unique (version 2 Février 2007) : Un environnement sûr de Guichet unique constitue un problème technique complexe qui ne peut fonctionner sans que l'on examine au préalable les politiques et autres questions non informatiques. Assurez-vous d'avoir analysé et réglé les aspects politiques, juridiques et administratifs avant de vous pencher sur les options techniques.

Développement) est plus que louable. SYDONIA++ est un système qui offre à l'utilisateur une interface ergonomique pour effectuer les tâches quotidiennes concernant les opérations du dédouanement et du commerce international. La maintenance du système est facile, et en outre, les pays peuvent aisément développer ses applications. L'architecture du système exige que le pays à travers leurs utilisateurs, possède de bonnes connaissances en informatique, et soit habitué à travailler dans un environnement UNIX ou Windows (système d'exploitation) et avec le réseau TCP/IP (internet). SYDONIA a été développé par la CNUCED au début des années 1980 pour permettre le calcul de compensations résultant d'une politique de désarmement tarifaire au sein de la CEDEAO (Communauté Économique Des États de l'Afrique de l'Ouest). Seules des données statistiques fiables étaient de nature à permettre la réussite de ce programme de libéralisation commerciale, et la seule manière d'obtenir ces résultats statistiques était de saisir les données directement lors de l'opération d'importation ou d'exportation et donc de placer le logiciel dans les bureaux de douane.

La première version de SYDONIA a été conçue pour répondre à ce besoin. Rapidement, les administrations des douanes ont demandé des fonctionnalités complémentaires telles que le contrôle de la saisie des données, l'application du tarif des douanes et le calcul de la taxation. Ces fonctions se sont ensuite enrichies par la gestion des procédures de paiement, du contrôle du manifeste.... Ce système a en effet pour but la simplification des procédures douanières au départ, au passage et à l'arrivée des marchandises en transit. Il met en connexion les parties prenantes de l'opération d'importation ou d'exportation, tout en définissant leurs obligations.

141. La conséquence positive de ce système apparaît dans la réduction des délais d'acheminement d'un point à un autre. Il est à noter encore une fois que l'importance des accords douaniers inter-état mais aussi l'accord entre d'une part l'administration douanière des pays concernés, et d'autre part les opérateurs de transport contribuent d'une certaine manière à l'accomplissement des recommandations des organismes internationaux. Différents engagements sont pris dans ce sens. En effet, les douanes des pays contractants s'engagent à ne pratiquer qu'un contrôle via le système interconnecté, à l'entrée dans le territoire et un autre à la sortie du territoire. De leur côté, les opérateurs de transport s'engagent à respecter les règles fondamentales à savoir de ne pas modifier les caractéristiques initiales de la cargaison ni dévier la route légale empruntée. Toutes les données étant saisies électroniquement dans le système et dans un document unique, ne pouvant plus être modifié une fois l'enregistrement et la validation rendus effectifs. Le système qui fonctionne facilement n'est pas moins fiable grâce à l'installation d'un système de sécurité efficace. Ainsi l'opérateur doit enregistrer dans le système l'itinéraire déterminé et qui est obligatoirement emprunté. Le moyen de transport doit être agréé suivant des formalités bien définies dans le

système. Au passage, la responsabilité du transporteur est retenue jusqu'à destination lorsque le scellement est retiré par les agents de la douane.

La circulation des marchandises en transit se fait souvent avec plusieurs modes de transport. L'intermodalité est conçue comme la mise en œuvre de services de transport de bout en bout au moyen de modules : outils permettant l'acheminement des marchandises de porte à porte, en utilisant différents modes de transport (maritime, route, rail...) sans rupture de charge en principe. Toutefois, la rupture de charge est nécessaire pour manipuler la marchandise et la transférer d'un mode de transport à un autre. Cette situation est prévue dans le système. Il peut faire intervenir dès lors un opérateur transporteur qui soit au début fait partie de l'opération de transport ou qui remplace le premier : c'est l'exemple du transporteur substitué²⁴⁷. A cet effet, il faut configurer le système de telle sorte que l'intervention d'une tierce personne soit possible. Le constat qui est fait à ce stade de l'étude est que l'échange de données informatiques répond au mieux au système envisagé dans le régime de transit. Il s'agit en l'occurrence d'échange, d'ordinateur à ordinateur connecté à l'internet, de données commerciales et administratives, dans un format électronique standard, entre partenaires. Cependant, même si un courriel est envoyé les documents qu'il permet d'échanger sont traités par des personnes physiques au lieu des ordinateurs. Ce qui ralentit encore une fois le traitement des documents et également provoque des erreurs. En pareil cas, une application doit être en mesure de traiter immédiatement le message. Par exemple le système de gestion des commandes dans une entreprise qui fonctionne avec l'EDI.

142. Puisque, maintenant, les messages sont traités par ordinateur, à la place des individus, un format standard est nécessaire. Or pour que l'ordinateur soit capable de lire et comprendre les messages, il faut une application harmonisée et compatible avec l'ensemble des systèmes d'exploitation interconnectés. C'est la méthode de standardisation, jusque-là efficace, proposée par l'OMD qui doit être appliquée. Ce format standard permet de définir le type et la forme d'information exigés, selon aussi des méthodes de codification Alphanumérique (jours, mois, année, nombre, décimal, monétaire...) ²⁴⁸ lisible par toutes sortes de logiciels installés dans un ordinateur.

²⁴⁷ Art. 10 des Règles de Hambourg.

²⁴⁸ <http://www.edifact.fr> (Mai 2016) : La syntaxe EDIFACT/ONU énonce les règles régissant la façon dont les messages EDIFACT/ONU devraient être structurés et fait l'objet d'une norme ISO (ISO 9735) dans laquelle un message EDIFACT est défini comme une série de modules fonctionnels. Ces modules sont les suivants (en partant du plus petit élément) ; les codes (par exemple codes des pays, des monnaies, etc.); les données, qui peuvent contenir des codes ou du texte; les données composites, qui sont composées de données fonctionnellement liées entre elles, comme le montant monétaire et le type de monnaie, ou la version en clair et en code de la même donnée. Les segments, formés par des groupes de données qui constituent ensemble un concept unique (par exemple "informations détaillées sur les prix", "informations détaillées sur le transport" et "base des conditions de paiement"); les messages, qui sont des groupes de segments et correspondent à une spécification pour l'échange de données.

143. Deux partenaires industriels par exemple, s'ils veulent se comprendre vont donc devoir utiliser une norme c'est à dire un langage commun afin que chaque message échangé soit parfaitement compris et sans ambiguïté. Parmi les normes les plus utilisées on retrouve la norme américaine ANSI X12²⁴⁹, la norme britannique TDI et la nouvelle norme internationale EDIFACT qui tend à unifier les deux précédentes. Ces trois normes reposent sur des règles de composition similaires. A défaut de cette standardisation, chaque opérateur enverrait des documents en utilisant son propre modèle de donnée. Tel est d'ailleurs la cause du blocage de l'effectivité de la dématérialisation entre les pays développés et ceux en développement. Cependant, la norme EDIFACT/ONU n'est pas une norme unique, mais plutôt un ensemble de normes, de répertoires et de directives pour l'échange électronique de données structurées, portant en particulier sur le commerce des biens ou des services, entre systèmes informatiques autonomes.²⁵⁰ De ce fait, pour la dématérialisation des régimes du transit, les éléments de données d'une transaction ou d'une opération sont l'ensemble des informations individuelles présentes dans le document. Par exemple l'élément de données peut correspondre au mot d'une phrase et peut être simple ou composite. Sa structure est soit un code soit une suite numérique ou alpha numérique de taille bornée. Les caractères sont choisis dans un alphabet bien précis. Lorsqu'il s'agit d'un élément composite, plusieurs champs peuvent ou doivent être renseignés.²⁵¹ De nombreux documents comme le connaissement et la facture commerciale font apparaître dans leurs structures des éléments de données telles que le port de chargement, le port de déchargement, le fret etc. Ainsi chaque élément de données intéressant le transit est défini dans le système d'échange. Il est important de bien distinguer les données numériques du genre texte ou date dans un calendrier.

144. Il n'existe plus de doute sur le fait que l'échange de documents papier peut nécessiter une semaine voire plus si des erreurs sont faites lors de la saisie manuelle des données. Or, il est bien évident que les systèmes d'échange de données dans le cadre du régime de transit rendent ce dernier

²⁴⁹ Edi pour tous : En 1979, l'ANSI (American National Standards Institute) a chargé l'ASC (Accredited Standards Committee) X12 d'élaborer des normes uniformes en matière d'échange électronique de transactions commerciales entre les industries, à savoir l'échange de données informatisé. L'ANSI X12 a été, à l'origine, conçu à destination des entreprises dans les différentes industries en Amérique du Nord. Toutefois, à l'heure actuelle, ce sont plus de 300 000 entreprises à travers le monde qui utilisent les normes X12 dans le cadre de leurs transactions quotidiennes. L'ASC X12 fait également partie des messages UN/EDIFACT qui sont largement utilisés en dehors des frontières américaines.

²⁵⁰ <http://www.edifact.fr> (Maj 2016): EDIFACT 2016 (Échange de Données Informatisé pour l'Administration, le Commerce et le Transport) Règles des Nations-Unies qui se composent d'un ensemble de normes approuvées à l'échelon international, de répertoires de messages, de directives pour l'échange électronique de données structurées. Ces règles sont élaborées par des experts et des délégués des États, d'organisations internationales ou intergouvernementales dans le cadre du CEFAC. Elles ne concernent pas que le commerce des biens et services entre systèmes informatiques indépendants, mais toute forme de transaction, quel que soit le statut des acteurs. Outre ces règles générales, le CEFAC recommande aux partenaires EDI de signer un accord d'inter-change qui formalise leurs relations. Deux " accords modèles " sont disponibles, celui du CEFAC, avec un avenant pour les autres formes de commerce électronique, moins ou pas automatisées, et celui de la Commission de l'Union Européenne. Le portefeuille de messages NU/EDIFACT est riche, mais les messages les plus employés dans le monde entier (zone Pacifique incluse) sont " facture ", " bon de commande ".

²⁵¹ Structure d'un message EDIFACT <http://www.edifact.fr>.

rapide et efficace. Dans la mesure où seulement, en quelques minutes, le système du transporteur grâce à son logiciel, envoie la demande de transit aux opérateurs douaniers au format, bien entendu, standardisé. Mais auparavant, le système informatique du transporteur par exemple, crée un fichier électronique contenant les informations nécessaires pour la création de la demande de transit. Une fois les données enregistrées, elles sont transmises à l'administration douanière par le système interconnecté. Cette dernière effectue le contrôle adéquat, demande le complément d'information ou de rectification si besoin et en fin valide la demande. A noter que le cachet et la signature sont intégrés par des méthodes définies par la réglementation sur la signature électronique.²⁵² L'article 2 de la directive européenne de 1999 définit la signature électronique comme étant une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification.

Les régimes économiques douaniers participent à la célérité des échanges économiques et donnent l'occasion aux petites et moyennes entreprises de faire face à la concurrence. Cependant, le développement fulgurant des technologies de l'information n'est pas senti, dans la pratique, par les pays en développement. Et cela, a pour raison le fait que de nombreuses entreprises dans ces pays, et malgré les efforts fournis, ne disposent pas de ressources internes par exemple un personnel bien formé aux technologies de l'informatique, pour entreprendre ce type de travaux et opter pour la dématérialisation.

L'apparition d'ordinateurs plus puissants et la demande de pouvoir traiter des volumes de transactions plus importants, ont fait apparaître les limites des systèmes existant de gestion de fichiers dans les pays Africains qui viennent d'expérimenter les nouveaux systèmes informatiques. Par ailleurs, l'émergence de nouveaux logiciels assurant la gestion de bases de données relationnelles donc plus volumineuses ont permis la création de systèmes plus flexibles et plus performants. Les ordinateurs personnels sont en mesure de répondre aux besoins des nouveaux pays utilisateurs. En outre, un choix technique doit être effectué concernant la configuration matérielle. Contrairement au transport routier, le transport maritime n'a pas fait couler beaucoup d'ancre en ce qui concerne le transit du fait que ce régime pose le problème du passage sur le territoire d'un pays étranger. Toute fois, le transit maritime peut être pris en compte dans le cadre du transport communautaire reliant les ports des pays membres ou dans le cadre de la traversée des détroits.

²⁵² La signature numérique est un mécanisme permettant de garantir l'intégrité d'un document électronique et d'en authentifier l'auteur, par analogie avec la signature manuscrite d'un document papier. Elle se différencie de la signature écrite par le fait qu'elle n'est pas visuelle, mais correspond à une suite de caractères.

SOUS TITRE II : Le processus d'élaboration des documents

électroniques : du formalisme physique au formalisme électronique

145. La dématérialisation des documents du commerce maritime international ne peut être analysée sans pour autant recueillir des données sur les intervenants dans la chaîne de transport international de marchandise. Quand on parle de transport, en général, il constitue un élément stratégique du système économique qui met en valeur non seulement la compétitivité du vendeur, mais surtout, détermine le niveau de croissance des échanges commerciaux sur le plan international²⁵³. Le terme transport est défini ici comme étant le déplacement des marchandises d'un endroit à l'autre par des moyens mécaniques par exemple : le navire, le véhicule ou l'avion. La chaîne de transport regroupe les opérations depuis la préparation de l'expédition jusqu'à la fin de cette expédition.

Cette partie se propose d'identifier les acteurs qui produisent les documents dématérialisés. Afin d'analyser leur rôle dans la création et l'échange des données. Ces acteurs classiques sont appelés « sources » dans la mesure où le document primaire émane de leur volonté (**chapitre I**). Les nécessités du commerce font naître, aussi, des besoins (transmission de messages, transferts de fichiers, gestion de transactions) de communication de données informatiques entre les acteurs plus ou moins éloignés (transporteurs/chargeurs). C'est pourquoi, l'accès à un réseau (Internet) de transmission de données est important car, le réseau permet la liaison et la transmission des données entre les différents systèmes informatiques le plus souvent éloignés. L'étude de leur implication dans la dématérialisation et leur fonctionnement est envisagée (**chapitre II**). Pour toutes les personnes impliquées dans l'élaboration d'un document informatique, que ça soit la rédaction d'un contrat de vente de marchandise ou d'un contrat de transport ; la conception technique y est respectée. Cependant cette conception technique du document électronique soulève des questions concernant l'identification des émetteurs et l'authentification des documents qu'ils produisent (**chapitre III**).

²⁵³R. RODIERE., MERCADAL, B., « *Droit des transports terrestres et aériens* », Paris 1990, édition Dalloz, p. 2.

CHAPITRE I : Les auteurs liés à l'émission des documents dématérialisés

Le commerce maritime mondial ne cesse de connaître une croissance vertigineuse depuis l'avènement du transport conteneurisé grâce à un américain du nom de Malcom Mclean. Ce trafic fait intervenir des individus qui évoluent dans un espace de coopération d'échange et de travail. Il s'agit entre autre de l'agent maritime, du transitaire et du commissionnaire. En amont, et à leur côté on retrouve les acteurs de l'affrètement dont les contrats (charte party) sont plus ou moins distincts du contrat de transport.

146. Le transport est sans nul doute, la suite logique de la vente et des échanges internationaux²⁵⁴ de marchandise. De ce fait, les deux activités sont aussi bien liées dans la pratique que, même si du point de vue juridique, les deux contrats sont distincts, ils peuvent toutefois être placés par la volonté des parties (transporteur, chargeur et vendeurs) dans une certaine dépendance l'un de l'autre²⁵⁵. Ainsi, dans le cadre du présent chapitre, la notion d'acteur est confondue avec celle d'opérateur initiateur de quelques documents que ce soit. Il peut s'agir de l'organisme ou de l'opérateur responsable de l'émission d'un document du commerce international. Comme par exemple, le Ministère du commerce extérieur qui émet les titres d'importation. Ou de l'agent maritime qui émet le connaissement. Pour comprendre cette notion d'acteur du commerce maritime nous allons analyser les opérations logistiques d'import/export et la chaîne de transport dans leur généralité. Cette activité met en relation l'agent maritime et le commissionnaire et la transitaire (**section 1**). Toutefois, ces opérations s'accompagnent de l'intervention des établissements financiers qui reçoivent et émettent des documents importants sans lesquels le commerce serait difficile voire impossible : il s'agit des banques (**section 2**).

SECTION 1 : L'agent maritime, le commissionnaire et le transitaire : émetteurs primitifs de documents

147. Le terme transporteur maritime désigne toute personne par laquelle ou au nom de laquelle un contrat de transport de marchandises par mer est conclu avec un chargeur²⁵⁶. Et le terme chargeur désigne toute personne par laquelle ou au nom de laquelle ou pour le compte de laquelle

²⁵⁴ J.M. JACQUET, DELEBECQUE PH, CORNELOUP, S., « *Droit du commerce international* », 2^{ème} édition, Dalloz, 2010, p. 361.

²⁵⁵ J.M. JACQUET, DELEBECQUE PH., CORNELOUP, S., *op. Cit.* p. 361.

²⁵⁶ Article premier-définition (1) : Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978

un contrat de transport de marchandises par mer est conclu avec un transporteur et doit s'entendre également de toute personne par laquelle ou au nom de laquelle ou pour le compte de la quelle les marchandises sont effectivement remises au transporteur en relation avec le contrat de transport par mer²⁵⁷. Partant de ces définitions, il est clair qu'une relation professionnelle s'impose entre ces acteurs. Cette relation a pour conséquence l'échange de documents commerciaux, rédigés pour les besoins des transactions.

Il est constant que dans le commerce maritime, les opérateurs économiques se débattent avec un grand nombre de documents et de formulaires. Par exemple, pour une seule expédition, environ 28 documents sont produits dans le cadre d'une importation au Sénégal. Et au Maroc, les titres d'importations émis varient entre 440 000 et 500 000 documents par ans²⁵⁸. Le projet de Liasse Unique Marocain a dénombré 29 documents dont chacun a fait l'objet d'une fiche analysée sur la base de 13 variables ayant trait entre autres à la nature du document, son utilité et circuit de traitement, son état de normalisation, l'organisme émetteur et récepteur²⁵⁹.

Cette section se propose alors d'analyser le processus d'émission des documents en se basant sur le contenu informationnel des documents. L'objectif est d'identifier les interactions informationnelles pour mieux préciser leurs origines et leurs rôles dans les rapports commerciaux. De ce fait, la détermination de l'information permettra de voir si un seul formulaire de document est en mesure de satisfaire les besoins de tous les opérateurs sans que l'opérateur soit dans l'obligation de saisir les informations plus d'une fois²⁶⁰. Cette analyse du contenu informationnel des documents suggère l'étude du processus d'émission des documents par les acteurs du commerce maritime (**paragraphe 1**). Dans la mesure où ce sont eux qui définissent le contenu des documents émis dans leur relation d'affaires ce qui n'exclut pas pour autant, le respect des règles d'ordre public (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la préparation des documents par l'agent maritime, le transitaire et le commissionnaire

148. Les documents du commerce maritime international donnent lieu à de multiples échanges d'information. De ce fait, le déclenchement de la majorité des activités du commerce extérieur suppose la réception d'informations liées à la marchandise faisant l'objet d'importation ou d'exportation. Ce processus engendre en retour l'émission d'une autre information qui traduit le

²⁵⁷ Article premier-définition (2) : op-cit,

²⁵⁸ Base d'étude du projet de liasse unique du Conseil National du Commerce Extérieur (CNCE) du Maroc : Annexe

1. <http://www.cnce.org.ma/fr/documents-et-ressources-liste> En ligne le 06/09/2016

²⁵⁹ Synthèse du projet de Liasse Unique des documents du commerce extérieur du CNCE. Bulletin d'analyse. 2008.

²⁶⁰ Synthèse du projet de Liasse Unique des documents du commerce extérieur du CNCE, op-cit.

traitement qui a été réservé à l'information initiale sur la marchandise. Ce qui fait que dans ce même ordre d'idée, transitaire, agents maritimes, commissionnaire en douane, chargeurs, services douaniers, services sanitaires et établissements financiers sont liés par des documents car les marchandises expédiées d'un pays à un autre engendrent l'émission de documents. Et lorsque les marchandises sont prises en charge par le transporteur, ce dernier doit, sur demande du chargeur, émettre par l'intermédiaire de son agent maritime un *connaissance*²⁶¹. Et s'il s'agit de l'importateur, il doit fournir un titre d'importation délivré par les services du commerce extérieur.

149. La réalisation des opérations du commerce maritime donne lieu à la diffusion des informations disponibles dans des documents de nature différente (contrat de vente, déclaration en détail, *connaissance*, police d'assurance, bon d'enlèvement douane, certificat d'origine, facture commerciale, bon de livraison etc.). Dans le processus d'émission des documents, plusieurs acteurs du transport interviennent et jouent chacun un rôle important dans la production des documents. Il s'agit entre autres des acteurs liés à la gestion de la marchandise : l'agent maritime et les acteurs liés à l'organisation du transport : le transitaire commissionnaire de transport.

Le terme transporteur dans le domaine maritime est réservé le plus souvent aux armateurs propriétaires, exploitants et/ou affréteurs d'un navire. Leur activité principale est de transporter des marchandises ou des passagers. Toutefois, ils peuvent être en relation avec d'autres acteurs comme les agents maritimes. En effet, la Fédération des associations des consignataires de navires et agents maritimes de France, dans ses statuts du 30 juin 2010, propose la définition suivante : *L'agent maritime est un agent commercial qui opère dans le secteur maritime. Il agit pour son mandant, l'armateur, et accomplit toutes les missions qu'il lui confie.* L'agent maritime, comme tout agent commercial²⁶², est un mandataire professionnel indépendant. L'étendue de son pouvoir de représentation est déterminée par le contrat de mandat signé avec l'armateur. Il est chargé de collecter le fret, de réaliser la documentation pour libérer la marchandise et de coordonner les opérations d'embarquement et de débarquement. Représentant d'une compagnie maritime dans une zone géographique déterminée qui en particulier établit des cotations de fret, encaisse le fret, et émet les *connaissances*. C'est l'agent maritime qui rédige, sur les instructions du chargeur ou de son représentant (le commissionnaire de transport), le *connaissance*. Il prépare entre autres, le *booking note*.

150. A l'égard des tiers, l'agent maritime n'est personnellement responsable que des délits ou quasi-délits qu'il peut commettre dans l'exercice de sa mission, soit spontanément, soit sur les instructions de son mandant. N'étant pas partie aux contrats qu'il conclut pour le compte de l'armateur, son mandant, il n'est pas, par définition, responsable des dommages liés à l'inexécution

²⁶¹ Article 14 : « *Émission du connaissance* » ; Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg). 1978.

²⁶² Article 134-1 du Code de commerce de la France.

desdits contrats, dès lors que, agissant simplement comme « mandataire de l'armateur », il ne prend aucun engagement personnel.

151. Si l'agent maritime représente l'armateur pour les opérations commerciales, le transitaire représente le chargeur pour organiser le transport de sa marchandise. Ainsi, le transitaire commissionnaire de transports est un intermédiaire de commerce qui organise le transport de marchandise pour le compte de divers clients. Il a pour mission de conclure le contrat de transport avec l'agent maritime et de remplir le connaissement émis par ce dernier. Il produit entre autre les documents justificatifs du prix : la facture commerciale, la facture consulaire. Les documents justificatifs du poids et de la qualité : le certificat de poids, le certificat de qualité, les certificats d'assurance. Son rôle implique aussi de se charger de toutes les opérations juridiques qui doivent avoir lieu entre le moment où la marchandise lui est remise par le client.

152. Selon le droit commun, le transitaire assume une responsabilité délictuelle à l'égard des tiers auxquels il a causé un dommage. Cette responsabilité est engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code Civil et suivants. Le transitaire est également responsable contractuellement s'il s'est engagé personnellement envers le transporteur. C'est le cas lorsqu'il signe une lettre de garantie concernant la marchandise de plus, sa responsabilité peut être engagée pour non vérification du connaissement.

153. Dans le processus d'émission des documents, c'est l'agent maritime de la compagnie qui conclut le contrat de transport. Ce dernier désigne le contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à transporter des marchandises par mer d'un port à un autre. Il remet le connaissement au transitaire, ce dernier agissant pour le compte de son client. Le connaissement est un document faisant preuve d'un contrat de transport par mer et constatant la prise en charge de la marchandise par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises contre remise de ce document²⁶³.

L'émission de ce document fait naître des engagements et des obligations entre parties. C'est pourquoi toutes informations fournies, par une partie doit être comprise par l'autre. Ainsi nous faisons allusion au langage unique et harmonisé qui est utilisé pour élaborer le document. C'est à cet effet, que le modèle de données de l'OMD est efficace dans les relations d'affaires entre partenaires car il établit un langage unique qui permet la compréhension et l'efficacité de l'information fournie lors de l'élaboration et la conclusion des contrats.

Même s'il appartient à l'agent maritime d'émettre le formulaire du connaissement, il revient au transitaire de désigner les marchandises, leur nombre de colis, le poids brut, le volume total, le lieu de chargement et de déchargement. Il mentionne aussi son nom et éventuellement celui du destinataire. Une fois ces données renseignées, le transitaire remet le connaissement à l'agent

²⁶³ Article premier-définition 6 des Règles de Hambourg. 1978.

maritime pour qu'il complète le connaissement et en vérifie la teneur après le pointage effectué lors du chargement à bord. Après vérification et éventuellement l'émission de réserves²⁶⁴ l'agent renvoie le connaissement au transitaire. Ce dernier envoie le connaissement à l'acheteur ou au destinataire ou encore le dépose dans une banque si une lettre de crédit documentaire est établie. C'est la remise du connaissement par le destinataire à l'agent de l'armateur au port de déchargement qui met fin au circuit documentaire.

154. Comme nous l'avons évoqué au début de ce paragraphe, l'émission des documents appartient aux parties qui sont en relation d'affaire. Ce qui fait que nous allons nous intéresser au contrat de transport et d'affrètement pour en analyser les données informationnelles qui souvent mettent en relation ces deux contrats. Si les Règles de Hambourg ne mentionnent pas le terme « affrètement » dans la définition du contrat de transport par mer, la Convention de Bruxelles de 1924 dans son article premier en fait autrement. C'est pour dire que souvent dans la pratique, le contrat de transport est lié au contrat d'affrètement. Par exemple le contrat d'affrètement ou de transport est en général constitué par un connaissement lorsque les marchandises d'un chargeur ne représentent qu'une partie de la cargaison du navire. Dans ce cas le connaissement peut énoncer la totalité des conditions du contrat de transport ; si non elles sont déterminées à la fois par le connaissement et par d'autres documents. Comme la lettre de transport maritime qui formalise le contrat de transport passé entre le chargeur et la ligne maritime. Elle représente le reçu de la marchandise et a été mis au point pour permettre au chargeur d'en communiquer le contenu au destinataire dès que le chargement est effectif. Cela leur permet en quelque sorte de prendre les dispositions nécessaires pour le dédouanement.

155. Le contrat de transport fait naître entre le transporteur et le chargeur des obligations, nous l'avons souligné. Mais, le transporteur maritime peut être représenté par, le consignataire du navire ou l'agent maritime, et le chargeur est représenté soit par le transitaire. Dans ce document, le chargeur déclare tous les éléments permettant d'identifier la marchandise à savoir la nature, le conditionnement et l'emballage. Il faut noter que l'agent maritime pourrait être considéré comme un secrétaire de l'armateur. Parce qu'il établit les documents relatifs à la marchandise comme par exemple le connaissement, les bons à enlever. C'est à lui aussi de saisir les informations dans le système portuaire AP+ en Europe, GAINDE au Sénégal, et SYDONIA++ au Bangladesh.

²⁶⁴ Article 16 « *connaissement : réserves et force probante* » des Règles de Hambourg 1978 : On distingue le principe de la réserve et celui de l'absence de réserve. La réserve du transporteur doit porter sur l'état apparent des marchandises. Si cet état est défectueux, cela ne pose aucun problème. Mais s'il constate des inexactitudes sur les informations ou a des soupçons là-dessus ou n'a pas les moyens de contrôle suffisants des déclarations du chargeur mentionnées au connaissement, il doit ajouter dans le connaissement une réserve précisant les inexactitudes qu'il a constatées, la raison de ces soupçons ou l'absence de moyen de contrôle suffisants. En l'absence de réserves au connaissement, le transporteur est réputé y avoir mentionné que les marchandises étaient en bon état apparent.

Par ailleurs, le transitaire accomplit les opérations administratives et commerciales relatives à la circulation internationale des marchandises en établissant des papiers import et export, les documents d'expédition, les attestations pour les marchandises dangereuses et conclut les contrats spéciaux d'assurance. Dans ce document, les données suivantes concernant le risque sont énumérées par la compagnie d'assurance et sont acceptées par l'assuré. Il s'agit entre autre des risques ordinaires (avaries particulières avaries communes), les risques de guerre, de grève et d'émeutes. Le conducteur en douane quant à lui, offre ses services à l'agent maritime, il remplace le capitaine étranger auprès des administrations portuaires, douanières et des clients.

Dans ce périple des documents, la dématérialisation est considérée comme le moyen le plus efficace et le plus rapide pour l'échange de données. Le contenu de ces documents est l'information nécessaire à la dématérialisation.

Paragraphe 2 : le contenu des documents du commerce maritime international

Les acteurs du commerce maritime international ont besoin de se connaître et d'avoir confiance les uns les autres. Pour cela l'information contenue dans les documents échangés doit être fiable. Dans un contexte d'activités économiques concurrentielles, le tri et la sélection des données informationnelles permet d'éviter les redondances. De ce point de vue, l'opération de sélection doit uniquement s'articuler sur les données personnelles (noms des parties au contrat, adresse et raisons sociales), les données économiques (conditions d'exécution des contrats, factures, prix, assurance), et les données juridiques (lois applicables, mode de règlement des litiges, tribunaux compétents). Ces données sont considérées comme les données essentielles pour la réalisation de l'opération de transport, d'import ou d'export.

156. Le CEFACT²⁶⁵ recommande aux États de mettre en place une plate forme de guichet unique pour regrouper l'ensemble des données nécessaires à la réalisation d'une opération d'importation ou d'exportation. L'objectif est que l'émetteur de l'information incrémente²⁶⁶ les données produites dans une base commune (système informatique) de données, et que les destinataires puissent l'information de la même base de données, en fonction de leur besoins en information.

²⁶⁵ Depuis son introduction en 1973 en tant que Recommandation n° 1 de la CEE-ONU, la Formule-cadre des Nations Unies pour les documents commerciaux a mis à la disposition des gouvernements, des organisations et des milieux d'affaires un format normalisé et aligné pour la présentation des documents utilisés dans le commerce et les transports. Grâce à cette formule cadre, on a pu améliorer sensiblement la normalisation des documents commerciaux dans de nombreux pays du monde entier

²⁶⁶ Terme informatique, effectuer une incrémentation (augmentation de la valeur d'une variable à chaque phase de l'exécution d'un programme).

A titre d'exemple, l'analyse du contenu informationnel du titre d'importation permet de mesurer l'importance de l'information à mettre à la connaissance des autorités administratives. Parmi les données intégrées dans le titre d'importation²⁶⁷ on retrouve notamment la désignation commerciale des marchandises, le pays d'origine, le nom de l'expéditeur, le pays de provenance, les devises, le bureau douanier compétent, le nom de l'importateur, le poids net total, les conditions de livraison et la nomenclature douanière. Il est à noter au passage que le titre d'importation s'échange entre les opérateurs du commerce maritime international à savoir le ministère du commerce extérieur, le système bancaire, l'office de change, la douane et l'importateur.

157. L'analyse du contenu informationnel des documents du commerce maritime s'impose dans le cadre de la dématérialisation pour déceler les points de redondance entre les documents. L'étude révèle que chaque opérateur (dans la plupart des pays Africains) désigne l'information sous une appellation qui lui est propre. Par exemple pour ce qui est de la nomenclature utilisée, on observe que l'unité de mesure est différente d'un opérateur à l'autre. Or, parmi les documents dont le contenu est défini par les autorités gouvernementales, on note : les titres d'importation et d'exportation, les certificats de contrôle qualité, les certificats phytosanitaires, les titres de transport et un certain nombre de documents relatifs au circuit paiement. Ces documents ont souvent le même contenu informationnel et sont exigés pour le contrôle du commerce extérieur et l'établissement des statistiques. L'identification des informations contenues dans ces documents a été l'occasion d'une analyse de redondance des informations, consistant en l'évaluation des répétitions des informations inutiles. Pour faire face à ces dysfonctionnements, la dématérialisation doit servir de base d'harmonisation des informations par la mise en place de formulaires uniques, comme le recommande le Centre des Nations Unies pour la Facilitation du Commerce et des Transactions Électroniques. Mais les opérateurs économiques ont besoin d'un outil financier susceptible de répondre à leurs demandes.

SECTION 2 : le rôle des établissements financiers dans la production des documents

158. Les échanges commerciaux dans un pays constituent, à coup sûr, le baromètre révélateur de la bonne tenue de ses équilibres financiers et de ses fondamentaux économiques²⁶⁸. Les opérateurs économiques ont besoin de sécuriser le paiement de leurs transactions commerciales et

²⁶⁷ Le titre d'importation concerne : l'engagement d'importation pour les produits libre à l'importation, la déclaration préalable à l'importation, pour les produits soumis à cette procédure (marchandises dangereuses comme les explosifs), licence d'importation pour les produits soumis à autorisation.

²⁶⁸ Mots du président MOHAMED EL KETTANI du groupe Attijariwafa Bank extrait du « Guide du commerce extérieur » www.attijariwafabank.com/Documents/AWB_guide_commerce_exterieur en ligne 09/09/2016

pour ce faire ils entretiennent des relations d'affaires avec les établissements financiers. De plus, les États mènent des actions pour faciliter les procédures de change et de douanes. Alors que les banques proposent la prise en charge et le préfinancement des dépenses dans le cadre d'importation ou d'exportation (mobilisation de devises des créances nées à l'exportation ou à l'importation), et se portent caution ou garant dans les opérations de douane.

Comme dit l'adage « *vendre c'est bien, être payé c'est encore mieux* » c'est pourquoi, il est nécessaire pour les acteurs du commerce extérieur de maîtriser tous les modes de paiement pour une meilleure négociation et être en sécurité lorsque la conjoncture internationale est marquée par l'instabilité et la montée des risques. Cette maîtrise de la situation permet à l'acheteur et l'exportateur d'opter pour un mode de paiement ou de garantie tel que la remise documentaire ou la lettre de crédit stand-by pour dérouler leurs transactions.

159. Pour rappel, les établissements de crédit sont les entreprises dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public et à octroyer des crédits²⁶⁹. En analysant le rôle des établissements financiers, nous voulons démontrer le processus d'intégration du concept de crédit documentaire dans l'élaboration et l'admission des documents dématérialisés (**Paragraphe 1**). Or, dans une conjoncture internationale difficile, l'importateur, l'exportateur, le transporteur et la banque ont tout intérêt à être prudents dans les échanges de documents électroniques et surtout à ne pas hésiter de négocier avec leurs partenaires un mode de paiement sécurisé via leurs systèmes informatiques (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'acceptation des documents dématérialisés pour l'octroi du crédit documentaire

160. En se référant aux articles 1, 2, 6, 7 et 8 des RUU 600²⁷⁰ (Règles et Usances Uniformes), le crédit documentaire est défini comme étant un arrangement irrévocable, quelle que soit sa dénomination (lettre de crédit ou lettre de stand-by), consistant en un engagement définitif de la banque du donneur d'ordre de payer le bénéficiaire si ce dernier lui présente, dans les délais et conditions stipulées dans l'engagement du banquier, les documents qui y sont spécifiés. D'un autre côté, les Règles et Usances Uniformes sont un ensemble de textes proposés par la Chambre de Commerce Internationale, qui permettent une bonne utilisation des techniques bancaires du

²⁶⁹ Code monétaire et financier-Article L511-1. Modifié par l'ordonnance n° 2015-558 du 21 mai 2015- art. 1. En ligne sur www.Legifrance.gouv.fr.

²⁷⁰ Les Règles et Usances Uniformes sont un ensemble de règles utilisées notamment pour les lettres de crédit de la Chambre de Commerce International. Elles sont aussi utilisées par les banques dans plus de 175 pays

commerce international. On y retrouve les règles concernant le crédit documentaire, qui reste un incomparable moyen de paiement et de garantie²⁷¹ pour les opérations commerciales.

161. Le crédit documentaire est une création de la pratique bancaire. Un moyen de paiement conçu pour permettre au vendeur détenteur du crédit documentaire de se protéger des aléas liés à l'insolvabilité, l'éloignement ou à la mauvaise foi de son acheteur émetteur du crédit documentaire. Cette pratique met en relation plusieurs parties qui vont échanger des documents à travers leur système informatique. Par exemple, le donneur d'ordre est souvent le destinataire de la marchandise ou du service (acheteur) qui charge une banque de son choix d'émettre le crédit. Cette dernière s'engage ainsi en lieu et place du donneur d'ordre, conformément à ses instructions, précisant les conditions de réalisation et notamment la présentation de documents précis à remettre par le bénéficiaire. Ce dernier est la partie (vendeur) en faveur de laquelle le crédit est émis et qui doit, en contrepartie du bénéfice du paiement, satisfaire aux conditions stipulées dans le crédit.

162. La banque émettrice quant à elle, émet le crédit à la demande d'un donneur d'ordre ou pour son propre compte et s'engage à honorer le paiement à vue ou à terme sur présentation conforme, à savoir une présentation en accord avec les termes et conditions du crédit et de l'application des règles et normes de la pratique bancaire internationale. Cette banque est en relation avec la banque notificatrice qui notifie le crédit, à la demande de la banque émettrice. Cette dernière a aussi besoin d'une banque confirmatrice qui ajoute sa confirmation au crédit, suite à la demande ou à l'autorisation de la banque émettrice. La confirmation étant l'engagement définitif d'honorer à vue ou à terme ou de négocier suite à une présentation conforme. Le crédit est réalisable auprès de toute banque désignée.

163. L'intervention de la banque dans les opérations commerciales se justifie, au cours d'une vente, par la solution qu'elle apporte aux difficultés techniques et aux risques créés par l'éloignement géographique. De ce point de vue, les parties contractantes ont recours à un tiers pour bien assurer l'exécution du paiement selon le mode de crédit stipulé. Cela signifie que l'acheteur peut être sûr de prendre possession du bien qu'il commande et que le vendeur soit certain d'être payé dans les conditions prévues²⁷². L'adaptation du crédit documentaire aux nouvelles technologies s'est réalisée progressivement. En conséquent, il est utile et opportun dans ce contexte de clarifier le processus mutationnel d'un support physique à un support virtuel révélant un niveau de progrès colossal et suscitant une évolution des aspects techniques du concept de document financier.

²⁷¹ Glossaire international : le dico du commerce international en ligne sur : www.glossaire-international.com.

²⁷² V. HEUZE, « la vente internationale de marchandises », *Droit uniforme*, Paris, LGDJ, Février 2000, p. 54. (Les documents en question sont translatifs de propriété *Ituitus rei et inter partes*).

Paragraphe 2 : les modes de paiement et la dématérialisation

« La lettre étant un support juridique valable, dont la nature n'est pas altérée pour l'emploi d'un procédé informatique de recouvrement initial. Il convient donc de séparer intellectuellement les deux fonctions l'une juridique et l'autre matérielle²⁷³ ».

La technique du crédit documentaire est aujourd'hui liée au moyen de communication électronique. Les banques utilisent les réseaux informatiques et notamment les logiciels d'application, de base ou d'exploitation. La sécurité de ces systèmes informatiques fait de telle sorte que la fiabilité des réseaux de paiements internationaux est relativement incontestable.

164. La recommandation de la Commission des Communautés Européennes du 30 juillet 1997²⁷⁴ concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique (en particulier la relation entre émetteur et titulaire), a défini l'instrument de monnaie électronique. Selon cette Recommandation, l'instrument de monnaie électronique est : « *Un instrument de paiement rechargeable autre qu'un instrument de paiement d'accès à distance, qu'il s'agisse d'une carte prépayée ou d'une mémoire d'ordinateur sur laquelle des unités de valeur sont stockées électroniquement et permettant à son titulaire d'effectuer des transferts de fonds, retrait d'argent liquide, chargement ou déchargement d'un instrument de monnaie électronique* ». C'est pour dire que dans le langage courant, le terme de porte monnaie électronique est utilisé pour faire allusion à la carte ou à la mémoire de l'ordinateur. L'expérience actuelle, intéresse le grand public dans la mesure où les individus n'ont plus besoin de circuler avec de l'argent liquide. En effet, les instruments de porte-monnaie électronique sont des moyens de paiement au sens de l'article 4 de la loi n° 84-46 du 24 Janvier 1984 dite loi bancaire. Cette dernière, assimile aux instruments de transfert de fonds, les moyens de paiement quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettant ainsi à toute personne de transférer des fonds.

165. La dématérialisation des documents financiers (le connaissance négociable) a des avantages énormes sur le commerce maritime. Ainsi le paiement électronique assume des fonctions essentielles dans les rapports entre partenaires commerciaux, établissement financier et administration publique. On lui reconnaît d'abord le rôle d'instrument de réserve de valeur, ensuite le rôle de transfert de valeur et enfin un instrument de mesure de valeur.

166. Toutefois, les concepts fondamentaux comme la signature sont remis en question par la technologie mais aussi par les opérateurs qui manquent de confiance pour certains systèmes informatiques dont la sécurité n'est pas fiable. Mais, l'échange de données informatiques révèle un

²⁷³ Y. CHAPUT et Marie-Danielle SCHODERMEIER, « *Effets de commerce* » Paris, PUF, 1998 p. 214.

²⁷⁴ JOCE du 2 août 1997, n° L208 à la page 52

changement énorme et apporte des solutions aux difficultés rencontrées dans le commerce international et plus particulièrement dans le commerce maritime. La signature électronique est possible et valide juridiquement

Avec la dématérialisation, le crédit documentaire émis circule rapidement entre les systèmes bancaires et les opérateurs car les réseaux de télécommunication transportent le texte et le graphisme en plus de la voix. En outre, l'internet permet d'exploiter l'intelligence et la polyvalence multimédia des ordinateurs en utilisant des logiciels performants.

167. Les entreprises se servent de ces mêmes techniques comme la télématique qui est l'ensemble des services, autres que les services télégraphiques et téléphoniques usuels qui peuvent être obtenus par les usagers d'un réseau de télécommunication ; ces services mettent généralement en œuvre des techniques de téléinformatique, permettant d'envoyer ou de recevoir des informations publiques ou privées, ou d'effectuer certaines opérations telles que la consultation de fichiers, l'échange de documents ou encore les opérations bancaires²⁷⁵. Dans ce même ordre d'idées, le réseau bancaire peut desservir un grand nombre de souscripteurs de crédit documentaire communiquant ainsi par le biais des messages EDI tout en utilisant des formulaires électroniques normalisés²⁷⁶. L'acheteur communique avec sa banque pour donner un ordre d'ouverture d'une lettre de crédit en envoyant des messages normalisés généralement ceux proposés par les organismes internationaux.

Il faut noter que le réseau bancaire opérationnel à l'échelle nationale est distinct du réseau international. Dans le cadre national, l'échange de données informatisées financier original est destiné à une banque déterminée pour effectuer un paiement à un bénéficiaire impliquant plusieurs banques et systèmes informatiques. A l'international, l'échange de données financier contient, en plus de l'ordre de paiement, des informations essentielles pour les fins de l'exécution du paiement électronique. Ainsi la banque qui reçoit, via le réseau interconnecté, l'ordre d'ouverture du crédit documentaire doit le traiter automatiquement grâce à son logiciel. De ce fait, la transmission doit être formatée pour que le logiciel puisse la lire et comprendre la demande. De surcroît, l'unité du langage informatique formel nécessite des fois de s'équiper des mêmes logiciels et des mêmes matériels informatiques permettant de définir les conditions du transfert des documents numériques.

L'ouverture d'un crédit documentaire se fait actuellement par voie électronique et cela grâce à des formulaires sécurisés. Cependant le recours aux usages papier est souvent privilégié dans certains pays Africains pour les simples raisons que l'interconnexion et la compatibilité des systèmes informatiques ne sont pas encore effectives. L'introduction de l'informatique dans plusieurs domaines d'activités du commerce maritime international a donné naissance à une

²⁷⁵ M. HAYDEN, « *Les réseaux* », Paris, Campus Press, 1999, p. 24-56.

²⁷⁶ AMORY et THUNIS, « *Les transactions internationales assistées par ordinateur* » in comité Européen Lex Informatica Mercatoriaque, 1997, p. 84.

nouvelle approche de plusieurs questions liées aux nouveaux intervenants dans le domaine informatique.

CHAPITRE II : les nouveaux acteurs dans le commerce maritime international

Le commerce maritime international met en rapport différents opérateurs. Mais, ces dernières années un nouvel acteur intervient dans la chaîne de transport. Il s'agit du Non Vessel Operating Common Carrier (NVOCC). Cet acteur dont le statut juridique n'est pas encore bien défini en France semble être un transporteur aux États-Unis. En effet, ces opérateurs agissent à travers un réseau interconnecté. De ce fait comme nous l'avons vu, dans le premier chapitre, le terme générique « réseau » définit un ensemble d'entités interconnectées les unes aux autres. Permettant ainsi de faire circuler des éléments immatériels entre chacune de ces entités selon des règles bien définies. Ces différents réseaux sont souvent administrés par des individus fournisseurs d'accès à Internet ou prestataires de service de cryptologie. D'un point de vue technologique, un choix de fournisseur s'impose aux consommateurs. Quel réseau choisir entre la fibre optique²⁷⁷, le câble²⁷⁸ et l'ADSL²⁷⁹. Dans la mesure où les services inclus dans l'offre, la qualité de la connexion internet, le prix les frais d'activation et de résiliation sont différents d'un fournisseur à un autre. C'est dans ce contexte que la loi de 2016 pour une République numérique en France qui régularise les télécommunications prévoit la neutralité de l'internet. En effet ce principe vise à garantir l'égalité de traitement de tous les flux d'information sur Internet. Ces flux ne doivent être ni bloqués ni dégradés encore moins favoriser un opérateur au détriment de l'autre²⁸⁰.

Les NVOCC et les acteurs du réseau informatiques constituent dans notre étude les « nouveaux acteurs » dans le contexte de la dématérialisation. D'une part, l'analyse de leur caractéristique s'impose à nous. Il nous permet, d'un point de vue juridique, de démontrer l'impact de l'intervention de ces acteurs dans le transport maritime et dans l'échange de données informatiques. En effet ces acteurs sont les concepteurs et les gestionnaires des services offerts aux clients (**Section1**). D'autre part, ce concept qui se poursuit à travers l'utilisation des réseaux basés IP notamment Internet fait naître des activités telles que les services d'accès à internet, les activités d'hébergement, de cryptographie et de vente (**Section 2**).

²⁷⁷ La fibre optique est constituée d'un fil en verre ou en plastique ayant la propriété de conduire la lumière. Elle offre un débit de transfert de données nettement supérieur à celui des câbles coaxiaux et peut donc être utilisée tout à la fois pour les liaisons téléphoniques télévisuelles ou informatiques.

²⁷⁸ Le câble est une technologie originellement conçue pour faire transiter de l'information uniquement depuis le centre de transmission vers les abonnés.

²⁷⁹ L'acronyme ADSL renvoie à « Asymétric Digital Subscriber Line » et désigne la liaison numérique sur la ligne de l'abonné téléphonique. C'est aussi une technologie de connexion. Il utilise comme support le fil téléphonique classique en cuivre pour y transporter des données qui sont numérisées. L'Asymétrie permet de mieux répondre aux usages courant d'internet.

²⁸⁰ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une république numérique*, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016 texte n°1.

SECTION 1 : les NVOCC et les acteurs du réseau informatique

D'un côté, le NVOCC qui est un organisateur de transport de marchandises dont une partie du voyage s'effectue par mer s'apparente un peu à « l'adaptation de la notion française de commissionnaire de transport. [...] Nouvelle figure dans le paysage du transport maritime, c'est un opérateur qui accepte d'assumer toutes les responsabilités du transport maritime, sans être lui-même transporteur »²⁸¹. Une double expertise caractérise un NVOCC : l'achat de capacités de transport maritime et le groupage. Sans navires mais transporteur maritime à part entière via l'émission de connaissements à son nom et sous sa responsabilité, il s'adresse aux transitaires et aux commissionnaires de transport en leur fournissant un service sur mesure pour les envois de petits lots (**paragraphe 1**). D'un autre côté, les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs d'hébergement offrent leurs services pour les échanges de documents. En effet, le public a souvent accès au site web d'une entreprise privée par l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès pour envoyer des courriels. Comme par exemple les compagnies maritimes reçoivent des messages de leurs clients pour des réservations de transport de marchandise. De même les NVOCC utilisent l'internet privé pour collecter le fret. Les intermédiaires techniques que sont les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs d'hébergement disposent, en raison de leur fonction, des moyens techniques et matériels. Ces moyens leur donnent accès aux nombreuses données qui transitent par leur système. Or, ces données sont sensibles parce qu'elles concernent toutes les opérations des utilisateurs des systèmes informatiques. De ce point de vue, la sécurisation du système devient une préoccupation des utilisateurs des réseaux internet. Et on fait appel alors aux prestataires de service de cryptologie pour une protection des données aussi bien à caractère économique que ceux à caractère personnel (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : les Non Vessel Operating Common Carrier (NVOCC)

Certains auxiliaires de transport, sans avoir le statut de transporteur maritime véritable peuvent se comporter comme tel et assumer toutes les responsabilités qui s'attachent à cette qualité. Actuellement, la relation entre transporteur maritime et chargeur, est quelque peu modifiée du fait de l'intervention de nouveaux acteurs. Ces derniers, parce que sachant faire bon usage du conteneur, maniant avec habileté « la géopolitique des transports »²⁸², arrivent, sans posséder de navire, à faire

²⁸¹ P. BONASSIES, C. SCAPEL, *Droit maritime* : LGDJ, coll. Traités, 2e éd. 2010, n° 951.

²⁸² A. VIGARIÉ, *Échanges et transports internationaux*, 2e éd., Mémentos de Géographie, Paris, Sirey, 1991, p. 10.

transporter par voie maritime des marchandises. Ainsi, le schéma classique qui impliquait principalement le transporteur, le chargeur et le commissionnaire-transitaire, s'est brouillé du fait de l'intervention des *Non Vessel Operating Common Carrier* (NVOCC) : opérateur qui "fait du transport" sans être armateur²⁸³. Leur statut est équivoque, ils sont tantôt transporteur, tantôt opérateur de transport. Ils font en général, de l'affrètement d'espaces et non de l'affrètement de navire à ce titre, on les considère comme un type nouveau de transporteur maritime. Ils interviennent dans la phase maritime du transport. Il ne rentre ni dans la catégorie des auxiliaires de transport traditionnellement reconnus, ni dans celle des armateurs-transporteurs. Il apparaît ainsi comme un acteur *sui generis* du transport maritime international dont le statut juridique reste encore indéterminé dans plusieurs pays sauf aux États-Unis où une loi fédérale régleme cette profession²⁸⁴.

Le NVOCC se caractérise donc par son offre de service de transport intermodal. Il agit comme un transporteur et assume la responsabilité du transport de la marchandise de bout en bout. Dans la pratique, son travail consistera à faire de la réservation d'espace sur un navire, laquelle réservation est suivie d'une vente à la pièce au chargeur. Le transport qu'il effectue ou fait effectué est constaté par un reçu d'embarquement qu'il remet à l'expéditeur. Il s'acquitte du fret que l'espace soit utilisé ou pas. Il peut émettre ses propres connaissements. Il n'est pas propriétaire de l'espace réservé sur le navire, encore moins du navire. Son statut juridique est distinct de celui du transitaire qui n'est en fait qu'un agent, un simple mandataire tenu d'une obligation de moyen. La distinction entre le NVOCC et le transitaire est essentielle en matière de financement de certaines activités maritimes dans la mesure où le banquier entend distinguer les deux types d'intermédiaires par rapport à la lettre de crédit²⁸⁵.

Quand il gère la marchandise, le NVOCC peut présenter une double identité : celle de transporteur maritime et de transitaire. S'il prend la qualité de transitaire transporteur²⁸⁶, il aura alors l'obligation de faire parvenir la marchandise à destination, à temps et en bon état. Son obligation sera non plus de moyen, mais de résultat. Dans ce cas, le NVOCC a la qualité de transporteur maritime apparent. En revanche, son statut se rapprochera beaucoup plus de celui du transporteur contractuel dans l'hypothèse où il émet un connaissement. Il fait figure de transporteur maritime à l'égard de ses chargeurs, même s'il n'est pas ensuite le transporteur effectif. S'il n'émet pas de connaissement, le NVOCC aura un statut similaire à celui du commissionnaire de transport. Et comme le souligne R. GOUILLOUD, parce qu'il ne transporte pas lui-même la cargaison, mais la

²⁸³ M.R. GOUILLOUD, *Droit maritime*, Paris, Pédone, 2e éd., 1993, p. 390.

²⁸⁴ *Shipping Act of 1984*, (46 U.S.C. app. § 1702(17) (B)).

²⁸⁵ *Modern Liner Contracts. A Special Report : An in Depth Study of Current Contracts of Carriage in Liner Shipping*, London, Lloyd's of London Press Ltd., 1984, p. 78.

²⁸⁶ A. BRAËN, *Le droit maritime au Québec*, Wilson & Lafleur, Montréal, Québec, 1992, p. 319.

fait transporté, il s'apparente en France, plutôt qu'à un transporteur, à un commissionnaire de transport²⁸⁷. En droit maritime, le rapport entre le chargeur et le transitaire- NVOCC est un rapport commettant-préposé. Le juge américain a pu qualifier dans l'affaire *Pearson c. Leif Hoegh & Co*²⁸⁸, le transitaire comme étant un simple agent du chargeur. Selon cette décision, il existe une présomption d'agence pesant sur le transitaire. Toutefois, le juge américain, rappelant l'affaire *Strachan Shipping Co. c. Dresser Indus. Inc.*²⁸⁹ relève que le transitaire n'était pas l'agent du chargeur, mais plutôt un contractant indépendant qui accomplissait ses services au profit à la fois du chargeur et du transporteur. Bien qu'ayant admis la présomption d'agence entre le transitaire et le chargeur, le juge américain a reconnu, que l'existence d'une relation d'agence reste une question de fait qui peut être déterminée par des preuves circonstanciées, notamment par des relations apparentes, la conduite des parties, etc. On retiendra que le transitaire, en droit maritime américain, ne saurait avoir la qualité de transporteur maritime. Il n'émet pas de connaissance et il n'assume aucune responsabilité à l'égard du chargeur pour les dommages causés à la marchandise durant le transport maritime²⁹⁰.

Finalement, il convient de retenir que pèse sur le NVOCC une présomption de responsabilité identique à celle du transporteur maritime. Il peut dès lors se prévaloir du principe de limitation de responsabilité en principe reconnu au transporteur maritime, et souscrire à une assurance maritime auprès d'un club P & I ou autre garantie financière²⁹¹.

Paragraphe 2 : les acteurs du réseau informatique

On retrouve les fournisseurs d'accès et d'hébergement **(a)** et les prestataires de cryptologie **(b)**.

a. Les fournisseurs d'accès et d'hébergement

168. La loi française du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication décrit successivement les deux types d'activités dans ces articles 43-7 et 43-8. L'article 43-7 modifié, met à la charge des fournisseurs d'accès deux obligations et donne une définition de la notion de fournisseur d'accès. A ce niveau, les fournisseurs d'accès sont définis comme « *les personnes dont*

²⁸⁷ M.R. GOUILLOU, *op. cit.*, note 251, p. 448.

²⁸⁸ 1992 *American Maritime Cases* 1025, 1031-32, 4t h Circuit, 1992.

²⁸⁹ 701 F, 2d, 483, 487, 5t h Circuit, 1983, <https://www.leagle.com/decision/19831184701f2d48311091.xml>. 06/03/2018.

²⁹⁰ Y. CISSÉ, (2004). Le commissionnaire de transport, le Non Vessel Operating Common Carrier, le consortium maritime : sont-ils transporteurs maritimes ? *Revue générale de droit*, 34 (3), 407–429. Doi:10.7202/1027285ar.

²⁹¹ Y. CISSÉ, (2004), *ibid.*

l'activité est d'offrir un accès à des services de communication publique en ligne ».²⁹² Cette définition fait allusion aux prestataires de service qui proposent aux particuliers de servir d'intermédiaire pour les connecter à un réseau. En effet, il s'agit par exemple de relier l'ordinateur de la compagnie de transport maritime aux systèmes informatiques d'un chargeur potentiel. Pour ce qui est de l'article 43-8, les fournisseurs d'hébergement sont des personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services²⁹³. Ces derniers mettent à la disposition d'un client tout ou une partie d'un ordinateur connecté à internet afin que les internautes puissent accéder aux données stockées dans le système informatique du fournisseur d'hébergement.

169. Les notions de fournisseur d'accès à Internet et d'hébergement ne sont pas des termes souvent utilisés par la réglementation nationale ou internationale. La loi n° 2008-8 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques au Sénégal, ne fait pas mention de ces termes. On retrouve par contre dans cette loi les termes de « *prestataires techniques de services au public utilisant les technologies de l'internet* ».²⁹⁴ En Europe, c'est la directive 2002/22/CE du parlement européen et du conseil du 7 mars 2002 qui fait allusion clairement au fournisseur d'un réseau public de communication ou d'un service de communications électroniques accessible au public. Cette acception regroupe les activités de fournisseur d'accès à Internet et d'hébergement.

Dans le contexte de la dématérialisation des documents du commerce maritime les fournisseurs d'accès et d'hébergement sont en réalité incontournables car ils font fonctionner l'Internet. Les fournisseurs permettent l'accès au réseau²⁹⁵ alors que les hébergeurs mettent à la disposition du public le contenu d'Internet. D'un autre côté, ces acteurs peuvent être assimilés à l'opérateur de communications électroniques. En effet, le code français des postes et des télécommunications électroniques (CPCE) le définit comme « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de

²⁹²Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* (Loi Léotard) Version consolidé au 22 septembre 2016. Légifrance.gouv.fr

Par rapport au texte de l'actuel article 47-7 de la loi de 1986, les modifications sont mineures. La précision selon laquelle les fournisseurs d'accès pouvaient être des personnes physiques ou morales a été supprimée.

²⁹³ La rédaction résulte d'un amendement, adopté en première lecture, présenté par le rapporteur pour avis de la commission des lois de l'assemblée nationale. Elle est proche de celle retenue par l'actuel article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986, tel qu'il résulte de la loi du 1^{er} août 2000, mais s'en distingue en ce qu'elle englobe désormais de manière expresse les activités d'intermédiations techniques qui permettent notamment de stocker les données fournies par les destinataires des services de communication publique en ligne

²⁹⁴ Recueil de droit sénégalais dans la société de l'information, 2008, p. 61

²⁹⁵D. FOURT, *Glossaire des termes informatique*. Traduction logique de l'anglais Access Provider, ou, plus couramment, provider. Firme équipée de serveurs et modems, le plus souvent elle-même cliente de plus grands fournisseurs propriétaires de backbones (artère principale d'un réseau sur laquelle se raccorde divers éléments dont les sous-réseaux. On utilise aussi l'appellation d'épine dorsale), et qui procure, moyennant un abonnement mensuel, des accès Internet avec ou sans service en ligne.

communications électroniques ».²⁹⁶ De cette définition découlent deux types d'activité que peut exercer un opérateur de communications électroniques : l'exploitation d'un réseau de communications électroniques ouvert au public d'une part, la fourniture au public d'un service de communications électroniques d'autre part. La définition de la notion d'exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service de communications électroniques revient à cerner la notion de « service de télécommunications électroniques ». Cette définition semble à première vue simple car le service concerne entièrement ou principalement la transmission de signaux sur des réseaux. Cependant, cette simplicité n'est qu'apparente dans la mesure où les termes « transmission de signaux » sont ambigus²⁹⁷.

170. En somme, les fournisseurs d'accès à Internet et d'hébergement offrent leur service aux opérateurs économiques qui échangent des données via le réseau interconnecté. Toutefois, le statut d'exploitant est indépendant de la propriété des installations. Il suffit que l'exploitant maîtrise les éléments à travers un contrat de location. Dans le commerce maritime international par exemple, la douane possède son propre système informatique qu'elle gère à travers son personnel de même que les compagnies de transport maritime. Mais, elles ont besoin d'un fournisseur d'accès à Internet. Au Sénégal, c'est le groupe SONATEL/Orange (Société Nationale de Télécommunication) qui est l'opérateur de référence en Afrique de l'Ouest, qui offre des solutions globales de télécommunication dans les domaines du fixe, du mobile, de l'Internet, de la télévision et des données au service des particuliers et des entreprises. Leader au Sénégal et dans tous les pays où il est présent ; notamment au Mali depuis 2002, en Guinée Conakry et Guinée Bissau depuis 2007²⁹⁸. La SONATEL est un partenaire privilégié de l'administration des douanes Sénégalaises par l'accompagnement dans la couverture réseau et la connexion des bureaux de douane notamment ceux de Rosso et Kidira. De même que ceux situés dans les zones frontalières du Mali, de la Mauritanie et de la Gambie²⁹⁹.

171. L'offre de service est multiple et variée. C'est dans ce sens que la société GAINDE 2000 au Sénégal cherche à accompagner les opérateurs économiques dans le processus de la dématérialisation en mettant à leur disposition des technologies basées sur le développement de l'économie numérique. Il est à noter que le GIE GAINDE 2000 a des compétences en tant qu'intégrateur de systèmes et de services dans le domaine des réseaux d'entreprises. Il est aussi impliqué dans toutes les phases de modernisation et de simplification du système de dédouanement

²⁹⁶ CPCE, article L. 32, 15

²⁹⁷ Les Actes de l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP). Étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques. Étude réalisée par les cabinets Hogan Lovells et Analysys Mason pour le compte de l'ARCEP, juin 2011, p. 1

²⁹⁸ www.sonatel.sn consulté 23/09/2016.

²⁹⁹ Prononcé à l'occasion le 26 janvier 2016 à l'occasion de la Journée Internationale de la Douane, Sonatel a été reconnue et honorée par l'Organisation Mondiale des Douanes qui lui a décerné un certificat de mérite pour services exceptionnels rendus à la communauté internationale, www.sonatel.sn/sonatel-honoree-par-les-douane/

depuis 1995³⁰⁰. En effet, le système ORBUS 2000 corollaire de GAINDE est conçu pour faciliter les procédures du commerce extérieur par des échanges électroniques entre les différents intervenants. Il repose à la fois sur une infrastructure technologique et un dispositif de services. Cela signifie que le système interconnecte, dans un réseau, les principaux acteurs du commerce maritime par exemple les banques, la fédération sénégalaise des sociétés d'assurances (FSSA), la direction du commerce extérieur (DCE) la division du contrôle et de la qualité (DCQ), pour le traitement automatisé des demandes notamment, d'autorisation et demandes de certificats exigés dans l'accomplissement d'une opération d'importation ou d'exportation.

D'un autre côté, il est constant que différentes offres d'accès à internet sont disponibles. L'utilisateur souscrit à l'offre de son choix selon ses besoins de consommation et selon le confort de connexion recherché. Ainsi, les principales offres Internet sur le marché Marocain par exemple sont les accès Dial Up³⁰¹, avec et sans abonnement et les accès forfait, comprenant le paiement d'un montant fixe mensuel qui inclus l'abonnement internet.

Pour ce qui est de la France, il existe essentiellement trois modes d'accès à l'internet : le réseau de cuivre (historiquement le réseau téléphonique), le réseau de câble (historiquement utilisé pour la télévision) et le réseau de fibre optique jusqu'à l'abonné³⁰². Ainsi en France on retrouve parmi les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) Free, Orange, SFR, Bouygues, Darty et Numéricable. Chacun de ces opérateurs téléphoniques fournit aux utilisateurs (abonnés) un matériel (live box, free box) leur permettant de se connecter à Internet.

b. Les prestataires de service de cryptologie

172. L'opérateur économique qui est dans son bureau, devant son ordinateur et qui veut faire la tâche simple et banale d'envoyer un document commercial (contrat, facture étude de marché) à son partenaire vendeur ou acheteur de façon à ce que personne d'autre ne puisse le lire doit obligatoirement s'assurer que son partenaire est le seul et véritable destinataire du courriel, il doit en retour lui garantir qu'il est bien l'expéditeur. Pour parer à cette situation où le concurrent est toujours présent, l'opérateur économique (transporteur maritime, vendeur, acheteur) doit recourir à la cryptographie. La cryptographie est la science qui utilise les mathématiques pour le cryptage et le décryptage des données³⁰³. Autrement dit, elle permet de stocker des informations confidentielles

³⁰⁰ Dossier de presse, « Mise en service de ORBUS 2000 au Sénégal » 2003, p.5

³⁰¹ ARNT (Autorité Nationale de Régulation des Télécommunications), Tableau de bord marché internet au Maroc, mars 2013, p.3 : L'accès Internet Dial Up classique permet à tout utilisateur possédant une ligne téléphonique et un ordinateur avec modem de se connecter à internet en contractant au préalable un abonnement mensuel auprès d'un fournisseur de service internet

³⁰² Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), « fournisseur accès internet » 9/12/2015

³⁰³ Network Associates, 1990/1998 Inc. Et ses filiale « Introduction à la cryptographie », CE. PGP* version Internationale 6.5.1, 24-12-99.

ou de les transmettre sur des réseaux non sécurisés, pour que personne d'autre ne puisse les lire. Si la cryptographie sert à sécuriser les données, la cryptanalyse est quant à elle, l'étude des informations cryptées, afin d'en découvrir le secret. La cryptologie englobe la cryptographie et la cryptanalyse.

173. Cependant, il existe deux types de cryptographie dans le monde : La cryptographie qui protège les données (documents) de l'utilisateur des réseaux Internet de la curiosité des concurrents. Et celle qui empêche de lire les fichiers ou documents confidentiels. En somme, la cryptologie est la science des informations secrètes, mettant en œuvre des moyens et des prestations qui permettent de transformer, à l'aide de conventions secrètes, des informations claires en informations inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse grâce à des moyens matériels ou logiciels conçus à cet effet³⁰⁴.

174. De ce point de vue, la cryptographie agit sur quatre bases : la confidentialité qui est le mécanisme utilisé pour transmettre des documents (données) de telle sorte que seul le destinataire soit en mesure de les lire. L'intégrité qui permet de s'assurer que les données reçues n'ont pas été modifiées durant le transfert. L'authentification a pour but de permettre d'identifier des personnes ou des entités et de certifier leur identité et leur existence. La non-répudiation sert à enregistrer un acte ou un engagement d'une personne ou d'une entité de telle sorte que cette dernière ne puisse pas nier avoir accompli cet acte ou pris cet engagement. Sur ces bases, la cryptologie est à l'heure actuelle la solution technique incontournable pour protéger les échanges et les systèmes d'information contre d'éventuelles violations de leur intégrité.

175. Sur le plan technique, le fonctionnement des services de cryptologie est pris en compte. Afin de comprendre les aspects fondamentaux notamment, la fourniture, le transfert et les conditions d'homologation liées à l'importation ou l'exportation de moyens ou de prestation de cryptologie. Cette analyse implique une compréhension des mécanismes de la cryptographie. En effet, l'algorithme³⁰⁵ de cryptographie est une fonction mathématique utilisée lors du processus de cryptage et de décryptage. Cet algorithme est associé à une clé³⁰⁶ qui peut être un mot, un nombre, ou une phrase. Dès lors, la sécurité des données cryptées repose entièrement sur deux éléments : l'invulnérabilité de l'algorithme de cryptographie et la confidentialité de la clé.

176. Dans le contexte de la dématérialisation des documents, si un expéditeur et un destinataire souhaitent communiquer de manière sécurisée et à l'aide du cryptage conventionnel, ils doivent s'entendre sur le type de clé à produire et veiller à ne pas la divulguer. Par ailleurs, s'ils se trouvent à des emplacements géographiques différents, ils doivent faire confiance à leur prestataire de

³⁰⁴ Sénégal Loi n° 2008-41 du 20 août 2008 sur la Cryptologie.

³⁰⁵ Glossaire des termes informatiques version 8. 18 « Étude de la résolution de problèmes par la mise en œuvre de suites d'opérations élémentaires selon un processus défini aboutissant à une solution »

³⁰⁶ Une clé est une valeur utilisée dans un algorithme de cryptographie, afin de générer un texte chiffré.

service de cryptographie. Si non, toute personne interceptant la clé lors d'un transfert peut ensuite lire le document, le modifier et falsifier toutes les informations cryptées ou authentifiées avec cette clé. Toute la confiance en la technologie de l'information repose sur la distribution des clés. Cette dernière étant restée le problème majeur du cryptage conventionnel car il est difficile de faire parvenir la clé à son destinataire sans qu'aucune personne ne l'intercepte.

177. Toutefois cette difficulté a tendance à disparaître avec la cryptographie par les clés publiques. En effet, le concept a été introduit par WHITFIELD DIFFIE et Martin HELLMAN en 1975 et consiste en un procédé asymétrique³⁰⁷ utilisant une paire de clés pour le cryptage : une clé publique qui crypte des données et une clé privée ou secrète correspondante pour le décryptage. Dun point de vue informatique, il est impossible de deviner la clé privée à partir de la clé publique. Tout utilisateur possédant une clé publique peut crypter des informations, mais est dans l'impossibilité de les décrypter. Seule la personne disposant de la clé privée correspondante peut les décrypter³⁰⁸. La cryptographie de clé publique présente un avantage majeur : elle permet aux acteurs du commerce maritime international par exemple d'échanger des messages de manière sécurisée. Et comme exemple de système de cryptographie nous pouvons citer : DSA l'algorithme de signature numérique élaboré par David KRAVITZ, le système ELGAMAL inventé par TAHER ELGAMAL et RSA d'après le nom de ses inventeurs Ron RIVEST, Adi Shamir et Leonard ADLEMAN.

178. L'un des avantages majeurs de la cryptographie de clé publique repose sur l'offre d'une méthode d'utilisation des signatures numériques³⁰⁹. Ces dernières permettent au destinataire des documents de vérifier leur authenticité, leur origine, mais surtout de s'assurer qu'elles sont intactes. Les signatures numériques fournissent également une fonctionnalité de non répudiation. Pour éviter que l'expéditeur ne prétende qu'il n'a pas envoyé les informations. Il est constant, qu'une signature numérique a la même utilité qu'une signature manuscrite. Cependant, une signature manuscrite peut être facilement imitée, alors qu'une signature numérique est pratiquement infalsifiable. De plus elle atteste du contenu des informations transmises et de l'identification du signataire. Dans le contexte des échanges de documents, la signature électronique remplit deux rôles qui établissent les conditions de la confiance dans les échanges numériques et donc rend possible la dématérialisation des documents du commerce maritime.

³⁰⁷ Les clés asymétriques sont des clés utilisées pour coder un message de telle sorte à le rendre secret

³⁰⁸ H.H. ELLIS, *The possibility of Secure Non-Secret Digital Encryption*, Rapport du CESG, janvier 1970. (le CESG est l'institution nationale britannique responsable de l'utilisation officielle de la cryptographie)

³⁰⁹ Guide de la signature électronique de la Fédération Internationale des Tiers de Confiance (FNTC) octobre 2013, p.8 : Inventé techniquement en 1976 par RIVEST, SHAMIR et ADLEMAN, introduite dans le droit européen en 1999 puis dans le droit Français avec la loi du 13 mars 2000, la signature électronique est aujourd'hui entrée dans le quotidien des particuliers comme des professionnels.

179. La vulnérabilité des réseaux informatiques pousse les utilisateurs à vérifier constamment qu'ils cryptent vers la clé du bon utilisateur (destinataire), lors de l'utilisation des systèmes de cryptographie de clé publique. En effet, dans l'environnement Internet où le libre échange des clés via des serveurs publics est sécurisé, toute attaque menée par une personne intermédiaire, représente une menace éventuelle. Mais comment savoir qu'on est en possession d'une bonne clé ? C'est à ce niveau qu'interviennent les fournisseurs de certificat d'identification. Communément appelé certificat numérique, ces derniers exécutent la tâche qui consiste à déterminer si une clé publique appartient réellement à son détenteur supposé. Un certificat correspond à une référence. Il peut s'agir par exemple d'une carte d'identité, ou d'un certificat de naissance. Chacun de ces documents contient des informations permettant d'identifier une personne et qu'une autre personne confirme cette identité, c'est-à-dire l'autorité ayant délivré le document. Le certificat numérique contient des données similaires. Il contient des informations associées à la clé publique d'une personne. Les certificats numériques permettent de contrecarrer les tentatives de substitution de la clé d'une personne par une autre³¹⁰. De nombreuses Autorités de Certification publiques et privées délivrent des certificats pour des usages différents, afin de garantir leur interopérabilité et de faciliter le choix par les signataires. Au niveau de la France, la liste des certificats qualifiés Référentiel Général de Sécurité (RGS) est tenue par l'Agence Nationale de la Sécurité des Système d'Information³¹¹ (ANSSI). Ainsi, les échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives nécessitent la demande de qualification des prestataires de services de confiance. Cette qualification atteste de la conformité du service et des activités aux exigences du RGS.

SECTION 2 : les activités dématérialisées

180. L'Internet est le principal progrès technologique du XXI^{ème} siècle³¹². De ce constat résulte l'étude des activités découlant de sa naissance ou du moins de l'adaptation des activités au commerce électronique. Par activités dématérialisées, nous faisons allusion au commerce international à travers les contrats internationaux de vente ou d'achat (import / export). Mais aussi des contrats de transport maritime international. En effet, c'est activité se regroupe en deux grandes catégories : les services et le commerce. Ce phénomène de dématérialisation est doublement bénéfique ; il engendre l'accélération des échanges commerciaux et la réduction des coûts. La

³¹⁰ Introduction à la cryptologie op.cit p. 12

³¹¹ L'ANSSI est l'autorité nationale de défense et de sécurité des systèmes d'information, organisme issu du décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009. Dans le cadre de ses missions, L'ANSSI doit créer les conditions d'un environnement de confiance et de sécurité propice au développement de la société de l'information en France. www.ugap.fr/catalogue-marché-public consulté le 27/09/2016

³¹² Intervention de Michel, S. Secrétaire générale de l'Organisation Mondiale des Douanes sur le thème, « *Internet, un élargissement des marchés mondiaux* » juin 2000 in www.wcoomd.org

réflexion sur les activités dématérialisées porte sur deux principaux aspects le premier concerne le fonctionnement des offres de services à travers l'Internet son potentiel de croissance et de réussite, son impact probable, les barrières et les opportunités qu'il offre (**paragraphe 1**). Le second aspect porte sur les priorités des activités commerciales, la façon dont les contrats sont élaborés dans les systèmes informatiques entre les partenaires, l'échange de documents commerciaux et l'authentification des intervenants (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : les services à travers internet

La diversité et la multiplicité des potentialités offertes par internet n'échappent pas au monde portuaire et maritime, qui se traduit aujourd'hui dans les systèmes informatiques interconnectés à travers une multitude de sites, vitrine des acteurs concernés (port, compagnies maritimes, agents maritimes, consignataires). Et, il y a un nombre considérable d'offre de services via Internet. Leur existence montre que les entreprises ont réussi à s'approprier les avantages de l'Internet pour être ainsi compétitives spécialement dans les téléservices Business to Business tournés aussi bien vers l'import que l'export. Ce travail fait ressortir les principaux sites avec l'analyse des informations qu'ils contiennent (accès, fiabilité, contenu et accueil).

181. Pour accéder à l'information sur Internet, les opérateurs ont besoin d'une connaissance préalable du milieu maritime. En effet, les contraintes inhérentes aux modalités de fonctionnement des systèmes informatiques et aux limites des moteurs de recherches constituent souvent un obstacle notamment en Afrique et dans la plupart des pays en développement. Les mots clés comme offre maritime, ligne régulière renvoient la plupart du temps à des informations dispersées et inutiles pour l'opérateur. Ces derniers ont besoin d'informations précises sur l'offre Internet concernant le transport maritime de ligne régulière ou de cabotage, des informations sur le marché de l'affrètement ou du tramping pour lequel la cotation est nécessairement diffusée sur le web. Entre également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales, des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, même s'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent³¹³.

Il existe des sites dits de première génération en HTML (Hyper Texte Markup Language) c'est le langage d'écriture de base de page Web, le contenu et l'interactivité avec l'utilisateur sont en général la mise à jour constante. Les sites de deuxième génération autorisent une interactivité avec l'utilisateur, il intègre l'utilisation de formulaires. Or, on retrouve des sites de service qui respectent

³¹³ Article 8 paragraphe 2 de la loi 2008 sur les transactions électroniques au Sénégal.

la diffusion de l'information sous la forme de listes de menus déroulant vers des rubriques biens structurées. Il s'agit des sites de grandes compagnies de transport distincts des sites d'agence de shipping ou des sites de transitaires qui ne fournissent pas assez d'information. Par conséquent, les sites des compagnies maritimes sont plus complets et font des mises à jour régulières. On note les sites des grands armements et les sites des compagnies. Dans ces sites, l'offre de transport y figure par grandes zones géographiques de provenance et de destination ; elle est la plupart du temps schématisée dans l'interface du site par exemple les parcours et escales pour chaque ligne maritime. Dans le site, les « transit time » sont accessibles à partir de tableaux de prévision des rotations des navires. A côté de ces sites, on retrouve aussi les sites des ports qui disposent de plusieurs rubriques (lignes régulières) selon la taille du port (le Havre, Rotterdam). L'aspect cartographique est bien défini dans le site portuaire, l'accès à l'information est possible grâce à l'existence d'une base de données concernant souvent le port de provenance ou de destination avec les mentions d'heure d'arrivée et de départ. Toutefois la totalité de l'information n'est pas disponible dans le site de certains ports Africains par exemple : le type de marchandises acceptées par une ligne donnée, possibilité ou nom de groupage sur le port etc. D'un autre point de vue, les sites spécialisés sur l'offre maritime de ligne régulière intègrent des accès à des bases de données sur les offres facilitant ainsi l'accès aux sites des différents acteurs. Néanmoins, il demeure constant que les sites des agences maritimes indépendantes, de transitaires et de consignataires ne constituent que des vitrines publicitaires, sans réelle information sur les offres concrètes notamment la formation de contrat.

182. S'il est constant que la liberté du commerce et de l'industrie est une liberté publique fondamentale du droit national et international, il n'en demeure pas moins que ce principe nécessite au préalable le respect de certaines conditions tenant à la personne qui souhaite offrir un service à travers internet et à la qualité du service (*cf. partie I*). La nature de l'offre de service est essentielle car elle détermine le régime juridique de l'entreprise et de l'individu. De ce point de vue, le système informatique n'est qu'un outil au service des acteurs du commerce. Pour cela, le développement des services en ligne et à distance s'est accru considérablement. Dans un contexte de dématérialisation le choix de service à offrir et la cible des usagers est non négligeable. Ainsi la plupart des compagnies de transport maritime possèdent leur propre site Internet dans lequel toutes les informations sont produites. Parmi les plus grandes compagnies, nous pouvons citer par exemple le groupe CMA-CGM un des leaders mondiaux du transport maritime par conteneurs. L'organisation met tout en œuvre pour offrir la solution de transport la plus adaptée aux besoins des clients³¹⁴. Ainsi, le groupe offre des services de transport via son site Internet (<http://www.cmac-gm-log.com>)

³¹⁴ Fondé en 1978 à Marseille par Jacques SAADÉ. Basé à Marseille, le groupe CMA-CGM rayonne dans plus de 160 pays à travers son réseau de plus de 600 agences. www.cma-cgm.fr 2016.

pour des solutions logistiques. Le client peut dans le site du groupe créer un compte web, suivre le transport de sa marchandise, calculer l'itinéraire ou encore chercher un port. De plus il peut aussi chercher des tarifs (demande de cotation, de booking) et fournir les documents nécessaires au transport. La compagnie utilise aussi le Télex Release pour échanger des connaissances électroniques avec ses agents situés dans les ports américains. D'autres armateurs comme Cargosmart, GT Nexus et Intra, portent leurs offre de transport sur Internet et proposent des documents électroniques divers et variés³¹⁵

Si certaines compagnies de transport utilisent l'Internet pour offrir des services de transports ou encore recueillir le fret, d'autres par contre, on la vu, ne fournissent pas assez d'informations. En effet, il est apparu que l'un des principaux freins au développement des offres de service de transport de marchandises sur Internet est souvent le déficit d'information sur l'offre (*cf. introduction*). Il se trouve souvent que de nombreux utilisateurs potentiels de l'Internet dans les pays en développement, ne sont pas bien informés sur les offres existantes. Soit parce que celle-ci est difficilement accessible (faiblesse de la connexion ou le système EDI n'existe pas), les informations relatives à l'offre maritime sont en effet le plus souvent dispersées, d'accès malaisé ou confidentiel et parfois obsolètes (absence de mise à jour). C'est pourquoi l'interconnexion des systèmes informatiques est plus que nécessaire dans les pays en développement car l'Internet peut fournir les informations essentielles pour permettre aux chargeurs de connaître la réalité des offres.

183. Toutefois, la mise en place d'un site Internet sur l'offre maritime de cabotage³¹⁶ par exemple s'inscrit dans la continuité des orientations européennes en faveur d'une nécessaire efficacité des offres de service de transport de marchandise intra-communautaire. Le transport maritime de courte distance recouvre à la fois les activités de transport maritime nationales et internationales. Il comprend également les services de transport maritime entre États membres de l'Union.³¹⁷ En somme, les sites internet comportent des modules permettant de présenter d'un côté l'offre de transport maritime, de l'autre les itinéraires de bout en bout : itinéraires possibles et itinéraires conseillés selon les critères du chargeur. L'offre de service de transport maritime sur Internet, tient compte de l'organisation des chaînes de transport pour éclairer la position et les

³¹⁵ Avant propos de PH. DELEBECQUE sur la thèse de PH. GARO « *l'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique* » Presse Universitaire d'Aix-Marseille 2012

³¹⁶ Définition : par transport maritime de cabotage ou par transport maritime à courte distance, on entend l'acheminement de marchandises par mer entre des ports situés en Europe géographiquement par exemple ou entre ces ports et des ports situés dans des pays non européens (Asiatiques, Américains, Africains) ayant une façade sur une mer fermée limitrophe de l'Europe.

³¹⁷ La Commission Européenne est avec le parlement européen l'une des principales institutions de l'Union Européenne. La fonction principale de la commission européenne est de proposer et de mettre en œuvre les politiques communautaires.

comportements des chargeurs dans le choix de la compagnie maritime³¹⁸. De même, le commerce maritime international s'effectue de nos jours à travers l'Internet.

Paragraphe 2 : les activités commerciales sur Internet

*Quiconque contrôle la mer contrôle le commerce ; quiconque contrôle le commerce mondial contrôle les richesses du monde, et conséquemment le monde en soi*³¹⁹.

184. Le commerce électronique est la vente ou l'achat de marchandises ou de services effectués sur des réseaux informatiques au moyen de méthodes spécifiquement conçues pour la réception ou la passation de commande³²⁰. Sachant que les marchandises ou services sont commandés par voie électronique, la livraison et le paiement peuvent ne pas se passer sur Internet. Or, les transactions commerciales électroniques se font via Internet entre entreprises, opérateurs économiques, personnes privées et les gouvernements. Toutefois, c'est le type de transactions effectuées qui définit la méthode de passation de la commande³²¹. Ainsi, le commerce électronique permet d'offrir à la clientèle par exemple, un service meilleur et, cette dernière peut accéder facilement à partir de son compte personnel au service voulu en envoyant en ligne sa commande et de ne pas avoir à téléphoner. La livraison est assurée souvent moins de 24 heures suivant la distance. Les services de suivi de la livraison en ligne sont disponibles pour le client qui suit à temps la situation géographique de son colis ou de sa marchandise.

185. Par ailleurs, on ne peut parler de commerce électronique sans pour autant déterminer les actes de commerces. Ces derniers sont réputés tels à raison de leur objet et indépendamment de leur forme³²². Ils regroupent entre autre les activités de distribution de manufacture et des activités de service tel qu'évoqué dans le paragraphe premier de cette section. Cette notion d'actes de commerce doit être comprise dans la conception dématérialisée des opérations commerciales comme relevant du commerce de biens et de services sur internet. En effet l'acte de commerce défini dans le code de commerce s'identifie en principe dans les activités du commerce

³¹⁸ E. GOUVERNAL, « les chaînes de transport maritime et le choix des ports : quel avenir pour les ports français ? Un éclairage des enquêtes chargeurs », journal de la marine marchande, 15/09/2000.

³¹⁹ Cf. Sir W. RELEIGH, né en 1552, écrivain et explorateur anglais, connu pour avoir conçu le projet de coloniser l'Amérique du nord en fondant en 1584 l'établissement de la Virginie. Il contribua à battre la fameuse Invincible Armada des Espagnols. Cité par PH. DELEBECQUE in *droit maritime* 13^e éd. Précis Dalloz.

³²⁰ Définition de l'Organisation Mondiale du Commerce. In « le commerce électronique dans les pays en développement » établi par le secrétariat. Atelier organisé par l'OMC, les 8 et 9 avril 2013, afin de mettre en évidence le lien entre le commerce électronique et le développement et d'examiner comment les petites et moyennes entreprises des pays en développement utilisent le commerce électronique pour la promotion, la commercialisation, l'entretien et la vente de leur produit au niveau national et international.

³²¹ Atelier de l'OMC du 8 et 9 avril 2013, op cit.

³²² Cf. Article L.110-1 du Code Commerce français

électronique. Tout compte fait, une question demeure et se rapporte à l'idée selon laquelle, l'échange à travers le web est-il assimilé à un achat pour revendre au sens des dispositions de l'article L.102-1³²³, dans la mesure où ces activités s'opèrent dans ce qu'il est d'usage d'appeler le commerce électronique ou encore l'« e-commerce »³²⁴ ?

186. Les activités du commerce électronique sont variées et difficiles à systématiser. Les opérateurs économiques, les entreprises de transport maritime, les services financiers et les assurances agissent tous à l'aide des systèmes informatiques. Par conséquent, le commissionnaire par exemple, conclut des contrats électroniques en son nom propre et pour le compte du commettant³²⁵. De même, le commissionnaire a le privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes les créances de commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures³²⁶. Cela signifie que le commissionnaire agit librement en introduisant les données liées à l'expédition dans le système informatique de son partenaire commercial. Pour ce qui est des armateurs, ils ont fort longtemps armé et équipé des navires pour le commerce³²⁷. De ce point de vue, leurs activités sont connectées au système informatique pour les échanges commerciaux. Donc on peut acheter via Internet pour revendre via Internet.

187. Le monde de la marine marchande aussi se partage entre plusieurs activités : ligne régulière ou liner³²⁸, des portes conteneurs. Les activités de ligne régulière se distinguent de celle du tramping qui renvoie au transport de matière première principalement³²⁹. Par opposition au transport à la demande, la ligne régulière se base sur des départs à jours fixes et des ports d'escale. N'importe quel industriel ou négociant peut charger sur ces lignes, moyennant un accord avec l'armateur sur les conditions de transport. Le transporteur qui met en place un tel service en prend naturellement le risque et en supporte les frais. Sa rémunération est basée sur un taux de fret négocié avec le client auquel s'ajoute une contribution, selon les termes du contrat de transport, couvrant tout ou partie des frais de manutention. Toutes ces activités font « naître » des documents conçus dans le système informatique des opérateurs du commerce international. Ce qui engendre la

³²³ La loi répute actes de commerce tout achat de biens meubles et immeubles pour les revendre, soit en nature soit après les avoir travaillé et mise en œuvre [...], toute entreprise de manufacture, de commission de transport par terre ou par eau.

³²⁴ O. CACHARD, *la régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé tome 365, p.5 et s. L'auteur considère le terme de « commerce électronique » comme inapproprié en raison, selon lui, de son impression et il se réfère plus à une notion économique pour retenir la notion de « marché économique ». Cité par PH. GARO, In adaptation du droit du transport maritime au droit du commerce électronique. Dans l'introduction de la première partie de sa thèse publiée par l'Université D'Aix-Marseille, 2012.

³²⁵ Article L. 132-1 du code de commerce de la France

³²⁶ Article L. 132-2 du même code de commerce

³²⁷ I. CORBIER, *la notion d'armateur*, PUF 1999, Préface de G. RÉMOND. P. 312

³²⁸ Voir les observations de PH. DELEBECQUE, in l'évolution du transport maritime, DMF 2009, n° spécial janvier 2009, p. 16 s.

³²⁹ PH. DELEBECQUE, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 13^e Ed. AFDM, p.313.

dématérialisation des documents y affairant et conséquemment la mise en place de mécanismes d'authentification des émetteurs des documents.

CHAPITRE III : L'environnement technique et perfectible de la dématérialisation

188. M. le Professeur J.-L. BERGEL qui, face aux innovations constantes de la pratique doublées de la complexité galopante des échanges commerciaux, constate que « *le droit ne cesse d'évoluer dans un monde qui change. Les juristes travaillent (...) pour traiter des réalités de la vie et des relations humaines, politiques, économiques et sociales qui ne cessent de se développer et de se transformer. On ne peut alors se contenter de ce que l'on connaît fort bien en droit positif et qui risque de ne pas suffire pour répondre à de nouvelles situations et à de nouveaux besoins. Il faut donc tenter d'inventer d'autres instruments et d'autres méthodes, d'imaginer des solutions nouvelles, d'anticiper sur un droit en perpétuel devenir...* »³³⁰ Dans ce contexte le commerce maritime est submergé par des échanges de documents nécessaires au transport, à la vente, au financement et au dédouanement des marchandises. En effet le circuit documentaire est une des parties essentielles et incontournable dans les opérations commerciales internationales. Les opérateurs doivent désormais maîtriser ce circuit à travers les systèmes informatiques des différents intervenants : administration douanière, portuaire, banque et assurance. Il nous faut dès lors comprendre dans ce chapitre le périple des documents dans une opération d'importation. Les formalités inhérentes à l'importation seront étudiées et analysées dans le contexte de la dématérialisation (**Section 1**). Par ailleurs le contenu informationnel renseigne sur l'existence ou non de redondances inutiles entre les documents. Pour ce faire l'interconnexion informationnelle entre les documents fera l'objet d'une analyse sur le fondement juridique pour en déceler l'importance (**Section 2**).

SECTION 1 : les circuits documentaires dans les opérations d'importation

La maîtrise du circuit documentaire est un atout important pour l'importateur ou l'exportateur car cela lui permet de choisir le meilleur moyen de transport : la voie maritime étant souvent

³³⁰ J.-L. BERGEL, « A la recherche des concepts émergents en droit », *Recueil Dalloz*, 2012 p. 1567. Dans le même sens, consulter P. Le CANNU, *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008 ; P. BLOCH, S. SCHILLER (dir.), *Quel code de commerce pour demain ?*, LexisNexis, 2007 ; Cour de cassation et Institut André TUNC (sous l'égide de), *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2008 ; Association du Bicentenaire du Code de commerce, *Bicentenaire du code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, 2008.

privilegiée. De même, il doit maîtriser l'émission des documents³³¹ nécessaires à l'importation qui lui sont réclamés entre autre par l'administration douanière et les banquiers (connaissance en vu d'un crédit documentaire). Quant au transport par voie maritime, les marchandises transportées à destination d'un port sont inscrites sur un document appelé « manifeste ». Par exemple, les marchandises transportées à destination du Sénégal par voie maritime sont inscrites sur un document appelé « manifeste » qui est daté et signé par le capitaine du navire. Ce dernier est tenu de le présenter au service des douanes à première réquisition lorsque le navire pénètre dans la zone maritime du rayon des douanes³³². Cette présentation pose problème : l'édition du manifeste physique peut prendre plusieurs jours suivant la quantité des marchandises ; il peut faire 300 pages. Toutefois, le problème ne se pose plus au Sénégal, en ce sens que l'Arrêté n° 06942 du 02 août 2010 portant dématérialisation des procédures et formalités du commerce extérieur et la note de service n° 003/DGD/DRCI/BRD du 04 janvier 2011 relative aux règles de fonctionnement des plateformes de traitement automatisé des procédures et formalités du commerce extérieur³³³, ont permis l'application des dispositions relatives à la dématérialisation des documents du commerce extérieur. Désormais, le transporteur peut émettre un manifeste électronique. Mais, la méthode pour émettre ce document en faveur de l'administration douanière et son transfert doit respecter les normes établies afin de conserver son intégrité au moment du transfert³³⁴. Il nous faut comprendre le processus d'émission des documents électroniques dans le cadre des opérations commerciales d'import (**paragraphe 1**). Après, nous présenterons le contenu informationnel des documents en vu de ressortir les redondances pour mieux proposer l'adoption d'un document unique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : le processus d'émission des documents électroniques dans le cadre des opérations d'import

Pour une meilleure compréhension du processus d'émission des documents dans le cadre du commerce maritime international, nous nous sommes proposé, afin de faire ressortir leur méthode de dématérialisation, d'étudier les différentes formalités d'import et de dédouanement dans le cadre du commerce maritime (**A**). Le cas de la déclaration électronique sera analysé dans le cadre du circuit administratif (**B**)

³³¹ Étant entendu que l'émission d'un document électronique de transport désigne l'émission du document conformément aux procédures qui en garantissent le contrôle exclusif depuis sa création jusqu'au moment où il cesse d'être valable ou de produire ces effets ; cf. article 1 définition 21 des règles de Rotterdam, 2008.

³³² Article 47 du code des douanes du Sénégal.

³³³ Direction général des douanes du Sénégal, Note de Service N° 00450 du 17 février 2012

³³⁴ Article 9 des règles de Rotterdam 2008.

A- Les formalités d'import et de dédouanement électronique

189. La marchandise qui entre dans le territoire douanier emprunte différents circuits. D'abord le circuit commercial : l'importateur doit remettre à son transitaire ou commissionnaire agréé en douane les documents originaux avant l'arrivée des marchandises. Il s'agit, entre autres : du connaissement original, de la facture commerciale, la liste de colisage, le certificat d'origine, le certificat d'assurance, l'autorisation de vente, la licence d'importation l'autorisation de changes et le certificat phytosanitaire. C'est le transitaire qui se présente devant l'armement ou son représentant (consignataire) pour lui réclamer les marchandises de son mandataire au vu du connaissement original. Il obtient un bon à délivrer commercial après avoir acquitté le fret, s'il y a lieu, et les frais de débarquement et de magasinage. C'est alors qu'il procède à la reconnaissance des marchandises. La remarque qui saute aux yeux est le nombre élevé de document à préparer et à fournir ce qui prend énormément de temps dans les photocopies et légalisation de certains documents. Mais cela est désormais résolu avec l'avènement des systèmes électroniques de dédouanement. Au Sénégal par exemple il existe des systèmes informatiques tels que : GAINDE³³⁵ qui est le système informatique de la douane, gérant les formalités de dédouanement électronique. ORBUS 2000³³⁶ met en relation les opérateurs économiques qui peuvent échanger dans le système des informations relatives à leurs activités. Avec CORUS³³⁷, les opérateurs n'ont plus besoin de passer d'une banque à l'autre pour le paiement des droits de douane et taxes et de déposer des justificatifs de paiement. Le GRED³³⁸ gère la procédure le régime douanier économique, le FNID³³⁹ lutte contre la fraude douanière et le TAME³⁴⁰ calcul les risques de fraude sur la marchandise. En

³³⁵ La Gestion Automatisée des Informations Douanières et des Échanges est une plateforme stratégique des douanes du Sénégal, axée sur la gestion du dédouanement ; des marchandises et des bien. GAINDE intégral apporte des améliorations considérables dans le traitement des procédures de dédouanement en passant du papier à la dématérialisation ou le traitement électronique.

³³⁶ Le Système ORBUS 2000 est conçu pour faciliter les procédures du commerce extérieur par des échanges électroniques entre les différents intervenants. ORBUS permet la réduction significative du délai des formalités de pré dédouanement, la réduction des coûts liés aux formalités, l'amélioration de la qualité du service rendu à la clientèle ainsi que la quasi suppression de l'utilisation du papier.

³³⁷ Le paiement électronique des droits de douane et taxes assimilées consiste à offrir à l'opérateur économique, par imputation sur un compte ouvert auprès d'une banque commerciale, la faculté de s'acquitter d'un montant des droits de douanes notamment, sans se déplacer. Cette faculté induit un gain de temps, ainsi qu'une plus grande transparence et une meilleure sécurisation des recettes douanières.

³³⁸ La Gestion des Régimes Économiques Douaniers a pour mission de s'adapter aux procédures de gestion des régimes économiques et aux attentes des opérateurs économiques. On distingue deux formes de régimes économiques : les régimes franchises et les autorisations et agréments. La GRED vise aussi à réduire le temps, à faciliter les procédures, à l'informatisation de la procédure de dédouanement.

³³⁹ Le Fichier National d'Information et de Documentation est une application de renseignement douanier et de lutte contre la fraude. Cet outil informatique trouve son efficacité dans l'administration douanière, en lui permettant de mieux accomplir la mission qui lui assignée, concernant la lutte contre la fraude et la criminalité transnationale.

³⁴⁰ Le Traitement et Analyse de Risque des Marchandises par voie Électronique constitue une solution informatique dynamique de calcul de risque combinant des dispositions règlementaires, une sélectivité, une analyse statistique de scoring et une fonction aléatoire. Il permet de cibler les transactions commerciales à risque, d'orienter les déclarations vers des circuits de dédouanement approprié.

France Delta est le système de dédouanement en ligne, qui s'adresse à toutes les entreprises, petites ou grandes, qui doivent déposer des déclarations en douane et permet de générer le Document Administratif Unique (DAU), c'est-à-dire la déclaration en douane communautaire entrée en vigueur en 2007³⁴¹. Si les premières formalités concernent le transporteur et le transitaire réceptonnaire de la marchandise, les secondes mettent en relation l'administration douanière et le transitaire mandataire.

B- La dématérialisation des documents dans le circuit Administratif

190. Ensuite il y a le circuit administratif : Ce circuit concerne surtout la déclaration en douane qui ne peut être introduite tant que le manifeste en douane n'a pas été déposé, aux fins d'une identification par le service des douanes. La déclaration, une fois établie, à partir des documents exigés et fournis, est présentée en douane aux sections d'enregistrement. Elle passe alors successivement par : la recevabilité qui contrôle la forme de la déclaration ; le contrôle documentaire et tarifaire qui vérifie la conformité de la position tarifaire, des documents, de la cotation (calcul des droits et taxes applicables) et de l'enregistrement de la recette (imputation au crédit d'enlèvement). Le service de contrôle statue enfin sur l'admission des marchandises et exige le cas échéant, un contrôle documentaire approfondi ou une visite physique. Actuellement au Sénégal, toutes ces opérations qui se faisaient en deux (2) jours, sont prises en charge par le système GAINDE (Gestion Automatisée des Informations Douanières et des Échanges) dans un délai d'environ quinze (15) minutes, si les documents sont en ordre et complets. Le délai qui s'écoule entre le moment où l'inspecteur de visite reçoit la déclaration et les documents justificatifs joints et le moment où il appose le Bon à Enlever (BAE) peut varier d'une demi-journée à une semaine. Trois circuits sont prévus à cet effet : Vert admission en conformité, Orange : contrôle documentaire approfondi et Rouge : visite avec l'institution de l'apposition obligatoire des plombs inviolables, l'escorte est supprimée entre zones du port ou d'un point d'une zone à un autre point de la même zone et les délais sont davantage raccourcis. L'imputation des déclarations aux inspecteurs se fait de façon aléatoire, nonobstant le bureau où ils sont en service (Dakar Port Nord ou Sud).

191. Enfin le circuit physique : le BAE³⁴² ayant été obtenu, les opérations d'enlèvement peuvent commencer. La sortie des marchandises de l'emprise portuaire s'effectue selon la chronologie qui

³⁴¹ Direction Générale des Douanes et Droits Indirects. A voir sur :

[www.douane.gouv.fr/Portals/0/fichiers/information/publication-douane/pour-les-professionnels/dedouanement-en-ligne-\(delta\).pdf](http://www.douane.gouv.fr/Portals/0/fichiers/information/publication-douane/pour-les-professionnels/dedouanement-en-ligne-(delta).pdf).

³⁴² Bon à Enlevé : autorisation donnée par la Douane, d'enlever une marchandise pour importation ou pour exportation, au terme des opérations de dédouanement et après paiement, garantie ou consignation des droits. Le BAE est donc obligatoire pour entrer ou sortir de la marchandise du territoire. Source glossaire international.

suit : visa du service d'exploitation du port sur le BAD³⁴³ (du consignataire ou de la compagnie) et sur le BAE de la douane. Ensuite le dépôt de la commande de manutention, suivi de la demande d'autorisation de chargement au service des douanes (Bureau de sortie portuaire) et du dépôt du BAE manuel. Le système informatique GAINDE est interrogé pour confirmer le BAE suivi de l'écure par la douane des marchandises, et l'émission de l'autorisation de chargement. -Présentation de l'autorisation de chargement déjà visée au service des brigades à la porte aux fins d'obtention du certificat d'enlèvement (GAINDE), - retour au magasin, quai pour visa du certificat d'enlèvement par le service d'écure ayant visé l'autorisation de chargement. - Obtention du visa du chef de poste des brigades après vérification des documents. - Attribution d'escorte en cas de livraison à domicile avec écure au dépotage - sortie du camion sur présentation et vérification du certificat d'enlèvement.

192. En conclusion nous notons que ces circuits s'ils ne sont pas maîtrisés et informatisés peuvent constituer des sources de blocage à la célérité. Et par conséquent le labyrinthe dont ils constituent devrait être amélioré par la suppression de certaines formalités inutiles qui pourraient même être consigné dans un même circuit et faire gagner du temps à l'opérateur. Dès lors, cette thèse se propose d'analyser les redondances informationnelles contenues dans les documents et qui peuvent engendrer des difficultés à la dématérialisation. En effet trop de document sont établis pour une seule procédure de dédouanement ce qui ne réduit pas pour autant le temps. Une présentation des documents du commerce nous semble nécessaire pour mieux appréhender leur contenu afin de voir leur utilité par rapport à l'information qu'ils véhiculent.

Paragraphe 2 : présentation de quelques documents du commerce maritime

193. En novembre 1984, le Groupe de travail de la facilitation du commerce de la CEE-ONU a publié sous la cote TRADE/WP.4/INF.93 un document intitulé «Directives concernant l'application de la Formule-cadre des Nations Unies pour la conception de documents commerciaux». Ces directives constituaient l'aboutissement de débats approfondis au sein du Groupe de travail et tenaient compte de tous les documents commerciaux connus alignés à cette date sur la Formule-

³⁴³ Document remis par l'agent consignataire à la place du connaissement pour les formalités d'enlèvement. Le BAD peut être aussi le cachet apposé par l'agent maritime sur le connaissement, prouvant que le détenteur est en règle avec l'agent maritime. Voir aussi le glossaire du transport maritime : Bon à délivrer document émis à l'import par DELMAS par exemple, au représentant du réceptionnaire et au terminal portuaire autorisant la livraison des marchandises concernées. Il est délivré après vérification de la remise du connaissement original dûment endossé par le dernier endossataire, de sa conformité avec le connaissement chef et du paiement de tous les frets et frais dus.

cadre³⁴⁴. Elles mentionnaient le statut officiel des divers documents et indiquaient les données utilisées dans ces derniers³⁴⁵. On trouve dans ce document des conseils pratiques au sujet des éléments et problèmes particuliers relatifs à la conception de formulaires dans le cadre d'une série alignée de documents commerciaux (cf. annexe 3).

Dans ce contexte, le Groupe de travail de la CEE sur la facilitation des procédures du commerce international va adopter une liste des désignations de documents commerciaux assortie d'indicatifs numériques et de la description de leurs fonctions. Cette liste est parue sous la cote TRADE/WP.4/INF.84 dans la série des documents d'information sur la facilitation du commerce publiés conjointement par la CEE-ONU et la CNUCED. Ces documents de la liste étaient regroupés selon les neuf domaines d'application suivants : Production, Achat, Vente, Opérations bancaires, Assurance, Services intermédiaires, Transport, Documents officiels à la sortie et documents officiels d'entrée et de transit.

194. Dans le secteur de la transaction commerciale internationale (vente et achat), certains documents sont échangés entre partenaires commerciaux. On distingue généralement deux catégories de fonctions documentaires : depuis l'appel d'offres jusqu'à la conclusion d'un contrat, en passant par l'échange de document entre celui qui fait des offres (vendeur) et celui qui reçoit (acheteur). De ce fait, la fonction documentaire s'apprécie selon les parties qui les créent, notamment l'acheteur et le vendeur. Or ces documents sont communs aux deux parties et peuvent être classés dans le secteur de la vente du fait qu'ils sont souvent produits par le vendeur. Toutefois, la facture commerciale est écartée du fait qu'elle ne fait pas partie des documents liés au contrat ; elle est une demande de paiement présentée après l'exécution de l'accord (contrat). Elle est aussi utile pour la détermination de la valeur en douane et à même fait l'objet d'une recommandation (n°6)³⁴⁶. On retrouve dans le secteur des transactions commerciales des documents relatives, soit à l'achat notamment, la demande de renseignement sur le prix et la commande ou encore ; soit à la vente entre autre, l'offre, l'acceptation de la commande et le contrat.

195. La présentation des documents commerciaux fait ressortir quelques problèmes liés à l'harmonisation informatique des modèles de documents. En effet, leur élaboration implique un échange de documents créés dans des pays différents où il se peut que le même modèle de document soit utiliser aussi bien pour l'importation que pour l'exportation ce qui conduit à des incompatibilités dans la présentation du contenu des documents, les données pouvant différer sur

³⁴⁴ La Formule-cadre des Nations Unies (FCNU) est particulièrement destinée à servir de base pour la création de séries alignées de formules utilisant une matrice (ou document de base) reproductible suivant la méthode de frappe unique de préparation des documents. Cf. annexe informative à la recommandation n°1. 2002.

³⁴⁵ Commission Économique pour l'Europe, Directive concernant l'application de la formule-cadre des Nations Unies pour les documents Commerciaux. Source annexe informative de la recommandation n°1. Adopté par le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU). New York et Genève, 2002

³⁴⁶ Cf. Formules-cadres pour les factures commerciales, CEE-ONU/FAL n°6.

des documents de même fonction. Dès lors, la solution serait de s'aligner au Formule Cadre des Nations Unies pour la présentation des documents sur une seule base. Comme le secteur de la vente, le secteur du transport fait intervenir des documents nécessaires dans le cadre des procédures d'import et d'export mettant en rapport des partenaires commerciaux et les transporteurs, par exemple la manutention dans les entrepôts et les ports. Ces documents fournis, représentent les instructions données par les clients aux transitaires pour l'expédition des marchandises. Il peut s'agir aussi des récépissés d'entrepôt ou de quai ou encore d'un ordre de livraison, ordre de manutention ou une autorisation de sortie, de la facture du transitaire et des documents pour les frais portuaires.

196. Il s'agit dans cette thèse de proposer aux pays Africain un modèle de liasse unique regroupant plusieurs fonctions inspiré par le modèle de la FCNU³⁴⁷ en matière de déclaration d'expédition³⁴⁸. Car chaque pays crée souvent son propre système de saisie qui peut ne pas être compatible avec le système des autres pays. Par exemple il peut arriver qu'un pays conçoive des modèles de documents dans leurs systèmes informatiques et qu'un transitaire doit remplir. Un sérieux problème de conception peut se poser, si l'on considère que normalement un certain nombre de transitaires travaillent individuellement pour un grand nombre de clients différents. Il est donc souhaitable que les transitaires se mettent d'accord sur un modèle de base commun dont les caractéristiques pertinentes devraient être prises en compte dans une formule-cadre ou une matrice³⁴⁹ nationale. Il nous faut maintenant étudier les documents du transport maritime (A) et les autres documents qui sont en rapport avec le transport maritime (B)

A- Les documents de transport maritime

197. Dans le cadre du transport maritime international de marchandises, des documents contractuels sont émis et attestent d'un contrat de transport. Par exemple, les documents de transport universels qui ont souvent plusieurs fonctions. On peut en retenir le connaissement et la lettre de transport. En effet, lorsque les marchandises sont prises en charge par le transporteur ou le transporteur substitué, le premier doit, sur demande du chargeur, émettre un connaissement³⁵⁰ (art.14-1 Règle de Hambourg). Au sens de cet article, l'émission du connaissement n'est obligatoire que si le chargeur en fait la demande d'où l'emploi du verbe « doit ». Contrairement aux règles de Hambourg de 1978, les règles de Rotterdam de 2008 semble permettre un consensus entre les parties qui peuvent décider d'utiliser ou non et conformément aux usages, un document de transport

³⁴⁷ Formules-Cadres des Nations Unies

³⁴⁸ Cf. Formule-cadre pour les instructions d'expédition normalisées. CEE_UNU/FAL n° 22

³⁴⁹ Document de base préparé en vue d'obtenir d'autres documents par duplication ou reprographie totale ou partielle.

³⁵⁰ Article 14. 1 « Émission du connaissement » de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (règles de Hambourg 1978)

ou un document de transport électronique³⁵¹. Une distinction nette apparaît entre les règles de Hambourg et celles de Rotterdam. En effet, le connaissance n'est pas mentionné dans la Convention de 2008. La convention ne traite que du mot « document » en faisant allusion au document physique (formule papier) et au document électronique de transport. Or, la fonction du connaissance pose problème à sa dématérialisation. Dès lors une question se pose sur l'absence du terme, dans les règles de Rotterdam : est-ce que les rédacteurs de la convention ont voulu changer le terme « *connaissance* » par « *document* » de transport terme plus général et vague. Dans la mesure où il existe une multitude de documents de transport polyvalent. En clair, les règles de Rotterdam ne veulent-elles pas faire disparaître le connaissance qui nous semble appartenir à l'histoire, à l'époque où les rapports commerciaux et les pratiques commerciales ont permis son élaboration. Période qui n'est pas révolue avec l'avènement des nouvelles technologies de l'informatique ; mais qui s'adapte.

198. Par ailleurs, les règles de Rotterdam ne semblent pas résoudre les difficultés inhérentes à la dématérialisation du connaissance négociable car le terme de document électronique n'est pas si bien défini dans la convention. Et pour dématérialiser le connaissance, n'est-il pas opportun de réduire ses fonctions et son contenu qui fait l'objet de plusieurs redondances, étant entendu que les mêmes données sont reprises dans les autres documents de transport tels que le manifeste, la lettre de transport maritime, le titre d'importation ou d'exportation etc. tout compte fait l'étude du caractère exceptionnel du connaissance s'impose à nous **(1)**. Ce document est souvent concurrencé par la lettre de transport maritime mais cette dernière n'a pas les mêmes fonctions que le connaissance **(2)**.

1- Le connaissance un document historique complexe

199. Le terme Anglais *bill of lading* signifie normalement un document qui atteste que des marchandises ont été chargées sur un navire³⁵². En français le terme approprié est connaissance ayant la fonction de reçu et n'implique pas le chargement simultané des marchandises à bord³⁵³. Au début de son élaboration, les termes qui définissaient le connaissance reflétaient le moment et le lieu où commence et où cesse la responsabilité juridique pendant les étapes du transport. A l'époque, les Règles de la Haye ne définissent ni le connaissance ni le terme *bill of lading*³⁵⁴.

³⁵¹ Cf. Article 35 « *Émission du document de transport ou du document électronique de transport* » Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer.

³⁵² Dans certains pays, comme les États Unis, le bill of lading est utilisé aussi dans le transport terrestre. Mais dans notre thèse, bill of lading sera utilisé dans le transport maritime.

³⁵³ Pour aller plus loin consulter le rapport du secrétariat de la CNUCED, « *les connaissances* », Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Genève, 1971. Publication des Nations Unies F.72.II.D.2

³⁵⁴ Sur ce, A. W. KNAUTH, *the American law of ocean bills of lading*, Baltimore, American Maritime Cases, Inc. 1953, 4e ed., p. 133 et s.

Aujourd'hui, les dernières règles de Rotterdam ne l'évoquent pas non plus. Mais les Règles de Hambourg définissent³⁵⁵ le connaissement comme un document prouvant l'existence d'un contrat de transport. Cette définition pose toute la dialectique entre le connaissement et le contrat de transport. Est-ce que l'un peut exister sans l'autre ? Cette question nous semble à première vue dépourvue de sens car les Règles de Rotterdam ne semblent pas y tenir compte du moment où elles n'évoquent pas le connaissement dans leurs dispositions. Mais on y retrouve le terme « document » tout simplement. D'ailleurs le contrat de transport est conclu d'un commun accord bien avant l'émission du connaissement qui est l'instrumentum de l'accord.

200. Par ailleurs, cette thèse réfute l'hypothèse selon laquelle le connaissement appartient au passé. En effet, le caractère polyvalent du connaissement c'est construit au fil des années. Ainsi différentes fonctions ont été reconnues à ce document : un reçu signé par le transporteur ou en son nom, délivré au chargeur et attestant que les marchandises qui y sont décrites ont été chargées sur un navire pour une expédition, une preuve du contrat de transport énonçant les conditions de transport ; ici il faut rappeler que le contrat de transport a été conclu bien avant la signature du connaissement. Donc théoriquement le contrat de transport doit être considéré comme un accord verbal à l'absence du connaissement³⁵⁶. Ce qui, par conséquent, fait que le contrat de transport non écrit doit être considéré comme un document distinct³⁵⁷ du connaissement. Mais pourquoi le connaissement doit-il servir de preuve au contrat de transport ? A notre avis le contrat de transport s'il existe, se suffit à lui seul pour prouver³⁵⁸ la volonté des parties. Partant du postulat que c'est le déplacement de la marchandise qui intéresse le chargeur et que le transporteur « vend » un service ; *expression impropre juridiquement mais qui traduit une réalité économique*³⁵⁹. On devrait retrouver dans cette collaboration les conditions spéciales du contrat de vente à savoir l'offre et l'acceptation. Ce qui n'est pas le cas dans la pratique où le contrat de transport reflète le caractère d'un contrat d'adhésion³⁶⁰. Toutefois, nous ne pouvons le considérer comme tel dans la mesure où le chargeur n'est pas obligé d'adhérer aux conditions du transporteur. Il a le choix de la concurrence. Or, vu le montant que peut susciter le fret, les parties sont obligées de conclure un contrat de transport en bonne et due forme pour se protéger contre les aléas du commerce international. D'où la nécessité

³⁵⁵ Dispositions Générales, article premier 7 des Règles de Hambourg : « Le terme 'connaissement' désigne un document faisant preuve d'un contrat de transport par mer et constatant la prise en charge ou la mise à bord des marchandises par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises contre remise de ce document. Cet engagement résulte d'une mention dans le document stipulant que les marchandises doivent être délivrées à l'ordre d'une personne dénommée dans l'ordre ou au porteur »

³⁵⁶ CA. Paris, 5^e ch., sect. A, 25 Mai 1994, Réunion européenne et a. c/Hapag-Lloyd, Lamyline ; CA. Versailles, 12^e ch. 3 nov. 2005, n° 04/04393, Schenker c/Dergremont et a., BTL 2005, p. 767, DMF 2006, p. 219.

³⁵⁷ CA. Aix-en-Provence, 2^e ch., 31 octobre 1991, n° 89/08712, Zvitex c/ Polaris BTL 1992

³⁵⁸ Utilité de cette preuve, elle conditionne l'effectivité des droits subjectifs lorsqu'ils sont contestés, pour pouvoir bénéficier de ce droit. Un droit subjectif qui n'est pas prouvé est considéré comme inexistant

³⁵⁹ A. BENABENT, *Droit des contrats civils, spéciaux et commerciaux*, Domat, Droit privé 11 édition, p.344

³⁶⁰ A. VIALARD, *collection droit fondamental droit commercial*, PUF, p. 384

du connaissance. L'on sait aussi que de nombreux Codes Civils renferment des dispositions exigeant un écrit pour la validité de certains contrats³⁶¹ dans lesquels les sommes sont élevées.

201. Pour revenir à la notion de preuve entre le contrat de transport et le connaissance et pour en être convaincu, il faut trouver, entre le connaissance et le contrat de transport, quel est l'objet de la preuve, qu'est-ce qui doit être prouvé ? La réponse est que, les actes juridiques³⁶² doivent en principe être prouvés³⁶³. Le contrat de transport fait apparaître clairement la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit entre les parties concept de base du droit de la preuve. Donc, l'objet de la preuve ici se caractérise par : la réception et la prise en charge des marchandises. Les modalités de déplacement de la marchandise étant consignées dans le connaissance. Alors, cela nous amène à admettre que le connaissance prouve la réception de la marchandise par le transporteur. Mais la production du connaissance n'est pas d'ordre public³⁶⁴ en matière de transport maritime. Et cela se comprend car ce n'est pas le connaissance qui fait le contrat de transport fruit du consensualisme des parties. Ce dernier, nous l'avons dit, existe dès la rencontre des volontés indépendamment de l'écrit (connaissance) qui le matérialise³⁶⁵. De ce fait *le connaissance ne saurait être par lui-même constitutif du contrat de transport, ce dernier résultant du seul accord de volonté des parties à la convention*³⁶⁶ cette distinction est clairement rappelée par la Cours d'Appel de Paris et fortifiée en l'occurrence notre volonté à vouloir découvrir l'utilité du connaissance comme preuve du contrat de transport.

202. Tout compte fait, le rapprochement entre le connaissance et le contrat de transport apparaît clairement dans la relation contractuelle entre le transporteur, l'acheteur et le vendeur. Ainsi, même si, *le vendeur FOB*³⁶⁷ *n'est pas partie au contrat de transport*³⁶⁸. *Il peut cependant recevoir mandat de l'acheteur afin de conclure le transport. En outre, il se peut qu'il soit dénommé au connaissance. Il est alors non pas chargeur contractuel, mais chargeur documentaire. Le connaissance réclamé par le banquier ayant ouvert le crédit documentaire peut contenir une telle exigence. Il est donc nécessaire que le vendeur FOB apparaisse sur le connaissance*³⁶⁹. En effet, il est admis par la jurisprudence³⁷⁰ que : même si le connaissance ne fait pas le contrat de transport,

³⁶¹ Code des Obligation Civiles et Commerciales du Sénégal, article 41 « *liberté des contrats* »

³⁶² En la forme, un acte juridique est un écrit, nécessaire à la validité ou à la preuve d'une situation juridique ; au fond, il désigne en général une manifestation de volonté destinées à produire des effets de droit.

³⁶³ Article 1358 et s. du Code Civil de la France, consacré au droit de la preuve.

³⁶⁴ Cf. Article 18 de la loi française de 1966

³⁶⁵ Cf. Lamy transport tome 2

³⁶⁶ CA Paris, 5^e ch. A, 25 Mai 1994, n° 93/2362, Réunion européenne et a. c/ Hapag-Lloyd.

³⁶⁷ INCOTERME de vente au départ, FOB (Free On Board), la livraison ayant lieu au départ, le vendeur ne s'occupe pas du transport. Voir DELEBECQUE, P. Droit maritime 13^e édition Dalloz, p. 864, n°1159

³⁶⁸ Il n'a donc pas d'action contre le transporteur. Si la marchandise est volée avant le franchissement du bastingage, il conserve son action contre le commissionnaire et contre le dépositaire : Rouen 24 oct. 2013, DMF 2014. 245, obs. M. FOLLIN; DELEBECQUE, *op-cit.* p. 864

³⁶⁹ DELEBECQUE, P., *op.*, cit. p. 864

³⁷⁰ CA Versailles, 12^e ch., 31 Mai 2001, n° 98/04056, Kertainer c/ Navigation et transport et a., BTL 2001, p. 728, (précisant en outre que les énonciations qu'il comporte l'emporte sur tout autre preuve extrinsèque).

il constitue néanmoins un document qui constate ce contrat de transport et détermine les obligations respectives de chacune des parties³⁷¹. Dès lors, vue l'importance du connaissance dans le commerce maritime international et plus particulièrement dans le transport maritime de marchandises, on se demande comment dématérialiser le contrat de transport dans ces circonstances ou le connaissance à tendance à s'imposer d'une part. D'autre part le contenu³⁷² informationnel du document est quasiment volumineux en termes de clause et d'information³⁷³. La répétition de ces informations ne facilite pas la dématérialisation de ce document. Dans la mesure où le document renferme la volonté des parties et que chacune cherche à protéger ses intérêts.

203. La difficulté de dématérialisation du connaissance s'articule d'avantage dans la troisième fonction admise depuis fort longtemps aussi bien par les armateurs transporteur que par la jurisprudence. En effet, le connaissance est un titre représentatif des marchandises, qui permet au réceptionnaire d'en prendre livraison à leur destination ou d'en, disposer en endossant et en cédant celui-ci³⁷⁴. Aujourd'hui, la fonction principale du connaissance est de permettre au propriétaire de la marchandise auquel il se rapporte d'en disposer rapidement bien que cette dernière ne *soit plus en sa possession mais plutôt sous la garde du transporteur*³⁷⁵. De notre point de vue et dans un contexte de dématérialisation cette dernière fonction doit être analysée pour être adaptée au commerce électronique actuel. La difficulté de la dématérialisation du connaissance tient à son rôle « d'instrument de commerce » déterminant les droits et les responsabilités du transporteur et du chargeur et au vu duquel est ouvert, par l'intermédiaire des banques, le crédit nécessaire au financement de l'accord commercial³⁷⁶. Cette fonction rend complexe la dématérialisation du connaissance.

204. Cette fonction, historiquement plus récente que les précédentes, a été rendue nécessaire par le développement du commerce maritime au siècle dernier. L'accélération des échanges entre partenaires commerciaux se heurtait, en effet, à la relative lenteur des transports maritimes : il fallait trouver un moyen de vendre les marchandises en cours de transport sans attendre leur arrivée au port de destination. Les praticiens ont alors imaginé de transférer à l'acheteur des droits attachés aux marchandises et, notamment, le droit d'en prendre livraison au port d'arrivée, en endossant tout simplement le connaissance au profit de cet acheteur. Ainsi est né le connaissance négociable, fondé sur le principe suivant lequel la transmission du document à l'acquéreur entraîne la transmission de tous les droits sur la marchandise. Puisque la transmission du connaissance par

³⁷¹ Lamy transport tome 2, 2008.

³⁷² Article 36 « *données du contrat* » des règles de Rotterdam 2008

³⁷³ Voir article 15 « *contenu du connaissance* » des règles de Hambourg 1978

³⁷⁴ T.E. SCRUTTON, *charte-party and bills of lading*, Londres, Sweet and Maxwell, 1964, 17e éd., sect. XIII, art. , 3, p. 413.

³⁷⁵ G.M. SCHMITTHOFF, *the export trade*, Londres, Stevens and Son, 1957, 4^e éd., p. 306

³⁷⁶ S.D. COLE, *the Hague Rules 1921 explained*, Londres, F. Effingham Wilson 1992, p. 9

endossement entraîne la transmission des droits sur la marchandise, c'est donc que ce connaissance « représente » la marchandise, c'est-à-dire qu'il a la même valeur que la marchandise elle-même. Cette fonction de « représentation » du connaissance, si particulière au droit maritime, repose sur la nature des engagements pris par le transporteur : en émettant un connaissance, le transporteur maritime reconnaît que la marchandise est chargée à bord de son navire et se porte garant de sa livraison au porteur du connaissance original, à destination. *Dès lors, la détention de cet original du connaissance devient l'équivalent de la détention de la marchandise elle-même : le connaissance devient un titre qui représente la même valeur que la marchandise qui y est décrite*³⁷⁷. Ce caractère de titre représentatif de la marchandise est régulièrement reconnu par les tribunaux. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que le privilège du commissionnaire de transport peut s'exercer sur le connaissance³⁷⁸. De même, un connaissance est susceptible d'être annulé en justice dans l'hypothèse exceptionnelle où le détenteur légitime du connaissance a perdu commercialement le droit de revendiquer la marchandise sous connaissance³⁷⁹. Enfin, il a même été jugé que le transporteur était garant de la livraison vis-à-vis du porteur de l'original du connaissance alors que ce document était, en l'espèce, nominatif et donc non négociable³⁸⁰. Cette solution a été critiquée par le commentateur de l'arrêt faisant au surplus remarquer que le transporteur maritime ne peut être déclaré garant « *dès lors que l'on connaît les nombreux cas exceptés de responsabilité dont il bénéficie* »³⁸¹.

205. La transmission du connaissance transfère, par conséquent, la propriété de la marchandise qu'il représente. Cette importance du connaissance explique l'intérêt capital pour le transporteur maritime de ne pas livrer la marchandise à destination sans exiger la remise du connaissance original. Il découle de ce qui précède une remarque allant dans le sens que le connaissance à acquis cette fonction dans un souci de célérité des opérations commerciales, l'électronique n'existait pas, le voyage était lent et long, les commerçants avaient besoins d'argent pour leurs affaires donc le transfert du connaissance était la seule solution. A notre avis le temps des « lenteurs » est révolu avec les technologies de l'information et de la communication, la durée du voyage est réduite avec les navires révolutionnaires qui remplacent les navires à vapeur. Or, le connaissance demeure et continu à remplir ces fonctions primaires ; il n'est pas adapté au nouvelle technique de commerce pour ce qui concerne sa fonction de titre représentatif de la marchandise. Par conséquent sa dématérialisation avec cette fonction prospérera difficilement mais reste possible.

206. Alors, une adaptation s'impose par la dématérialisation de cette fonction de titre représentatif de la marchandise. Son contenu informationnel doit être revu et les redondances

³⁷⁷ Lamy transport tome 2, 2008

³⁷⁸ CA Douai, 2^e ch., 27 mai 2005, n° 01/03932, Sagatrans c/ Fives Cail Babcock et a., Lamyline.

³⁷⁹ Cass. Com., 29 mai 1990, n° 88-19.162, Lamyline

³⁸⁰ T. Com. Nanterre, 31 octobre 1990, BTL 1991, p. 136.

³⁸¹ Y. TASSEL, DMF 2002, p. 952

éliminées avant toute conception de formulaire dématérialisé nécessitant uniquement un remplissage par la saisie informatique. En effet, dans un contexte de dématérialisation, le connaissance peut continuer à avoir cette fonction même si jusque là toutes les tentatives de dématérialisation se sont presque toutes soldées par un échec ; se heurtant à cette dernière fonction. Qui appel par extension le droit de la propriété sur les biens corporels et la possession en matière de meuble. (*Nous y reviendrons dans le titre II de cette partie*). La lettre de transport maritime est aussi un document utilisé en matière de transport maritime. Sa dématérialisation ne pose aucune difficulté.

2- La lettre de transport maritime (LTM)

207. La lettre de transport maritime en anglais *sea way bill* n'est pas seulement un document servant de preuve du contrat de transport. Ce document est entre autre, la matérialisation du contrat de transport qui lie le donneur d'ordre et la compagnie maritime³⁸². On y trouve des mentions comme : le port d'embarquement, le port de destination, le nom du navire, le nom de l'expéditeur, ou encore le nom et l'adresse du destinataire. Contrairement au connaissance, la LTM n'est pas un titre de détention de la marchandise, il est un titre non négociable. Ce document a été mis au point pour permettre au chargeur d'en communiquer les éléments au destinataire par télématique³⁸³ dès le chargement de la marchandise afin que ce dernier puisse immédiatement prendre toutes les dispositions nécessaires pour en effectuer le dédouanement et la réception. Par conséquent sa dématérialisation ne pose pas de problème. La lettre de transport maritime reflète également un transport maritime. Il reprend les mêmes caractéristiques que le connaissance, mais à la différence de ce dernier, il n'a pas le caractère de document négociable. De ce fait et afin d'éviter les coûts et risques d'une immobilisation de la marchandise au port de déchargement, le destinataire nommé sur le document n'a pas besoin de présenter le document pour la retirer. Mais, l'absence de réserve du transporteur sur la lettre de transport maritime ne lui interdit pas de rapporter la preuve que la marchandise n'était pas conforme aux mentions du titre de transport. Plus précisément, en l'absence de réserve sur la LTM, le transporteur est présumé avoir pris en charge une marchandise intacte³⁸⁴. Cette présomption est cependant susceptible d'être renversée par la preuve contraire et spécialement par la preuve qu'à son arrivée sur le terminal et lors de sa prise en charge le conteneur n'était muni que d'un seul plomb d'apparence conforme. Dans ces conditions et dès lors que le réceptionnaire s'est lui-même contenté, au déchargement, de réserves imprécises et que l'expertise diligente n'a

³⁸² Sur : <http://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/lettre-de-transport-maritime-ltm>.

³⁸³ Dictionnaire Larousse français en ligne : *Ensemble des techniques et des services qui associent les télécommunications et l'informatique.*

³⁸⁴ Droit Maritime Français (DMF)

rien révélé de concluant, le transporteur doit être considéré comme ayant livré le conteneur tel qu'il l'avait reçu, muni d'un seul plomb d'apparence conforme et ne saurait donc être tenu pour responsable du vol partiel de la marchandise³⁸⁵. La solution ne manque pas d'intérêt et permet de rappeler que la LTM, contrairement au connaissement, n'a pas, vis-à-vis des tiers, une force probante absolue (elle ne représente pas les marchandises). Ce document auquel on recourt, de plus en plus dans les transports de courte distance, a la même force probante qu'une simple lettre de voiture³⁸⁶. Cependant, la responsabilité du transporteur est la même en droit français, il n'y aucune différence entre le connaissement classique et la lettre de transport maritime. En effet, la loi s'applique à tout contrat de transport par mer quel que soit le document émis.

208. Toutefois, dans le commerce international, la Convention de Bruxelles³⁸⁷ ne s'applique, aux termes de son article 10, qu'aux transports couverts par un connaissement³⁸⁸. Il peut donc arriver, dans certains pays notamment les pays Africains, qui ne disposent pas à l'inverse de la France d'une législation impérative s'appliquant à tous les contrats de transport, même non couverts par un connaissement, que le trajet couvert par une LTM échappe à toute réglementation impérative. Si, en effet, il n'y a aucune loi nationale et si la convention de Bruxelles³⁸⁹ ne s'applique pas, le régime juridique de l'expédition est laissé à la liberté contractuelle³⁹⁰. Parfois, les transporteurs en ont profité pour y introduire des clauses élusives de responsabilité : c'est le cas, notamment, dans certains trafics de cabotage. Néanmoins, la quasi-totalité des LTM utilisées en trafic international contiennent une clause *Paramount*³⁹¹ renvoyant à la Convention de Bruxelles

³⁸⁵ CA Aix 10 juill. 2014, DMF 2014, 849, obs. C. Humann, BTL 2014, 477

³⁸⁶ A. TINAYRE, *La lettre de transport maritime ou le complexe documentaire*, DMF 1988, 344.

³⁸⁷ Dans sa version de 1924, la Convention de Bruxelles édicte une règle simple « les dispositions de la présente convention s'appliquent à tout connaissement créé dans un des Etats contractants ».

³⁸⁸ S'il n'y a pas eu émission d'un connaissement, du moins faut-il qu'un document « similaire » ait été émis.

³⁸⁹ Que la plupart des pays Africains n'ont pas ratifié.

³⁹⁰ Dès lors qu'un connaissement a été émis dans un Etat contractant, la Convention s'applique de plein droit même si le port de chargement et/ou le port de déchargement ne relèvent pas d'Etats contractants. C'est ce qu'ont jugé plusieurs juridictions à propos de transports : de la France vers la Tunisie (CA Montpellier, 21 juill. 1981, BT 1981, p. 473). De la France vers le Panamá, pays non contractant (CA Paris, 2 nov. 1965, DMF 1966, p. 100) ; entre la Côte d'Ivoire et la France (CA Aix-en-Provence, 2^e ch. com., 9 déc. 1999, n° 96/05058, Groupe Concorde et autres c/ Sivomar) et entre la Côte d'Ivoire et l'Estonie, pays non contractant (CA Versailles, ch. com. réunies, 8 mars 2005, n° 03/02198, Groupama et a. c/ Commandant navire Rakke, BTL 2005, p. 390). Entre la France et le Paraguay (T. com. Marseille, 26 juin 2015, la Martiniquaise et a. c/ CMA CGM, BTL 2015, p. 459). Inversement, la Convention ne trouve pas de plein droit application lorsque le pays d'émission du connaissement n'y est pas partie. C'est le cas, par exemple, d'un titre de transport émis aux Philippines d'où est parti le navire (CA Montpellier, 4 déc. 1986, DMF 1988, p. 376, décision confirmée par Cass. com., 13 juin 1989, n° 87-10.796 H, BT 1989, p. 539). Transports effectués entre ports relevant d'un même Etat contractant. — Ces transports relèvent, en principe, de la loi nationale. Cependant, selon la Cour de cassation, un transport entre deux ports français est soumis à la Convention de Bruxelles dès l'instant qu'il comporte un élément d'extranéité. Il en est ainsi lorsque le connaissement a été émis dans un pays étranger ici, en Angleterre, signataire de la Convention ou lorsque l'armement n'est pas français (Cass. com., 20 déc. 1982, n° 77-12.439, DMF 1983, p. 526). Source Lamy transport tome 2, 2015.

³⁹¹ Clause aux termes de laquelle les parties déterminent par avance la loi ou la convention applicable à leur contrat de transport. La règle ainsi dégagée a été reprise dans un arrêt du 26 novembre 2003 par la cour d'appel de Paris qui a appliqué la loi du 18 juin 1966 à un transport maritime en provenance du Liban (pays lié par la Convention de Hambourg). Les juges parisiens ont toutefois, au préalable, pris la précaution d'écarter les mentions du connaissement désignant l'application exclusive de la loi libanaise, cela en raison de l'absence de preuve de l'acceptation de la clause

modifiée par le protocole de 1968. Ces clauses sont en principe valables. Pour clarifier le régime juridique de la LTM et encourager son adoption par les praticiens.

209. Le Comité Maritime International a adopté, en 1990, des « Règles uniformes relatives aux lettres de transport maritime ». Ces règles disposent que le contrat de transport couvert par une LTM est soumis à toute convention internationale ou à toute loi nationale qui eussent été applicables s'il avait donné lieu à l'émission d'un connaissement ou d'un document similaire formant titre (art. 4). Par ailleurs, tout en affirmant le principe suivant lequel seul le chargeur peut donner au transporteur des instructions relatives au contrat de transport, les règles ont cherché à assouplir le mécanisme de la LTM en instituant la possibilité pour le chargeur de céder son droit de disposition au destinataire, comme il est prévu avec le connaissement. Ces Règles uniformes garantissent aux usagers un traitement identique à celui auquel ils ont droit avec un connaissement classique, et elles ont connu, par conséquent, un certain succès en pratique. Plusieurs transporteurs maritimes y font aujourd'hui expressément référence dans leurs documents de transport. On voit aisément que ce document a une fonction plus allégée que le connaissement. Et que d'autres documents interviennent dans le cadre des échanges internationaux.

B- Les autres documents du commerce maritime

210. Le connaissement et la lettre de transport maritime ne sont pas les seuls documents utilisés dans le commerce international d'autres documents sont utilisés et doivent faire l'objet de dématérialisation. Ainsi, la facture commerciale atteste la créance du vendeur sur l'acheteur. En plus de la facture commerciale, il est souvent exigé une facture douanière comme preuve de la valeur pour le dédouanement à l'importation de la marchandise. Les listes de colisage, les listes de poids et les documents officiels qui doivent accompagner la marchandise dans certains pays ou qui sont exigés comme licence d'exportation et/ou d'importation (p. ex. EUR, ATR, «Clean Report of Findings») ne sont pas décrits en détail dans les RUU (Règles et Usances Uniformes relatives au crédit documentaire). Ils doivent néanmoins être établis conformément aux conditions du crédit documentaire. De même que le certificat de qualité, d'analyse, d'inspection, etc.

211. Toutefois, Le contenu et les modalités de remise de ces documents ne sont pas définis de manière détaillée dans les RUU (Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires). Ils doivent néanmoins être établis conformément aux conditions du crédit documentaire. Les

par le chargeur et d'indications sur le contenu de cette législation (CA Paris, 5^e ch., 26 nov. 2003, Generali France c/ TMP et a., BTL 2004, p. 90). On notera également dans ce sens un arrêt de 2004 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, pour un transport entre l'Égypte, signataire de la Convention de Hambourg, et la France (CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 2 déc. 2004, n° 01/09307, Deutsche Afrika Linien c/ Gielly, BTL 2005, p. 216). Source LAMY Transport Tome 2.

certificats doivent être signés par leur émetteur. D'ailleurs, le certificat d'origine est le document attestant la provenance de la marchandise. Il peut être établi par un organisme officiel, par exemple une chambre de commerce, par le bénéficiaire ou le fabricant. Le document d'assurance est nécessaire et si une livraison CIF³⁹² ou CIP³⁹³ a été convenue³⁹⁴, c'est le vendeur qui doit souscrire une assurance. Le document d'assurance (police ou certificat) prouve qu'il a rempli cette obligation. Selon les RUU, le document d'assurance doit couvrir au moins la valeur CIF de la marchandise majorée de 10% ainsi que les risques mentionnés dans le crédit documentaire, sauf indication contraire. Il existe enfin une attestation de prise en charge par le transitaire conçu comme un document établi par une entreprise de transport et confirmant que la marchandise embarquée/expédiée et les instructions d'expédition ont bien été reçues. L'attestation de prise en charge par le transitaire (FCR)³⁹⁵ n'est pas définie dans les RUU (Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires) et ne vaut pas comme document de transport. L'étude du processus de dématérialisation des documents nous conduit à analyser la relation informationnel qui peut rendre inutile la dématérialisation de certains documents. En effet l'interconnexion des documents nous renseignera sur la potentialité de leur dématérialisation.

SECTION 2 : l'interconnexion informationnelle entre les documents

212. Cette thèse sur la dématérialisation des documents s'adresse aux opérateurs du commerce extérieur tant publics que privés. L'analyse des documents du commerce extérieur a abouti à l'identification d'une masse de documents circulant au gré du commerce extérieur. La présente recherche suggère pour les pays de l'Afrique de l'Ouest, une plate forme du guichet unique basée sur une entrée unique qui regroupe l'ensemble des données nécessaires pour la réalisation d'une opération d'importation ou d'exportation et ce, conformément aux recommandations des instances

³⁹² Cost, Insurance Freight (Coût Assurance Fret)

³⁹³ Carriage and Insurance Paid (transport et assurance payés)

³⁹⁴ En 2010, la Chambre de commerce internationale (CCI) a modifié les Incoterms définis en 2000, pour adapter ces outils commerciaux aux nouvelles réalités de l'économie globalisée et informatisée ainsi qu'aux évolutions du transport et de la logistique. Ces règles s'appliquent depuis le 1er janvier 2011. Les Incoterms (International Commercial Terms) définissent les obligations du vendeur et de l'acheteur lors d'une transaction commerciale. Ils visent à fixer des règles internationales homogènes par l'insertion de dispositions contractuelles principalement utilisées dans les contrats relevant du commerce extérieur. Les incertitudes nées de l'interprétation divergente de telle ou telle clause dans les différents pays sont ainsi évitées ou, pour le moins, considérablement limitées. Ces règles ont été élaborées par la Chambre de commerce internationale (ICC) en 1936, puis révisées régulièrement, en fonction de l'usage. Si elles ne sont pas obligatoires, elles se révèlent fort utiles aux opérateurs du commerce international. Les Incoterms précisent essentiellement les obligations, la répartition des frais et des risques se rapportant à la livraison des marchandises par le vendeur à l'acheteur. Exporter ou importer, c'est procéder notamment à un déplacement physique de la marchandise qui engendre des frais et des risques. Il s'agit donc de déterminer d'une manière très précise qui supporte ces risques et ces frais, de connaître très exactement à partir de quel point les risques sont encourus par chacune des parties, à partir de quel point les frais relatifs au transport et autres frais sont pris en charge par l'une ou l'autre des parties.

³⁹⁵ Cost and Freight (Coût Fret)

internationales dont notamment le CEFACT³⁹⁶. Et aussi à l'exemple de l'union européenne. Elle propose en outre, qu'un support sous forme d'un formulaire unique soit mise en place en Afrique de l'Ouest en vue de *dispatch* ou mettre à la disposition des opérateurs les informations nécessaires. L'objectif consiste à ce que l'émetteur de l'information incrémente les données produites dans une base commune de données, et les destinataires puisent l'information de la même base de données, en fonction de leurs besoins en information. Pour ce faire, nous partirons sur la base d'une étude des variables ayant trait entre autres à la nature du document et de la marchandise : son utilité et le circuit du traitement informationnel seront analysés à partir du cadre juridique existant (**paragraphe 1**). Le rôle de l'organisme émetteur et récepteur, le fondement technique et les contraintes à la dématérialisation y seront traitées (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : les circuits informationnels et le cadre juridique communautaire

213. Il s'agit d'analyser les documents du commerce notamment le titre d'import, le contrat de transport, le manifeste³⁹⁷ et le connaissance pour identifier le contenu informationnel afin de réduire les redondances. La thèse suggère pour l'Afrique une plateforme de document unique basée sur une entrée unique qui regroupe l'ensemble des données nécessaires pour la réalisation d'une opération commerciale. Cela peut se réaliser dans le cadre de l'OHADA³⁹⁸ qui n'a pas encore légiféré sur ce domaine (il n'existe pas pour le moment un acte uniforme sur le commerce électronique, mais la version 2016 de l'AUDCG a consacré deux chapitres I et V au commerce électronique). En effet, Le système juridique et judiciaire de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est l'une des expériences d'intégration juridique les plus réussies de la fin du 20ème siècle. L'OHADA est une organisation internationale de plein exercice, dotée d'une personnalité juridique internationale, qui poursuit une œuvre d'intégration juridique entre les pays qui en sont membres. L'adhésion, prévue par l'article 53 du Traité, est ouverte à tout État membre de l'Union Africaine non signataire et à tout État non-membre de l'Union Africaine et invité à y adhérer d'un commun accord de tous les États parties. L'OHADA regroupe aujourd'hui 17 États (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République démocratique du Congo,

³⁹⁶ UN/CEFACT est un organisme des Nations unies dont l'appellation en français est Facilitation des Procédures Commerciales et le Commerce Électronique, ce qui correspond en anglais à United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business. Cet organisme encourage une étroite collaboration entre les gouvernements et les entreprises afin d'assurer l'interopérabilité des échanges d'information entre les secteurs public et privé. Il a développé : La formule-cadre, un standard pour les documents commerciaux des Nations unies ; UN/EDIFACT, un standard international pour les échanges électroniques ; de nombreuses autres recommandations.

³⁹⁷ Article 62 et 69 de la loi 2014-10 du 28 février 2014 portant code des douanes du Sénégal.

³⁹⁸ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, créée par le Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 et révisé le 17 octobre 2008 au Québec.

Sénégal, Tchad, Togo)³⁹⁹. Les langues de travail sont le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais. Son objectif est la facilitation des échanges et des investissements, la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises. Le droit de l'OHADA est ainsi utilisé pour propulser le développement économique et créer un vaste marché intégré afin de faire de l'Afrique un « pôle de développement »⁴⁰⁰. Actuellement, l'OHADA compte à son actif onze (11) Actes uniformes déjà entrés en vigueur dans les États parties. Et nous espérons qu'un Acte uniforme sur le transport de marchandises par mer sera élaboré. Car, aucun État ne peut véritablement s'ouvrir au monde et participer au commerce international sans se doter d'une législation appropriée⁴⁰¹.

Ailleurs, le Code des douanes de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)⁴⁰² pourrait être à l'origine d'une harmonisation des pratiques douanières et être par conséquent le fondement de l'élaboration de document unique pour le commerce maritime Africain. Et dans cette intégration communautaire, le législateur semble aller un peu plus loin en soumettant au moyen de texte de droit dérivé communautaire, les États membres à des conventions pour lesquelles ils n'ont aucunement marqué leur volonté à être liés. Cette démarche paraît discutable. Cependant, elle a l'avantage de rendre obligatoire dans les États membres, la règle internationale à travers le droit communautaire⁴⁰³. En effet, seul un modèle de document unique communautaire (DUC), peut rendre effective la dématérialisation des documents en Afrique. Et l'accord de coopération entre la CEMAC et l'OHADA de 2001 devrait être élargi dans ce sens⁴⁰⁴.

214. Pour y parvenir l'étude du circuit informationnel entre les documents s'impose. Prenons l'exemple du titre d'importation et la déclaration en détail des marchandises (documents utilisés dans la plupart des ports Africains) : on voit que l'intersection informationnelle entre ces documents concerne les informations suivantes : la désignation commerciale des marchandises, le pays d'origine, le nom de l'expéditeur, le montant total en devises le bureau douanier le nom de l'importateur, le poids net total de la marchandise, les conditions de livraison et le numéro de la nomenclature douanière. Donc, seules les données concernant la domiciliation bancaire (date et référence de la banque domiciliaire) figurent d'une manière spécifique dans le titre d'importation. Mais à part ces données toutes les informations contenues dans le titre d'importation figurent dans

³⁹⁹ Sur www.ohada.com/traite.html.

⁴⁰⁰ Disponible sur www.ohada.com/presentation-droit-ohada.html; consulté le 16/11/2016

⁴⁰¹ M. NDEDE, *la construction du droit des transports maritime en Afrique*, RCTAM, n° 1, 2004, p.91

⁴⁰² http://douanes.gouv.cg/e-douanes/Documents%20site/Code_Douanes_CEMAC%20-%20Copie.pdf

⁴⁰³ J-C. NGNINTEDEM, *la réglementation du transport en zone CEMAC : un modèle d'intégration sous régionale*, cahier juridique et politique FSJP, Université de NGAOUNDÉRE, DMF, 2008-1, p. 164

⁴⁰⁴ G. TATY, *pluralité des juridictions régionales dans l'espace francophone et unité de l'ordre juridique communautaire : problématique et enjeux, communication à la rencontre inter-juridictionnel*, cours de justice « UEMOA, CEDEAO, CEMAC, OHADA », Cotonou, 2008, DMF, p.608.

la déclaration en détail des marchandises⁴⁰⁵. Le taux de redondance entre ces deux documents tourne autour de 98%. Il est à noter que la répétition de ce genre d'informations dans deux ou plusieurs documents engendre des risques de saisies multiples de l'information, et consécutivement d'erreurs de saisie, allant en s'accroissant avec le nombre de transferts des documents. Dans le contexte actuel, l'échange informatique de certains documents à l'échelle internationale est désormais envisageable, au moins à court termes. Il s'agit des documents suivants : la facture à l'importation et à l'exportation ; la liste de colisage à l'importation et à l'exportation ; le connaissance original ; la lettre de garantie bancaire, le BAD visé et le certificat d'origine à l'importation⁴⁰⁶. Toutefois, l'apposition du timbre fiscal, qui n'est pas encore dématérialisé, est l'une des principales contraintes à la dématérialisation dans certains pays Africains. De même, le titre d'exportation reprend les informations contenues dans le contrat commercial.

215. Pour ce qui est du connaissance, l'exportateur et la compagnie maritime remplissent un connaissance qui matérialise le « contrat de transport » maritime. Le soubassement juridique de ce document est : dans certains pays le code du commerce maritime ou le code de la marine marchande. Mais aussi la Convention internationale adoptée le 25 Août 1924 dite «La Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissances» avec le protocole dénommé Règles de Visby adopté en 1968 (Entrée en vigueur le 23 juin 1977) et relatif au champ d'application de la Convention. Ensuite la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, faite à Hambourg le 31 mars 1978 dite règles de Hambourg. Et enfin les règles de Rotterdam de 2008 constituent logiquement une source juridique pour le connaissance même si elles n'évoquent pas le connaissance mais plutôt les « documents de transport ». Cette convention qui attend la ratification des États, nous dit le professeur DELEBECQUE est appelée à régir les transports maritimes du 21 siècle et à rétablir l'uniformité qui fait défaut en la matière⁴⁰⁷. Un des éléments déterminants sur l'utilisation des contrats de volume, dans le cadre de cette nouvelle convention, est la capacité pour les contractants à pouvoir déroger à la convention⁴⁰⁸. Et nous pensons que ces dispositions permettront aux transporteurs et expéditeurs de réaliser des contrats sur mesure pour atteindre leurs objectifs commerciaux. Nous allons à présent étudier le fondement technique des interconnexions entre documents.

⁴⁰⁵ Article 47. 1 Du code des douanes du Comores « les marchandises arrivant par mer doivent être inscrites sur le manifeste ou état de chargement du navire » 2 « ce document doit être signé par le capitaine ; il doit mentionner l'espèce et le nombre des colis, leurs marques et numéros, la nature des marchandises et les lieux de chargement ».

⁴⁰⁶ Ce document a fait l'objet de projet pilote en vue de l'échanger électroniquement entre certains pays asiatiques et entre le Sénégal et la France.

⁴⁰⁷ PH. DELEBECQUE, intervention lors de la cérémonie de la signature de la convention sur les contrats de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, le 23 Septembre 2009 à Rotterdam.

⁴⁰⁸ En ligne :

www.revu-du-commerce-international.info/fr/droitint/transport-maritime-les-regles-de-rotterdam. 11/2006

Paragraphe 2 : le fondement technique des interconnexions

216. Les documents du commerce extérieur engendrent des échanges denses et multidirectionnels d'informations. En effet, le déclenchement de la majorité des activités du commerce extérieur suppose la réception des informations liées à la marchandise faisant l'objet d'importation ou d'exportation par le téléchargement du formulaire de la déclaration dans le système informatique suivie de la saisie des informations. Ce processus génère l'émission d'une autre information qui traduit le traitement qui a été réservé à l'information initiale sur la marchandise. L'analyse du contenu informationnelle des documents du commerce extérieur en Afrique a été réalisée sur la base des documents du commerce international. D'une manière détaillée le contenu informationnel des documents a été étudié en se référant aux directives concernant l'application de la formule cadre des Nations Unies pour les documents commerciaux⁴⁰⁹ et à la nomenclature de la convention internationale sur le système harmonisé de désignation et de codification des marchandises (SH)⁴¹⁰. L'analyse en question a permis d'identifier les niveaux de redondances informationnelles et de proposer des pistes d'amélioration des partages des informations entre les documents. L'étude dénombre l'existence d'environ 195 informations différentes dans la quasi-totalité des documents nécessaires pour une opération d'importation dans certains pays Africains (Sénégal, Cote d'Ivoire, Cameroun). Elle révèle, en outre, une grande variété de codes utilisés pour désigner les informations. Chaque opérateur désigne l'information sous une appellation qui lui est propre. Une même observation a été faite relativement à la nomenclature de l'information utilisée : unité de mesure différente d'un opérateur à un autre, nombre de décimales plus au moins grand. Pour cela nous proposons un modèle à l'instar des formulaires cadre en permettant à l'Afrique de disposer d'un formulaire unique pour les documents du commerce maritime. Ainsi l'harmonisation des régimes douaniers et des procédures commerciales sera facilitée et la dématérialisation des documents réalisée. Car, et comme disait MEFIRO : *sans une réelle organisation des transports, il est assez difficile pour un pays en développement de mener à bien son programme économique dans la mesure où c'est la flexibilité des échanges entre régions qui justifie la bonne gestion d'une économie*⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Voir annexe informative à la recommandation 1, CEFAC-ONU, 2002.

⁴¹⁰ Le Système Harmonisé de l'Organisation Mondiale de la Douane (OMD) est une nomenclature internationale polyvalente élaboré par l'OMD. Il comprend environ 5000 groupes de marchandises, identifiées par code à six chiffres et classées suivant une structure légale et logique, et repose sur des règles bien déterminées destinées à faciliter son application uniforme. Ce système est utilisé par plus de 200 pays pour élaborer les tarifs douaniers et établir les statistiques commerciales internationales. Plus de 98% des marchandises échangées dans le monde sont ainsi classées en fonction de la nomenclature du SH. Source OMD

www.wcoomd.org/fr/topics/nomenclature/overview/what-is-the-harmonized-system.aspx.

⁴¹¹ O. MEFIRO, *vers la maîtrise spatiale de la circulation des flux de marchandise dans les PED : le cas du Cameroun*, Thèse, Université Aix-Marseille II, 1989, p. 3

217. L'identification des informations contenues dans les documents a été l'occasion d'une analyse de redondance des informations, consistant en une évaluation des répétitions des informations obtenue par le croisement des documents par deux. On obtient, relativement pour ce qui est des opérations d'importation, un taux de redondance global, tous documents confondus, d'environ 23%, soit un quart d'échanges d'informations inutiles. Concernant les opérations d'exportation, on arrive à un taux de redondance sensiblement identique de 24%. Afin de faire face à ces dysfonctionnements, il convient de rappeler que trois chantiers majeurs semblent être indispensables à mettre en œuvre. Le premier concerne l'identification et l'engagement du processus de dématérialisation des documents prioritaires (titre de transport, connaissance, certificat d'origine) qui auront un impact important sur la facilitation des procédures du commerce extérieur. Le deuxième chantier porte sur la normalisation et l'harmonisation des informations (création d'un formulaire unique). Le troisième a trait à la généralisation du principe de la saisie unique. A cet effet, le Sénégal a fait un grand bon en avant. Ainsi, le nouveau système informatique douanier dénommé GAÏNDE 2000 a intégré ORBUS 2000 qui est un logiciel permettant la collecte électronique des documents du commerce maritime. De plus, les documents sont disponibles sur l'écran des ordinateurs connectés. Le visa des autorités compétentes peut être joint électroniquement à la déclaration et le paiement électronique des droits et taxes est possible. Au demeurant, la nouvelle version de « GAÏNDE » est en train d'être déployée sur les bureaux de douanes, ce qui aboutira à court terme à la dématérialisation des procédures douanières au Sénégal. Toutefois, faciliter les échanges ne nécessite pas seulement de disposer d'infrastructures adéquates de transport ni même d'un secteur professionnel compétent et compétitif pouvant offrir des services de transport de qualité ; encore faut-il disposer d'un cadre juridique qui contribuera efficacement à gouverner leur exploitation⁴¹².

218. Deux observations doivent être formulées à ce premier stade de la recherche, tenant d'une part à la nature et d'autre part à la forme du contenu informationnel des documents. Si le rôle majeur des documents est de prouver la volonté des parties au contrat, le renseignement des statistiques du commerce extérieur ne doit pas être négligé. Il faut reconnaître que ceux-ci s'inscrivent dans un processus de communication : l'opérateur (chargeur dans le cadre d'un contrat de transport) émet un message consigné dans un document avec toutes les informations qu'il envoie à destination d'un récepteur (transporteur) qui est son partenaire ou à l'administration douanière (dans le cadre du dédouanement).

219. Notre première observation en découle : le document a une double nature ; il est à la fois un message de type instrumental (support) c'est-à-dire destiné à produire un certain effet chez le

⁴¹² M-H. JUHEL, préface à l'ouvrage de J. GROSDIDIER de MATONS, « *facilitation du commerce et du transport en Afrique Subsaharienne : un recueil des instruments juridiques internationaux* » document de travail, SSATTP n° 73F, mai 2004.

récepteur (cocontractant, agent de la douane), en même temps qu'un message de type représentatif, c'est-à-dire qui nous informe sur l'état de l'émetteur (authentification, information sur la marchandise). Ce double aspect du message a son importance et induit le type d'analyse susceptible de décrypter l'intention des parties dans un contrat électronique par exemple. Plus particulièrement, il fournit une première indication sur le choix du niveau d'analyse du contenu informationnel.

220. Ceci nous conduit à une deuxième observation très complémentaire de la première, et qui ne porte pas sur la nature du message mais sur sa forme rédactionnelle. L'émetteur et le récepteur, isolés d'un pays à l'autre utilisent pour communiquer un langage informatique souvent différent et qui leur est propre. Ce message, s'il est étroitement codé et qu'aucune interprétation directe ne permet de révéler son contenu, est gage de sécurité et de confiance en l'outil informatique et en l'individu. Il est donc nécessaire de procéder à la sécurisation des documents par la sûreté de l'Internet. Pour ces raisons, les aspects juridiques de dématérialisation des documents doivent être analysés pour mieux comprendre ce concept en cas de litige.

TITRE II : ...A l'évolution juridique des documents de transport

221. En fait, le système papier a longtemps prévalu dans les échanges commerciaux. Or, l'acceptation par les armateurs de la possibilité de dématérialiser un document électronique de transport négociable était jusque là inadmissible. Étant historiquement et fortement liée au système de pratique, seule la fiabilité technique et juridique des documents électroniques négociables est importante. Dans la mesure où dans l'esprit des armateurs et des juristes maritimes, seule une transmission physique d'un document papier peut assurer le transfert de la possession d'une marchandise⁴¹³. Cette vision dogmatiquement centrée sur le papier reflète une fiabilité empirique qui censure toute forme de dématérialisation. Il est dès lors nécessaire de « passer » par l'aspect technique et juridique du papier pour imaginer le transfert d'une marchandise dans le cadre d'un document électronique négociable. Nous sommes ici convaincus avec Philippe GARO que, par effet générationnel, cette conception évoluera pour aboutir à une universalité parfaite⁴¹⁴.

A ce stade du droit, d'énormes progrès législatifs sont entrain de faire évoluer le concept de document électronique. Partout dans le monde des directives sont rédigées et des textes nationaux codifient le droit du commerce électronique. En Europe comme nous l'avons dit, la directive n° 1999/93/CE⁴¹⁵ et la directive n° 2000/31⁴¹⁶ sont respectivement rédigées. Ainsi, la loi française du 18 juin 1966⁴¹⁷, incorporée dans le code des transports applicables depuis le 1er décembre 2010⁴¹⁸, devrait intégrer la dématérialisation des documents électroniques de transport maritime. Cette thèse suggère une pérennité des processus juridiques qui encadrent l'échange de documents électroniques dans le commerce maritime. Toutefois, même si nous sommes au début d'une ère nouvelle, nous ne sommes pas persuadés qu'il faille pour autant procéder à un rejet de ce qui existe⁴¹⁹. L'étude des aspects juridiques nous conduit à adopter deux approches : celle qui consiste à analyser le cadre juridique du document dématérialisé négociable (**sous titre I**) et une approche conceptuelle basée sur l'équivalence fonctionnelle entre le document papier négociable et le document dématérialisé avec une négociabilité (**sous titre II**). Ces deux approches, s'articulent sur deux dénominations : les documents papiers négociables, et les documents négociables dématérialisés. Par ailleurs, cette

⁴¹³ Sur ces propos : PH. GARO, « la dématérialisation documentaire maritime une réalité juridique désormais concrète », lettre d'information de la Chambre Arbitrale de Paris, Ed. DELEBECQUE, Gazette de la chambre, n°24, 2011, p.1

⁴¹⁴ P. GARO, *op.-cit.*, p. 1.

⁴¹⁵ Du 13 décembre 1999 sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L13 du 19 janvier 2000.

⁴¹⁶ Du 08 juin 2000 sur le commerce électronique, JOCE n° L178 du 17 juillet 2000.

⁴¹⁷ Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime, JORF du 24 juin 1966.

⁴¹⁸ Voir ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports

⁴¹⁹ PH. GARO, *ibid.*

réflexion s'inscrit dans la ligne directrice des Règles de Rotterdam. Dans la mesure où, ces Règles offrent un panel de choix aux acteurs contemporains du transport maritime.

SOUS TITRE I : le cadre juridique et institutionnel de la **dématérialisation**

222. Le développement de l'informatique a engendré le bouleversement du droit positif aussi bien dans les pays en développement que dans les pays développés. L'application des conventions pose des difficultés. La Convention de 1924 est applicable dans un certain nombre de pays, tandis que d'autres continuent à l'ignorer, alors que la plupart des États européens tiennent compte des Protocoles de 1968 et 1979 et que certains États (la plupart des États Africains) ont ratifié les fameuses Règles de Hambourg qui étaient destinées à remplacer les Règles de La Haye-Visby. Consciente de cette situation, la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International a étudié en 1996 une proposition concernant l'examen des pratiques et lois actuelles en transport maritime international, en vue de déterminer s'il était nécessaire de repenser la matière. Pour cela, la Commission a donné mandat au Comité Maritime International pour établir avec l'aide d'un certain nombre d'organismes spécialisés, un projet d'« instrument sur le transport de marchandises par mer », c'est-à-dire d'un projet de texte de portée internationale sur le transport maritime de marchandises. C'est dans ce contexte que les règles de Rotterdam ont été élaborées pour répondre aux lacunes des conventions précédentes notamment en ce qui concerne les documents électroniques de transport. Toutefois, faute de n'avoir pas atteint le quota de ratification, ces nouvelles Règles ne s'appliquent pas pour le moment. Pour Philippe GARO, *il s'agit moins de vouloir se préparer à une éventuelle entrée en vigueur des Règles de Rotterdam que de concevoir une pratique en phase avec les textes actuellement applicables en transport maritime international et national*⁴²⁰.

223. Ici la démarche d'analyse adoptée par la thèse est basée sur le principe de non discrimination énoncé à l'article 5 de la Loi type sur le commerce électronique selon lequel "*L'effet juridique, la validité ou la force d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données.*" Ce principe est relayé par les autres dispositions impératives du chapitre II et notamment par celles concernant l'écrit (art.6), la signature (art. 7) et l'original (art. 8). L'intérêt de ces dispositions nous permet d'affirmer que, sous certaines conditions, les messages électroniques satisfont aux exigences de forme des législations aujourd'hui en vigueur⁴²¹. Mais cela ne suffit pas pour faire disparaître le papier. Car comme le souligne Philippe GARO *le système papier a pris sa place dans notre univers depuis des siècles et*

⁴²⁰ In. *Adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique*, op-cit.

⁴²¹ E. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, "*Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales*", J.D.I., 1997. p. 386 et s.

même le développement très rapide de l'informatique ne peut pas encore susciter un tel sentiment d'universalité. Il s'y ajoute selon lui que, le processus de bipolarisation documentaire (support papier / support électronique) est amorcé et que rien ne semble pouvoir l'arrêter. L'aspect documentaire du monde des transports maritimes dans le cadre de la formation des contrats, n'échappera pas à ce processus devenu, somme toute, inéluctable. Par ailleurs, il est évident que l'échange de document dématérialisé soulève des questions de procédure judiciaire et de compétence. Nous formulerons des remarques sur le contentieux de la dématérialisation pour mieux proposer des solutions.

Les caractéristiques du document électronique telles que élaborées par les conventions internationales ne devraient pas soulever d'objections. De ce pont de vue, l'analyse du concept de document électronique proposé par les conventions, s'impose à nous (**Chapitre I**). En effet, certains documents notamment le connaissance électronique, n'est pas encore totalement maîtrisé. Ce dernier est souvent constitué de plusieurs segments. Par définition un segment est un sous-ensemble d'informations intégrées à un ensemble plus vaste. Il existe par exemple dans le connaissance : un segment NAD (*Name and Address*) ou un segment GIF (*Goods Identification*). Cette segmentation des messages est le corollaire de la forme électronique envisagée par la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. L'article 17 relatif aux documents de transport mentionne un acte "exécuté au moyen d'un ou *plusieurs messages de données*." Ce procédé nouveau, qui divise le document de transport en plusieurs segments, soulève des difficultés quant à l'incorporation de certaines clauses dans les contrats électroniques⁴²². Mais cela ne devait pas pour autant bouleverser les pratiques contractuelles maritimes (**Chapitre II**). L'analyse de la loi type sur le commerce électronique adoptée lors de la 21^{ème} session en 1996, fait apparaître la volonté de surmonter les obstructions à la dématérialisation soulevées par les exigences de formes des législations nationales. Donc les conditions de formation du contrat ne seront pas bouleversées (**Chapitre III**).

⁴²²PH. FOUCARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, « *les clauses compromissoires par référence* », Traité de l'arbitrage commercial international, n° 491 et s.

CHAPITRE I : Les documents électroniques dans le cadre des conventions internationales

La Loi type de 1996 est le texte législatif recommandé aux États qui souverainement l'incorporent dans leur droit national. C'est une méthode efficace pour adapter et harmoniser les lois nationales des États membres. Surtout que les États devront adapter le texte type à des conditions locales variant d'un système à l'autre. Sa souplesse fait qu'elle peut être facilement adoptée contrairement aux conventions qui contiennent souvent des obligations non modifiables⁴²³. La Loi type sur le commerce électronique (1996), est un texte conceptuel, elle fait ressortir les principes de base du commerce électronique dans ses dispositions⁴²⁴ la segmentation des messages électroniques semble permise. Comme la Loi type, les Règles de Rotterdam s'adapteront à l'évolution technologique et commerciale en refondant et en modernisant les Règles de Bruxelles du 25 août 1924 et de Hambourg du 31 mars 1978. Ainsi, dans leurs dispositions les règles introduisent les concepts de document électronique négociable, de partie exécutive, de contrôle exclusif et de contrat de volume. Ces concepts apparemment nouveaux doivent être compris dans leur application pratique pour mieux les intégrer dans les relations commerciales (**section 1**). Par conséquent aussi bien la Loi type que les Règles de Rotterdam, favorisent la standardisation, au plan international, des documents électroniques de commerce. En effet ces derniers sont considérés comme des supports contenant des informations élaborées sous forme de message⁴²⁵. Le but est de mettre en place un formulaire de document unique du commerce maritime international intégrant toutes les opérations commerciales. Le remplissage et la modification sont rendus possibles par les technologies de l'informatique (**section 2**).

⁴²³ Les Lois types sur le commerce électronique, les signatures électroniques, l'insolvabilité internationale, la conciliation commerciale internationale et la passation de marchés publics contiennent des guides pour l'incorporation officielle plus détaillée. On trouvera la liste des États ayant incorporé des Lois types de la CNUDCI à l'adresse : http://www.uncitral.org/uncitral_texts.html.

⁴²⁴ Voir Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et son guide d'incorporation 1996. www.uncitral.org.

⁴²⁵ Le terme *document électronique* désigne l'information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d'une communication électronique par un transporteur en vertu d'un contrat de transport, y compris l'information qui est logiquement associée au document sous la forme de données jointes ou y est autrement liée au moment de son émission par le transporteur ou ultérieurement de manière à en faire partie intégrante. Paragraphe 18 des définitions des Règles de Rotterdam.

SECTION 1 : L'analyse des dispositions de la Loi type de 1996 et des Règles de Rotterdam

224. Il est constant que la Loi type de la CNUDCI de 1996 vise la facilitation du commerce électronique. Elle propose aux législateurs nationaux une panoplie de normes internationales dont l'objectif est de faire disparaître les obstacles juridiques et de favoriser la sécurité dans les échanges électroniques. Sa spécificité est de dissoudre les entraves des dispositions légales auxquelles les parties ne peuvent déroger conventionnellement. Offrant ainsi une égalité de traitement de l'information sur support papier et support électronique : équivalence capitale pour l'échange de données numériques. De même, le projet de la convention de Rotterdam a cherché comme nous l'avons dit dans l'introduction de ce chapitre à moderniser le droit du transport maritime en tenant compte, naturellement, des exigences du commerce électronique et des progrès de l'informatique. Il s'efforce entre autre d'intégrer des dispositions sur la *pontée* et sur le *retard*⁴²⁶ ou encore des concepts sur *la partie exécutante* et *la partie contrôlante*. Pour notre part il nous faut comprendre le concept de segmentation des messages de données (**paragraphe 1**). Pour analyser la Loi type, nous nous sommes basés sur l'articulation de sa forme rédactionnelle mais aussi sur le raisonnement logique de ses dispositions. Il apparaît que la Loi type est subdivisée en deux parties. Une première partie qui traite des principes de droit commun du commerce électronique et une deuxième partie qui aborde les spécificités du commerce électronique ayant trait au transport maritime de marchandises. C'est cette dernière qui nous intéressera dans ce paragraphe. Le document électronique y est bien spécifié grâce à l'équivalence fonctionnelle (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La segmentation du contenu informatif des messages de données

225. L'informatique permet un échange rapide de données selon un format et une structure déterminées. L'e-mailing dans le commerce maritime international nécessite une pertinence et une concentration absolue lors de l'envoi des messages. En cette matière, ce sont les données qui font la pertinence du rapport contractuel car elles renferment aussi bien l'identité des parties que l'objet du contrat. Mais elles renferment surtout la volonté et le consensualisme contractuel. Ainsi pour un transporteur, les données des clients sont l'élément essentiel pour créer des messages pertinents et opportuns. Entre partenaires commerciaux, ces données se trouvent dans leur outil de stockage et d'archivage respectif. Par conséquent, pour éviter d'expédier des messages trop volumineux et

⁴²⁶ Bulletin des transports et de la logistique, N°2952, 2 septembre 2002 sur les travaux de la CNUDCI

répétitifs (lents à être envoyés), l'opérateur économique incorpore uniquement les nouvelles données complétant ainsi les messages précédents. Le système informatique utilise la base de données pour compléter les données d'un document déjà traité. Cette technique a tendance à multiplier les messages de données⁴²⁷ pour transmettre l'information contenue dans un document électronique. La segmentation sera accentuée pour les documents complexes (le connaissance papier avec les rubriques décrivant la marchandise au recto et les conditions générales au verso) qui contiennent le plus souvent de nombreuses rubriques et clauses identiques d'un formulaire à l'autre.

Le connaissance électronique est élaboré sous plusieurs segments. On retrouve un segment réservé au nom et adresse et un autre segment pour caractériser les marchandises. Cette segmentation des messages évolue dans le sens des rapports contractuels. Ainsi avec un connaissance électronique établi dans le cadre d'un transport de ligne régulière, les chargeurs vont pouvoir changer rapidement la structure du document avant de recevoir l'acceptation du document par le transporteur⁴²⁸. Cette souplesse de la structure du document électronique fait gagner beaucoup de temps aux opérateurs chargeurs qui, à mesure que les données du chargement se modifient, font évoluer le document électronique sans que sa nature de document contractuel en soit changée. De nouvelles informations peuvent toujours être insérées ou référencées (A). Mais l'information doit être fournie dans son intégralité (B).

A- Le référencement électronique

226. Ce concept plus connu sous le vocable d'incorporation par référence désigne les cas où un document renvoie à des dispositions énoncées en détail ailleurs, plutôt que de les reproduire dans leur totalité⁴²⁹. Cette pratique est fréquente dans le cadre des messages de données notamment pour accélérer le transfert des messages. Elle a pour corollaire, dans le jargon informatique, l'insertion d'un lien hypertexte⁴³⁰. Ce principe est validé par la Loi type de la CNUDCI en son article 5 bis *Incorporation par référence*⁴³¹. L'objectif est de rendre la loi nationale applicable à chaque fois

⁴²⁷ Toute information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues est un message de données au sens de la loi type de 1996 en son article 2 a. cette notion englobe clairement tous les types de messages sans support papier. Notamment le courrier électronique, les télex ou les fax...

⁴²⁸ PH. DELEBECQUE, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 13 Ed., 2014, p. 492.

⁴²⁹ Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi type de 1996 sur le commerce électronique disponible sur www.uncitral.org, n°73.

⁴³⁰ C'est une référence dans un système hypertexte permettant de passer automatiquement d'un document consulté à un document lié. Un hypertexte est un document ou un ensemble de documents contenant des unités information liées entre elles. Pour aller plus loin : Jean-Pierre BALPE, « *hypertexte et littérature* », dans les objets hypertextuels, London, ISTE, 2015, p. 99-119, Jean DAVALLON et Yves Jeanneret, « *la fausse évidence du lien hypertexte* » *communication et langages*, n° 140-1, 2004, p.43-54.

⁴³¹ L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence. Article 5 bis de la loi type de 1996.

qu'un message de données y fait référence. Par exemple dans un contrat électronique de vente de marchandise, les parties peuvent incorporer un message faisant référence aux dispositions d'une loi nationale déterminée. Le destinataire devra cliquer sur un lien pour accéder aux informations qui s'ouvrent sur une autre page. Or, celui qui invoque à l'appui de sa prétention une loi étrangère doit en établir le contenu. On appliquera les mêmes règles aussi bien aux messages de données qu'aux documents papiers. Ce principe n'est efficace que s'il est adopté dans tous les pays. Ainsi, en Grande-Bretagne, la clause stipulant que le transport couvert par le short form est régi par les conditions du connaissance long form est considérée comme valable. Dans d'autres pays, aux États-Unis, par exemple, on estime que le renvoi aux conditions générales du transporteur est valable pour les clauses usuelles, mais ne l'est pas pour les clauses inhabituelles ou exorbitantes du droit commun. En France et dans certains pays voisins comme la Belgique, les clauses et conditions du contrat, pour être opposables à l'expéditeur et au destinataire, doivent figurer clairement et lisiblement sur le titre de transport⁴³². La jurisprudence est très ferme sur ce point : tout comme elle refuse quelques effets que ce soit à une clause inscrite en caractères trop fins sur le connaissance, elle n'accorde aucune valeur à une clause mentionnée sur des conditions générales figurant dans un document séparé et inconnu de l'ayant droit à la marchandise⁴³³. On retiendra que les *shorts forms* sont admis par les Règles et Usances de la CCI (RUU) relatives aux crédits documentaires.

227. En effet l'incorporation par référence si elle est interdite pour les documents papiers, rendrait moins efficace le commerce électronique. Mais faudrait-il que ce dernier soit encadré juridiquement. Par ailleurs, tous les détails d'un contrat ne figurent pas obligatoirement dans l'instrumentum signé par les parties. Elles peuvent, pour certains points, se référer aux documents auxquels il est fait référence dans le contrat principal⁴³⁴. A ce stade, une question surgit car, on se

⁴³² L. BRUNAT, BT, 1982, p. 186, DMF, expert, Lamy transport, tome 2, 2015.

⁴³³ Voir la jurisprudence citées dans le Lamy transport tome 1, et pour la Belgique, CA. Anvers, 8 novembre, 1978, Droit Européen des transports, 1979, p. 624.

⁴³⁴ Sur ce point les tribunaux français refusent en règle générale au transporteur le droit de se prévaloir des dispositions inscrites seulement dans leurs conditions générales ou dans un connaissance type, et non reprises sur le connaissance délivré au chargeur (voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 2 mars 1984, navire *Rhodos*, DMF 1984, 548).

Toutefois, le droit américain apparaît moins strict, comme en témoignent deux décisions, l'une de la Cour d'appel de Boston, l'autre de la Cour d'appel de Baltimore. Dans le premier cas, était en cause un transport entre un port du New Jersey et le port de San Juan (Porto Rico), transport interne, donc non soumis aux dispositions du *Cogsa* mais à celles du *Harter Act*, lesquelles ne prévoient aucun délai particulier de prescription pour l'action en responsabilité contre le transporteur. Le connaissance délivré au chargeur était un document simplifié (short form), se bornant à identifier marchandises, navire, trajet et fret. Pour le surplus, il faisait référence au connaissance-type du transporteur (*long form*), lequel contenait, lui, une clause soumettant le transport aux dispositions du *Cogsa*. Considérant que le connaissance Long form avait été déposé auprès de l'administration maritime (*Federal Maritime Commission*), ce qui en rendait les dispositions opposables aux chargeurs, la Cour de Boston a décidé que la prescription d'un an édictée par le *Cogsa* pouvait être opposée par le transporteur au destinataire (26 juillet 1986, *INA v. PR Management*, 1986 AMC 2537). Dans le second cas, le destinataire prétendait que la limitation de responsabilité du *Cogsa* ne lui était pas opposable, le connaissance short form qui lui avait été délivré ne lui permettant pas de savoir qu'il avait la possibilité de faire une déclaration de valeur. Considérant que le connaissance long form que le chargeur

demande si les parties sont liées par ces documents préexistants quand ils ne sont pas clairement incorporés ? Comme nous l'avons énoncé, avec les messages de données, la question reste complexe dans la mesure où les informations seront segmentées en plusieurs messages de données. D'ailleurs, la question de l'incorporation par référence de documents préexistants dans le connaissance s'est posée dans deux types de situations devant les juridictions françaises. La première hypothèse est celle d'un connaissance *short form*⁴³⁵, ainsi dénommé car il ne contient pas de conditions générales au verso. Les éléments manquants figurent dans un connaissance complet, le *long form*, qui n'est pas remis au chargeur. Les juges du fond n'ont pas admis que les clauses figurant sur le *long form* soient opposables au chargeur sous prétexte que le connaissance *short form* renvoyait au *long form* et aux clauses qu'il contient⁴³⁶. La deuxième hypothèse est celle des connaissances de charte-partie qui sont émis lorsque le contrat de transport vient s'articuler sur un contrat d'affrètement. L'affréteur, qui est lié au fréteur par un contrat dont l'instrument est la charte-partie, assume les fonctions de transporteur vis à vis d'un chargeur⁴³⁷. L'affréteur-transporteur émet donc un connaissance qui contient souvent une simple référence d'ordre général aux modalités, conditions, facultés et réserves de la charte-partie. Le porteur du connaissance, quand il intente une action contre le transporteur, se fait opposer la clause compromissoire figurant dans la charte-partie. La Cour de cassation souhaite que l'on n'oppose pas au chargeur une clause à laquelle il n'a pas consenti. Pour s'assurer de ce consentement la Haute juridiction attache une grande importance à la reproduction de la clause compromissoire au connaissance et ne se contente pas du fait que la charte-partie soit disponible. Elle énonce que "*le porteur du connaissance émis dans le cadre d'un affrètement (...) ne peut se voir opposer une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part.*"⁴³⁸. Sur ce point, les tribunaux américains rejoignent les tribunaux français pour déclarer inopposables au destinataire les dispositions d'une charte partie qui ne sont pas suffisamment rappelées par le connaissance. Dans sa décision du 3 avril 1991⁴³⁹, le juge déclare ainsi

aurait pu consulter soit dans les bureaux du transporteur, soit dans ceux de l'administration maritime auprès de laquelle il avait été déposé, contenait toutes dispositions propres à informer le chargeur de ses droits, la Cour de Baltimore a rejeté la prétention du destinataire (6 novembre 1986 *Cincinnati Milacron v. M/V American-Legend*, 1987 AMC 282 ; il est à noter que, par son arrêt, rendu *en banc*, c'est-à-dire en assemblée plénière, la Cour revient sur la décision d'abord adoptée par elle).

⁴³⁵ Version simplifiée du connaissance qui ne comporte que les conditions particulières et renvoie aux conditions générales du transporteur (connaissance complet), DMF, lexique des termes juridiques,

⁴³⁶ Aix-en-Provence, 21 octobre 1988, DMF, 1991, p. 169-174.

⁴³⁷ Cette hypothèse est réalisée lors de l'affrètement à temps où l'affréteur à temps a la gestion commerciale du navire et prend la qualité de transporteur vis à vis du chargeur. Cela n'est pas le cas pour les affrètements au voyage où le fréteur conserve la gestion commerciale du navire. Voir DELEBECQUE P., droit maritime, Dalloz, 2014.

⁴³⁸ Com. 4 juin 1985, DMF. 1986, p. 107-109, note R.A. ; Paris, 13 janvier 1988, *Rev.arb.* 1990 p. 618. Voir aussi, Com. 7 janvier 1992, *Rev.arb.* 1992, p. 553, note Philippe DELEBECQUE, *enfin la sentence arbitrale CAMP n°531*, 29 mars 1984, DMF. 1985 p. 115-116.

⁴³⁹ *Associated Metals v. M/V Arktis-Sky*, 3 avril 1991, 1991 AMC 1499 ; dans le même sens, Tribunal fédéral de Chicago, 17 juin 1987, *Association technique v. Cast Europe*, 1988 AMC 305 pour un transport France-Chicago,

inopposable au destinataire la clause compromissoire insérée dans la charte partie, en raison de l'insuffisance des mentions du connaissance faisant référence à cette charte. Le connaissance contenait bien la formule « *toutes les dispositions, conditions, libertés et exceptions de la charte partie, datée ainsi qu'au verso, sont incorporées au présent document* » (*all terms and conditions, liberties and exceptions of the charter party, dated as overleaf, are herewith incorporated*). Mais il n'indiquait ni la date ni les parties à la charte. Et le fait qu'il portait, en petits caractères, la mention « *code name : congen bill* », laquelle pouvait donner à penser qu'il était utilisé en liaison avec une charte *GENCO*⁴⁴⁰, était insuffisant à rendre la clause compromissoire de la *GENCO* opposable au destinataire.

228. Le connaissance est donc réputé contenir l'intégralité des conditions dont les parties sont convenues. La jurisprudence n'admet pas qu'il soit complété par des documents extérieurs. En ce sens, le connaissance ne peut pas être assimilé à une série de messages de données. Ce qu'il convient de faire, tout au contraire, est de définir quelle sécurité juridique on peut trouver dans un contexte d'échanges de message sous forme électronique⁴⁴¹.

B- Le principe d'intégralité de l'information contractuelle

229. La conclusion de contrats électroniques suppose un traitement du consentement a posteriori avec la notion de vices du consentement. On peut envisager le problème inversement : qu'est ce qui peut éviter que le consentement soit erroné ? De ce point de vue, l'information apparaît comme un moyen efficace pour s'assurer que le consentement a été donné dans de bonnes conditions. Raison pour laquelle jurisprudence et législateur s'inscrivent dans une perspective préventive destinée à protéger le consentement par l'obligation de fournir des informations complètes. Le respect de ce principe permet d'éclairer la partie contractante dont le consentement est nécessaire. En ce sens, pour ce qui est de la non-discrimination, la CNUDCI énonce que : « *L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données* »⁴⁴² et « *qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire des effets juridiques, mais qu'il y*

Tribunal fédéral de New York, 13 avril 1988, *Daval Steel v. M/V Acadia-Forests*, 1988 AMC 1669 pour un transport d'Anvers à La Nouvelle Orléans.

⁴⁴⁰ La charte-partie est un acte sous seing privé destiné à faire preuve d'un contrat d'affrètement ; il énonce les obligations des parties. Les chartes-parties sont nombreuses selon la nature du contrat : Les chartes-parties au voyage. Les chartes-parties à temps. Les chartes-parties coque nue. Selon la nature de la marchandise. Les chartes-parties générales, utilisables quelle que soit la nature de la cargaison (GENCON) Les chartes-parties spéciales, adaptées à une cargaison particulière (AFRICANPHOS, BALWOOD, ...).

⁴⁴¹ J. HUET, "Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange)", Dalloz, 1991, p. 181-191.

⁴⁴² Voir la loi type du 16 décembre 1996 sur le commerce électronique.

est uniquement fait référence »⁴⁴³. La question de l'incorporation par référence constitue une donnée fondamentale pour les communications électroniques. En effet, les messages ne contiennent, en général, que les informations essentielles aux transactions et renvoient le plus souvent à des dispositions juridiques extérieures (conditions générales, usages et pratiques commerciales, etc.), qui se trouvent dans des bases de données. Par ailleurs, l'incorporation par référence semble éparpiller l'information qui doit être fournie de façon intégrale. Dans ce cas, il faut comprendre que l'information est bien fournie. Elle est disponible dans différents endroits de la base de données. Les partenaires peuvent la consulter à tout moment. Mais pour qu'elle soit accessible, il faut que la partie qui a donné la référence fournisse tous les éléments d'accessibilité.

230. Dans le code de la consommation de la France, l'article L111-1 impose aux professionnels avant la conclusion du contrat de mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. L'obligation d'information sera due quelque soit la qualité des parties au contrat mais on tiendra compte de la qualité de ces parties et notamment de la qualité de chargeur qui peut concerner l'une des parties au contrat. Les parties quelque soit leur qualité doivent collaborer pour faciliter une meilleure conclusion du contrat. Presque toutes les juridictions sont d'avis que : celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant. Cette obligation d'information pèse aussi dans les relations entre particuliers et entre professionnels. Le législateur impose cette obligation dans certains domaines notamment cession de fonds de commerce, la loi prévoit les informations qui doivent être données obligatoirement par le cédant du fonds. Ainsi, l'article L141-1 du code de commerce oblige le cédant de donner le chiffre d'affaire des trois derniers exercices, et de fournir les informations relatives aux privilèges, nantissements pris sur le fond. Il en résulte une exigence de loyauté entre deux professionnels qui appartiennent à la même spécialité. En cas d'inégalité des compétences cette inégalité va justifier la délivrance d'une information entre les parties : l'idée étant que celui qui agit en dehors de son domaine d'activité doit bénéficier d'un traitement privilégié en ce qui concerne cette information.

231. Dans le contexte du commerce électronique, le contrat électronique peut bien sûr être négocié clause par clause, à l'issue d'un échange de mails rectifiant les propositions initiales faites lors des pourparlers. Toutefois, dans la pratique, les contrats électroniques notamment le contrat de transport maritime sont souvent des contrats d'adhésion dont le client peut accepter en bloc ou refuser les termes. Le format électronique de certains formulaires types et le processus contractuel (saisie) électronique font souvent échec à toute modification des conditions contractuelles rédigées

⁴⁴³ Loi type du 16 décembre 1996 de la CNUDCI, article 5. Guide de la CNUDCI pour l'incorporation de la loi type, additif de janv. 1999, § 46-5.

par l'offrant. Dans ces conditions, l'absence de support papier prive l'acceptant de l'ultime possibilité de faire des biffures. S'il s'agit d'un contrat d'adhésion, l'acceptant est conduit à se soumettre aux conditions particulières et aux conditions générales. Toutefois, les conditions générales électroniques ne sont pas nécessairement mentionnées dans le contrat. On se trouve alors dans l'hypothèse de l'incorporation par référence des conditions générales. Incontestable dans son principe, cette dernière ne manquera pas de soulever des contestations lors de sa mise en œuvre, qu'il s'agisse de la clarté du renvoi ou de l'accessibilité effective des conditions générales⁴⁴⁴. C'est pourquoi, prenant appui sur la facilité de transmission des documents électroniques, le nouvel article 112-1 du Code civil Français⁴⁴⁵ exige du fournisseur qu'il mette à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Il doit entre autre permettre la consultation par voie électronique des règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. Il appartient donc à l'offrant et rédacteur des conditions générales d'utiliser les possibilités de la technique pour baliser un chemin contractuel obligatoire qui impose à l'acceptant d'ouvrir les différents documents contractuels avant de manifester son consentement.

232. Souvent, les parties à un contrat de vente ou de transport international utilisent des pratiques commerciales variées, souvent propres à chaque pays. De même, afin d'éviter tout malentendu, la Chambre de Commerce Internationale a fixé des règles uniformes qui donnent une définition précise des obligations respectives des parties⁴⁴⁶. Cependant, les Incoterms constituent seulement une proposition faite aux entreprises et ne sont pas d'application légale impérative. Les parties ont la possibilité d'appliquer des variantes mais les stipulations du contrat l'emportent toujours. D'ailleurs, ils ne règlent pas pour autant tous les problèmes qui peuvent se poser dans le cadre d'un contrat de vente⁴⁴⁷ notamment le transfert de la propriété, le respect des obligations du contrat et ne concernent pas non plus les contrats de prestation de service. Ils sont également applicables aux échanges intracommunautaires et aux contrats de vente nationaux. Pour ce qui est des contrats électroniques, les contractants doivent veiller à faire référence à la même version des Incoterms pour l'efficacité de l'information. La dernière actualisation date de 2010 et comporte des modifications par rapport aux versions antérieures. Il est donc recommandé d'indiquer clairement, par exemple, que le contrat est régi par les Incoterms 2010. L'Incoterm est un élément juridique à intégrer dès la négociation commerciale. Les Incoterms permettent d'avoir un langage commun et

⁴⁴⁴ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, n° 570.

⁴⁴⁵ Art. 1127-1, nouveau, en vigueur le 1^{er} octobre 2016 ; Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016.

⁴⁴⁶ Sur ce point : les Règles de la CCI sur les INCOTERMS 2010 et la Convention des Nations Unies sur le contrat de vente international de marchandise conclu à Vienne le 11 avril 1980. Ils proposent l'abréviation des termes commerciaux en vue de leur acceptation et leur utilisation par les gouvernements et les organisations internationales en vue de leur codification lors de la présentation dans des documents de commerce extérieur.

⁴⁴⁷ A ce propos : KHAN Philippe, *la vente commerciale internationale*, Paris, Librairie Sirey, 1961.

seule la version anglaise fait foi, toutes les autres versions (française, espagnole...) ne sont que des traductions. Pour être utilisable, l'incoterm choisi au contrat doit être clairement précisé sur le plan géographique. Ainsi l'intégralité de l'information confère au document électronique une valeur juridique incontestable.

Paragraphe 2 : la valeur juridique des documents dématérialisés et le principe d'équivalence fonctionnelle

233. A ce stade de la réflexion la question de la valeur juridique du document électronique doit être traitée. Il s'agit de comprendre sur quelle base le droit accorde-t-il une valeur juridique aux documents dématérialisés ? En effet la valeur juridique d'un document est basée sur son contenu, sur son authenticité et surtout sur ces fonctions. Il nous faut dès lors comprendre les concepts de *contenu* et d'*authenticité* pour en déduire la valeur juridique du document électronique (**A**). D'un côté, pour comprendre le processus de la reconnaissance de la valeur juridique d'un document électronique comme équivalent au document papier, nous partons du principe consistant à rapprocher les fonctions issues des documents et l'identité physique de leur auteur. (**B**).

A- La valeur juridique du document électronique

234. Le document est ainsi défini à l'article 3 de la Loi Québécoise⁴⁴⁸ comme étant constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. Si la valeur juridique du document technologique est l'indice d'une pensée critique en construction. Il se révèle cependant peu fructueux si les concepts connexes de document et de source ne sont pas déjà solidement acquis. En effet, faire correspondre des documents et leur auteur peut n'apporter aucun bénéfice si l'on ne s'est pas assuré au préalable que le contenu du document émane bien de son auteur. La volatilité des données informationnelles d'une part, l'instabilité des documents numériques en ligne d'autre part montrent suffisamment que des contenus issus d'une même source peuvent facilement emprunter des voies et des supports multiples et ne provoquer que l'illusion de la diversité. Le principe de confrontation n'a ainsi de sens que s'il s'attache à établir le concept d'authenticité des sources, et non pas celui de la diversité documentaire. La vérifiabilité des

⁴⁴⁸Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, chapitre C-1. 1.
www.legisquebec.gouv.qc.ca.

données désigne la stratégie de consultation d'autres documents qui existent notamment dans les formalités du double⁴⁴⁹ en matière contractuelle⁴⁵⁰. Le but est de procéder à l'évaluation du contenu de l'information. Placé devant le paradoxe de devoir estimer la valeur d'un contenu informationnel sans avoir l'expertise requise dans le domaine de connaissance concerné, le juge peut toutefois consulter d'autres documents papiers pour comparer les données, et se faire un avis. Deux conséquences à cette démarche comparative s'observent alors : la confrontation de documents et l'accès à la pluralité. La confrontation, en premier lieu, met face à face des réponses issues de documents différents à partir d'une même question. Les juges déduisent facilement que, dans le cas où les réponses convergent, le contenu évalué est exact, alors qu'il ne l'est pas forcément dans le cas contraire. C'est compter sans les avatars inhérents à l'instabilité caractéristique des documents numériques et, en particulier, les altérations dues à la variabilité de la forme et celles menaçant l'intégrité du contenu.

235. Tout document pouvant être copié, modifié voire malmené, toute donnée pouvant être manquante. Sans vérification critique ni référencement, il s'ensuit que le fait de trouver plusieurs fois une même donnée dans des documents différents ne saurait constituer une preuve suffisante pour argumenter de l'exactitude d'une information. Il faut encore tenir compte du comportement selon lequel le juge attache davantage d'importance aux réponses qui vont dans le sens de son point de vue, pour le conforter, qu'aux réponses qui tendent à l'invalidier. Par contre, c'est le rapport donnée/source qui est un indice suffisant pour asseoir la valeur juridique d'un document.

236. D'un autre côté, la loi a imposé des procédures techniques, afin de donner une valeur juridique à un document électronique. Il y a notamment le respect des recommandations de la

⁴⁴⁹ Voir ARTICLE 21 du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal Formalité du double

L'acte sous seings privés relatif à une convention synallagmatique doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux établis.

⁴⁵⁰ Selon l'article 1325 du Code Civil les conventions synallagmatiques ne sont valables que s'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (C. civ. art. 1325). La convention synallagmatique qui n'est pas établie en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct vaut seulement comme commencement de preuve par écrit, c'est ce que nous dit un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 4 septembre 2008 (n° 07-2634). Nous allons voir que la jurisprudence n'a rien à faire du libellé de l'article 1325 du code Civil. Les faits : Une société partie à un contrat de prestations de services à durée déterminée avait usé de la faculté contractuellement prévue d'y mettre fin avant terme en respectant un délai de préavis de trois mois. Le prestataire avait contesté la validité de cette dénonciation en se prévalant d'un avenant ayant porté la durée du préavis à six mois. Il a été jugé que cet avenant ne constituait qu'un commencement de preuve par écrit et qu'il n'avait pas pu modifier les engagements initialement souscrits et allonger le délai de préavis car l'avenant invoqué avait été établi en un exemplaire unique. En omettant d'établir et de remettre un second exemplaire original, le prestataire avait placé son cocontractant dans une situation d'inégalité manifeste, la formalité du double ayant pour but d'assurer à chaque contractant une situation égale lui permettant d'obtenir les prestations auxquelles l'écrit lui donne droit ou de respecter les obligations qu'il met à sa charge. Il a été également mentionné que la société ignorait l'existence de l'avenant puisqu'il n'avait pas été signé par son dirigeant mais par un cadre qui l'avait quitté avant la dénonciation du contrat et qu'il n'était pas établi qu'il avait été porté à la connaissance du dirigeant. Un commentaire des Éditions Francis LEFVBRE indique à propos de cet arrêt que le non-respect de la formalité du double original n'entraîne pas la nullité du contrat. Mais prive seulement l'acte de force probante selon des arrêts de la cour de cassation rendus par la 3e chambre civile les 26 juin 1973 (Dalloz. 1973 som. p. 144) et le 13 février 1991 (n° 89-14.861 : Bull. civ. III n° 58) et rappelle que l'acte vaut toutefois comme commencement de preuve par écrit (Cass. 1e civ. 12-4-1956 n° 932 : Bull. civ. I n° 151) et la partie qui s'en prévaut peut prouver par témoignages ou présomptions l'engagement qu'elle invoque à l'encontre de l'autre.

norme AFNOR NF Z42-013⁴⁵¹, mais également des bases légales, comme l'article 1366 du Code civil qui précise que : *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* Il faut dès lors prouver son authenticité pour être sûr qu'il s'agit bien du document original qu'il représente. Cet article pose les conditions pour qu'un document électronique ait une valeur juridique. Il faut identifier la personne qui communique le document électronique et vérifier la conservation dans son état d'émission. Deux procédés informatiques permettent d'assurer et de remplir ces conditions imposées notamment par l'article 1366 du Code civil. La signature électronique, nous l'avons vu, remplit l'exigence de l'identification de la personne communiquant le document. Le coffre fort électronique⁴⁵² remplit la condition de conservation et de non-modification du document. Il faut alors faire appel à une entreprise tierce nommée tiers de confiance⁴⁵³ pour valider l'authenticité du document. Si toutes ces conditions sont réunies, le principe posé par l'article 1366 est respecté.

237. Toutefois, pour appliquer correctement cette disposition, il est nécessaire d'étudier successivement la valeur juridique du document électronique pour servir de preuve. Car dans la pratique on assiste souvent à la coexistence du document électronique et du document papier. Pour comprendre la valeur juridique du document électronique nous partirons d'un exemple concret. Le chargeur qui veut prouver un contrat de transport conclu par un échange de courriels se demandera d'abord si le courriel, en soi, est recevable pour prouver un tel contrat ? Ensuite, comment fera-t-il la preuve que le courriel dont il dispose provient véritablement du transporteur et qu'il n'a pas été altéré ? Enfin, comment fera-t-il la preuve du courriel logé dans la mémoire de son ordinateur pour que le juge puisse le lire en toute confiance ? Pourra-t-il produire une copie imprimée du courriel ?

238. L'admission de l'écrit sous forme électronique comme moyen de preuve, telle que formulée à l'article 1366 du Code civil se heurte à une contrainte de taille : il est difficile de prouver le contenu d'un écrit numérique en produisant la copie du document source. Pour faire preuve, le

⁴⁵¹La norme Française AFNOR NF Z42-013 sur l'archivage électronique transposée en norme internationale est publiée sous le titre ISO 14641-1, permet aux entreprises de prendre connaissance des spécifications relatives aux mesures techniques et organisationnelles à mettre en œuvre pour l'enregistrement, l'archivage, la consultation et la communication de documents numériques afin d'assurer la conservation et l'intégrité de ceux-ci. Ces spécifications visent à garantir que des documents numériques soient capturés, archivés, restitués et communiqués de façon à ce qu'il soit possible de s'assurer que le document archivé garde la même valeur que le document d'origine pendant toute la durée de conservation. Normalisation.afnor.org.

⁴⁵²A ce propos, le coffre-fort électronique et l'archivage numérique relèvent de deux visions distinctes. Le premier fonde sa raison d'être sur le secret et l'hyper-sécurisation de son contenu, alors que la seconde s'inscrit dans l'optique de la pérennisation des documents dans le cadre d'un cycle de vie défini.

⁴⁵³Les tiers de confiance fournissent des outils qui permettent de transformer un document établi sur support électronique en un acte juridique formalisé à fin de preuve. La Fédération Nationale des Tiers de Confiance est née en février 2001, à la suite de la publication le 13 mars 2000 en France de la Loi "portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique". Elle avait alors vocation de structurer les échanges numériques naissants, autour des deux "piliers" : signature électronique et archivage électronique. Sur ce point :

fntc-numerique.com/fr/a-propos/presentation-de-le-federation-des-tiers-de-confiance.html.

chargeur devra nécessairement produire un document lisible sur écran par exemple, un document numérique ou un document papier produit par imprimante. Dans ce cas il faudrait que le tribunal dispose d'un matériel faisant appel à une telle technologie. A ce stade une difficulté surgit car, on se demande comment justifier sa recevabilité devant le juge pour s'en prévaloir comme preuve du document source (document électronique) ? Est-il possible sur le plan de la recevabilité, de contourner la difficulté ? Étant admis qu'il est impossible en pratique de produire le document numérique lui-même. La preuve de son contenu pourrait-il se faire par tout moyen ? Nous pensons que oui dans la mesure où le papier sorti de l'imprimante n'est qu'une copie qui peut légalement tenir lieu d'original du document numérique, à condition qu'il soit certifié.

239. Cette situation est évoquée dans l'hypothèse d'un transfert du document d'un support technologique à un support physique. Dans cette hypothèse, il est également possible que le document résultant du transfert puisse légalement tenir lieu d'original du document numérique, s'il est certifié par la personne autorisée. Mais l'authenticité du document imprimé, c'est-à-dire sa conformité avec le document numérique, pourrait être remise en cause devant le juge. Il faudra alors prouver l'intégrité du document physique. Quel sera alors le moyen de preuve admis pour ce document ? On sait que face à un écrit signé on ne peut prouver que par un écrit. Or, si l'intégrité du document est remise en cause et que le défaut est prouvé, le document peut toujours être considéré comme un commencement de preuve par écrit et dans ce cas le témoignage pourrait être utilisé pour prouver son contenu. On ne peut pas résoudre cette difficulté, en se fiant à la présomption légale d'authenticité ou d'intégrité de l'article 1366 du Code civil. Car ce dernier vise le document numérique et non le document imprimé pour prouver le contenu du document numérique.

B- Le principe d'équivalence fonctionnelle

240. La Loi type sur le commerce électronique de 1996 propose donc une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation *approche fondée sur l'équivalent fonctionnel*, qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique. Par exemple, un document papier assume notamment les fonctions suivantes : fournir un document lisible par tous ; fournir un document inaltérable ; permettre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; enfin, assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux. Il convient de noter que pour toutes les fonctions du papier susmentionnées, les enregistrements électroniques peuvent garantir le même niveau de sécurité avec, dans la plupart des cas, une plus grande fiabilité

et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données, à condition qu'un certain nombre d'exigences techniques et juridiques soient respectées⁴⁵⁴.

241. Il nous faut à ce niveau analyser les notions d'équivalence, d'adéquation et de fonction pour comprendre les articulations du principe d'équivalence fonctionnelle entre l'écrit électronique et le manuscrit⁴⁵⁵. Le principe d'équivalence fonctionnelle a connu un immense succès auprès de nombreux législateurs à travers le monde et plus particulièrement dans le processus de régulation des échanges de documents. Selon ce principe, les documents électroniques et les procédés de signature, d'horodatage ou de recommandé électroniques peuvent bénéficier de la même reconnaissance juridique que les documents papier et les mentions manuscrites. Cette analyse va de pair avec les principes de neutralité technologique et de non-discrimination. Que faut-il comprendre par équivalence fonctionnelle ? S'agit-il de l'indifférence entre les supports ? Pour le comprendre il nous faut étudier la notion de concordance entre deux supports. Afin d'en tirer les conséquences de la mise en accord d'une situation avec une autre, une conformité, à tout le moins une analogie, sinon une équivalence. Cette idée de correspondance est illustrée par le rapport juridique entre les deux supports. Ce rapport doit être compris au regard des termes, des passages, des références, des contextes afin de permettre une étude comparative basée sur le contenu informationnel et la valeur fonctionnelle. D'ailleurs l'équivalence des supports permet l'accomplissement du même acte juridique et par conséquent la concordance du contenu informationnel.

242. A cet égard, le mot concordance est employé dans plusieurs domaines du droit, surtout en matière de rédaction et d'interprétation législative. Concordance des deux versions papier et électronique. Dans l'interprétation d'un contrat, le tribunal est lié par la doctrine et la jurisprudence, qui exigent une stricte et littérale concordance entre les termes du contrat papier et le document électronique. En droit commercial, par exemple, on parle de la concordance d'un acte juridique lorsque le but de l'opération est conforme aux conditions énoncées dans l'instrument. Ainsi, il y aura concordance de l'acte de vente si le but de l'emprunt à pour finalité l'acquisition d'un immeuble, par conséquent l'acte de vente est conforme aux conditions de l'offre d'achat soumise avec la demande de prêt hypothécaire. De ce point de vue, le document électronique joue la même fonction d'aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat.

243. En jurisprudence, le principe général de la concordance documentaire veut, en matière d'effets de commerce par exemple, qu'un connaissance comporte la description la plus complète possible des marchandises pour qu'il y ait conformité entre la description donnée par le document et celle que fournit la lettre de crédit. À cet effet, le document électronique aura pour fonction au

⁴⁵⁴ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et guide pour son incorporation, 1996.

⁴⁵⁵ Voir la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, codifiée à l'article 1366 du Code civil Français.

même titre que le document papier de veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles.

Dès lors, la notion d'équivalence évoque celles d'égalité, d'identité, d'adéquation. C'est la norme autorisant la mise en lumière les rapports de concordance entre divers éléments en l'occurrence l'équivalence en matière de preuve. Elle marque d'abord et avant tout une identité de valeur et d'effet juridiques entre des actes, qu'il s'agisse de ceux que régissent les principes de l'équivalence des conditions dans le droit de la responsabilité civile, ou de l'équivalence des mobiles en droit pénal. La démarche analytique de la règle de l'équivalence fonctionnelle, impose que l'on distingue cette dernière de l'équivalence structurelle et de l'équivalence systémique. Car l'un est physique et l'autre virtuel.

244. La notion de fonctions équivalentes est un principe simple d'une grande efficacité pour admettre comme moyen de preuve le support électronique. De plus la notion a un intérêt en tant que telle : savoir qu'une fonction du papier est équivalente à la fonction du document électronique permet de ne pas comparer leurs valeurs pour déterminer si elles sont égales. Mais, dans certains cas, tester l'égalité des valeurs, semble nécessaire. Tel est le cas si les informations contenues dans les deux documents sont inégales. Dans d'autres cas, il faudra déterminer si les deux documents font référence au même objet du contrat. Ce type d'égalité est appelé *égalité des références*. Toutefois, il est nécessaire, en matière contractuelle, que l'équivalence soit basée sur tous les champs renvoyant à une clause.

245. L'analyse de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (1996), précitée, et largement reprise par certains pays notamment le Canada, fait ressortir dans ses travaux préparatoires quelques fonctions du document. En effet le document, qu'il soit sur support papier ou sur support électronique, permet aux contractants de prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat. Ainsi, le document fourni doit être lisible pour tous, inaltérable afin de conserver en permanence la trace d'une opération. Il doit permettre la reproduction d'un engagement de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte. En outre, le document a pour fonction d'établir l'existence de droits et d'obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" était requis aux fins de validité.

Concernant la signature sur le document, si deux fonctions sont toujours demandées à savoir l'identification du signataire et la manifestation de volonté, plusieurs définitions récentes exigent de surcroît qu'on tienne compte de l'importance de la transaction pour déterminer la méthode de manifestation de la signature. Ces fonctions se retrouvent dans le document électronique et peuvent être exploitées. La valeur juridique des documents basée sur l'équivalence fonctionnelle a pour corollaire la standardisation des documents électroniques pour mieux saisir leur importance dans les transactions commerciales.

SECTION 2 : La standardisation des documents électroniques

246. Il est constant que le document électronique est un objet informatique immatériel et manipulable avec un ordinateur. Il peut être notamment un ensemble de données organisées en fichier. Rappelons qu'un écrit électronique est l'équivalent d'un écrit papier dont la création est réalisée sur ordinateur. Un document numérique permet de séparer les caractéristiques d'un document classique, à savoir sa présentation (métadonnées), son contenu (informations), son architecture, offrant alors la possibilité d'une exploitation séparée. Dès lors, l'objectif des documents est de communiquer l'information (faire connaître, diffuser) et de conserver l'information (laisser des traces et servir de preuve).

247. D'un autre côté, si la standardisation des connaissances est indiscutable, s'agit-il pour autant de formules-types ? Alors qu'une partie de la doctrine classe sans distinction les chartes-parties et les connaissances parmi les *standard forms* d'autres auteurs proposent une vision plus nuancée. Le Professeur Yves TASSEL a écrit *les connaissances sont rarement, à la différence des chartes-parties, des formules types. Certes il existe en chaque pays du moins une tendance à l'uniformité des connaissances, non seulement dans la présentation matérielle mais aussi dans la rédaction de certaines clauses, mais chaque armement utilise ses propres documents*⁴⁵⁶. Et nous remarquons que c'est dans la pratique que les formules types de connaissance sont plutôt utilisées comme connaissance de Charte-partie. Par exemple le COGENBILL édité par la Baltic and International Maritime Conference (BIMCO).

Ainsi, si l'on s'accorde sur le fait que la dématérialisation des documents est plus que nécessaire, il n'en demeure pas moins que l'uniformisation des documents électroniques rendrait effective la célérité des transactions devenue le crédo des opérateurs économiques. Pour illustrer notre hypothèse nous étudierons le modèle de document standard proposé par l'Organisation Mondiale de la Douane (OMD) (**paragraphe 1**). Nous analyserons aussi la Recommandation sur la formule-cadre des Nations Unies en vue de son adaptation au document électronique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : le modèle de système d'information de l'OMD

248. Nous l'avons vu dans la première parties de cette thèse, qu'au fil des ans, des systèmes informatiques douaniers centraux (GAINDE au Sénégal) et des outils d'échange de données informatisées ont été élaborés et mis en œuvre en fonction des exigences nationales. Ces exigences

⁴⁵⁶ Y. TASSEL, J-CL, *droit international*, Fasc. 565 B, n°11.

découlent des dispositions de la législation nationale et des besoins opérationnels des pays (exigence de célérité). De ce fait, même si toutes les administrations des douanes ont besoin des informations identiques sur une marchandise donnée, plusieurs formulaires, éléments de données et modèles électroniques ont été adoptés dans différents pays à différents moments. Cela fait que l'utilisation et le traitement de cette même information ne sont ni uniformes ni normalisés. Des normes internationales inhérentes aux exigences en matière de données électroniques, comme les normes du répertoire d'éléments de données commerciales des Nations Unies (UN/TDED) et de l'échange de données informatisées pour l'administration, le commerce et le transport des Nations Unies (EDIFACT/ONU), sont certes créées. Mais, elles restent caduques et génériques et n'ont pas été spécifiquement élaborées pour la douane⁴⁵⁷.

Il n'existait pas non plus par le passé de lexique international des données dans le domaine douanier qui aurait permis d'harmoniser et de simplifier les procédures douanières. Certains outils tels que les messages électroniques normalisés de nature douanière EDIFACT/ONU, le CUSDEC pour la déclaration de marchandises à l'importation ou à l'exportation, ou le CUSCAR⁴⁵⁸ pour le manifeste de chargement, par exemple, s'étaient inscrits dans une démarche plus systématique mais force est de reconnaître qu'il n'existait pas auparavant de modèle de données conceptuel sous-jacent qui régit l'exploitation permanente de ces messages. Pour répondre à cet enjeu, l'OMD a conçu le Modèle de données. Ce dernier contient un ensemble d'informations normalisées sélectionnées avec soin appelé *éléments de données*, basé sur des normes admises sur le plan international et organisées de manière à réduire les coûts pour les opérateurs économiques⁴⁵⁹. Il représente aussi les échanges d'informations entre opérateurs économiques (transporteurs, chargeurs, transitaires, commissionnaires) et administrations douanières aux fins du dédouanement des marchandises aux frontières.

249. Pour décrire l'échange des données entre les entreprises et l'administration douanière, le Modèle de données de l'OMD suit le schéma des régimes mis en œuvre par la douane à l'échelon mondial, tels qu'ils sont décrits dans la Convention de Kyoto révisée⁴⁶⁰. La version la plus récente 3.0 du Modèle de données de l'OMD couvre à présent les données exigées par d'autres services

⁴⁵⁷ OMD actu N° 67 Février 2012, p.44.

⁴⁵⁸ Le rapport de chargement est plus généralement appelée manifeste de chargement, et il est déposé par le transporteur ou par l'agent. Le rapport de chargement prend également le nom de CUSCAR (message douanier de rapport de chargement). Le rapport de chargement à l'importation (ou manifeste d'importation) et le rapport de chargement à l'exportation (ou manifeste d'exportation) sont des exemples de rapports de chargement. Source : <http://www3.wcoomd.org/DataModel/french/introduction/FAQ/fr.htm>.

⁴⁵⁹ OMD actu N° 67 Février 2012, op.cit, p.44.

⁴⁶⁰ En juin 1999, le Conseil de l'OMD a adopté la Convention de Kyoto révisée comme étant le fondement des régimes douaniers efficaces et modernes du 21ème siècle. Lorsqu'elle sera mise en œuvre à grande échelle, elle donnera aux échanges internationaux la prévisibilité et l'efficacité que le commerce moderne exige. Source.

http://www.wcoomd.org/fr/topics/facilitation/instrumenttools/convention/pf_revised_kyoto_conv.aspx.

(service antifraude) douaniers aux fins des différentes procédures aux frontières⁴⁶¹. Ces dernières années, le Modèle de données de l'OMD a suscité la confiance parmi les membres de l'OMD et les organisations internationales. Le lancement de la Version 3.0 du Modèle et les efforts entrepris par l'OMD pour encourager davantage de pays (les pays en développement) à adopter cet outil, ont porté leurs fruits. La plupart des administrations douanières sont conscientes des avantages que présentent la standardisation des documents et la simplification des informations réglementaires et de l'utilité d'harmoniser les données entre les services présents aux frontières dans le contexte d'un guichet unique⁴⁶². Ce regain d'intérêt est dû au nombre croissant de projets visant à créer des solutions de guichet unique (dans l'Union Européenne, au Sénégal, au Maroc, au Cameroun...). De même, l'OMD a initié le concept : les *Douanes en réseau international*, qui prévoit une étroite coopération entre les administrations des douanes dans le cadre d'un échange d'informations commerciales en temps réel. Le Modèle de données de l'OMD offre une vision *de bout en bout* des informations réglementaires dans la chaîne logistique internationale et, dans le cadre de toutes les initiatives existantes, il constitue un facteur-clé de facilitation, tant pour les gouvernements que pour les entreprises⁴⁶³. Les Directeurs généraux des douanes demandent souvent combien de pays mettent en œuvre le Modèle de données de l'OMD, c'est-à-dire combien de pays ont adopté les spécifications du Modèle. Malheureusement, l'OMD ne peut encore répondre avec certitude à cette question.

Les informations recueillies par l'OMD laissent à penser que les pays en sont à différents stades d'adoption du Modèle, comme les experts de l'OMD ont pu le constater sur le terrain lors de missions de renforcement des capacités. De plus, dans le cadre d'une étude mondiale sur l'évolution du Guichet unique menée récemment par l'OMD, 25 des 60 administrations ayant répondu ont indiqué avoir adopté une version du Modèle de données de l'OMD. Enfin, selon les informations transmises à l'OMD par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, il semble que le système 'SYDONIA World' utilise des éléments de données conformes à la version 3.0 du Modèle de données de l'OMD. Il est toutefois impossible d'évaluer la situation globale de manière documentée tant que des experts n'auront pas formellement déterminé le niveau de conformité pays par pays et que les résultats de leur recherche n'auront pas été validés par une instance indépendante⁴⁶⁴. Cette évaluation se base essentiellement sur des comparaisons

⁴⁶¹ OM D actu N° 67 Février 2012, op. cit, p.44.

⁴⁶² Afin de répondre aux exigences des organismes commerciaux en matière de Guichet unique, l'OMD a élaboré, en consultation avec les acteurs du transport et du commerce et en association avec d'autres organismes internationaux, une déclaration globale pour l'ensemble des pouvoirs publics, intégrant non seulement les données de la douane mais aussi celles des organismes commerciaux. Le message est intitulé "GOVCBR" (Déclaration gouvernementale de réglementation des flux transfrontières) et il a été approuvé en tant que message EDIFACT / ONU. <http://www3.wcoomd.org/DataModel/french/introduction/FAQ/fr.htm>.

⁴⁶³ OM D actu N° 67 Février 2012, op.cit, p.45.

⁴⁶⁴ OMD, *Ibid*.

sémantiques entre les jeux de données, les listes de codes et les structures de l'information au plan national et ceux recommandés par le Modèle de données de l'OMD. Qui dit adoption du Modèle de données de l'OMD, dit changement ou amélioration des modèles d'information constituant tout le système informatique. Le moment idéal pour adopter le Modèle de données est donc le moment où de nouveaux systèmes sont conçus ou encore lorsqu'une révision de grande envergure est entreprise. De fait, les pays peuvent apporter des modifications successives et progressives à leurs applications logicielles afin de les aligner sur le Modèle de données de l'OMD, tels le cas dans certains pays Africains.

Ces changements interviennent au moment de la mise à niveau habituelle des logiciels. Les pays ne sont pas obligés d'adopter le Modèle de données de l'OMD dans son ensemble et ils peuvent le personnaliser afin de créer des profils pleinement conformes à la législation nationale et apporter des ajustements dans les limites des pratiques et des politiques en vigueur en matière de données. L'évolution future du Modèle de données de l'OMD passera notamment par la publication de versions annuelles destinées à surmonter les problèmes signalés par les pays individuels qui adoptent le Modèle de données⁴⁶⁵. L'ajout de toute nouvelle fonctionnalité au Modèle de données repose sur des critères convenus, pour supprimer un obstacle qui empêche un pays d'adopter le Modèle de données. Une telle démarche approfondira davantage l'engagement des pays qui souhaitent apporter des améliorations. Les experts prévoient que le Modèle de données de l'OMD demeurera stable puisqu'aucune modification majeure du noyau du Modèle n'est envisagée, même en cas d'ajout d'une nouvelle fonctionnalité et de nouvelles caractéristiques⁴⁶⁶. Le Modèle de données de l'OMD favorise l'harmonisation des documents dans le domaine du commerce maritime international. Mais cette harmonisation n'est pas effective dans la mesure où les systèmes informatiques ne sont pas souvent compatibles. D'où la nécessité d'adopter la formule-cadre des Nations Unies.

Paragraphe 2 : L'analyse du concept de formule-cadre des Nations Unies

250. La formule-cadre des Nations Unies est le modèle de formulaire comportant des particularités convenues pour la taille du papier, les marges, la feuille de conception de formulaires et la présentation des données. Elle indique les endroits pour l'emplacement de renseignements spécifiques. La formule-cadre des Nations Unies est un élément nécessaire du processus d'alignement des documents papiers. Toutefois, la configuration du formulaire peut être adaptée aux documents électroniques, car elle fournit des modèles pour de nombreux documents

⁴⁶⁵ OMD actu N° 67 Février 2012, op.cit, p.45.

⁴⁶⁶ OM D actu N° 67 Février 2012, op. cit, p.45.

commerciaux. Ainsi, l'alignement des documents commerciaux permet la simplification des exigences documentaires, basée sur des normes internationalement reconnues. L'alignement implique les aspects visuels des documents, y compris la dimension du format, les marges et la conception de la forme, et l'alignement de la présentation des données. Dès lors, les documents standards alignés s'appliquent aux documents électroniques pour le commerce électronique et aux systèmes de Guichet unique. L'alignement de documents a pour objectif de limiter les erreurs au moment de saisir les informations, de réduire le temps et le coût inhérents à la gestion des documents et à la préparation des renseignements, et de jeter les bases de la dématérialisation. La formule-cadre des Nations Unies garantit également que les parties utilisent les mêmes termes normalisés lorsqu'il s'agit de remplir les formulaires. La CEE-ONU a élaboré la formule-cadre des Nations Unies dans les années 60, et l'a publiée conjointement avec la recommandation de la CEE-ONU sur la formule-cadre en 1973 et en 1981⁴⁶⁷.

Par ailleurs il est important de rappeler que la formule-cadre des Nations Unies n'est pas un document en soi. Mais un modèle de formulaire mis à la disposition de tous les gestionnaires d'application. Ils peuvent réutiliser la formule-cadre pour développer d'autres formulaires électroniques normalisés. Aux termes de la recommandation n° 1 du CEFAC-ONU, les formules-cadre sectorielles orientent la disposition des éléments d'autres données qui sont communs et spécifiques à un système ou à un secteur particulier⁴⁶⁸. L'objectif des formules-cadre nationales est de présenter des éléments de données en conformité avec la formule-cadre des Nations Unies. Elles définissent alors la disposition de tous les autres éléments de données (contenu informationnel des documents) à l'échelle nationale dans le but d'établir toute une série de documents commerciaux nationaux alignés. Les formules-cadre nationales de mise en page sont souvent adoptées comme des normes nationales. Les documents qui sont alignés sur la Formule-cadre sont également élaborés pour être utilisés par les opérateurs économiques. L'élaboration du document de base des acteurs du commerce maritime couvre toutes les formes pertinentes nécessaires. Grâce à la méthode de frappe unique, tous ces documents sont utilisés à des fins réglementaires ou pour les besoins des échanges.

Il existe des formulaires normalisés qui sont alignés sur la Formule-cadre des Nations Unies et dont l'utilisation est devenue obligatoire ; comme par exemple la lettre de voiture par chemin de fer (1980), ou le carnet TIR (1975) dans le cadre de la Convention TIR⁴⁶⁹. En ce sens, la conception

⁴⁶⁷Source : CEE-ONU par l'intermédiaire du Centre des Nations Unies pour la Facilitation du Commerce et les Transactions Électroniques (CEFACT-ONU).

⁴⁶⁸ En ce sens, la Recommandation No 1 « *Formule-cadre des Nations Unies pour les documents commerciaux* » (« *United Nations Layout Key for Trade Documents* »), a été adoptée en novembre 1981. Une annexe de complément d'informations à la Recommandation No 1 a été adoptée en 2002. Domaine d'application – création d'une base internationale pour la normalisation des documents du commerce international et de transports, ainsi que pour la présentation visuelle de tels documents.

⁴⁶⁹La Convention TIR a pour objectif de faciliter le transit international grâce à des procédures de transit douanier simplifiées et à un système de garantie international. Le fondement du système TIR repose sur un document douanier

du Document Administratif Unique (DAU) de l'UE est conforme à la Formule-cadre des Nations Unies. La Formule-cadre de facture alignée présentée dans la Recommandation n° 6 de la CEE-ONU est un autre exemple d'application. Il est constant que la Formule-cadre des Nations Unies est élaborée avec des données communes à la majorité des documents utilisés dans le commerce international. Or, la plupart des principaux documents du commerce maritime peuvent être alignés sur la Formule-cadre des Nations Unies. Ainsi, les Lignes directrices relatives à l'application de la Formule-cadre des Nations Unies, publiées en tant qu'annexe informative à la recommandation n°1⁴⁷⁰, contiennent une liste des principaux documents préparés et utilisés par les parties prenantes à différentes étapes du commerce international.

Les documents de la Formule-cadre des Nations Unies sont répartis par catégorie dans des familles de documents. On y trouve des documents commerciaux (facture, devis, commande), des documents de gestion du matériel (avis d'expédition, liste de prélèvement, liste d'emballage), document de transport (connaissance, ordre d'expédition), des documents douaniers (déclaration d'exportation, d'importation, de transit, rapport de fret) et d'autres documents réglementaires (certificat d'origine, phytosanitaire). Ces ensembles de documents, bien que différenciés dans le processus du commerce international par leur fonctionnalité, ont une structure similaire, qui caractérise la standardisation de tous les documents électroniques.

251. Dans le processus de dédouanement, les opérateurs doivent fournir des renseignements sur les produits, les moyens de transport et les personnes accompagnant la marchandise, aux divers organismes de réglementation (douane) et aux parties privées (destinataires). En effet, les documents commerciaux, servent à collecter et transmettre des renseignements (pour les statistiques du commerce extérieur). L'effort pour remplir les documents et préparer les renseignements nécessaires prend beaucoup de temps. Souvent, les opérateurs utilisent dans leurs documents différentes définitions concernant les renseignements à donner et divers formats pour présenter les données. La standardisation de tous les documents utilisés dans une profession particulière ou dans un pays spécifique permettrait de simplifier le processus de dédouanement⁴⁷¹. Nous rappelons que la dématérialisation des documents normalisés facilite le traitement et la lecture du document, indépendamment de la langue utilisée. L'autre avantage des documents standardisés est que les

commun, le carnet TIR, un système commun de garantie, la reconnaissance mutuelle des inspections douanières et les conteneurs sécurisés. L'utilisation du système TIR est limitée aux opérateurs agréés. Il existe également des formulaires nationaux normalisés qui sont alignés sur la Formule-cadre des Nations-Unies, tels que les déclarations nationales en douane. Source : site web de la CEE-ONU.

⁴⁷⁰ Année d'adoption et de publication : 1973 (première version), dernière révision approuvée en 1981. Il convient de rappeler que la Formule-cadre des Nations Unies a été d'abord adoptée en 1963 sous le nom de Formule-cadre de la CEE. Référence du Document : ECE / TRADE / 137.

⁴⁷¹ Il est recommandé alors l'adoption de la Recommandation No 18 « Mesures destinées à faciliter les procédures du commerce international » (« Facilitation Measures Related to International Trade Procedures »), adoptée en septembre 1982 (deuxième édition) et complétée en 2001 et 2002. Contient une synthèse de prescriptions à l'égard de documents utilisés dans les procédures de commerce extérieur.

opérateurs peuvent utiliser un formulaire de base pour conserver toutes les données relatives à l'envoi, qui peuvent être reproduites sur un autre document requis.

En ce qui concerne les formats standards internationaux de document électronique, la norme 3.12 de la Convention de Kyoto révisée exige que les douanes limitent les données nécessaires à la déclaration de marchandises aux renseignements jugés indispensables pour l'évaluation et la collecte des droits et taxes, la compilation de statistiques et l'application de la législation douanière. Ainsi, le processus de simplification et d'harmonisation des exigences relatives aux données nationales par rapport aux normes internationales est fortement soutenu par la Recommandation 34 de la CEE-ONU. Pour les marchandises de faible valeur ou non passibles de taxes, les directives relatives à la mainlevée immédiate de l'OMD fournissent des indications sur les données de la déclaration de marchandises nécessaires au dédouanement. Quant à la déclaration de chargement, la recommandation n° 9 de l'annexe spécifique A.1 de la Convention de Kyoto révisée (CKR) demande aux douanes de se limiter aux données disponibles chez le transporteur et à la documentation énoncée dans les accords internationaux.

252. D'ailleurs, la norme 7.4 de la Convention de Kyoto révisée dispose que les douanes doivent également veiller à l'authentification des déclarations faites par voie électronique. Conformément à la norme 3.39 de la Convention de Kyoto révisée et à l'article VIII du GATT, les douanes ne doivent pas imposer de pénalités sévères en cas d'erreurs lorsqu'elles sont convaincues que ces erreurs sont involontaires et dénuées de toute intention frauduleuse ou ne constituent pas une négligence grave. Si elles le jugent nécessaire, et pour décourager la répétition de telles erreurs, une pénalité peut être imposée, mais son montant ne doit pas être excessif. Cette réglementation est utile dans la mesure où les opérateurs économiques sont souvent confrontés à des déclarations de marchandises et de chargement qui ne sont pas conformes aux normes internationales pour les formulaires de documents électroniques. Les documents contiennent aussi plus de données que nécessaire pour le contrôle douanier et n'utilisent pas les codes internationaux du commerce et du transport internationaux. Par conséquent, le temps et le coût de la préparation et de la présentation des déclarations de marchandises et de chargement sont élevés, sans compter les sanctions imposées par la douane en cas d'erreurs d'écriture dans les déclarations. Dès lors, la solution de facilitation du commerce en ce qui concerne le dédouanement consiste à se conformer aux normes internationales et à l'harmonisation des exigences en matière de données. Dans ce contexte, pour ce qui est des déclarations de marchandises, la norme 3.11 de la Convention de Kyoto révisée exige l'application obligatoire de la recommandation de l'OMD sur les messages électroniques. Ces derniers sont consolidés dans le modèle de données douaniers, qui est basé sur les normes existantes de l'ONU. Pour les formulaires papier, le document administratif unique (DAU) de la Communauté européenne est le formulaire douanier standard le plus largement utilisé, car il est la base du

système informatique SYDONIA pour les douanes mis au point et promu par la CNUCED et que plusieurs pays notamment Africains ont adopté. Les documents élaborés suivant la forme choisie servent de preuve à l'engagement contractuel.

CHAPITRE II : Les pratiques contractuelles maritimes dans le commerce électronique

Tous les projets économiques naissent d'un besoin, c'est-à-dire que l'entreprise ou l'administration qui envisage de dérouler un projet économique, a un besoin immédiat nécessitant une action. Ainsi, La première chose à faire est d'élaborer la maquette du projet, en d'autres termes penser au projet pour arriver à la formalisation d'un contrat qui sera le point de départ de la réalisation du projet. Autrement appelé phase précontractuelle. Cette technique, est conçue comme l'ensemble des procédés d'un art ou d'un métier, utilisé pour produire une œuvre ou obtenir un résultat déterminé. Quant à la technique contractuelle, elle visera moins les difficultés contentieuses d'un contrat que les méthodes mises en œuvre pour l'élaboration dudit contrat. Dès lors, la technique contractuelle aura pour but d'organiser des relations entre opérateurs, de prévoir les obligations de chacun selon un scénario plus ou moins prévisionnel et de répartir entre eux les conséquences qu'une telle initiative emporte. Toutefois, l'opération juridique envisagée par les parties nécessite souvent la combinaison de plusieurs contrats (nommés ou innommés) et là encore cette pluralité d'actes, en lien les uns avec les autres vont engendrer une discussion plus poussée : il faut négocier chaque clause et veiller à la cohérence du tout.

Ainsi, l'étude de la formation du contrat par voie électronique soulève la question fondamentale du formalisme contractuel. En effet, les contrats commerciaux ne sont pas en principe soumis à des conditions de forme⁴⁷². Ce principe que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, semble approprié dans le contexte des relations commerciales internationales⁴⁷³ où grâce aux moyens modernes de communication, de nombreuses opérations sont conclues par un mélange de conversations par courrier électronique. Toutefois, si elles existent, doit-on considérer les conditions de forme comme des questions de fond pour en déduire l'existence d'un accord ? Et admettre la preuve orale dans la procédure judiciaire quand le principe de la liberté de la forme est adopté⁴⁷⁴ ? Cette question ne soulève pas de difficulté en droit commun des contrats. Cependant, dans le commerce électronique et plus particulièrement en matière de conclusion de contrat de transport maritime de marchandise, la question est tout autre. Nous analyserons le processus d'adaptation des contrats du commerce maritime aux contrats électroniques (**Section 1**). D'un autre côté, il est

⁴⁷² UNIDROIT article 1.2, 2010 (forme du contrat) « ces principe n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu ou constaté sous une forme particulière. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoignage. »

⁴⁷³ A ce propos, TRAHAN, A. M, *les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, RJT, Vol 36, n° 2.

⁴⁷⁴ J. HUET, *les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'UNIDROIT, vers une nouvelle lex mercatoria* ? Les Petites Affiches 10 novembre 1995, n° 135, p.8.

essentiel de savoir quant-est-ce qu'un engagement réciproque est né entre les parties ? Dans la mesure où par méconnaissance, les parties peuvent s'échanger des propositions et des contre-propositions sans se rendre compte qu'à un moment ou à un autre de leurs échanges un accord qui les engage est trouvé. On se demande alors si la communication d'intention et la note de chargement peuvent engager les parties à un contrat de transport ? (**Section 2**)

SECTION 1: L'adaptation de la procédure contractuelle maritime à la procédure électronique

253. Nous tenterons de répondre dans cette section à la question de savoir comment l'échange de courrier électronique peut-il aboutir à la conclusion d'un contrat de transport maritime ? En effet ce concept de contrat dit électronique reprend sous une forme virtuelle la procédure contractuelle orale et écrite sur le support papier. En d'autres termes le contrat électronique fait intervenir des parties éloignées qui peut être, ne se verront jamais. Tout compte fait, la formation de ce type de contrat doit apparaître sous une forme qui est conforme à un usage. Et dont les parties avaient connaissance ou étaient censées connaître et qui est largement connu et observé dans ce type de commerce. Il doit être pratiqué dans la branche commerciale considérée. Cependant, dans le commerce maritime, la tendance à recourir à la conclusion de contrat électronique est peu pratiquée. Non pas parce qu'il n'est pas adapté au commerce électronique, mais parce que le contrat de transport maritime est trop complexe et déroge à certains principes de droit commun. Les acteurs ont plus confiance au mode de conclusion classique pour des raisons de fiabilité.

254. Par ailleurs, l'étude de la dématérialisation du contrat de transport maritime fait apparaître un particularisme physique inhérent aux documents et un particularisme lié aux cocontractants. Ainsi, le principe de limitation de responsabilité est une notion propre au contrat de transport maritime. Pour la doctrine, cela tient du fait que le domaine d'élaboration de ce contrat est la mer exposant les personnes et les marchandises aux risques et périls.

Dans le contrat de transport maritime, les parties sont celles qui négocient et signent l'accord, en l'occurrence le chargeur et le transporteur. Néanmoins, ce ne sera le cas que lorsque le chargeur s'expédiera sa propre marchandise. Or, dans cette hypothèse, chargeur et destinataire peuvent être des personnes morales distinctes. C'est le cas par exemple lorsque le destinataire est une filiale du chargeur. Le contrat sera tripartite : chargeur, transporteur et destinataire. Mais l'ensemble des textes, la jurisprudence et une partie de la doctrine pense à un contrat bipartite entre chargeur et transporteur et que c'est ce dernier même qui seul signe le contrat. Dès lors, ce contrat regroupe un ensemble de sous-contrats qui justifieraient son caractère plus ou moins tripartite. En ce sens, il

existe même des théories qui évoquent dans ce contrat la stipulation pour autrui⁴⁷⁵, ou la convention de porte-fort⁴⁷⁶. Ce qui importe c'est que *le contrat de transport maritime implique par sa nature le droit pour le destinataire de se prévaloir de la convention intervenue entre transporteur maritime et chargeur aux fins de déplacement de la marchandise*⁴⁷⁷. Pour adapter le contrat de transport maritime aux usages du commerce électronique, il nous faut étudier la phase précontractuelle principe de base de tout accord (**paragraphe 1**) avant de voir les devoirs d'information et de confidentialité qui régissent le déroulement des pourparlers (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la phase de contractualisation

255. Il nous faut d'abord déterminer la catégorie à laquelle appartient le contrat de transport maritime. Est-ce un contrat d'adhésion⁴⁷⁸ ? La conception classique du contrat repose sur une présomption d'égalité et d'équilibre des forces. Les parties négocient d'une façon égalitaire. Toutefois le contrat de transport maritime ignore ce principe dans la mesure où le rapport de force entre les parties n'est pas équilibré. Pour le comprendre il faut analyser la dialectique consentement /volonté. Par la volonté, la personne arrive à imposer son projet parce qu'elle aura trouvé les moyens d'y parvenir. Alors que le consentement est l'acceptation parfois sans résistance, du projet proposé. Peut-on dès lors trouver un accord de volonté dans la conclusion du contrat de transport maritime ? Si l'on sait que la volonté émane du transporteur et que le consentement est du ressort du chargeur. La théorie juridique qui semble propre à représenter la conclusion du contrat de transport est celle du contrat d'adhésion. En effet, un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon général et abstraite avant la période contractuelle⁴⁷⁹. Le connaissance papier renferme des clauses, à l'avance, imprimées au verso du connaissance, alors même que le projet de transport n'est pas encore négocié. Ainsi, le chargeur qui conclut le contrat, adhère à la proposition du transporteur lorsqu'il n'est pas en mesure de négocier les termes du contrat. Le principe du consentement libre est bouleversé dans ce contrat.

⁴⁷⁵ M-R. GUILLOU, *le contrat de transport*, Dalloz, 1993, p. 32.

⁴⁷⁶ M-R. GUILLOU, *op- cit.* p. 35.

⁴⁷⁷ R. RODIERE, *Traité de droit maritime*, Tome II n° 408.

⁴⁷⁸ Art. 1110 du code Civil : *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.* Au regard de cette définition nouvelle, la qualification de contrat d'adhésion implique successivement de caractériser l'existence de « conditions générales », leur détermination à l'avance par l'une des parties et leur soustraction à la négociation de l'autre partie. Or, en pratique, chacune des trois conditions ainsi requises pour qualifier le contrat d'adhésion peuvent donner lieu à interprétation. Certaines remarques formulées par la doctrine laissent entrevoir plusieurs incertitudes. La jurisprudence jouera un rôle important dans l'élaboration même de la notion

⁴⁷⁹ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, p. 27.

Une remarque est que la frontière entre le contrat de transport et le connaissance semble inexistante ; les deux étant souvent confondus. Il nous semble opportun dans le cadre de cette thèse, de distinguer le contrat de transport du connaissance dont nous connaissons les multiples fonctions. Pour y arriver, il nous faut analyser le processus de réservation de fret sur Internet pouvant aboutir à la conclusion d'un contrat de transport maritime (A). D'un autre côté, cela nous permettra de voir le rôle joué par les fournisseurs d'accès à internet (FAI) dans les rapports entre parties au contrat de transport (B).

A. La phase de réservation de fret sur internet : le booking

256. L'engagement de fret ou booking correspond à un accord, par lequel un chargeur s'engage à remettre une marchandise à un armateur ou à son agent et celui-ci s'engage à l'embarquer. Le booking note donne le détail des marchandises à embarquer : taux de fret, jours de planche, ports de chargement et de déchargement, date d'embarquement⁴⁸⁰. A cela s'ajoutent d'éventuelles observations : chargement en calle ou en ponté. La période précontractuelle est devenue une phase essentielle à la vie des contrats. Elle va entraîner de nombreuses conséquences, qui peuvent se faire sentir au niveau de l'exécution des contrats. Cette phase de discussion va laisser des traces au niveau du déroulement du contrat. Les conséquences de cette phase peuvent être négatives car on a un risque d'invalidité du contrat et un risque de responsabilité contractuelle. Mais ces conséquences peuvent être également positives parce que ces pourparlers vont permettre une meilleure préparation du contrat donc favoriser une meilleure exécution, et permettre une meilleure interprétation du contrat par le juge ou l'arbitre qui va se référer à cette phase préparatoire.

257. Cependant, cette phase est-elle respectée dans le cadre du booking sur internet ? En effet, l'offre de service sur internet est automatique et se fait à travers l'interface d'une page qui s'affiche sur le site du transporteur. Or, dès l'ouverture du site, une page avec plusieurs rubriques s'affiche et le chargeur devra cocher pour indiquer son choix. Il faut reconnaître que les conditions d'engagement n'apparaissent pas à première vue sur certaines pages. En d'autres termes la page Internet contenant les conditions générales de la réservation peut ne pas s'ouvrir automatiquement lors de la saisie des informations ou encore lors de la validation du choix. Elles sont référenciées sur une autre page et le clic sur un lien permet d'y avoir accès. Néanmoins, il doit exister sur la page Internet de l'offrant (transporteur) un champ contenant l'indication *cliquez ici pour voir les conditions générales*. Donc sur une page on doit voir les informations nécessaires à la

⁴⁸⁰ <http://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/engagement-de-fret-booking-note.html#fvj8ET2iBE3XhFdE.99>.

réserve entre autre le type de navire, l'immatriculation, les dimensions des conteneurs et une partie réservée à la description des marchandises. A côté des rubriques lieu de chargement et lieu de déchargement, on retrouve les indications telles que : saisissez vos lieux de chargement et de déchargement. La question qui se pose est de savoir est-ce- que le simple fait de cliquer sur une rubrique suffit pour engager les pourparlers ? Si oui, est-ce le fait de saisir une destination et ensuite de ne pas valider ce choix en quittant la page constitue une rupture abusive des pourparlers ? La réponse est qu'à ce stade on ne peut parler de pourparlers car on se trouve dans la phase de recherche donc les « va et viens » sur la page web du transporteur ne peuvent engager le chargeur. Il n'y a pas eu d'échange donc pas de contact virtuel.

258. Toutefois, si le chargeur saisit tous les renseignements et clique sur le bouton validé, envoyant ainsi un message au transporteur ; cela indique réellement la volonté du chargeur à s'engager par la technique d'acceptation par *clic*. Et l'on présume que les conditions générales sont bien connues. C'est le cas par exemple lorsque le chargeur envoie la réponse d'acceptation par courrier électronique à une annonce de réservation de fret parue sur le site Internet d'une compagnie maritime de transport. Par ailleurs, l'annonce sur le site Internet du transporteur doit comporter des mentions exigées par les textes légaux, notamment les modalités de conclusion du contrat de transport⁴⁸¹. L'offre de service par voie électronique n'est valable qu'à la condition d'énoncer les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique et les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisies des données et de les corriger⁴⁸².

259. A ce niveau, la question qui se pose est de savoir est-ce-que la technique d'acceptation par *clic*, énoncée un peu plus haut, par laquelle un chargeur adhère aux conditions générales du contrat de transport figurant sur un site internet, satisfait aux exigences de l'écrit valant preuve du contrat de transport ? Pour répondre à cette question, nous partirons sur le caractère matériel de la preuve des actes juridiques. Il est définitivement admis que l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. Par conséquent, si les conditions générales peuvent être téléchargées, sauvegardées et imprimées ; on peut en déduire la transmission par voie électronique permettant la consignation de façon durable⁴⁸³ du contrat de transport comme revêtant le caractère de l'écrit électronique. Donc l'apparition et la lecture des conditions générales doivent précéder le *clic* de validation qui caractérise l'acceptation et l'engagement de son auteur⁴⁸⁴. En d'autres termes, le chargeur doit accepter de manière expresse, en cochant la rubrique contenant les conditions

⁴⁸¹ Voir arrêt n° 22, n° RG : 09/00005, CA Toulouse 2° Ch. Sec. 1, 2011.

⁴⁸² Voir article 1127-1 du code-civil.

⁴⁸³ A ce propos, Article 23. 2, du Règlement (CE) N° 44/2001 du Conseil de l'Europe du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. JO L 12 du 16/01/2001, p. 12.

⁴⁸⁴ Voir CA Versailles, 13^e ch., 4 juin 2015, n° 14/07154, Amlin France c/ A.P. Moller-Maersk A/S.

générales du transport avant toute réservation de fret. D'un autre côté, il nous faut déterminer si le simple *clic* fait l'objet d'un consentement entre les parties. Ce dernier, dans la technique contractuelle, doit se manifester d'une manière claire et précise et que les formes exigées par la plupart des codes civils et commerciaux, doivent être effectivement établies. Le consentement est présumé établi au moment où le chargeur a accepté de manière expresse en cochant la case correspondante sur le site Internet du transporteur contenant les conditions générales. Reste à déterminer maintenant les modalités de validité des clauses contenues dans les conditions générales figurant sur une page Internet. Faut-il avoir accès de façon physique (impression des conditions générales) ou de façon électronique (sauvegarde sur le disque dur) pour reconnaître la validité d'une clause ? Pour le savoir, il faut déterminer s'il est possible de consigner de façon durable une transmission par voie électronique en la sauvegardant sur un support. La réponse est oui. Toutefois, si tel est le cas, cette consignation ne peut constituer une condition formelle de la validité de la clause litigieuse⁴⁸⁵. Tout dépend de savoir si les conditions ont été effectivement consignées durablement par le chargeur après ou avant qu'il ait coché la case indiquant qu'il accepte lesdites conditions.

260. Dans ce processus, il est clair que les pourparlers n'existent pas, si on se limite à l'acceptation par clic qui scelle le contrat. Par contre, si le chargeur envoie un courrier électronique au transporteur pour négocier une clause figurant dans les conditions générales, on peut dire que les pourparlers sont ouverts. Il est toujours possible de négocier par un échange de courriel. Mais qui peut être engagé dans cette phase de négociation vu la complexité du contrat de transport. En effet ce contrat réunit souvent le chargeur, l'armateur, le destinataire, l'affréteur et le commissionnaire. Toutefois nous nous intéresserons uniquement au rôle joué par les fournisseurs d'accès à Internet.

B. Le rôle des FAI dans Les rapports contractuels entre chargeurs et transporteur

Le particularisme du contrat de transport maritime résulte du fait que plusieurs acteurs participent non pas à la conclusion du contrat mais à son exécution, *deux au départ, trois à l'arrivée*⁴⁸⁶. Cette originalité du contrat de transport est devenue complexe avec la conclusion de contrat par voie électronique (réservation de fret sur Internet). En effet, plusieurs protagonistes interviennent dans la conclusion des contrats sur Internet. Si le transporteur et le chargeur sont les acteurs *immédiats*, il existe des acteurs *lointains* tels que l'affréteur, le fréteur ou encore le

⁴⁸⁵ Voir le rapport explicatif du professeur POCAR, relatif à la convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à LUGANO le 30 octobre 2007, JO 2009, C 319, p. 1, pont 109.

⁴⁸⁶ Jocelyne VALLANSAN, *livraison et adhésion du destinataire au contrat de transport*, L.P.A., 29 avril 1994, p. 11.

fournisseur d'accès à Internet (FAI), l'hébergeur de site internet et le destinataire. Toutefois il sera question de voir dans ces développements quel rôle joue le fournisseur d'accès à Internet dans le cas où une compagnie de transport maritime ouvre un compte sur un site avec abonnement en vue de diffuser des annonces de réservation de fret.

261. La caractéristique du contrat de transport suscite des débats doctrinaux importants en ce qui concerne la position du destinataire. Cependant nous nous intéresserons au contrat de transport conclu via un site Internet de réservation de fret. L'enjeu est, en matière de contrat électronique, de déterminer si le gestionnaire du site Internet peut être tenu pour responsable de la falsification d'une annonce de réservation de fret constitutif d'une pratique commerciale trompeuse. Dans cette situation, la question qui se pose est de savoir qui du fournisseur d'accès à Internet (FAI) ou du propriétaire du compte ouvert sur le site (compagnie de transport maritime) doit être tenu pour responsable ? Faut-il admettre l'hypothèse selon laquelle il appartiendrait au professionnel ayant un compte sur un site internet de vérifier la fiabilité des informations diffusées sur le site ? La réponse est oui car plusieurs textes législatifs disposent⁴⁸⁷ que les personnes assurant un service de fourniture d'accès à Internet ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations que leurs clients transmettent ou stockent dans leur système, ni à l'obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites⁴⁸⁸ sur leur site. Ainsi, les fournisseurs d'accès à internet ne sont donc tenus à aucune action positive de contrôle ou d'enquête, ni à l'obligation de filtrer préventivement les informations. Les fournisseurs d'accès à internet sont donc, en application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, exonérés de toute responsabilité en raison du contenu des informations transitant par leurs installations. Cette position a été illustrée notamment par un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 22 juin 2000 qui a jugé que « *France Télécom qui assure le fonctionnement du réseau par lequel sont diffusées les informations auprès des clients n'est pas tenue d'exercer un contrôle sur le contenu des messages transmis* ». La loi et la jurisprudence accorde aux fournisseurs d'accès à Internet un régime d'exonération de responsabilité tant civile que pénale en fonction du type d'activité et non du type d'opérateur.

262. Si le principe est que les fournisseurs d'accès à internet sont exonérés de toute responsabilité, ils sont néanmoins soumis à des obligations que posent à la fois la directive sur le commerce électronique et la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Tout d'abord, l'article 15-2 de la directive sur le commerce électronique prévoit que *les états membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées*

⁴⁸⁷ Voir la loi pour la confiance dans l'économie numérique, n° 2004-575 du 21 juin 2004, loi française transposant la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, la directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

⁴⁸⁸ Voir la directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ainsi que la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.

qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient. Ensuite, si la loi pour la confiance dans l'économie numérique exonère de toute obligation de surveillance les fournisseurs d'accès à internet dans son article 6 –I-1 (modifié par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016), elle leur impose d'informer *leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner.* Enfin, les fournisseurs d'accès à internet sont tenus d'une obligation de détenir et conserver les moyens d'identifier les usagers de leurs services.

263. L'abonné d'un site Internet doit être en mesure de contrôler les activités sur sa page. S'il se désabonne du site il doit vérifier que son désabonnement a été bien pris en compte. Toutefois cette vérification ne semble pas être obligatoire dans la mesure où aucun texte ne le prévoit. Mais dans le cas de la diffusion d'une annonce trompeuse de réservation de fret, la détermination de l'auteur de l'annonce litigieuse est primordiale pour engager la responsabilité de la compagnie de transport maritime. Il faudrait en outre établir la négligence du professionnel utilisant le site pour des offres de services.

264. Comme nous l'avons vu, les fournisseurs d'accès à internet (FAI) sont exonérés de toute responsabilité en raison du contenu des informations transitant par leurs systèmes. Ce principe d'exonération de responsabilité des fournisseurs d'accès est également posé par l'article 12 de la directive sur le commerce électronique qui justifie l'institution d'un régime d'exonération des fournisseurs d'accès à internet par le fait que ces derniers ne sont que des *intermédiaires qui jouent un rôle passif en assurant le "simple transport" d'informations provenant de tiers.* Selon ce dernier, les FAI sont exonérés de toute responsabilité à trois conditions. D'une part, le FAI doit avoir un rôle neutre dans la circulation de l'information. D'autre part, il ne doit pas avoir de rôle dans le contenu du message. Si tel était le cas, il deviendrait éditeur de contenu. Pour finir, le FAI ne doit pas sélectionner l'information, pour ainsi rester neutre. Dès lors, on voit bien que si l'article précité pose un principe d'irresponsabilité, cette dernière n'est pas totale. En outre, les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons, ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services, ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire du service⁴⁸⁹. De la même manière, les FAI ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée *si elles n'avaient effectivement pas connaissance de l'activité ou de l'information illicite, ou si dans le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.*

⁴⁸⁹ Voir article 6.I.2 de la loi Française pour la confiance dans l'économie numérique, loi n° 2004 du 21 juin 2004, modifié par la loi n° 2016-44 du 13 avril 2016, legifrance.gouv.fr.

265. L'intervention du FAI dans la relation contractuelle entre transporteur maritime et chargeur doit être active pour que sa responsabilité soit engagée. En effet, il faut plusieurs conditions pour que la responsabilité de ce dernier soit retenue. Selon la directive communautaire, la responsabilité tant civile que pénale des fournisseurs d'accès à internet en raison des contenus qui sont accessibles par leur service ne sera retenue « *que s'ils sont à l'origine de la transmission, ou ont sélectionné le destinataire, ou s'ils ont choisi ou modifié les informations concernées*⁴⁹⁰. L'article 9, I de la loi du 21 juin 2004 pose de la même manière le principe d'absence de responsabilité des fournisseurs d'accès du fait des contenus circulant sur leurs réseaux à la condition que ces derniers aient une attitude de neutralité à l'égard de ces contenus. Ainsi, le fournisseur d'accès à internet *ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit il est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit il sélectionne le destinataire de la transmission, soit il sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission*. Mais, selon l'article 6.I.7 de la LCEN, l'irresponsabilité des FAI par rapport aux contenus circulant sur Internet ne les dispense pas d'obtempérer à une demande judiciaire de « surveillance ciblée et temporaire ».

Afin de protéger le consommateur, la cour de justice des communautés européennes a précisé en 2008 quelle sont les informations que le vendeur doit faire apparaître sur son site et les procédures qu'il doit respecter. La cour liste plusieurs combinaisons d'outils afin que le client puisse contacter le vendeur avant même que le contrat ne soit conclu. C'est l'obligation d'information en matière contractuelle.

Paragraphe 2 : le devoir d'information et de confidentialité

En principe les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues pour responsables si elles ne parviennent pas à un accord. Toutefois la partie qui dans la conduite ou la rupture des négociations agit de mauvaise foi est responsable des préjudices qu'elle cause à l'autre partie⁴⁹¹. Est notamment de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord. Qu'en est-il des informations et des confidentialités requises dans le cadre des négociations ?

266. Pour rappel, le commerce électronique est défini comme l'activité économique par laquelle une personne physique ou morale propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture

⁴⁹⁰ Article 12.1, directive 2000/ 31/CE du 8 juin 2000.

⁴⁹¹ Les principes d'UNIDROIT, article 1.7 : « 1. Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. 2. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée. »

de biens ou de services⁴⁹². Dès lors, le *contrat à distance* de transport maritime est conclu entre un transporteur et un chargeur, dans le cadre d'un système organisé de réservation de fret sur Internet ou de prestations de services à distance sans la présence physique simultanée du transporteur et du chargeur. Ils peuvent utiliser plusieurs techniques de communication ou d'échange de données jusqu'à la conclusion du contrat. Ainsi la loi exige de la compagnie maritime, qui offre des services de transport sur Internet, de fournir les renseignements sur la page d'accueil de son site commercial. De ce fait, le chargeur sera en mesure d'accéder à l'ensemble de ces informations d'une manière facile, directe et pertinente⁴⁹³. Il devra lui aussi fournir des informations relatives à la marchandise (A). Par ailleurs, qu'il y ait ou non conclusion du contrat la partie qui au cours des négociations reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon induue à des fins personnelles ; le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant le cas échéant le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie (B).

A- L'obligation d'information dans la procédure contractuelle

267. La conclusion de contrat via internet ne déroge pas à l'obligation précontractuelle d'information⁴⁹⁴. Loin d'être une simple consolidation de l'acquis jurisprudentiel, le code civil français en son article 1112-1 apporte des modifications substantielles au paysage contractuel⁴⁹⁵. Ce devoir, qui a des incidences pratiques dans le processus contractuel sur Internet, renferme des imperfections par son manque de rigueur, source d'une insécurité juridique dans le processus contractuel électronique. L'échange d'information en cas de contrat sous forme électronique est complexe dans le domaine maritime. Ainsi, l'intégration au sein du code civil d'une obligation

⁴⁹² L. n° 2004-575, juin 2004, art. 14. JO 22 juin 2004.

⁴⁹³ Voir la loi de 2004, *op-cit.*

⁴⁹⁴ A ce propos voir, le Décret n° 2017-1434 du 29 septembre 2017, portant sur les articles D. 111-6, D. 111-7, D. 111-8 et D. 111-9 du Code de commerce : le décret détermine le contenu, les modalités et les conditions d'application de l'article L. 111-7 du Code de la consommation. Ce dernier impose à tout opérateur de plateforme en ligne, une obligation d'information loyale, claire et transparente sur les conditions de référencement, de classement et de déréférencement des contenus auxquels il permet d'accéder et sur le fonctionnement du service d'intermédiation qu'il propose, permettant la mise en relation par voie électronique de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service. Les obligations d'information mises à la charge des opérateurs de plateformes numériques tiennent compte de la nature de leur activité, selon qu'ils contribuent à la mise en relation de plusieurs parties (plateformes collaboratives, places de marché ou « marketplaces », ...) ou qu'ils se contentent de classer ou de référencer des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne par des tiers (moteurs de recherche).

Entrée en vigueur 1er janvier 2018. JORF n°0233 du 5 octobre 2017
texte n° 22 disponible sur Légifrance.

⁴⁹⁵ Code civil, article 1112-1, Ord. N° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO, 11 février 2016

généralisée par les lois spéciales et la jurisprudence⁴⁹⁶ pourrait susciter la confiance chez les opérateurs économiques du commerce maritime à conclure des contrats électroniques. Dans ce contexte de sécurité juridique, l'alinéa 6 de l'article 1112-1 du code civil, consacré aux sanctions, dispose que : *outré la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants*. La réparation des pertes subies (dépenses réalisées, etc.) et du gain manqué (perte d'une chance de conclure avec une autre partie) sont de jurisprudence constante⁴⁹⁷.

268. L'information sur les conditions de transport, avant de conclure le contrat doit être mise à disposition par voie électronique, à condition que leur destinataire ait accepté l'usage de ce moyen⁴⁹⁸. Toutefois, le chargeur qui a donné son adresse de courrier électronique ne peut refuser l'échange de donnée par voie électronique. Cela suppose qu'il est prêt à s'engager par la communication électronique⁴⁹⁹. Cependant, le transporteur n'est pas seul débiteur de l'obligation de l'information. En effet, si le transporteur a l'obligation de fournir un navire en bon état de navigabilité, le chargeur est obligé de fournir les informations sur les caractéristiques des marchandises leur conditionnement etc. De ce fait, celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que légitimement cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. L'obligation d'information est tributaire à la fois de la situation du chargeur et du transporteur. Donc, le transporteur qui propose la réservation de fret en *ligne* doit indiquer entre autre sa dénomination sociale, l'adresse de courrier électronique son numéro de téléphone car le chargeur doit être en mesure de contacter le transporteur avant que le contrat ne soit conclu pour engager des pourparlers⁵⁰⁰. Il doit en plus indiquer dans son site les procédures que le chargeur doit respecter.

269. A ce stade des développements, se pose la question de savoir si éventuellement la partie débitrice de l'information est tenue de s'informer ? Cette question suppose la connaissance de l'information. Est-ce à dire que la partie au contrat, débitrice de cette obligation, qui ignorait

⁴⁹⁶ MOLFESSIS, *de l'obligation de renseignement à l'éducation juridique du contractant*, in mélanges J. HAUSSE, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et suivant.

⁴⁹⁷ A ce propos, J. GHESTIN, LOISEAU G., et SERINET Y. M., *la formation du contrat*, Tome 1. *Le contrat-le consentement*, LGDJ, 4^e éd., p. 1438.

⁴⁹⁸ Code civil, article 1125 et 1126.

⁴⁹⁹ Code civil art. 1127.

⁵⁰⁰ A ce propos, la Cour de justice de l'Union précise que « l'article 5 (...) de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 doit être interprété en ce sens que le prestataire de services est tenu de fournir aux destinataires du service, dès avant toute conclusion de contrat avec ces derniers, en sus de son adresse de courrier électronique, d'autres informations permettant une prise de contact rapide ainsi qu'une communication directe et efficace. Ces informations ne doivent pas obligatoirement correspondre à un numéro de téléphone. Elles peuvent résider dans un formulaire de contact électronique, au moyen duquel les destinataires du service peuvent s'adresser sur internet au prestataire de services et auquel celui-ci répond par courrier électronique, sauf dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de services, privé d'accès au réseau téléphonique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique » CJUE, 16 oct. 2008, aff. C-298/07, JOUE, 6 déc. 2008, n° C313.

l'existence de l'information, est de ce seul fait exonérée de la fournir à l'autre partie ? La réponse est non car son seul statut de contractant professionnel l'oblige à se renseigner pour informer. D'autre part, sa compétence et son expérience sont pris en compte en cas de litige. La confiance que le transporteur a vis-à-vis du chargeur fait que ce dernier l'informe non seulement de tout ce qu'il connaît mais aussi de tout ce qu'il aurait dû connaître sur la nature de la marchandise objet du contrat de transport. Ainsi l'article 13 -2 des Règles de Hambourg dispose que lorsqu'il remet des marchandises dangereuses au transporteur, le chargeur doit informer le transporteur, selon le cas, du caractère dangereux des marchandises et, si besoin indique les précautions à prendre⁵⁰¹.

270. Quel est le caractère de l'information par rapport au consentement ? L'information doit être déterminante pour le consentement de l'autre partie. C'est pourquoi les données figurant sur le site Internet doivent être précises. Toutefois l'information fournie doit être utile pour la conclusion du contrat. La Cour de cassation française a eu à juger plusieurs fois des contractants qui avaient multiplié l'envoi d'informations inutiles afin de détourner l'attention de leurs cocontractants sur des informations importantes⁵⁰². Même si ce principe n'est pas repris dans la législation maritime, le caractère déterminant de l'information est précisé par l'alinéa 2 de l'article 1112-1 du Code civil et pourrait être adapté au contrat de transport maritime conclu via Internet. En effet, selon cet article, sont déterminantes les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Mais qu'est-ce que le contenu du contrat ? Le déplacement de la marchandise d'un endroit à l'autre n'est-il pas le but poursuivi par le chargeur ? Le contenu du contrat devra être compris comme l'ensemble des règles applicables au contrat et qui sont des informations en lien direct avec l'exécution du contrat. Le lien nécessaire et direct est tout simplement ce qui a incité le chargeur à conclure le contrat dans ses conditions. Finalement l'obligation d'information est déterminante pour apprécier le consentement. Or, l'information retenue ou erronée peut inciter le cocontractant à conclure le contrat. L'échange d'information suppose une confidentialité réciproque.

B- L'obligation de confidentialité

271. La conclusion de contrat fait naître aussi des obligations de confidentialité. Les accords de confidentialité sont établis afin de protéger des secrets dont la révélation pourrait porter préjudice à leur propriétaire. Le plus souvent, les parties au contrat développent des techniques contractuelles dans un souci de sécurité juridique légitime. Ce sont souvent des clauses insérées dans un contrat dont l'objet est autre, ou encore d'un contrat à part entière, antérieur ou concomitant à un contrat

⁵⁰¹ Art. 13. 2, Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses.

⁵⁰² Cass. 3^e civ., 26 juin 1991, n° 89-21325, Bul. Civ. 3^e, n° 194.

principal conclu entre les mêmes parties. Ces stipulations sont particulièrement fréquentes dans le cadre des transports de marchandise par mer plus particulièrement dans le cadre d'ouverture du crédit documentaire. Elles ont tendance à se renforcer avec le développement des techniques de l'information et de la communication, et notamment de l'informatique et des réseaux numériques comme Internet, qui mettent à mal le caractère non public d'un certain nombre de données. Les parties qualifient les engagements souvent de confidentialité, parfois de secret et plus rarement de discrétion. La différence entre ces notions réside dans le fait que là où la première implique une diffusion réduite, continue et contrôlée de l'information, la seconde signifie une absence de diffusion totale, tandis que la troisième donne, au contraire, au débiteur un choix subjectif quant aux personnes susceptibles de connaître l'information. Juridiquement, c'est donc quasi uniquement à l'expression intermédiaire de confidentialité que renvoient les parties. Le *confident* s'entoure généralement de partenaires afin d'analyser les informations reçues dans la perspective d'en dégager des enseignements à l'égard de l'opération projetée. L'obligation en elle-même recouvre potentiellement plusieurs engagements. Si l'abstention de divulguer les données protégées est une obligation évidente et inhérente à la confidentialité, celle-ci englobe également un devoir de non exploitation ou de non usage et, le plus souvent, de non révélation de la négociation elle-même et de tout ce qui entoure cette négociation, y compris les clauses du contrat de confidentialité. L'objet de la clause ou de la convention est, en revanche, unique. Il s'agit de l'information, laquelle est particulièrement délicate à définir en termes juridiques. Cependant, dans le cadre d'une transmission d'information assortie, pour le récepteur, d'une obligation de confidentialité, il ne saurait s'agir d'une cession d'information, celle-ci étant partagée et non perdue par son émetteur⁵⁰³. Nous rappelons, conformément au principe d'Unidroit, qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours des négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon indue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie.

La conclusion des contrats dans le commerce maritime est souvent précédée de négociations plus ou moins longues. Les parties peuvent souhaiter mettre leur contrat par écrit et déclarer que ce document constitue leur accord final. Mais le moment où l'accord est conclu n'est pas toujours connu.

⁵⁰³ A ce propos CREMEUX M., *le secret des affaires*, in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, n° 18., TERRE F., *les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 588.

SECTION 2 : la communication d'intention ou notification

272. En droit des contrats le principe de la liberté contractuelle est corollaire de l'absence des conditions de forme. Toutefois, lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit électronique doit répondre à des exigences équivalentes⁵⁰⁴. Il est sans nul doute admis que le contrat est conclu soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord. Mais cela ne suffit pas à déterminer la période d'intervention de l'accord unissant les parties. Même si la période précontractuelle est le moment où la déclaration et la demande se font. La question des moyens appropriés ne se pose pas dans la mesure où ils dépendent de la disponibilité et de la fiabilité des divers modes de communication. Ainsi pour qu'un échange électronique soit approprié aux pratiques contractuelles, le destinataire doit consentir de façon expresse ou implicite, à recevoir des notifications électroniques (**paragraphe 1**). Nous utiliserons la note de chargement pour illustrer notre thèse à propos de l'intention qui englobe la volonté contractuel. En effet, cette dernière peut être envoyée par courriel au moment de la conclusion du contrat électronique. Mais ce document ne saurait remplacer pour autant le connaissance car les conditions dans lesquelles le contrat est conclu déterminent son caractère spécifique. Il peut par contre servir de preuve de la prise en charge des marchandises et de la conclusion du contrat de transport⁵⁰⁵ (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la notification dans l'EDI

273. La notification dans les échanges de données informatiques doit être comprise dans le sens où le chargeur et le transporteur ont des relations d'affaires de longue durée. C'est-à-dire ils ont toujours négocié et conclu leurs contrats par Internet. La question qui se pose est de savoir quel est le sort, dans cette relation d'affaire, du transporteur qui émet des réserves sur la marchandise reçue pour le transport et le notifie directement au chargeur par un message électronique ? Et si le chargeur ne la lit pas (il n'a pas l'habitude de le faire dans cette relation), et découvre la notification du transporteur 15 jours après qu'elle ait été envoyée et la rejette parce que tardive. Dans ces cas, le transporteur peut-il objecter qu'il avait notifié au chargeur le défaut des marchandises ? Et que ce passe-t-il si la notification est envoyée à une autre adresse que celle utilisée habituellement dans la relation ? La réponse est subordonnée au principe de la *réception*, c'est-à-dire que la notification ne prend effet que lorsqu'elle parvient à la personne à laquelle elle est destinée⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Article 1176 Code civil.

⁵⁰⁵ Art. 18 des règles de Hambourg.

⁵⁰⁶ Voir les principes d'Unidroit 2010, art. 1.10 Principe de la réception.

274. Le problème est complexe si le chargeur soutient que ces réserves ne lui sont pas opposables car il n'aurait jamais reçu la notification. En effet, les réserves, si elles ne figurent pas sur le connaissement, peuvent être notifiées par courriel ou par courrier recommandé avec avis de réception. Mais ce dernier est insuffisant en matière de preuve. La simple signature portée sur un accusé de réception démontre simplement la réception d'un courrier à la date indiquée et est inefficace pour établir le contenu d'un acte juridique. Toutefois, le cycle de vie du courrier imprimé peut poser des difficultés s'il ne fait pas l'objet de justification technique. Tel est le cas par exemple de la copie électronique du courrier qui n'a pas fait l'objet d'un archivage numérique conforme aux règles de la conservation des données numériques. C'est la combinaison archivage impression qui permet de déterminer de façon nette la réception de la notification. Cependant le principe connaît des limites. Le rapport support électronique et support papier est délicat au plan probatoire. L'impression du document peut entraîner une rupture dans la fiabilité du contenu. Néanmoins, la sécurité informatique peut réduire cette fragilité. Il nous faut aussi reconnaître la primauté du recommandé électronique en terme de moyen de preuve. Ce dernier conserve les empreintes du document permettant d'établir la preuve de son contenu. En outre, il n'y a pas de rupture de support, ce qui fait la spécificité du contrat électronique dans le commerce maritime. On se demande si la note de chargement peut prouver le contrat électronique.

Paragraphe 2 : La note de chargement dématérialisée

275. Même si le connaissement ne fait pas le contrat de transport, il constitue néanmoins le document qui constate ce contrat de transport et détermine les obligations respectives de chacune des parties. De plus les énonciations qu'il comporte l'emportent sur toute autre preuve extrinsèque⁵⁰⁷. Le transport ayant été annulé et l'émission du connaissement empêché suite à un accident de manutention au chargement, la note de chargement envoyée par voie électronique peut-elle en tenir lieu pour faire foi des clauses et conditions régissant le transport convenu ? Autrement dit est-ce qu'une note de chargement peut constituer un document formant titre de transport maritime⁵⁰⁸ ? La réponse est oui selon la jurisprudence⁵⁰⁹ et les conventions en vigueur⁵¹⁰. Toutefois cette position de la jurisprudence et des conventions pose un certain nombre de difficultés

⁵⁰⁷ CA Versailles, 12^e ch., 31 mai 2001, n° 98/04056, Kertainer c/ Navigation et transport. Lamy transport, tome 2, 2016.

⁵⁰⁸ A ce propos, CA Rouen 18 octobre 1984, DMF 1986-33, les débats portaient sur l'opposabilité au transporteur maritime de la déclaration de valeur figurant sur la note de chargement en l'absence de l'émission d'un connaissement pour le transport d'une machine-outil qui avait disparue avant sa mise à bord du navire.

⁵⁰⁹ CA. Aix Marseille, Sté. SOFRESA et diverses compagnies d'assurance c/ Capitaine du navire Robert Bornhofen Rederi, DMF, n° 510, 1 nov. 1991.

⁵¹⁰ La convention de Bruxelles de 1924, article 1 b et de Hambourg de 1978.

dans la mesure où la note de chargement qui ne comporte aucune clause (de compétence) ne peut être assimilée au connaissement document de transport s'il n'est pas complété au verso par la référence aux conditions générales du transport. En outre, si l'envoi par courrier électronique de la note de chargement est possible, la référence aux conditions générales doit y figurer. Par ailleurs, le chargeur qui a choisi le transporteur doit connaître et accepter les clauses et conditions s'appliquant au contrat de transport.

Dans le cadre des contrats électroniques le renvoi figurant dans le courrier électronique aux clauses et conditions du connaissement en cas d'absence de ce dernier peut servir de preuve du contrat de transport. A condition que subsistent des traces (conservation et archivage) de ce courriel valant commencement de preuve par écrit.

276. D'un autre côté, assimiler la note de chargement au connaissement revient à conférer les mêmes fonctions du connaissement à la note de chargement. Or, cette dernière, si elle ne fait que mentionner le nom du déclarant, le nom du navire transporteur, la désignation des ports d'embarquement et de débarquement, reste un document qui reprend uniquement le détail des marchandises reçues pour être chargées. Par conséquent, elle ne saurait suffire pour être admise au même titre que le connaissement. Sur ce point la jurisprudence refuse d'assimiler la note de chargement à un connaissement dont la finalité est différente mais admet qu'elle peut faire la preuve du contrat de transport⁵¹¹. La similarité de la note de chargement et du connaissement est inexistante du point de vue de leur nature juridique, de leur fonction et de leur finalité. De même, leur contenu diffère à certains endroits (il n'y a pas de conditions générales au verso). Sur cette différence, le professeur du PONTAVICE relevait encore qu'un certains nombre de documents aux appellations variées, dont la note de chargement, ne sont pas des connaissements. Cependant, ils peuvent constater l'existence d'un contrat de transport⁵¹² sans pourtant remplacer le connaissement.

La finalité de la recherche est donc d'assimiler certaine formes de transmission électronique à la forme écrite, en vue de simplifier la conclusion des contrats électroniques. La transmission de la note de chargement par voie électronique est possible si les informations qu'elle contient sont accessibles au moyen d'un écran. Dès lors, pour que la transmission électronique puisse offrir les mêmes garanties, notamment en matière de preuve, il suffit qu'il soit possible de sauvegarder et d'imprimer les informations⁵¹³.

⁵¹¹ Sur ce point, la juridiction Marseillaise s'est conformée à la jurisprudence antérieure du 1 octobre 1980, DMF 1982- 23 et 16 mars 1982, DMF 1984-291, note BONASSIES.

⁵¹² De ce fait les dispositions de la loi du 18 juin 1966 s'appliquent.

⁵¹³ A ce propos, la CJUE affirme que la pratique commerciale qui consiste à ne rendre des informations accessibles que par un hyperlien sur un site Internet ne satisfait pas aux exigences des dispositions de la directive 97/7/CE, du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, art. 5, paragraphe 1, JO L 144, p. 19, dès lors que ces informations ne sont ni fournies par l'entreprise concernée ni reçues par le consommateur, au sens de cette disposition, et qu'un tel site Internet ne peut être considéré

CHAPITRE III : les conditions de formation et d'exécution des contrats dématérialisés

Si le contrat de type classique exige souvent la présence physique des parties contractantes, il en est autrement de la formation du contrat électronique. En effet, c'est avec la loi type 1996 que les conditions de formation du contrat électronique ont été élaborées. En outre, la loi du 21 juin 2004⁵¹⁴ a émis des dispositions concernant le processus contractuel préalable à la formation du contrat. Ainsi le cocontractant est protégé en évitant qu'il s'engage dans un accord par le simple fait d'accepter de façon mécanique en cliquant sur un bouton.

277. Toutefois le processus contractuel électronique en droit du commerce maritime n'est qu'à ces débuts, il nous faut l'adapter pour des soucis de sécurité juridique et de célérité dans les transactions commerciales. D'ailleurs en droit civil, la question ne se pose plus car la loi du 21 juin établit le processus d'élaboration du contrat électronique qui peut se dérouler en plusieurs phases et peut être adapté au transport maritime de marchandise. Le cyber-chargeur qui a pris connaissance des offres de transport sur internet et a sélectionné un cyber-transporteur puis fourni les informations sur la marchandise, manifeste sa volonté de contracter en adressant au cyber-transporteur une réservation de fret par voie électronique. De son côté, le cyber-transporteur doit, dans les meilleurs délais, accuser réception de ce document par mode électronique. Cette formalité permet au chargeur d'avoir la certitude que son intention de contracter a bien été prise en compte. Cette étape est immédiatement suivie du récapitulatif des clauses contractuelles. Ainsi, le cyber-transporteur adresse un récapitulatif de la commande à son client. Ce dernier doit être en mesure de vérifier le détail des clauses qui y sont stipulées, notamment le montant du fret à payer et, le cas échéant, de pouvoir corriger les éventuelles erreurs de saisie. La réitération de l'acceptation doit nécessairement intervenir. Le cyber-chargeur réitère matériellement son acceptation du contrat par le procédé du *double clic*, pratique selon laquelle le client vérifie et valide sa commande.

Il nous faut déterminer le moment et la validité du consentement dans la conclusion du contrat électronique. Pour cela, une question mérite notre attention et porte sur le fait de savoir si la confirmation successive du chargeur par l'envoi de l'accusé de réception et le transporteur par la réitération de son acceptation consolide le consentement contractuel à l'égard des parties ? (**section 1**). La vente maritime fait intervenir souvent un contrat de transport maritime. Mais si du point de vue commercial, le contrat de transport apparaît comme l'accessoire du contrat de vente, juridiquement ces deux contrats sont souvent indépendants. De même, dans le cadre du contrat de

comme un support durable au sens dudit article 5, paragraphe 1. Selon l'arrêt, le consommateur doit recevoir certaines informations par écrit ou sur un autre support durable, C-49/11, UE : C : 2012 : 419.

⁵¹⁴ Loi n° 2004-575, 21 JUIN 2004, art. 25-II.

transport maritime, le connaissance occupe une place non négligeable dans la mesure où le lieu de son émission détermine souvent la loi applicable. A ce stade, on se demande si le lieu d'émission doit être pris en compte dans le cadre de la dématérialisation. Le contrat de transport prend fin par la livraison de la marchandise et le paiement du fret. C'est l'accomplissement de la convention⁵¹⁵ (Section 2).

SECTION 1 : Le consensualisme dans le processus contractuel électronique

Nous l'avons vu le contrat de transport ou de vente maritime est conclu à l'issue des négociations entre les parties. Cependant, il arrive que le chargeur, tout en signifiant au transporteur son intention de faire transporter sa marchandise par ce dernier, inclut dans son message électronique des éléments supplémentaires ou différents de ceux de l'offre. Dans ce cas, ce message doit être considéré comme une contre proposition du chargeur que le transporteur peut ou non refuser ou accepter de façon claire, en délivrant par exemple, par message électronique, un reçu pour embarquement. Ainsi come tout contrat, le contrat électronique doit respecter les quatre conditions de validité que sont le consentement, la capacité l'objet et la cause. Mais il faut établir le domaine du consentement (**paragraphe 1**) pour aboutir à la confirmation de l'écrit électronique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : le domaine de l'échange des consentements

278. L'identification des parties est plus que nécessaire dans le cadre des contrats électronique car ce dernier met en relation des personnes éloignées. L'ordinateur est le seul moyen qui les uni. Donc il est primordial d'identifier les parties au contrat. Un message de données émane de l'expéditeur s'il a été envoyé par ce dernier⁵¹⁶. En outre, le consentement des parties au contrat doit exister et être exempt de vices (erreur, dol et violence). Par exemple lors d'une opération électronique, le cyber-chargeur exprime son consentement en cliquant sur une rubrique qui le conduit à réserver le fret. Le consentement n'est valide que si le cyber-transporteur met à la disposition du chargeur une procédure de validation obligatoire du consentement. Dans ce contexte, la reconnaissance par les parties des messages de données est impérative. Le consentement est tributaire dans la relation entre le chargeur et le transporteur des informations sur

⁵¹⁵ DELEBECQUE Ph. PANSIER F. J, *Droit des obligations Contrat et quasi-contrat*, LexisNexis, 2018, p311.

⁵¹⁶ Article 13. 1, de la loi type de 1996.

les conditions de transport et sur la nature des marchandises. L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire de la manifestation de la volonté en dépendent. Or, contracter c'est d'abord vouloir, et vouloir d'une manière intègre. Mais comment ce présente le consentement dans l'échange de données électroniques ?

279. Pour le savoir il nous faut analyser la relation entre l'expéditeur et le destinataire des messages. En effet l'accusé de réception est le moyen efficace pour s'assurer du consentement de la partie contractante. Si le transporteur n'a pas convenu avec le chargeur que le consentement sera donné sous une forme ou selon une méthode particulière, le consentement peut être donné par toute communication, automatisée ou autre, émanant du chargeur, ou par tout acte du chargeur, suffisant pour indiquer au transporteur que le message incluant le consentement a été reçu. Ainsi, si l'effet du consentement est subordonné à la réception d'un accusé de réception⁵¹⁷, le consentement est considéré comme n'ayant pas été donné tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu. Lorsque le transporteur reçoit l'accusé de réception du chargeur, le consentement en question est réputé avoir été reçu par le transporteur. Cette présomption implique que le consentement correspond au message reçu. Reste à savoir maintenant si un écrit électronique vaut confirmation d'un contrat.

Paragraphe 2 : la formation et la confirmation du contrat par l'écrit électronique

Le contrat se forme par l'échange de consentement, mais en matière de contrat électronique l'écrit est exigé **(a)**. Aussi le lieu d'émission du contrat ne doit pas être négligé **(b)**.

a. la formation du contrat électronique

Les transactions électroniques sont caractérisées par : la dématérialisation, et la délocalisation des échanges par Internet. De plus, le processus contractuel par voie électronique, et le régime de l'établissement ou de la résidence des opérateurs est empreint d'une grande spécificité par rapport aux conditions dans lesquelles s'effectue le commerce dit traditionnel. A cet égard, il est souvent admis que les contrats électroniques diffèrent des contrats traditionnels, par la modification du support de l'échange (le papier et l'ordinateur), mais pas de la nature juridique de l'accord qui resterait un contrat. Il demeure que, les contrats électroniques présentent la spécificité d'être conclus avec les ordinateurs en l'absence de tout contact direct et concomitant. Dès lors, du point de vue des contrats traditionnels, les transactions électroniques posent les questions inédites du moment et du lieu de leur formation.

280. La question qui se pose est de savoir si le contrat électronique se forme par l'envoi *dispersé* des messages de données ou par la compilation dans un document unique de ces

⁵¹⁷ Article 14 de la loi type de 1996.

messages ? Et quel est le sort des clauses complémentaires transmises dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat ? Ces clauses font-elles parties du contrat ? La confirmation du contrat par écrit suppose l'archivage ou l'impression du contrat. Conformément à l'article 1366 du code civil⁵¹⁸. Par ailleurs, la situation est toute autre si un contrat a déjà été conclu par des messages de données. Cette communication se limite souvent aux clauses essentielles du contrat. Tel le cas par exemple de l'incorporation par référence des clauses de compétence et d'arbitrage dans le connaissance électronique. Ces clauses complètent celles qui avaient déjà été convenues, ou se distinguent de celles stipulées auparavant. Dès lors, il faut admettre que les clauses complémentaires ou différentes de celles préalablement convenues par les parties et contenues dans le document électronique font partie du contrat. Toutefois ces nouvelles clauses ne doivent pas compromettre la substance de l'accord et que le cocontractant ne s'oppose pas à ces clauses tardivement.

281. La détermination exacte des nouvelles clauses compromettant la substance du contrat n'est pas toujours aisée en cas de confirmation par écrit. Supposons que le chargeur envoie au transporteur un message électronique pour la réservation de fret et que le transporteur accepte la réservation. Un jour après le transporteur reçoit un message du chargeur confirmant les termes de leur accord en ajoutant qu'il souhaite être présent pendant le chargement de la marchandise dans le navire. Cet acte de présence n'est pas une modification substantielle de l'accord préalable, il en fera partie par conséquent. Mais si le chargeur en confirmant les termes du contrat ajoute une clause d'arbitrage ou de loi applicable, de telles clauses constituent une modification substantielle à moins qu'il en soit autrement dans la pratique de cette activité. En matière de transport de marchandise le connaissance est le document qui matérialise la volonté des parties. Mais si cette volonté est exprimée via internet, il faut établir le lieu d'émission de ce document.

b. le lieu d'émission du contrat électronique

282. La plupart des textes nationaux et internationaux ont adopté des dispositions sur le lieu de conclusion des contrats pour en déduire la loi applicable. Sur ce point, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique suggère de retenir que les données échangées sont réputées avoir été expédiées du lieu où l'expéditeur, c'est-à-dire le vendeur, a son établissement, et avoir été reçues au lieu où le destinataire (l'acheteur) a son établissement⁵¹⁹. Cependant, cette Loi type est dépourvue de force contraignante. Elle se présente seulement comme une référence pour les États qui

⁵¹⁸ L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

⁵¹⁹ Article 15 de la Loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique.

accepteront de l'incorporer dans leur ordre juridique interne. Ce qu'il faut comprendre par cette disposition est que même s'il est admis que l'Internet dépasse les frontières, l'ordinateur par lequel passe le message peut être localisé dans une zone géographique appartenant forcément à un État. Et les opérateurs économiques sont obligés dans le cadre de leurs *affaires* de définir leur situation géographique conformément aux textes en vigueur (voir le principe d'immatriculation). Donc le lieu de conclusion du contrat de transport peut coïncider avec le lieu d'émission du connaissance.

283. D'un autre côté, faut-il considérer le lieu d'émission du connaissance comme inopérant dans les accords électroniques ? La réponse est négative. Dans la mesure où nous avons démontré que la situation géographique peut être déterminée peu importe la localisation de l'internaute. Par exemple une adresse IP (avec IP pour Internet Protocol) est le numéro qui identifie chaque ordinateur connecté à Internet, ou plus généralement et précisément, l'interface avec le réseau de tout matériel informatique connecté à un réseau informatique utilisant l'Internet Protocole. Ainsi à partir de l'adresse IP on peut localiser l'ordinateur. Dans ce contexte, le lieu d'établissement du connaissance électronique ne devrait plus se poser. A cet égard, les principes posés par les conventions quant au lieu d'émission du connaissance ne sont pas bouleversés. En effet, La Convention Internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance s'applique selon son article 10 à tout connaissance créé dans un État contractant. En outre, l'article 5 des Règles de Visby dispose, que la présente convention s'applique à tout connaissance relatif à un transport de marchandises entre ports relevant de deux États différents. Dès lors, le connaissance émis dans un État contractant, conditionnera la loi applicable. À condition que cette dernière n'ait pas été choisie par les parties.

284. Comme nous l'avons vu la conclusion de tout contrat passe nécessairement par la théorie de l'émission et l'acceptation des conditions de l'accord. Toutefois, assez d'encre n'a pas coulé sur la question de la détermination du lieu de l'émission du connaissance électronique. Alors, une question se pose à nous : faut-il appliquer cette dernière pour déterminer le lieu de conclusion du contrat électronique ? Sans reprendre, ici, le débat sur ces théories, on peut simplement retenir qu'en dernière analyse, la théorie de la réception semble être la solution consacrée sur la question du lieu de la conclusion du contrat⁵²⁰. Or, la réception existe dès que la manifestation de volonté parvient dans le système informatique du cocontractant⁵²¹. Donc, le contrat est conclu au lieu et au moment où le message d'acceptation parvient dans le système de l'offrant. De même le connaissance est émis au lieu et au moment où le message d'acceptation parvient dans le système du transporteur.

⁵²⁰ Voir LEMYRE, *le guide juridique du commerçant électronique*, Paris, Litec, 2001, p. 93.

⁵²¹ Les principes d'Unidroit, de manière totalement identique à la convention de Vienne, consacrant sans équivoque la théorie de la réception. En effet, l'article 2.1.6 des principes prévoit que l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.

285. Au demeurant, les normes de droit international privé renvoient fréquemment aux notions de domicile, de résidence, d'établissement, de siège de l'activité, de siège de l'administration des personnes morales⁵²² pour déterminer la loi applicable. Le problème d'interprétation de ces notions, dans l'univers de l'Internet, s'était posé. On s'est demandé si le lieu où est localisé l'ordinateur dans lequel sont exécutées les informations transmises à travers Internet, ou bien si le site Internet, peuvent en eux-mêmes compléter les notions de *résidence, d'établissement ou, celle d'une succursale, d'une agence ou de tout autre siège de l'activité*⁵²³.

286. Il nous faut maintenant adapter cela au document de transport maritime. En théorie comme en pratique, deux possibilités existent : soit on applique la loi du pays où le transporteur a saisi le connaissance soit on fait application de la loi du pays où le connaissance, est archivé sur un serveur, téléchargeable et disponible pour le chargeur. Si l'on penche pour la première solution, on retiendra, par exemple, que le connaissance est réputé émis à Rotterdam, lieu de saisie et d'émission du connaissance, qui est téléchargeable à partir du serveur⁵²⁴ de la compagnie. Et si le serveur se trouve en France et que les informations du transporteur y sont stockées, la loi française va-t-elle s'appliquer ? En principe, le chargeur connecte son ordinateur au serveur qui accepte la demande et lui renvoie la réponse. La loi applicable à cette situation est la loi Hollandaise car le connaissance y est émis. Le serveur situé en France a uniquement servi d'intermédiaire partageant les informations.

287. L'ensemble des droits positifs, aussi bien aux États-Unis qu'au Pays-Bas, en Allemagne qu'en France, semble s'orienter vers une autre solution, tenant compte des principes généraux du droit et de la spécificité de l'outil Internet. Les informations sont, en principe, soumises à la loi du seul pays dans lequel elles sont mises à la disposition des internautes (loi du serveur), dès lors que cette mise à disposition se fait d'une manière passive, qui implique que l'internaute sollicite activement lesdites informations. On considère alors qu'il se déplace vers le serveur afin d'en récupérer l'information de son choix, et ainsi conclure la convention au lieu où est localisé ce serveur. Par contre, dans l'hypothèse où les informations sont envoyées activement, sans que l'internaute auquel elles sont destinées les sollicite préalablement, dans des pays autres que celui où est situé le serveur, on considère généralement que ces informations tombent alors sous le coup des lois du pays de réception, la convention étant alors réputée conclue dans ce pays.

288. Toutefois, ces hypothèses sont critiquables. Comme nous l'avons souligné l'internet n'est qu'un moyen de communication et que derrière l'ordinateur se trouve un individu pour saisir les

⁵²² Voir les articles 3, 2 et article 4.3 de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelle, JO-CE du 26/01/1998.

⁵²³ Consulter DRAETTA U., *Internet et commerce électronique en droit internationale des affaires*, p. 25.

⁵²⁴ La fonction principale d'un serveur Web est de stocker et délivrer des pages web qui sont généralement écrites en HTML (HyperText Markup Language) format de données conçu pour représenter les pages Web. Sur [technet.microsoft.com/fr-fr/library/cc770634\(v=ws.11\).aspx](http://technet.microsoft.com/fr-fr/library/cc770634(v=ws.11).aspx).

données. Donc la fiction du cyberspace ne peut prendre en otage le caractère physique de l'intervention humaine dans la mesure où la situation géographique peut toujours être établie. Ce ne sont pas les ordinateurs qui concluent les contrats mais des personnes utilisant comme moyen de communication l'ordinateur et l'Internet. Dès lors, seul le caractère physique et géographique est déterminant pour situer le contrat. Le serveur est comme la poste qui reçoit des colis pour les envoyer aux quatre coins du monde parfois même jusqu'au domicile du destinataire. Parmi ces colis se trouvent des contrats sous forme papier et pourtant la poste n'est pas le lieu de conclusion desdits contrats. De plus les personnes se déplacent vers la poste pour retirer leurs colis cela ne fait pas pour autant de la poste le lieu de conclusion du contrat. De même le serveur peut être considéré comme un courtier qui met en relation des personnes en vue de conclure un contrat peu importe le domicile du courtier, il ne peut être considéré comme étant le lieu de conclusion du contrat. Ce qui est constant, c'est que la compagnie de transport maritime se situe toujours dans une zone géographique pour émettre le connaissance et non dans l'espace virtuel tel que l'Internet. Même dans la zone maritime internationale on peut retenir comme lieu d'émission du connaissance, le navire et par conséquent retenir la loi du pavillon. Le problème serait-il traité autrement en cas de transfert des documents électroniques ?

SECTION 2 : l'exécution du contrat électronique et le transfert des documents contractuels

Le contrat de transport fait naître des droits et obligations à l'égard de l'expéditeur et du transporteur. Ces obligations sont l'acheminement de la marchandise et le paiement du fret (**paragraphe 1**). A cet égard, l'échange de document électronique reste possible mais son aspect juridique doit être déterminé (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'exécution de l'obligation principale

L'exécution du contrat de transport maritime suppose l'accomplissement d'une obligation à la charge du transporteur et au chargeur. Toutefois, en transport maritime, l'accomplissement d'une obligation directement liée à l'exécution du contrat n'incombe pas uniquement au transporteur, mais aussi à la *partie exécutante*. Pour le comprendre nous nous sommes inspirés des Règles de Rotterdam de 2008. En effet, l'article 1 § 6 a) dispose que le terme *partie exécutante* désigne : *une personne, autre que le transporteur, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des*

obligations incombant à ce dernier en vertu d'un contrat de transport concernant la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, les soins, le déchargement ou la livraison des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou son contrôle. Par ailleurs, la nature des obligations incombant au transporteur, sont énumérées par le même article 1 § 6 de la Convention et doivent être en rapport avec la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, les soins, le déchargement ou la livraison des marchandises. Cependant, certaines de ces obligations peuvent être mises à la charge du chargeur.

Malgré toute disposition contraire, le transporteur est tenu, avant et au début du voyage, de faire diligence pour : fournir un navire en état de navigabilité, compte tenu du voyage qu'il doit effectuer et des marchandises qu'il doit transporter ; il doit convenablement armer, équiper et approvisionner le navire⁵²⁵. Le transporteur commet une faute s'il arrime la marchandise sur le pont du navire en l'absence de consentement du chargeur mentionné sur le connaissement ou de dispositions réglementaires l'imposant. Le consentement du chargeur est supposé donné en cas de chargement en conteneur à bord de navires munis d'installations appropriées pour ce type de transport⁵²⁶. Le transporteur est privilégié, pour son fret, sur les marchandises de son chargement, pendant les quinze jours suivant leur délivrance si elles ne sont pas passées dans les mains de tiers⁵²⁷. Dans le cas où les chargeurs ou les ayants droit sont soumis à une procédure collective avant l'expiration du délai mentionné à l'article L. 5422-8, le transporteur est privilégié sur tous les créanciers pour le paiement de son fret et des avaries qui lui sont dues⁵²⁸. Le chargeur est responsable des dommages causés au navire ou aux autres marchandises par sa faute ou par le vice propre de sa marchandise⁵²⁹. Toutes actions contre le chargeur ou le destinataire sont prescrites par un an⁵³⁰.

Paragraphe 2 : le transfert du contrat électronique : validité et opposabilité aux tiers

Le transporteur doit, sur demande du chargeur, émettre un connaissement. Le connaissement peut prouver le contrat de transport. La question qui se pose est de savoir si dans le contexte de la dématérialisation, le critère du lieu d'émission du connaissement peut être retenu pour appliquer

⁵²⁵ Article L5422-6 du code des transports, transport et navigation maritime.

⁵²⁶ Article L5422-7, *ibid.*

⁵²⁷ Article L5422-8, *ibid.*

⁵²⁸ Article L5422-9, *ibid.*

⁵²⁹ Article L5422-10, *ibid.*

⁵³⁰ Article L5422-11, *ibid.*

une convention qui en fait référence ? Le principe en matière contractuelle, est que le contrat est formé au lieu où se trouvent les parties. La mise en œuvre du principe ainsi dégagé pose un problème dès lors que le contrat est conclu via Internet. Et que le connaissance est émis par le même procédé. Pour le contrat de transport, conclu sur un site web de la compagnie de transport, on pourra retenir comme lieu de conclusion, soit le lieu où est hébergé le site, soit le siège de la compagnie de transport, soit le domicile du chargeur personne physique. Est-ce dans le même ordre d'idée, que l'on pourra réputer formé un contrat conclu par courrier électronique au lieu de l'émission de l'accord, ou au lieu de réception⁵³¹ ? En déduire le lieu d'émission du connaissance. En effet le lieu d'émission du connaissance présente un intérêt pertinent dans le processus de dématérialisation des documents du commerce maritime et de l'exécution du contrat de transport. Le transfert du connaissance négociable implique-t-il une cession de créance et une cession de contrat ? En effet, nous avons démontré que le connaissance à une valeur juridique (n°234) du fait qu'il représente la marchandise et que sa détention équivaut à la détention de la marchandise. Ce connaissance négociable à aussi une valeur financière (n°396) quand il circule et de ce point de vue, il peut constituer une créance et être cédé.

289. Toutefois, le transfert de ce document devenu *un titre de créance* peut soulever des opposabilités dans les rapports avec les tiers. En principe, comme en matière de cession de créance, le transfert du document n'est opposable au transporteur cédé que s'il lui a été notifié ou s'il en a pris acte. Le transporteur cédé qui a su et accepté le transfert du document de façon certaine et non équivoque, ne peut se prévaloir du défaut des formalités prévues par l'article 1324, al. 1^{er} du code Civil. Une simple notification suffit pour rendre opposable le transfert. Si le consentement du transporteur est requis pour que l'opposabilité puisse jouer, il n'en demeure pas moins que cela soit une condition de validité du transfert. Pour ce qui est de l'opposabilité des exceptions (art. 1324, al. 2), une distinction est faite entre les exceptions inhérentes au contrat de transport et les exceptions extérieures à celui-ci ou personnelles au cédant (chargeur qui vend le connaissance). Les exceptions inhérentes au contrat peuvent être opposées par le nouvel acquéreur au transporteur quelle que soit la date de leur naissance. L'article en donne quelques exemples : la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution. Les exceptions extérieures au contrat de transport ne sont opposables à l'acquéreur que si elles sont nées avant que le transfert du document n'ait été rendue opposable au transporteur.

290. Toutefois, en l'absence de législation spécifique, l'appréhension de cette opération de transfert de document est malaisée. « *La difficulté en notre matière réside précisément dans le fait que l'on veut transmettre à autrui un rapport avec une tierce personne ; c'est cette tierce personne qui va être le gêneur : dans quelle mesure pourra-t-on, indépendamment de sa volonté, disposer de*

⁵³¹ Voir COUTELLIER S. et DURINDEL L., *La loi applicable aux contrats conclus sur Internet*, P.8.

sa situation de contractant ? ». Tels sont les termes de l'interrogation qui résulte du transfert de document comme le connaissement. L'obstacle majeur qui pose problème en matière de cession du connaissement (suite à une vente de la marchandise en cours de transport) est en effet l'existence du contractant cédé (le transporteur), lui-même tiers à la convention de cession, mais à cause duquel pourtant la cession conventionnelle de contrat est très vivement controversée. En effet, celui-ci ne saurait voir un tiers substitué à son cocontractant initial contre son gré. C'est pourtant l'objectif majoritairement souhaité par les praticiens de la cession conventionnelle de contrat.

291. La multiplicité des fonctions du connaissement rend complexe le transfert du document. Nous l'avons vu, il est difficile dans ce cas de parler de « *cession conventionnelle de contrat* » ? L'opération dont il est question a longtemps été, et demeure, discutée. En effet, tout le débat tourne autour de la sauvegarde des intérêts du contractant cédé. Le connaissement n'est pas un contrat mais un titre représentatif. Or, le contrat de transport est un accessoire de ce titre représentatif à tel point qu'ils sont indissociables. Le transfert de l'un emporte souvent le transfert de l'autre. Nous verrons ainsi que la reconnaissance du principe même d'une cession conventionnelle de contrat est délicate en raison de sa contrariété avec de grands principes du droit français. Elle a finalement été admise, mais son régime n'a pas encore été définitivement fixé. Ceci n'est pas sans provoquer de vives réactions au sein de la doctrine française, et il faut bien avouer qu'à l'heure actuelle, le droit positif ne nous donne que peu d'éléments pour procéder à une cession conventionnelle de contrat efficace.

292. On perçoit d'ores et déjà la nécessité naissante de créer un régime propre au transfert de documents qui s'apparente à la cession de contrat. Il convient, enfin, d'aborder l'hypothèse des « cessions de vente » dans la mesure où c'est cet acte qui est à l'origine du transfert du connaissement. A priori, l'expression « cession de vente » semble curieuse. Car en effet, le transfert de propriété s'effectuant par le seul échange des consentements, la vente n'a pas vocation à s'inscrire dans le temps : c'est un contrat à exécution instantanée. Une fois qu'elle est intervenue, la propriété est passée des mains du vendeur aux mains de l'acheteur et toute « cession » du contrat de vente paraît inconcevable. Toutefois, la vente des marchandises en cours de transport perturbe la logique sus-évoquée. Dès lors, un tel cas ne peut être envisagé que si le transfert de propriété a été retardé. Le contractant initial peut-il se substituer un tiers entre le moment de la conclusion du contrat et celui du transfert de propriété ? A priori, rien ne s'y oppose : le cessionnaire devra alors exécuter les obligations, notamment de paiement du prix, directement auprès du contractant cédé. *Il n'y a pas là de revente puisque l'acheteur cédant n'aura jamais été propriétaire.* Alors la propriété passera des mains du contractant cédé directement aux mains du tiers cessionnaire du contrat. Seul est donc cessible un contrat dans lequel le transfert de propriété a été différé, et ce contrat n'est cessible qu'autant que ce transfert n'a pas été réalisé, sinon il y a revente, laquelle est exclusive de cession de contrat

293. Si le transfert du connaissance emporte la cession du contrat de transport, il permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat transmis. La Cour de cassation affirme ici nettement l'originalité de la cession de contrat. Il ne s'agit plus de la cession d'une créance ajoutée à la cession d'une dette mais de la cession d'un tout : le contrat, entier. Nombre d'auteurs en droit français ont rejeté cette conception unitaire de la cession, car elle conduit à affirmer une unité matérielle du contrat, permettant de l'assimiler à une chose. Cependant, nous avons vu que la conception dualiste de la cession de contrat n'est pas pertinente, et qu'il faut, de fait, trouver un moyen de parvenir à une succession à titre particulier d'un rapport juridique pris dans son ensemble. *Bien qu'un des titulaires change, le rapport juridique reste le même. Nul besoin d'une convention spéciale qui s'interposerait entre le cédé et le cessionnaire et s'ajouterait à la cession de droit. L'acte unique de cession transmet et la créance et la dette* ». L'objet même de la cession unique, c'est un contrat. Il n'y a donc pas deux consentements mais un consentement unique à une opération unique. Cet arrêt s'inscrit dans un mouvement de simplification des transactions, et fait preuve d'un certain renouveau de la jurisprudence en matière contractuelle.

294. Pour revenir à la notion de transfert de document électronique de transport négociable, nous retiendrons que cela désigne le transfert de son contrôle exclusif⁵³². Il s'agira alors de comprendre la notion de transfert de document électronique pour apprécier son aspect juridique dans le commerce maritime international. En effet, le transfert de document électronique doit être compris comme le déplacement des données d'un endroit à un autre ou d'un emplacement à un autre en vue de son traitement. Par exemple, une entreprise peut émettre ses commandes, ses avis d'expédition, ses factures et ses connaissements à partir de son ordinateur, c'est-à-dire qu'elle va émettre des messages électroniques normalisés qui seront télétransmis vers les ordinateurs de ses partenaires commerciaux notamment les fournisseurs, clients, transporteurs et banques qui seront capables d'interpréter et d'intégrer automatiquement les données correspondantes dans leurs systèmes d'information respectifs.

295. Dès lors, il apparaît que le transfert de fichier est une opération informatique, sur laquelle reposent les services de télécommunications. Elle consiste à acheminer, vers un second ordinateur, un document, disponible sur un premier ordinateur. Elle permet de rendre le connaissance ou tout autre document de commerce transféré disponible sur l'ordinateur distant du partenaire.

296. Toutefois, une question demeure. La manipulation du support est-il impossible ? En effet, le téléchargement du document sur support amovible tel que le DVD ou une clé USB reste envisageable. Le transfert de fichier peut se faire d'ordinateur à périphérique, de serveur à serveur, de client à serveur, ou de client à client par l'intermédiaire d'un serveur de messagerie électronique ou plus communément d'un serveur intermédiaire qui stocke (le disque dur) les données

⁵³² Article premier définition .22 des Règles de Rotterdam de 2008.

temporairement afin de permettre au destinataire de les récupérer (téléchargement) sans être en contact direct avec l'émetteur d'origine. Techniquement, cette situation peut être adaptée au connaissance négociable. On retiendra que les transactions bancaires sont des exemples de transfert de document très sécurisés sur l'Internet.

297. D'un autre point de vue, les documents échangés par les partenaires commerciaux sont de différentes natures : bons de commandes, factures, avis de livraison, titre de transport, documents de transit, versements bancaires. Dans le cadre de transfert de document, le cycle de traitement de l'information se présente tel qu'il suit : saisie manuelle et transmission électronique du bon de commande à un fournisseur ; transmission de l'accusé de réception à l'acheteur ; envoi d'un préavis d'expédition des marchandises et d'une facture commerciale ; transmission d'un ordre de virement à la banque pour paiement ; transfert électronique des fonds dans le compte de la banque du fournisseur. Or, dans cette procédure la saisie manuelle des données est opérée une seule fois et tous les documents sont ensuite transférés.

Grâce à la dématérialisation, la circulation des documents électroniques est devenue possible. Cependant, ce concept doit être analysé pour une meilleure compréhension des notions de documents électroniques négociables et de contrôle exclusive.

SOUS-TITRE II : La dématérialisation du connaissance **négociable**

298. L'analyse de la dématérialisation des documents du commerce maritime s'articulera dans cette partie autour du document de transport maritime. L'acceptation du connaissance électronique comme document négociable se fera progressivement avec la définition juridique de la notion de document original et de l'adaptation de la négociabilité de ce document à l'échange informatique. Nous avons développé dans le premier titre de cette thèse la notion d'*original* sans pour autant définir juridiquement cette notion qui d'ailleurs, à l'instar de l'écrit, ne l'a pas été dans aucune législation⁵³³. Nous nous sommes inspirés de la définition du vocabulaire du Doyen⁵³⁴ Cornu pour en déduire la définition juridique de la notion de document original. En effet, un document original peut être considéré comme un *écrit dressé, en un ou plusieurs exemplaires, afin de constater un acte juridique, signé par les parties à l'acte (ou par leur représentant), à la différence d'une copie*. Donc l'original est unique, il ne peut qu'y avoir des copies de l'original. Dès lors, l'exigence implicite d'un document papier découlant du concept d'original doit pouvoir s'adapter à l'original électronique.

Il découle de ce qui précède que le concept d'original est renforcé par la négociabilité du document. Cette négociabilité existe non seulement par la confiance que les banques ou les chargeurs accordent à leurs cocontractants mais par la confiance qu'ils témoignent au connaissance négociable (**chapitre I**). L'obstacle juridique lié à la dématérialisation du connaissance négociable est révolu, reste à convaincre les opérateurs économiques et les juges à reconsidérer les fonctions juridiques du connaissance dans l'univers de la dématérialisation (**chapitre II**).

⁵³³ A ce propos, SENEAL, F., *l'écrit électronique*, éd. Yvon Blais, 2012 ; GOBERT D. et MONTERO E., *l'ouverture de la preuve littéral aux écrits sous forme électronique*, journal des tribunaux, 17 fév. 2001, p. 124.

⁵³⁴ G. CORNU, Vocabulaire juridique, *Original*, 7^{ème} éd., Paris, PUF, 2005.

CHAPITRE I : Le connaissance négociable : un document ambivalent

299. Faudrait-il limiter les fonctions du document électronique pour définitivement appliquer la négociabilité du connaissance dans les échanges commerciaux ? Pour le savoir nous analyserons le mot négociation pris dans le contexte du commerce maritime. Initialement, le mot négociation désigne les différents entretiens qui jalonnent la vie commerciale et ont pour but de dégager des accords⁵³⁵, qu'il s'agisse d'accords d'achat, de vente ou de troc par exemple. Donc, la négociation est une pratique qui consiste à obtenir le meilleur rapport qualité, prix et service en fonction de son juste besoin, en mettant en œuvre un ensemble de techniques et d'outils privilégiant le dialogue, la communication entre l'acheteur et le fournisseur. Il s'agit également de prendre en compte la dimension économique des interlocuteurs et les interactions entre les acteurs de la négociation. Il importe également d'adopter une logique « gagnant/gagnant » et de retenir les idées et propositions opportunes du fournisseur. Cette pratique vient en support des stratégies d'achat de la marchandise en cours de route, mises en œuvre par l'acheteur et le vendeur en collaboration avec le banquier (dans le cadre de l'ouverture du crédit documentaire).

300. De ce point de vue, le connaissance apparaît comme un acte juridique, un instrument d'échange. Et d'une manière générale, les actes juridiques sont des manifestations de volonté accomplies en vue de produire des effets de droit et sans lesquelles ces effets de droit ne se produiraient pas. De cette façon, ils correspondent à l'usage le plus fréquent dans le transport maritime de marchandise : la négociabilité du connaissance. C'est l'opération juridique envisagée quant au fond, en d'autre terme il est le negotium. Cet acte juridique présentement examiné se distingue du document écrit, c'est-à-dire de l'instrumentum, lequel est établi en vue de constater soit un acte juridique (au sens de negotium), par exemple le transport, soit un fait juridique, par exemple l'avarie de la marchandise.

301. La négociation ainsi définie doit être appliquée au connaissance électronique pour admettre son caractère de document transférable électroniquement. Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas d'accord avec l'idée, peut-être fausse, mais répandue dans les milieux commerciaux et officiels, suivant laquelle un message électronique ne peut pas posséder le caractère juridique de négociabilité. Il ne s'agit pas de message électronique mais de document électronique qui, comme nous l'avons démontré dans le titre I de cette thèse, est un ensemble d'informations juridiques et contractuelles stockées dans un support appelé ordinateur. Nous rappelons sur ce point le formulaire type de la CNUDCI. Dès lors, le message de données ne devrait plus être considéré

⁵³⁵ Vocabulaire juridique G. CORNU, 8^e éd, Puf. 2007.

comme des données éparses mais comme un ensemble de données consignées dans un document unique format A4 lisible sur tous les écrans et possédant une valeur juridique (**section 1**). Du point de vue commercial, la valeur du connaissance est sa capacité à assurer la remise présumée de la marchandise commercialement souhaitée. Ce résultat peut être obtenu aussi bien en utilisant le caractère juridique de titre de propriété du connaissance négociable en recourant à la possibilité pratique du transfert du document par la voie électronique dans un réseau interconnecté et sécurisé. Il faut se rappeler toutefois que dans certains types de transactions, en particulier lorsque les marchandises font l'objet d'un échange au cours du transit, il peut être difficile sur le plan commercial de se passer de la notion de négociabilité (**section 2**).

SECTION 1 : Le connaissance un document à valeur juridique complexe

302. L'étude des fonctions du connaissance fait apparaître sa valeur juridique et par conséquent sa complexité. En effet, le connaissance désigne un document faisant preuve d'un contrat de transport par mer et constatant la prise en charge ou la mise à bord⁵³⁶ des marchandises par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises contre remise de ce document. Cet engagement résulte d'une mention dans le document stipulant que les marchandises doivent être délivrées à l'ordre d'une personne dénommée ou au porteur⁵³⁷. Le connaissance maritime apparaît souvent pour les opérateurs du commerce international comme un document *difficile* à comprendre. Il présente de multiples facettes et son utilisation requiert une certaine expérience. Il matérialise en outre le contrat de transport établi entre un chargeur qui peut être l'exportateur ou l'importateur, lequel a souvent mandaté un transitaire, et la compagnie maritime représentée en général par son agent (**paragraphe 1**). Les originaux constituent des titres représentatifs de la cargaison nécessaires à l'enlèvement des marchandises par le destinataire final (consignee) et peuvent être négociés dans le cadre d'une transaction commerciale ou bancaire (**Paragraphe 2**). L'expéditeur des marchandises (shipper) doit veiller à ce que ses coordonnées, celles du destinataire (sauf si le document est au porteur) ainsi que celles de celui à qui doit être notifié l'arrivée du navire (notify) soient exactes. Faute de quoi le document pourrait être considéré comme irrégulier et créer un litige. De nombreux pièges concernant les mentions portées sur le connaissance *clean on board* peuvent également bloquer une livraison ou un paiement.

⁵³⁶ PH. DELEBECQUE, Précis *Droit maritime*, Dalloz, 13^e éd. 2014, p. 486.

⁵³⁷ Article 1. 7 *définitions*, de la convention de Hambourg de 1978.

Paragraphe 1 : le connaissance un document de transport

Il n'est pas le contrat de transport mais le document qui matérialise le contrat de transport c'est-à-dire l'instrumentum. Or, le contrat de transport doit être compris dans le sens d'un accord constaté par un connaissance ou par tout document formant titre pour le transport des marchandises par mer⁵³⁸. Le contrat de transport peut être matérialisé aussi par un connaissance ou document similaire émis en vertu d'une charte partie⁵³⁹ à partir du moment où se titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissance⁵⁴⁰. De nombreuses législations prévoient que le transporteur ou son représentant doit, sur la demande du chargeur, lui délivrer un connaissance⁵⁴¹.

303. L'article L.5422-3 du Code des transports de la France dispose que : n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir qu'il ne sera pas délivré de connaissance : ainsi en est-il habituellement pour le transport de véhicules routiers, dans le trafic transmanche, qui donne simplement lieu à émission d'un titre de mouvement de véhicules commerciaux. Les Règles de Rotterdam, paraissent plus générales quand elles disposent que le chargeur est en droit d'obtenir du transporteur un document de transport négociable ou non négociable. Donc le connaissance voyage avec les marchandises. De ce fait, il est délivré après réception des marchandises⁵⁴². C'est-à-dire que la saisie des informations dans le système informatique du transporteur n'intervient qu'après la réception de la marchandise par ce dernier. Mais rien n'empêche l'échange par mail d'informations sur la marchandise entre le chargeur et le transporteur avant la réception. Ces informations peuvent figurer sur le draft du connaissance en attendant leur confirmation. Et à l'aide d'un document virtuel établi dans le cadre d'un transport de ligne régulière, les chargeurs vont pouvoir changer rapidement la structure du document avant de recevoir l'acceptation du document par le transporteur⁵⁴³.

304. Le chargeur ne peut exiger, au moment où il remet la marchandise au transporteur, un connaissance *embarqué*. Il recevra du transporteur un connaissance *reçu pour embarquement* (received for shipment) ou tout autre document similaire : bulletin de prise en charge, récépissé, note de chargement, etc. Mais dès que la marchandise est mise à bord, il peut exiger soit un connaissance *embarqué* (shipped on board), en échange des pièces reçues antérieurement, soit l'apposition par le transporteur sur le connaissance *reçu pour embarquement*, la mention

⁵³⁸ Même si la valeur du connaissance a été reconnue par les praticiens dès le début du 19^e siècle, c'est en 1859 que la cour de cassation posait le principe que *la propriété des marchandises voyageant par mer est représentée par le connaissance*, Cassation. 17 août 1859, D. 1859. I. 347, DMF.

⁵³⁹ PH. DELEBECQUE, *op-cit*, p. 486.

⁵⁴⁰ Article 1^{er} b de la convention de Bruxelles de 1924.

⁵⁴¹ L'article L. 5422-3 du code des transports, l'article 3-3 de la convention de Bruxelles du 25 août 1924 et l'article 14 de la convention de Hambourg du 31 mars 1978.

⁵⁴² Décret n° 66-1078, 31 déc. 1966, art. 33.

⁵⁴³ PH. DELEBECQUE, *op- cit*. p. 492.

embarqué. Cette mention fait foi du chargement de la marchandise à bord du navire⁵⁴⁴. Cette procédure soulève une remarque. Est-il possible de remplacer cet échange de documents par un échange de messages électroniques ? La réponse est oui. En effet avec un document standard, le génie informatique peut y faire figurer toutes les mentions possibles. Il suffira, en cas de chargement inopiné, d'insérer la nature, le poids et le nombre de colis de ce nouveau chargement avant de transmettre le nouveau connaissance virtuel (modifié) au chargeur pour endossement⁵⁴⁵. De plus comme nous l'avons démontré dans le premier sous titre, l'envoi du connaissance par mail suffirait pour remplacer les documents circulant dès lors que les conditions de l'article 1366 du Code civil, sont respectées.

305. Le respect de ces conditions est gage de sécurité pour les tiers qui ont besoin de savoir sur quel navire est embarquée leur marchandise. Le transfert du connaissance électronique revêtu de la mention *on board* atteste donc, en principe, que la marchandise a bien été embarquée. Si tel n'est pas le cas, le transporteur maritime engage sa responsabilité⁵⁴⁶. Mais cette responsabilité disparaît en cas de fraude sur le connaissance. Le délai de transfert du connaissance ne s'impose pas dans les échanges de documents informatiques. Et d'ailleurs les Règles de Bruxelles de 1924 et celles de Hambourg de 1978 ne mentionnent pas de délais. Mais que se passerait-il si le chargeur tarde à remplir le connaissance ou du moins à apporter les informations nécessaires à l'établissement du connaissance ? Dans ce cas, il ne peut en aucune manière reprocher au transporteur le retard dans l'établissement du connaissance définitif⁵⁴⁷ « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». Mais, le chargeur peut-il refuser de recevoir un connaissance délivré tardivement ? Cela est admis par le professeur RODIÈRE⁵⁴⁸. Le chargeur devra faire constater à temps et par écrit la date de remise du connaissance réclamé. Et dans le cas de transmission électronique, l'horodatage⁵⁴⁹ peut servir pour prouver l'existence de cette réclamation restée sans suite. Ainsi, l'apposition tardive ou unilatérale par le transporteur de réserve sur le connaissance peut amener le chargeur à s'opposer en demandant en référé une expertise judiciaire des marchandises avant le départ du navire⁵⁵⁰.

306. D'un autre côté, le nombre d'exemplaires de l'original du connaissance virtuel ne se pose pas, il suffit tout simplement de l'apposer sur celui-ci. Cela conformément à l'article 31 du décret n° 69-679, du 19 juin 1969 qui prévoit que le connaissance est établi en deux originaux au moins, un pour le chargeur et l'autre pour le capitaine. Il en est autrement dans la pratique, le connaissance est généralement établi en quatre exemplaires. A destination, la production par le destinataire d'un

⁵⁴⁴ Décret, n° 66-1078, 31 déc. 1966, art. 34.

⁵⁴⁵ PH. DELEBECQUE, *Ibid.*

⁵⁴⁶ CA. Aix-en-Provence, 2^e ch., 12 Nov. 1998, n° 94/14451, CGM c/ Commercial Union.

⁵⁴⁷ CA Rouen, 2^e ch., 8 janv. 2004, n° 02/02723, Cell. International c/ CLB Liner.

⁵⁴⁸ R. RODIERE, *Porté des réserves inscrites sur un connaissance tardivement délivré*, BT 1977, p. 90.

⁵⁴⁹ Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et guide d'incorporation 2001.

⁵⁵⁰ Sur ce point l'article 401, paragraphe 1, du code communautaire de la marine marchande de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) de 2001.

seul exemplaire original suffit pour obtenir livraison de la marchandise⁵⁵¹. Mais comment se passera cette production dans un échange de document virtuel dématérialisé ? Le principe est le même qu'en matière de transmission de donnée dans des systèmes interconnectés. Dans ce cas une production tardive ne saurait se justifier. Des divers exemplaires du connaissance, celui qui est archivé et stocké dans le système informatique du chargeur est appelé à circuler.

Paragraphe 2 : le connaissance : un quasi effet de commerce

307. Peut-on considérer le connaissance comme un effet de commerce ? La réponse est non. Mais, le professeur DELEBECQUE, citant ROBLOT⁵⁵², affirme que le connaissance est un quasi effet de commerce du fait qu'il n'intègre pas une créance, mais représente une marchandise. Il est sans nul doute admis que l'effet de commerce est un document papier par lequel une partie s'engage à verser une certaine somme à une certaine date à l'autre partie, le bénéficiaire⁵⁵³. Le document peut être une lettre de change, une traite ou un chèque. Ainsi, l'effet de commerce se distingue du connaissance qui est un reçu de la marchandise et une preuve du contrat de transport. Mais il se rapproche de celui-ci en ce qu'il est un instrument de la circulation des richesses, car la personne qui reçoit le connaissance est considérée comme le porteur mais surtout comme titulaire de tous les droits attachés à ce titre. Elle est donc considérée comme propriétaire de la marchandise et non titulaire d'une créance. Et même si on admet le terme créance, il ne s'agit pas d'une créance de somme d'argent, mais une créance portant sur un droit personnel, le droit d'obtenir la livraison de la marchandise.

308. Le connaissance va donc circuler, il va circuler en tant qu'instrument de commerce et non de crédit. Car contrairement au connaissance, les effets de commerce sont des instruments mobilisateurs de crédit. Parce que la mobilisation de crédit se fait grâce à l'escompte⁵⁵⁴. En contrepartie la banque va créditer le compte courant du commerçant. L'intérêt pour le commerçant ou l'entreprise c'est d'obtenir le paiement anticipé de l'ensemble de ces créanciers. A ce stade aussi on retrouve la fonction commerciale⁵⁵⁵ du connaissance qui permet l'ouverture d'un crédit documentaire. La banque va devenir titulaire des documents de commerce (le connaissance), transmis par le commerçant (chargeur) et, en raison des garanties cambiaires, elle va pouvoir les utiliser comme une relation de financement (de l'expédition).

⁵⁵¹ Cass., com., 19 juin 2007, n° 05-19.646. Pour aller plus loin, voir Cass., com. 3 déc. 2013, n° 12-13.459, obs. SCAPEL CH., DMF 2014, p. 330.

⁵⁵² V. ROBLOT, *les effets de commerces*, Sirey, 1975, n°4.

⁵⁵³ TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 11^e éd., 2015.

⁵⁵⁴ P. Le CANNU ; GRANIER Th., et ROUTIER R., *Droit commercial : instrument de paiement et de crédit, titrisation*, Dalloz, 8^e éd., 2010.

⁵⁵⁵ Cass. 17 août 1859, D. 1859.347 ; Com. 10 juillet 2012, DMF 2012. 802, rapp. RÉMERY, obs. BONASSIES.

309. Pour mieux comprendre la fonction du connaissement comme document de commerce, nous ferons une étude comparative entre ce dernier et les effets de commerce. L'effet de commerce n'est pas défini par la loi. C'est la doctrine qui en a élaboré une définition. La doctrine a développé la thèse selon laquelle la fonction permet d'identifier un effet de commerce⁵⁵⁶. C'est un titre négociable qui a donc pour vocation de circuler de mains en mains. En cela, l'effet de commerce se distingue des titres cessibles, car ces derniers peuvent être des créances transférables comme le prévoit l'article 1321 du Code Civil⁵⁵⁷. Donc, la négociabilité de l'effet de commerce s'apprécie par le fait que le titulaire a le droit au titre, il a la possession du titre. Il faut distinguer si le titre est au porteur ou à ordre. Lorsque le titre est au porteur, la transmission se fait sans formalisme, par la simple remise du titre. A l'inverse, lorsque le titre est à ordre, il est nécessaire qu'il y ait un endossement par l'endosseur, au profit de l'endossataire.

310. On observe cette même fonction dans la transmission du connaissement. Or, les effets de commerce doivent faire indication de leur valeur. Cela s'explique par le fait que l'effet de commerce va remplacer d'une certaine façon la monnaie et, pour se faire, la valeur de l'effet doit apparaître. On peut opérer une distinction entre l'effet de commerce qui a une indication de valeur et les titres voisins. Par exemple : le connaissement qui est un titre qui donne le droit de décharger une quantité de marchandise sur un bateau et un port déterminé. Mais le connaissement n'indique pas souvent la valeur de la marchandise qui doit être déchargée, dans la mesure où il n'existe pas de valeur déterminée le connaissement n'est pas un effet de commerce.

311. L'effet de commerce constate exclusivement la créance d'une somme d'argent, ainsi, son titulaire va pouvoir obtenir le versement d'une somme d'argent. Attention : là encore, cette caractéristique permet de distinguer l'effet de commerce de titre voisin, car certains titres permettent d'obtenir la remise d'un objet déterminé et non pas la contre valeur en argent. Par exemple le warrant va donner lieu à la remise d'un récépissé warrant qui n'est pas un effet de commerce⁵⁵⁸. En effet, celui-ci permet la remise de marchandise et non une créance financière. Les marchandises, dans le cadre du warrant, seront distribuées dans les magasins généraux à des fins de garantie. L'effet de commerce est une créance à court terme. En cela, il permet une gestion souple de la trésorerie⁵⁵⁹. Sachant qu'avant l'échéance du terme l'effet de commerce va circuler comme de la monnaie.

312. Il faut distinguer ces instruments de crédit des *opérations de crédit* qui sont définies par le code monétaire financier : il s'agit de toute opération par laquelle une personne, agissant à titre

⁵⁵⁶J. KOVAR Ph., LASSERRE CAPDEVILLE J., *Droit de la régulation bancaire*, 2012.

⁵⁵⁷Code civil de 2018 sur Légifrance.

⁵⁵⁸G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome II, par PH. DELEBECQUE, et Germain M., LGDJ, 17^e éd., 2004

⁵⁵⁹CH. GAVALDA et STOUFFLET J., *Droit bancaire*, LexisNexis, 9^e éd., 2015.

onéreux, soit met ou promet des fonds à disposition d'une autre personne⁵⁶⁰. L'opération d'instrument de crédit suppose la création d'un titre ; ce n'est pas une garantie offerte, il s'agit de la création d'un titre lors de la réalisation d'une opération commerciale qui est l'explication à la création de ce titre. Cela permet la réalisation d'opération commerciale à court terme. En ce sens le connaissance est assimilable aux instruments de crédit. Ces instruments de crédit sont assimilés aux effets de commerce. Les effets de commerce remplissent la catégorie des instruments de crédit. Pour autant, il existe quelques instruments de crédit qui ne correspondent pas à des effets de commerce. C'est à la doctrine qu'il revient de définir la notion. Elle estime que c'est un instrument de crédit et de paiement. Il a donc une double fonction.

313. Nous l'avons souligné, l'effet de commerce est un titre négociable : on peut en transmettre la propriété soit pour payer une dette soit pour garantir un crédit. Il doit porter l'indication de sa valeur. Il constitue un titre littéral : toute sa valeur juridique est tirée du texte qui compose ce titre. L'acte juridique est constitué de 2 éléments : l'instrumentum et le negotium. En matière cambiaire, les deux se confondent. C'est un titre abstrait car il tire sa valeur de l'écrit. 2 éléments sont nécessaires : corpus et animus (intention de se comporter comme un propriétaire). On ne peut donc devenir créancier par possession. Le droit de propriété est un droit réel, rapport entre une personne et une chose. Le capitaine qui détient les marchandises en a le *corpus* pour le compte d'autrui ; cet autrui qui doit avoir l'*animus* est notamment le chargeur. Or, le droit de créance est le rapport entre 2 personnes. On ne peut être possesseur d'un droit de créance car il manque le *corpus*.

314. Au regard de tous les éléments qui viennent d'être analysés, certains se retrouvent dans le connaissance ce qui nous permet de conclure que le connaissance est un quasi effet de commerce. Étant un quasi effet de commerce, le connaissance joue un rôle non négligeable dans le financement des expéditions internationales.

SECTION 2 : le rapprochement entre le connaissance et le crédit documentaire

Les technologies de l'information et de la communication ont modifié le monde des affaires. Plusieurs facteurs poussent à s'intéresser aux outils juridiques qui permettent ce développement économique et offrent la sécurité adéquate aux opérations et aux opérateurs du commerce maritime international. Si le transport maritime de marchandise nécessite la levée de fonds pour financer le voyage des marchandises, le crédit documentaire est sans commune mesure la technique la plus utilisée à cette fin. La souplesse du procédé réside dans les diverses formes qu'il peut revêtir ainsi

⁵⁶⁰ V. Article L. 213-1A et s. du code monétaire et financier de la France, version 2016, Légifrance.

que ces divers modes de réalisation, le tout adapté à la nature des transactions qu'il est appelé à couvrir. Les fonctions qu'il remplit apportent plus de confiance et de sécurité dans les transactions commerciales internationales.

315. Le crédit documentaire se définit comme l'opération par laquelle une banque émettrice accepte à la demande d'un acheteur (chargeur) encore appelé donneur d'ordre, de mettre des fonds à la disposition du vendeur (bénéficiaire) contre remise de document. C'est un moyen de paiement⁵⁶¹. Son évolution est rendue possible par la codification des RUU de la CCI. De plus, la collaboration de la CCI avec la CNUDCI et la CNUCED renforce cette évolution.

316. Le crédit documentaire fait la plupart du temps appel au connaissance. Ce dernier est le document le plus utilisé dans le cadre d'une opération de transport international de marchandises par mer et le plus demandé par les banques dans une opération de Crédit documentaire. Car le banquier bénéficie d'un droit de gage⁵⁶², en vertu des usages constants, sur les marchandises lorsqu'il détient des documents représentatifs de la marchandise, pouvant revêtir diverses formes et remplissant plusieurs fonctions. Le connaissance a fait l'objet de plusieurs conventions internationales. Son informatisation récente démontre son importance dans le commerce maritime.

Le rapprochement du connaissance et du Crédit documentaire se manifeste à plusieurs niveaux notamment dans le cadre des opérations de vente internationale de marchandises par mer (**paragraphe 1**). C'est dans ce sens que la pratique a imaginé d'engager le capitaine à délivrer un connaissance net (clean) en le protégeant contre les révélations ultérieures d'inexactitude par une lettre de garantie⁵⁶³. Sur ce point, l'article L.5422-4 déclare que le transporteur ne peut se prévaloir de l'inexactitude des mentions relatives à la marchandise inscrites au connaissance qu'à l'égard du chargeur ; il ne peut donc s'en prévaloir à l'égard des tiers notamment le banquier (**paragraphe 2**). Cette section présente une analyse complète du crédit documentaire et du connaissance, deux institutions fondamentales du droit du commerce international, indissociables dans le cas de ventes internationales de marchandise suivie d'un transport par voie maritime.

⁵⁶¹ J. PUECH, « *les différentes fonctions du crédit documentaire selon les nouvelles règles et usances de 1983*, Rv., jurispr., com., n° spécial, fév., 1985, « *les opérations internationales de banque* », p. 18.

⁵⁶² Voir RIVES-LANGE et CONTAMINE « *les opérations internationales de banque* », précité.

⁵⁶³ Voir l'article L. 5422-4 de la loi du 2 déc. 1986 *relatif à la force probante du connaissance* reprenant les dispositions de la Convention de Bruxelles modifiée par le protocole de 1968.

Paragraphe 1 : le connaissance dans la vente internationale de marchandise

Comme nous l'avons souligné, la lettre de crédit est un engagement écrit pris par une banque afin de mobiliser des fonds sur présentation d'un certain nombre de documents ; plus connue sous le nom de crédit documentaire, la convention a un caractère irrévocable⁵⁶⁴.

317. Nous analyserons le lien juridique entre le connaissance et le crédit documentaire. Il ne s'agit pas d'un financement d'une opération d'achat à l'échelle internationale. Mais plutôt d'un financement d'une opération de transport maritime de marchandise. En effet, le donneur d'ordre (chargeur/Importateur) demande à sa banque de mettre à la disposition d'un bénéficiaire (le transporteur) qu'il nomme ou à la disposition d'un tiers que ce dernier nommera, une somme d'argent déterminée contre la remise d'un titre de transport de marchandises (par exemple un connaissance) et de divers autres documents (par exemple un certificat d'origine, un certificat d'assurance), en respectant la période de validité de la convention. Ces documents attestent de la bonne exécution par le chargeur de ses obligations. Aussi, le crédit documentaire est un instrument de crédit pour le commerce international et il ne fait pas l'objet d'une loi mais d'un Règlement établi par la Chambre de commerce internationale. Les Règles et Usance Uniformes (RUU 600) révisées à compter du 1er juillet 2007 apportent quelques précisions dans ce sens. Toutefois, avec le développement du commerce et notamment le développement du commerce maritime, le besoin de sécuriser les opérations commerciales a conduit les chargeurs à sécuriser les échanges pour pallier aux divers risques et aléas du transport maritime.

318. Il a fallu répondre à deux exigences contradictoires : celle du transporteur qui reçoit le paiement du fret avant l'expédition de la marchandise et celle du destinataire qui reçoit les marchandises avant de payer. On a eu recours au crédit documentaire pour résoudre cette dichotomie. Ce dernier permet, par l'intermédiaire des banques, l'exécution de l'échange. Cependant, l'irrespect des procédures du crédit documentaire peut avoir des effets sur le contrat de vente conclu entre l'acheteur et le vendeur. C'est le cas par exemple de la vente dont le paiement du prix est subordonné à la mobilisation du crédit. Il en est de même dans l'émission du connaissance dont les déclarations sur les marchandises doivent être exactes sans réserves de la part du transporteur. Sinon le banquier peut les refuser.

319. La procédure s'est complexifiée du fait même de la diversité des moyens de transport, de la diversité de la nature des marchandises transportées et de la dématérialisation des documents due

⁵⁶⁴ Les différentes dispositions relatives aux crédits documentaires révocables (articles 6 et 8 des RUU 500) disparaissent des RUU 600. Cette suppression est bienvenue, car les crédits révocables ne présentent aucun intérêt : ils pouvaient être révoqués à tout moment par l'acheteur et n'apportaient ainsi aucune sécurité au vendeur ; ils n'étaient donc pratiquement jamais utilisés dans la pratique. Toutefois, il a fallu attendre la révision de 1984 pour qu'un crédit documentaire non stipulé comme irrévocable cesse d'être réputé révocable. Dialogue n° 51- juin 2007 p. 3.

aux progrès informatiques. Dans le souci de gagner du temps, le bénéficiaire (chargeur) procède lui-même à une vérification sérieuse des documents à remettre à la banque pour s'assurer que : le nombre d'exemplaires correspond à ce qui est requis ; leur contenu est conforme à ce qui est stipulé et que les documents émis par les organismes tiers sont conformes à la réglementation. Les dates⁵⁶⁵ doivent, dans tous les cas, être antérieures à la validité du crédit et, sauf stipulation contraire, postérieures à l'ouverture du crédit documentaire.

Ainsi, dans le cadre de l'échange électronique, le bénéficiaire du crédit doit s'assurer qu'il y a une concordance parfaite entre tous les documents et qu'ils comportent, le cas échéant, les références du crédit documentaire. Ce pré-contrôle permet au bénéficiaire (transporteur) de rectifier lui-même, ou de faire rectifier auprès du chargeur, d'éventuelles irrégularités apparentes avant d'engager les banques dans le processus de vérification des documents.

320. Dans le système interconnecté, le jeu de documents sera transféré à la banque joint à une lettre accompagnatrice qui reprend la liste et le nombre de documents. La banque doit immédiatement procéder à la vérification des documents remis *avec un soin raisonnable* dont le but est de : relever les irrégularités éventuelles et les signaler au chargeur pour rectification. Toute rectification apparente doit être approuvée par le visa du transporteur émetteur du document.

Le grand problème se pose dans le cas où les documents ne sont pas conformes aux termes du crédit. L'opération perd ainsi toute sa valeur pour le chargeur, qui se trouve à la merci de la décision de la banque d'accepter ou de refuser les documents comportant des réserves.

Paragraphe 2 : la conformité des documents par rapport aux stipulations de la lettre de crédit

Le transport des marchandises nécessite l'établissement d'un connaissement. Ce dernier est l'un des documents figurant le plus souvent dans la liste des documents donnant lieu à l'ouverture d'un crédit. Or, ici c'est le transporteur qui a besoin d'un moyen de paiement sûr pour s'affranchir des aléas liés à l'insolvabilité, l'éloignement ou à la mauvaise foi de son chargeur (le donneur d'ordre du crédit documentaire). Mais le transporteur peut-il retenir la marchandise si le fret n'est pas payé à l'arrivée ? Le paiement du fret est garanti par un privilège ; l'assiette en est la marchandise⁵⁶⁶. Toutefois, si le fréteur n'est point payé lors du déchargement des marchandises, il ne peut les retenir

⁵⁶⁵ Article 6 (d i) des RUU 600, 2007.

⁵⁶⁶ R. RODIERE et E. PONTAVICE, *Droit maritime*, Dalloz 12^e éd., 1997, n° 315.

dans son navire, mais il peut les consigner entre les mains d'un tiers et les faire vendre, sauf à l'affrèteur (chargeur) de fournir une caution⁵⁶⁷.

C'est pourquoi le chargeur bénéficiaire du crédit documentaire⁵⁶⁸ doit suivre les instructions du banquier figurant sur la lettre de crédit. C'est le cas par exemple lorsque la lettre prévoit que le connaissance maritime doit porter la mention que la marchandise exportée a été chargée à bord en bon état. Alors cette mention devra figurer sur le document requis par la personne habilitée à l'établir et que le banquier vérifie que tel est effectivement le cas. La seule exception à cette règle est celle du caractère manifestement frauduleux⁵⁶⁹ des documents. Or, le paiement par le banquier est lié à la conformité des documents présentés par le bénéficiaire. Il en résulte pour le banquier un devoir de vérification.

Pour revenir à la notion de conformité, nous retiendrons que le banquier doit procéder exclusivement à un examen formel de la conformité des documents par rapport aux stipulations du crédit. Il ne lui appartient pas de s'assurer, par des vérifications extérieures, que ces documents reflètent la réalité. Les Règles et Usances Uniformes sont d'ailleurs très explicites sur cette question dans les opérations de crédit, toutes les parties intéressées ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services et/ou autres prestations auxquels les documents peuvent se rapporter.

Par ailleurs, les RUU 600 ne parlent pas de fraude documentaire dans leurs dispositions. Mais elles n'ignorent pas pour autant ce phénomène puisqu'elles y font allusion dans l'article 9⁵⁷⁰ et suivant. Selon le Doyen STOUFFLET, cette absence de régulation concernant la fraude n'est pas difficile à expliquer. La fraude est traditionnellement un sujet impliquant l'ordre public et à cet égard doit être réglée par une autorité professionnelle⁵⁷¹. Or, le problème de la fraude ne se pose que lorsque les banques ont examiné les documents avec un soin raisonnable et ont constaté qu'ils ne présentent pas l'apparence de conformité avec les conditions de crédit⁵⁷². En effet, en 1983, M. TINAYRE dénonçait dans son rapport⁵⁷³, présenté devant l'Association Française du Droit

⁵⁶⁷ Article 3 décret 66-1078, 1966-12-31 JORF 11 janvier 1967 ; PONTAVICE E. et RODIERE R., *Droit maritime*, Dalloz, 12^e éd., 1996, n° 310 ; BONASSIE P. et SCAPEL Ch., *Traité de droit maritime*, LGDJ, 1^e éd., 2006, n° 568 et s.

⁵⁶⁸ J.-P. MATTOUT, *Droit bancaire international, Banque*, 3^e éd. 2004 p. 259 s.

⁵⁶⁹ Sur la fraude et les crédits documentaires voir Cass. com. 11 octobre 2005, AFFAKI G. *Banque et droit* 2006, n° 105, p. 71.

⁵⁷⁰ Art. 9 b RUU 600 : La banque notificatrice doit apporter un soin raisonnable à vérifier l'authenticité apparente du crédit qu'elle notifie.

⁵⁷¹ J. STOUFFLET, "Fraud in the documentary credit, letter of credit and demand guaranty", *Dickinson Law Review*, Summer 2001, p. 23.

⁵⁷² Art. 14 a RUU.

⁵⁷³ A. TINAYRE, « La fraude maritime et le connaissance », *DM F*, 1983, p. 365-375. Un autre exemple de fraude matérielle est fourni par l'affaire N° 3031 jugée par la *Cour Internationale d'Arbitrage* (Sentence CCI n° 3031, 1977, JDI, 1978, p. 999-1004, obs. Y. DERAIS). Il s'agissait d'un litige opposant une banque thaïlandaise à une banque espagnole. En l'occurrence, la banque espagnole, banque émettrice, a rejeté la demande de paiement de la banque thaïlandaise, banque négociatrice, au motif qu'un certificat (« *certificate of survey* ») n'était pas authentique et

Maritime, des cas de fraude matérielle tant à l'embarquement par le biais de connaissances falsifiés attestant une marchandise réellement inexistante qu'au débarquement à l'aide de faux documents (faux connaissements et fausses factures) aboutissant à la livraison de la marchandise à un tiers et non au vrai acheteur. Il est vrai, que la constatation d'une fraude matérielle ne présente pas de grandes difficultés. En théorie un examen attentif du document, sinon une simple inspection, pourrait permettre de déceler la fraude. En revanche, il n'en va pas de même quand on est en présence d'une fraude intellectuelle, qui s'avère être beaucoup plus subtile⁵⁷⁴.

321. Lorsque les instructions du donneur d'ordre sont incomplètes ou imprécises en ce qui concerne les documents, la sanction qui en résulte semble pertinente. Celle-ci témoigne de l'importance des juges dans les affaires internationales. Ainsi, il semble que l'on doit s'orienter vers une sanction judiciaire. En effet, des jurisprudences se sont édifiées peu à peu dans divers pays pour remédier et surtout pour sanctionner le donneur d'ordre à l'insuffisance de précision documentaire. C'est du moins ce qui ressort d'un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation en date du 15 décembre 1975⁵⁷⁵. Le donneur d'ordre d'un crédit documentaire transférable⁵⁷⁶ reprochait, en l'espèce, à sa banque son incapacité à vérifier un connaissement qui ne mentionnait pas la catégorie des fruits. Or, cette exigence particulière n'étant pas présente dans les instructions de la lettre de crédit, elle n'avait pas obligatoirement à figurer ni dans la facture commerciale, ni même dans le connaissement. En première instance, la banque a échappé à toute condamnation. En appel, la cour d'Aix-en-Provence a condamné la banque. La cour de cassation a cassé cet arrêt bien qu'elle n'ait pas donné de base légale à sa décision se bornant à affirmer qu'il ne résulte pas du pourvoi que la banque ait manqué aux obligations qui lui incombaient d'examiner la régularité des documents requis.

322. L'analyse des RUU 600 démontre que l'efficacité économique du crédit documentaire provient de l'autonomie consacrée par la quasi-totalité des systèmes de droit de l'engagement du banquier par rapport aux relations contractuelles liant le transporteur/bénéficiaire au chargeur/donneur d'ordre. Techniquement, l'indépendance de l'engagement du banquier résulte de l'opposabilité (dans le cadre du rapport de droit liant le banquier au transporteur/bénéficiaire) des

qu'en conséquence, cela avait permis à l'expéditeur d'envoyer des marchandises qui n'étaient pas conformes. En réalité, comme l'a soulevé l'arbitre de Paris, ledit certificat était un faux portant une fausse signature. On était en présence d'une fraude consistant dans l'utilisation d'un document faux, c'est-à-dire d'une fraude matérielle.

⁵⁷⁴ PAPAMATTHAIIOU Anna-Georgia, *la fraude dans le crédit documentaire*, DEA droit des affaires, Université ROBERT SCHUMAN Strasbourg, 2004.

⁵⁷⁵ Bull. Civ. 1975, IV, n° 300.

⁵⁷⁶ Le crédit transférable permet au bénéficiaire de se substituer à un ou plusieurs tiers dénommés second bénéficiaire pour l'exécution de ses obligations au titre du crédit documentaire. Il n'est transférable que s'il est spécifiquement stipulé comme tel. Il se caractérise par le fait que le second bénéficiaire est investi d'un droit direct à l'encontre du banquier émetteur. L'article 38 des RUU 600 qui traite des crédits transférables est plus développé que l'article correspondant des RUU 500 (art. 48) pour tenir compte des nombreuses questions posées à la commission bancaire de la CCI sur ce point. Ainsi, il est désormais précisé que la banque émettrice peut être la banque transférante. Dialogues n° 51, juin 2007, 3.4, p 6.

exceptions tirées des rapports de droit existant entre ce banquier et le chargeur/donneur d'ordre ou entre le transporteur/bénéficiaire et le chargeur/donneur d'ordre. En conséquence de cette inopposabilité des exceptions, la mise en œuvre de l'engagement du banquier s'appréciera en considérant les seuls termes de cet engagement qui consistent à subordonner le paiement du banquier à la présentation, dans un délai spécifié, de documents strictement conformes à ceux stipulés par les parties. L'efficacité du crédit documentaire ne pâtit pas de ce formalisme. Certes, il peut paraître contraire à la bonne foi commerciale que le débiteur d'un engagement de paiement puisse invoquer une divergence uniquement formelle pour se soustraire à ses obligations, mais un système de forclusion stricte prévient virtuellement la majorité des abus. Il n'est, en effet, possible de se prévaloir de la non-conformité d'un jeu de documents ou du non respect des délais prévus par le crédit documentaire, que pendant un très court laps de temps et à condition de respecter un certain nombre de règles. L'autonomie de l'engagement du banquier par rapport au contrat commercial constitue la caractéristique essentielle du crédit documentaire : admettre que le chargeur puisse exciper d'une exception au titre du contrat de transport pour empêcher le paiement du crédit documentaire priverait cet instrument de toute efficacité. La fraude constitue la seule limite à cette autonomie⁵⁷⁷.

323. C'est la définition des conditions documentaires qui résout le paradoxe apparent résultant de la coexistence, d'une part, de l'indépendance du contrat de transport et du crédit documentaire l'un par rapport à l'autre et, d'autre part, du lien nécessaire entre le contrat de transport et l'engagement bancaire qui en garantit le paiement. Le connaissance fait partie des documents qui permettent de constater, sous une forme documentaire, l'exécution des obligations essentielles du chargeur et réalisent ainsi le lien entre l'opération bancaire et l'opération de transport. Mais les documents assurent également l'indépendance de l'engagement bancaire par rapport à l'opération de transport car, une fois ces documents définis, le banquier se fondera sur leur seul examen pour l'exécution du crédit documentaire et toute exception tirée du contrat de transport lui sera inopposable. Une dématérialisation du connaissance négociable rendrait efficace le crédit documentaire dans la mesure où les banques le transmettraient facilement.

⁵⁷⁷ Sur la fraude, voir Nicolas de GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude*, thèse de la faculté de droit de l'université de Genève, HELBING, LICHTENHAHN ET BRUYLANT. Outre l'analyse de la définition et du traitement de la fraude affectant les crédits documentaires en droit suisse, cet ouvrage contient une analyse comparative de la position adoptée par le droit américain, le droit français, le droit anglais et le droit allemand. Sur le crédit documentaire à paiement différé et la fraude, voir l'analyse critique de l'arrêt du tribunal fédéral du 1er juin 2004 par Marie-France PROVOT-IVANOV, université de Genève mai 2005 www.unige.ch/droit/mbl (voir également le commentaire du même arrêt par N. De GOTTRAU, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 234, 17 juil. 2004) ; sur la fraude et les crédits documentaires réalisables par acceptation, voir Cass. Com. 11 octobre 2005, G. AFFAKI, *Banque et Droit* 2006, n° 105, p. 71, Jean STOUFFLET, *JCP E*, 2005, 1677.

CHAPITRE II : le connaissance négociable : un document ***potentiellement dématérialisable***

L'émission d'un document dans le cadre d'un contrat de transport maritime n'est pas toujours obligatoire. De même, l'émission d'un document papier n'est plus une exigence dans la relation contractuelle parce qu'il peut être remplacé par un document électronique. Or, les difficultés liées à la dématérialisation du connaissance subsistent dans certains endroits où la confiance fait défaut. Toutefois, sa troisième fonction ne fait plus obstacle à la dématérialisation. Dès lors que certaines modalités techniques sont respectées, il est possible de substituer un support informatique à un support papier sans porter atteinte à la fonction caractéristique de ce titre⁵⁷⁸. En effet, il est admis que le connaissance remplit la fonction de titre représentatif de la marchandise au point qu'en pratique on achète plus la marchandise à bord, on achète le connaissance⁵⁷⁹ par le jeu de l'endossement.

L'article D5422-1 du Code des transports dispose que *le connaissance est délivré après réception des marchandises. Il porte les inscriptions propres à identifier les parties, les marchandises à transporter, les éléments du voyage à effectuer et le fret à payer*. Parmi ces mentions, les plus importantes sont celles qui concernent le chargement c'est-à-dire les marques pour l'identification des marchandises, le nombre des colis, l'état et le conditionnement apparent des marchandises. Ce formalisme informatif ne soulève pas de difficulté pour le passage dans un environnement dématérialisé car ces données peuvent être transmises par voie électronique⁵⁸⁰ pour être consignés dans un document.

324. Mais, ce n'est plus tant sa matérialisation sur un support qui compte plus que l'information qu'il contient. Le pouvoir du porteur du connaissance ne découle pas de la seule maîtrise de l'information qu'il contient mais du contrôle⁵⁸¹ exclusif du connaissance original. Aux termes de l'article D5422-5 du Code des transports, *chaque connaissance est établi en deux originaux au moins, un pour le chargeur et l'autre pour le capitaine*. L'un des connaissances originaux, appelé connaissance *chef*, reste entre les mains du capitaine tandis que l'autre original est remis au chargeur. C'est ce second original, délivré au chargeur, qui sera négocié et échangé pendant le voyage jusqu'à ce qu'un porteur décide d'obtenir livraison de la marchandise. Mais s'agit-il d'un transfert de propriété de plein droit sur un bien meuble ? (**section 1**). De multiple tiers sont

⁵⁷⁸ V. MALASSIGNE, *les titres représentatifs, essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, éd. Dalloz, 2016, n° 997, p. 646.

⁵⁷⁹ M-R. GOULLAUD, *Droit maritime*, 2^e éd., Paris Pedone, 1993, n° 530.

⁵⁸⁰ O. CACHARD, *Formalisme et dématérialisation du connaissance, Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998/, Doctrine, p. 24-30.

⁵⁸¹ Voir article 8 b des Règles de Rotterdam de 2008.

susceptibles de subir, par contrecoup, les conséquences du transfert de propriété⁵⁸². S'agit-il encore une fois d'un contrat de vente portant sur un document (connaissance) représentant la marchandise à bord du navire ? Dans ce cas, quel sens doit-on donner à la notion de *partie contrôlante* ? (**section 2**). L'accomplissement du connaissance, c'est à dire la remise de l'original du connaissance au capitaine, constitue l'ultime étape avant la livraison. Le capitaine ne doit remettre la marchandise qu'au porteur de l'original délivré au chargeur, original qu'il confrontera avec le connaissance *chef*.

SECTION 1 : la situation juridique du connaissance négociable : une créance ?

325. *Les titres représentatifs reconnus sont des instruments pour lesquels une fonction dite « représentative » a été consacrée comme une fonction juridique autonome. Cette reconnaissance n'est toutefois intervenue que dans le domaine des biens meubles corporels et fut l'œuvre, pour l'essentiel de la jurisprudence. Celle-ci dégagée cette fonction pour la première fois sur la base de titres créés par la pratique en matière de transport maritime de marchandises. Les praticiens créèrent en effet des écrits afin de répondre à un besoin particulier, à savoir acquérir la possession d'un bien sans déplacement matériel de celui-ci, tout en bénéficiant des effets attachés par la loi à une tradition réelle, c'est-à-dire à une mise en possession matérielle. C'est sur la base de ce besoin et de cette pratique qu'est née la fonction d'un titre qualifiée de « représentative » d'un bien⁵⁸³. En effet, lorsqu'un droit de créance est constaté dans un titre représentatif, on considère qu'il y a incorporation de la créance dans le titre et la créance est traitée de ce fait comme un meuble corporel⁵⁸⁴. Peut-on admettre cette situation avec le connaissance ? La réponse doit-être nuancée. Tel ne peut-être le cas dans les rapports entre le chargeur et le capitaine qui n'a pas la propriété, donc le droit de créance ne lui est pas reconnu. Il en est autrement entre le chargeur et l'acquéreur du connaissance original. Ce dernier acquiert le connaissance suite à l'achat de la marchandise qui est encore en haute mer (**paragraphe 1**). L'incorporation de la propriété dans le titre peut soulever une confusion entre le titre et la créance. Le titre n'est qu'un instrument de preuve ; ce qui a une valeur économique, c'est la marchandise constatée par le titre, c'est-à-dire le droit et non la chose qu'est le titre. Ici le droit de créance existe entre le chargeur et l'acquéreur du connaissance négociable. Or, par définition le droit de créance ou droit personnel est le droit qu'a une personne*

⁵⁸² A.BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2015, n° 139.

⁵⁸³ V. MALASSIGNE, *op-cit*, n° 48.

⁵⁸⁴ F. TERRE, PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 9^e éd., 2014, n° 40, p. 49.

appelée créancier d'exiger une chose⁵⁸⁵ (en nature ou en argent) d'une autre personne, appelée le débiteur. Il comporte trois éléments : le créancier, sujet actif du droit (le porteur du connaissance original), le débiteur, sujet passif (le chargeur qui vend la marchandise en cours de route), et la prestation (la livraison de la marchandise), objet du droit. Ce droit appelé droit de créance, par rapport au sujet actif, se nomme obligation ou dette, si on l'envisage du côté du sujet passif. Il s'agit d'une obligation de donner⁵⁸⁶, par laquelle le débiteur s'engage à transférer au créancier un droit réel, notamment la propriété sur une chose lui appartenant⁵⁸⁷ (par exemple, l'obligation de transférer la propriété de la marchandise, vendue mais non encore livrée). Par conséquent le capitaine n'est que le détenteur de la marchandise qu'il doit livrer au destinataire devenu propriétaire grâce à la valeur mobilière du connaissance (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : le connaissance négociable : un titre à ordre ou au porteur

326. Au terme de l'article 2255 du code civil français, la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous même, ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom. Il faut comprendre que dans le cadre du transport maritime le capitaine n'est pas souvent propriétaire de la marchandise qu'il transporte. Le principe reposant sur la notion admise presque par toutes les législations : en matière de meuble la possession même instantanée vaut titre⁵⁸⁸, ne lui est pas applicable. Le porteur (pris dans le sens du destinataire) du connaissance original est le véritable propriétaire de la marchandise.

Le connaissance doit pouvoir circuler rapidement et offrir la plus grande sécurité possible au porteur. On voit ici un régime spécial de transmission qui a des effets particuliers : c'est l'endossement (art. L.511-8 à L.411-14) qui consiste dans une mention écrite *au porteur* ou à l'ordre d'un établissement financier notamment par le procédé de la signature électronique au verso comme le cas en matière d'effet de commerce⁵⁸⁹. L'endossement a un effet translatif par lequel l'endossataire acquiert la propriété du connaissance et de la marchandise. Il produit plusieurs effets importants, qui fortifient la situation de l'endossataire porteur du connaissance.

327. A ce stade une question mérite d'être traitée : l'endossement transmet-il à l'endossataire tous les droits résultant de la propriété sur la marchandise ? Deux situations doivent être envisagées : la relation entre le chargeur et le transporteur d'une part et le rapport entre le porteur du

⁵⁸⁵ G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 2009.

⁵⁸⁶ En latin *dare* : transférer ou constituer un droit réel (la propriété)

⁵⁸⁷ F. TERRE, PH. SIMLER, *Droit civil, Les biens, op.cit.* p. 60.

⁵⁸⁸ Article 2276 Code civile France disponible sur Legifrance.

⁵⁸⁹ Sur les effets de commerce voir MESTRE J., PANCRAZI M-E., ISABELLE A-G., MERLAND L., NANCY T-V., *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 29^e éd., 2012, n° 1181.

connaissance (destinataire) et le transporteur d'autre part. Dans le premier cas le chargeur est le cocontractant du transporteur⁵⁹⁰. Il doit remettre une marchandise appropriée entre les mains du transporteur ou de son représentant. En principe il paie le fret qui est le prix du transport⁵⁹¹. Et le capitaine avant de remettre la marchandise à l'ayant droit, va requérir le paiement⁵⁹² du fret. Si le fret est payé au départ, le destinataire porteur du connaissance original récupère la marchandise sans difficulté. La situation est tout autre si le fret est payé à l'arrivée par le destinataire. Dans ce cas, la livraison ne sera faite par le capitaine qu'après remise du connaissance régulièrement acquitté entre les mains de l'agent. Cette situation d'après le professeur DELEBECQUE, oblige le transporteur à ne délivrer les marchandises que contre remboursement du fret ; à défaut de remboursement, il doit conserver la marchandise, faute de quoi il engage sa responsabilité.

328. La solution est plus complexe dans le second cas entre le transporteur et le destinataire⁵⁹³. L'article 41 du décret du 31 décembre 1966 ne se limite pas à édicter la règle que c'est le chargeur qui doit en principe payer le fret. Il envisage aussi le cas où le fret est stipulé dans le connaissance payable à destination. Dans ce cas le réceptionnaire devient débiteur du fret s'il accepte la livraison. Mais s'il refuse, le chargeur demeure débiteur⁵⁹⁴. En effet le fret s'il n'est pas payé constitue une créance pour le transporteur par conséquent son droit de ne pas livrer est acquis⁵⁹⁵. Une question mérite d'être analysée : le fait de ne pas livrer la marchandise au porteur du connaissance original ou de retenir les marchandises, n'est-il pas une atteinte au droit de propriété ? Qui par conséquent peut porter préjudice au destinataire si du fait de la rétention la marchandise se détériore⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ PH. DELEBECQUE, *op.cit.* n°175.

⁵⁹¹ P. BONASSIE et CH. SCAPEL, *Droit maritime*, LDGJ, 2010, 2^e éd., n° 1044

⁵⁹² Voir Com. 2 mars 1999, DMF 1999. 551, rapp. Rémy et les obs. Ph., DELEBECQUE ; *considérant que la mention « prepaid fait foi, sauf au transporteur à établir que cette quittance n'avait pas la valeur libératoire qu'impliquait son libellé. »*

⁵⁹³ Sur le rapport entre le transporteur et le destinataire voir : Cass. Com. 15 nov. 2005, Sté CMA-CGM Antilles-Guyane c/ Sté Axa Corporate Solution et autre, DMF, n°667, 2006.

⁵⁹⁴ P. BONASSIE, CH. SCAPEL, *Traité de Droit maritime, op.cit.*, n°1045.

⁵⁹⁵ Au sens de l'article L. 133-6, alinéa 3, du Code de commerce, la marchandise n'est pas offerte par le voiturier au destinataire tant qu'il lui oppose son droit de rétention.

⁵⁹⁶ Cass. com, 26 sept. 2006, no 04-19.843 : *Une personne contracte un contrat de transport avec un voiturier pour le déplacement aller et retour de marchandises présentées lors d'une exposition. Après exécution du transport, le voiturier oppose son droit de rétention au client pour obtenir le règlement de sa créance. Il assigne par la suite son client en règlement des sommes dues. Ce dernier forme une demande reconventionnelle afin d'être indemnisé du préjudice qu'il estime subir du fait de la privation des marchandises et de leur détérioration. Pour résoudre la difficulté du cas d'espèce, il convenait de déterminer l'incidence du droit de rétention du transporteur sur le point de départ de la prescription de l'action du client contre lui fondée sur le contrat de transport. Selon l'article 133-6, alinéa 3, du Code de commerce, le point de départ de l'action du client est situé au jour où la marchandise aura été remise ou offerte au destinataire. Si le transporteur exerce son droit de rétention, la marchandise n'est, à l'évidence, pas remise au client. Est-elle pour autant offerte au destinataire ? La cour d'appel l'avait implicitement admis, en retenant comme point de départ le jour où le voiturier avait opposé son droit de rétention au client. La chambre commerciale la censure : le voiturier ne peut offrir de délivrer les marchandises s'il les retient en vertu de son droit de rétention (cf. déjà en ce sens Cass. com., 8 juin 1999, no 97-12.233, Bull. civ. IV, no 125, RTD com. 2000, p. 167, obs. BOULOC B., BT 1999, p. 461). Il y a une contradiction évidente entre l'offre d'exécution de la délivrance et la rétention de la chose. Le droit de rétention permet au voiturier de garder la marchandise tant qu'il n'est pas payé du prix du transport. Il en résulte logiquement que le voiturier n'offre pas la marchandise tant qu'il invoque son droit de rétention. Finalement, l'exercice de ce droit retarde le point de départ de la prescription de l'action. La marchandise sera offerte lorsque le voiturier*

L'acqureur du connaissement acquiert en même temps un droit réel sur la marchandise⁵⁹⁷. Or, le fret n'est pas attaché à la propriété de la marchandise mais au contrat de transport. Car il est admis que le connaissement est un titre de propriété sur la marchandise et que le fret est le prix du transport de cette marchandise. Donc deux patrimoines⁵⁹⁸ distincts : la créance du transporteur issue du fret et la propriété de la marchandise transmise de droit aux porteurs successifs du connaissement négociable. Si l'endossement transmet tous les droits (*animus et corpus*) résultant du droit de propriété. La doctrine et la jurisprudence en admettant, dans certains cas, que le transporteur ne doit livrer qu'après paiement du fret procède alors à ce que nous, nous appelons, *l'incorporation de la créance dans le titre de propriété*. De ce fait il nous semble que la créance du fret s'intègre dans le titre de propriété dès la signature du contrat de transport. Et que le porteur du connaissement acquiert aussi la dette s'il accepte de payer le fret. En fin de compte, la relation contractuelle entre le transporteur et le chargeur est encore mal définie.

329. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine laisse à croire qu'il faut associer le destinataire à l'opération de transport et par conséquent en tirer toutes les conséquences. Doit-on aussi le considérer comme associé même si son nom ne figurait pas sur le connaissement ? La doctrine estimait que le destinataire devait être considéré comme devenu partie au contrat dès lors qu'il acceptait de prendre livraison de la marchandise. Pour justifier les différentes solutions, les juges avaient tendance à faire appel à la technique de la stipulation pour autrui : en contractant, l'expéditeur demandait au voiturier d'accomplir une prestation au profit du destinataire et du fait de la stipulation pour autrui, ce-dernier bénéficiait d'un droit direct contre le voiturier. Par ce système, le destinataire pouvait exiger du transporteur l'exécution du contrat conclu avec l'expéditeur mais le transporteur ne pouvait pas exiger du destinataire de payer le transport. Ainsi, en intégrant le destinataire parmi les parties au contrat il y a des obligations et responsabilités des deux côtés, c'est toute l'originalité du contrat de transport : *contrat synallagmatique à 3 parties*.

330. Cette démonstration fait ressortir le lien étroit entre le connaissement et le contrat de transport. D'ailleurs, nous l'avons déjà évoqué, c'est le connaissement qui contient les conditions générales du transport. Cette remarque nous conduit à nous demander si le porteur du connaissement négociable destinataire de la marchandise hérite du contrat de transport par l'effet de l'endossement du connaissement. En effet, il est admis que le connaissement a une fonction

n'exercera plus son droit de rétention, quelle qu'en soit la raison, qu'il ait été payé ou qu'il y ait renoncé. La solution pourrait s'expliquer par le fait que le droit de rétention s'analyse comme une exception d'inexécution permettant au transporteur de suspendre l'exécution de son obligation de délivrance de la chose transportée. Or, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour de l'arrivée du terme lorsque l'obligation est affectée d'un terme suspensif (C.civ., art. 2257, al. 3). Revue Lamy droit des affaires, N° 10, 1er novembre 2006.

⁵⁹⁷ C'est en 1859 que la Cours de cassation posait le principe que *la propriété des marchandises voyageant par mer est représentée par le connaissement que le connaissement, ainsi que les marchandises dont il est la représentation, se transmet par la voie de l'endossement*. Cass. 17 août 1859, DMF, 1859. I. 347.

⁵⁹⁸ Voir le plaidoyer de F. COHET-CORDEY, *la valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, RTD civ. 1996, p. 819.

probatoire par rapport au contrat de transport et qu'en matière contractuelle, nous l'avons dit, l'instrumentum est souvent délivré *ad probationem*⁵⁹⁹. Dès lors, le principe selon lequel le connaissance n'est pas le contrat de transport devrait être remis en question. Si non, nous proposons que le processus qui met en relation le destinataire (autre que le chargeur) et le transporteur soit clairement défini pour qu'une véritable créance née du fret puisse exister entre le destinataire et le transporteur ouvrant droit de rétention sur la marchandise devenue propriété du destinataire. Théoriquement, la distinction entre le contrat de transport et le connaissance peut être défendue si l'on se positionne sur le terrain de la liberté contractuelle et de la souplesse du formalisme. Mais il est très difficile, dans la pratique, de détacher le contrat de transport du connaissance. Tout compte fait le porteur a des droits sur la marchandise.

Paragraphe 2 : la valeur mobilière du connaissance : la saisie du B/L électronique ?

Nous verrons que le connaissance acquière une valeur mobilière parce qu'il représente la marchandise et que son transfert peut créer un lien juridique entre le porteur et le transporteur **(a)**. Mais aussi les créanciers peuvent saisir la cargaison entre les mains du transporteur parce que les marchandises sont censées appartenir au porteur du connaissance **(b)**.

a. La valeur mobilière du connaissance : les droits du porteur envers le transporteur

331. La valeur mobilière du connaissance réside dans le paradigme de la relation entre le document et le bien⁶⁰⁰ (marchandise). C'est-à-dire que c'est la marchandise qui confère au document une valeur mobilière. La valeur est le caractère mesurable économiquement d'un objet en tant que susceptible d'être échangé, désiré⁶⁰¹. L'acquisition du connaissance est la source première de la création d'un droit, ce dernier réside dans le commerce que réalise entre eux les opérateurs. Il résulte de cette dimension naturelle de négociabilité que le mode normal de création d'un droit est

⁵⁹⁹ Le terme connaissance désigne un document faisant preuve du contrat de transport et constatant la prise en charge ou la mise à bord de la marchandise par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer la marchandise contre remise de ce document. Cet engagement résulte d'une mention dans le document stipulant que la marchandise doit être délivrée à l'ordre d'une personne dénommée ou à ordre ou au porteur. Règles de Hambourg, art. 1.7.

⁶⁰⁰ R. LIBCHABER, *le recodification du droit des biens*, in le Code civil 1804-2004 – livre du Bicentenaire Dalloz-Litec, 2004, p. 297.

⁶⁰¹ Dictionnaire le Petit Robert.

un mode consenti⁶⁰², volontaire. Les mouvements de biens résultent souvent dans l'idéal d'un processus d'échange volontaire (par exemple le transfert du connaissance). La valeur mobilière du connaissance n'est pas liée à la créance du transporteur mais plutôt à la marchandise car le premier est un droit personnel alors que le second un droit réel ; nous l'avons vu. Un lien entre deux personnes pouvant exister par l'entremise d'un droit le plus souvent subordonné à un accord et par conséquent à l'existence de la chose⁶⁰³.

332. Mais, le lien entre le transporteur et le destinataire porteur du connaissance en est autrement. Ces derniers ne sont pas liés par un accord mais par l'effet de la détention provisoire de la marchandise. Et que la créance (le montant du fret) est née dans le rapport entre le transporteur et le chargeur. Elle garantit au créancier la réalisation d'une prestation future (le transport de la marchandise). Ainsi, la valeur propre du droit personnel réside dans la capacité du débiteur à s'exécuter donc dans la confiance de son créancier. Cette confiance est nécessairement fonction des moyens de coercition (non livraison, droit de rétention) mis à sa disposition, afin d'obtenir en cas de non satisfaction le paiement de la contre valeur sur la marchandise. Dès lors, le droit personnel du transporteur n'a que pour seul squelette, le droit d'exiger l'accomplissement de l'obligation. De ce fait, le créancier ne se satisfera jamais d'être titulaire d'un droit personnel si le débiteur ne connaît pas son identité⁶⁰⁴.

333. La lecture des travaux préparatoires du Code civil révèle la prise en compte de ce souci : ainsi, en parlant de la délivrance des objets vendus, on a remarqué de quelle manière s'opérait la tradition des droits incorporels. Ce n'est qu'après la signification du transport au porteur du connaissance, ou l'acceptation qu'il en a fait dans un acte authentique, que naît la relation entre le porteur du connaissance et le transporteur. Car avant la signification ou l'acceptation, le porteur a pu payer au chargeur le prix de vente de la marchandise. Et il faut qu'il accepte expressément le transport⁶⁰⁵. Cette situation soulève le mécanisme d'opposabilité. Toutefois, elle met en œuvre différentes modalités. Ainsi, suivant que le connaissance revêt la forme nominative ou au porteur, l'opposabilité des droits à l'égard de leur émetteur variera. Ainsi, le connaissance nominatif repose sur la subordination de l'opposabilité des droits résultant du titre et de la connaissance du détenteur organisée par l'émetteur. Grâce à la dématérialisation, cette connaissance est organisée

⁶⁰² Sur cette notion : D. MARTIN, *le droit réel se prête aussi à la mobilisation par voie de titre : il peut s'agir de la propriété*, Lamyline D. 1993, chr., p. 21.

⁶⁰³ Voir J. GHESTIN, BILLIAU M., et LOISEAU G., *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.

⁶⁰⁴ PH. GOUTAY et DEBUSSY A. *Droit et patrimoine*, Lamyline n°82, mais 2000.

⁶⁰⁵ Voir les exposés des motifs par J-E. M. PORTALIS devant le corps législatif, Discours préliminaire du premier projet de code civile t. VI, p. 87, n° 77. Lamy Droit et patrimoine n° 82, 2000.

dans le système informatique de l'émetteur⁶⁰⁶ interconnecté avec celui de l'acquéreur du connaissance. En revanche, le connaissance au porteur se caractérise par l'indifférence de la connaissance par l'émetteur de l'identité du porteur, pour que ce dernier soit en droit de lui opposer les droits résultant du titre. Cette ignorance de l'identité du porteur engendre la question de la transmission des droits. Dans cette mesure, la dématérialisation n'a pas rendu caduque la distinction entre le connaissance au porteur et le connaissance nominatif. Cette différence ne se limitant pas à l'identité du destinataire. Car la subordination de la connaissance par l'émetteur de l'identité du propriétaire du titre reste le critère essentiel de discrimination.

334. Le connaissance est créé parce qu'il existe une opération économique qui la précède et apparaît en même temps ou qui le suit. Cette opération économique qui sert de justification au connaissance se nomme rapport fondamental. Ce sont des rapports de droit issus du droit commercial général qui se trouvent incorporés dans les conventions internationales. Considérons un connaissance créé sur la base d'un contrat de transport⁶⁰⁷. Ensuite pour financer le transport, le chargeur endosse le connaissance auprès de son partenaire économique. Il faut noter que le fret est payable à l'arrivée. En droit on dit qu'il y a deux rapports fondamentaux dans ce cas de figure. D'une part il y a la créance du transporteur sur le chargeur correspondant au prix du transport. Cette créance fondamentale détenue par le transporteur sur le chargeur doit être considérée comme une *provision* dans le contrat de transport. D'autre part il y a un second rapport fondamental qui résulte de l'achat de la marchandise, la somme versée par l'acheteur au chargeur vendeur en échange de la remise du connaissance⁶⁰⁸. Cette créance fondamentale du bénéficiaire sur le chargeur se nomme valeur fournie. Les deux types de créance qui viennent d'être envisagés ont des rapports fondamentaux car tout en étant extérieurs, ils ont un objet commun : la marchandise. Le porteur se place en principe dans les rapports fondamentaux. Si le porteur n'est pas le débiteur du fret à l'échéance il n'est pas obligé de payer le transporteur. Son refus doit être considéré comme une opposition à l'exception du défaut de paiement du chargeur. Cependant le chargeur qui est débiteur fondamental à l'échéance est tenu de payer naturellement sur le plan fondamental (le contrat de transport) et non sur le fond de l'émission du connaissance car il n'a pas signé ce document. En pratique les marchandises, devraient être remises au destinataire porteur.

335. En effet, par le connaissance, le destinataire porteur est devenu créancier du chargeur en lui avançant le montant du prix de la marchandise. A notre avis, pour bénéficier des effets de l'endossement, l'endossataire doit satisfaire à une condition préalable : être porteur légitime comme

⁶⁰⁶ Ici le connaissance négociable produit dans le système informatique du transporteur est envoyé dans celui du chargeur que ce dernier transmet par endossement au destinataire final ce qui veut dire que le destinataire est informé de la situation.

⁶⁰⁷ Cassation, Chambre commerciale, Arrêt n° 782 du 1 octobre 1985, Pourvoi n° 84-14.111

⁶⁰⁸ Dans ce cas nous sommes normalement en présence d'un contrat de vente portant sur un document représentant des biens.

le prévoit l'article L511-11 du code de commerce en matière de lettre de change⁶⁰⁹. La doctrine parle à propos de ce texte de chaîne d'endossement, en cas de contestation, il appartient au porteur de remonter cette chaîne en prouvant par tout moyen qu'il tient le titre de Y lequel tenait le titre de X, lequel tenait son droit de W etc. Ce qui est tout à fait possible grâce à l'interopérabilité des systèmes informatiques dont le crédo est la traçabilité des échanges du document électronique. En somme l'endossataire bénéficie du droit de se faire livrer la marchandise indiquée sur le connaissance. La jurisprudence opère une distinction : dans les rapports des endossements entre eux, la présomption est simple, la preuve contraire peut être rapportée. Mais peut-on envisager la saisie de la marchandise entre les mains du transporteur ?

b. La saisie conservatoire du B/L et de la cargaison : la saisie du connaissance électronique ?

336. Les marchandises contenues à bord des engins de transport peuvent être saisies⁶¹⁰. La Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisies conservatoire des navires de mer autorise en effet ce genre de saisie conservatoire⁶¹¹. Mais quand et comment peut-on saisir un navire ou une marchandise ? A ces questions, le professeur Philippe DELEBECQUE a magistralement livré l'essentiel de ce qu'il faut savoir sur cette fameuse procédure qu'est la saisie conservatoire (*propos recueillis par GUILLEMETTE de FOS et Marie TILCHE, publié dans Bulletin des transports et de la logistique, 2786, 08-02-1999*). Selon le professeur, dans le cadre d'une saisie conservatoire de marchandise, c'est la loi du 9 juillet 1991 complété par le décret relatif aux procédures civiles d'exécution du 31 juillet 1992⁶¹² qui a entièrement repensé ce qu'on appelait, autrefois, les « voies d'ex » et les mesures conservatoires. Ce droit commun est toujours sous-jacent, même si dans certains domaines (maritime, notamment), les lois spéciales viennent y déroger. En effet, quand un transporteur doit de l'argent, un des moyens de le faire payer, consiste à user de la saisie-appréhension : elle permet, comme son nom l'indique, de saisir les biens meubles que le débiteur est tenu de livrer ou restituer⁶¹³. Mais pour pouvoir saisir, il faut être muni d'un titre exécutoire et d'une autorisation judiciaire. Le second moyen, plus connu et plus usité, est la saisie conservatoire qui a pour effet de bloquer la marchandise : si le débiteur ne cède pas, le créancier peut demander la conversion en saisie-vente.

⁶⁰⁹ Art L511-11 du code commerce définit le porteur légitime de la façon suivante : « le détenteur d'une lettre de change est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossement même si le dernier endossement est en blanc ».

⁶¹⁰ PH. DELEBECQUE, *droit maritime*, 13^e éd. Dalloz, 2014, p.164.

⁶¹¹ Conclue à Bruxelles, le 10 mai 1952.

⁶¹² Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution. Légifrance.

⁶¹³ Article 56 de la loi n° 91-650 du 9 juillet de 1991, modifié par ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011.

337. Toutefois, des difficultés surgissent dans le cadre du transport international et national. Dans le premier cas, un conflit de loi et de juridiction peut naître. L'article L511-1 du Code de procédures civiles d'exécution exige en effet l'intervention du juge pour procéder à la saisie. Une décision de justice étrangère reconnaissant la créance doit-elle être obligatoirement « doublée » par l'autorisation d'un magistrat français ? s'interroge le professeur DELEBECQUE. Et de répondre par la négative en invoquant l'article L511-2 dudit Code aux termes de laquelle le jugement étranger suffit, même s'il n'a pas encore force exécutoire (en d'autres termes, même s'il n'a pas reçu l'exequatur). Autre question, sujette à controverses, l'autorisation du juge français a-t-elle ou non un caractère extraterritorial ? Pour sa part, le professeur DELEBECQUE penche pour la territorialité, ne serait-ce pour des raisons pratiques : comment un juge français pourrait-il rendre indisponibles des biens se trouvant à l'étranger ? Se pose alors une autre difficulté : de quel pouvoir d'appréciation dispose le juge français ? Dans un arrêt du 14 avril 1996, la Cour de cassation cantonne son pouvoir à la seule appréciation du fondement de la créance.

338. Autre interrogation d'importance, comment se déroule la procédure ? Une fois l'autorisation du juge hexagonal obtenue, doit-on s'adresser au même magistrat pour obtenir le titre exécutoire ou bien à un autre ? Le professeur DELEBECQUE note sur ce point le récent revirement de la jurisprudence, d'une réponse positive vers une réponse négative : de la compétence pour juger au fond à la non-compétence. Enfin, à signaler que dans un arrêt du 17 janvier 1995, la Cour de cassation impose au juge le respect du droit international privé, sauf si la règle de conflit lui donne compétence pour trancher le fond. Et tant pis si cela entraîne une perte de temps et d'argent pour le créancier⁶¹⁴.

339. Dans le cadre d'un transport intérieur, bien que le transporteur ne soit que « tiers détenteur » des marchandises, la saisie conservatoire est néanmoins possible. La loi et son décret d'application le prévoient. A condition que l'objet de la saisie appartienne au débiteur. Car la saisie conservatoire (à la différence de la saisie-attribution diligentée contre le débiteur du débiteur d'un bien) n'est possible qu'à l'encontre des débiteurs propriétaires du fret. Première difficulté en pareil cas : que se passe-t-il lorsqu'il existe une clause de réserve de propriété non publiée ? La saisie tombe dans le vide, même si le créancier ignorait de bonne foi l'existence de la clause quand il a engagé la procédure ! Autre problème important, la saisie est normalement exercée par le propriétaire (expéditeur ou destinataire, selon le cas) des marchandises. Mais, en transport maritime, la possession du connaissement est décisive : la jurisprudence réserve au seul porteur de ce titre le droit de saisir le fret. Et ce, quand bien même le détenteur du connaissement n'est que mandataire du propriétaire (ou nanti sur le titre). Ne reste alors au vendeur dont les biens seraient saisis qu'à entreprendre une action en distraction. « *Le juge assimile trop systématiquement le porteur du*

⁶¹⁴ DE FOS Guillemette, Marie TILCHE, Bulletin des transports et de la logistique, 2786, 08-02-1999.

connaissance au propriétaire », regrette le professeur Philippe DELEBECQUE qui rejoint, là, certains auteurs ayant dénoncé ce « mythe » du connaissance. Et d'illustrer la suprématie du connaissance par trois décisions de la Cour suprême (Cass. com., 30 octobre 1989 ; 5 octobre 1993 concernant une vente CAF ; 12 décembre 1993 concernant une vente FOB).

340. Enfin, rappelle le professeur DELEBECQUE, la saisie du document de transport est possible, notamment sur connaissance au porteur⁶¹⁵. Toutefois, elle n'offre d'intérêt que si, tel le connaissance, ils représentent la marchandise. La saisie d'une lettre de voiture serait ennuyeuse pour le transporteur, mais peu fructueuse pour son créancier⁶¹⁶. Le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession lorsqu'il en est saisi par un connaissance ou une lettre de voiture qui représente la marchandise⁶¹⁷. Mais la remise de la lettre de voiture ou du récépissé ne peut constituer le gage que si le débiteur n'a plus droit à la livraison⁶¹⁸.

341. Peut-on envisager la saisie du connaissance électronique ? La valeur mobilière du connaissance négociable étudiée un peu plus haut nous conduit à démontré la possibilité de saisir un document représentatif dématérialisé. En effet, La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 modifiée⁶¹⁹, a créé une saisie spécifique des biens incorporels dans l'article L231-1 du Code de procédures civiles d'exécution, selon lequel tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire. De plus l'article L521-1 dudit Code dispose que la saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle les rend indisponibles.

342. Notre hypothèse pour répondre à la question posée auparavant, peut être illustrée par une réflexion sur la notion de saisie. Dans le langage courant et dans une conception juridique élémentaire, la saisie consiste à s'emparer matériellement du bien d'autrui⁶²⁰. Partant, la saisie ne saurait porter sur des biens immatériels, tels les créances, qu'au prix d'une extension métaphorique de la notion de saisie⁶²¹. Une créance ne serait pas, à proprement parler, saisissable. Elle ne le serait que « pour ainsi dire », et l'on est presque tenté de parler ici de « quasi saisie⁶²² ». Pourtant, il est aujourd'hui parfaitement admis que la saisie des biens incorporels est une saisie au sens plein. Cela tient au fait qu'en réalité, la notion de saisie n'a nullement changé : aujourd'hui comme hier, la saisie consiste à instituer à la demande d'une personne l'indisponibilité d'un bien appartenant à une

⁶¹⁵ Cass. Com. 30 octobre 1989, Société Bishop Rock Marine c. Société CAM, DMF n° 507, 1991.

⁶¹⁶ DE FOS Guillemette, Marie TILCHE, Bulletin des transports et de la logistique, 2786, 08-02-1999.

⁶¹⁷ G. Ripert et ROBLOT R., *Droit commercial*, LGDJ, 16^e éd., 2000, par DELEBECQUE PH. et GERMAIN M., t. II, n° 2602.

⁶¹⁸ Cass. Com. 26 avr. 1994, n° 92-15.173, JCP E 1995, I, n° 482, obs. SIMLER PH. et DELEBECQUE PH

⁶¹⁹ Créé par ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011, Légifrance.

⁶²⁰ Vocabulaire juridique, G. Cornu, 8 éd.

⁶²¹ D. GUTMANN, *du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique*, Arch. Phil. Droit 43 1999, p. 65-78.

⁶²² *Ibidem*.

autre⁶²³. La saisie des biens immatériels a donc permis de dévoiler la véritable définition de la saisie, c'est-à-dire une définition dépouillée de toute composante matérielle, recentrée autour de son essence⁶²⁴. En ce sens, l'instant de raison qui a permis l'extension métaphorique de la saisie n'a fait que révéler l'analogie profonde qui existe entre la saisie d'un bien matériel et la saisie d'un bien immatériel. Ce qui a changé, en revanche, c'est que le recentrage de la définition nous a forcé à distinguer plus clairement la *notion* de saisie et le *régime* de la saisie. Disons en effet que, tant que la saisie était définie en référence à un élément matériel, l'actualisation concrète de la saisie (le fait de s'emparer du bien) était confondue avec la définition théorique (théoriquement, la saisie était le fait de soustraire le bien à la maîtrise matérielle d'autrui). Par contraste, la saisie au sens actuel n'est concevable qu'à la condition de distinguer clairement notion et régime. Mieux encore, le raisonnement nous a permis de comprendre comment il est théoriquement concevable qu'un *concept juridique unitaire puisse, sans s'altérer, donner naissance à des régimes juridiques distincts*. Le raisonnement est applicable à de multiples domaines⁶²⁵. Ainsi, le virement bancaire peut être considéré comme une véritable remise formant le prêt ou un véritable don manuel, parce que l'essence de ces opérations ne réside pas dans la matérialité du transfert, mais dans l'opération de dessaisissement elle-même⁶²⁶. En reproduisant le raisonnement, on peut encore avancer que la signature électronique est une véritable signature, car l'essence de celle-ci ne réside pas dans sa matérialité mais dans l'émission d'un signe permettant d'identifier le signataire et d'exprimer sa volonté⁶²⁷. Nous déduisons de ce raisonnement que le connaissance électronique négociable pourrait faire l'objet de saisie si sa dématérialisation est effective. Toutefois, dans les rapports des endossements avec les tiers porteurs, la présomption est irréfragable et on parle de partie contrôlante.

⁶²³ Cf. Ph. THÉRY, « La saisie des valeurs mobilières et des droits d'associé », *JCP éd. E*, 1993. 239, n° 5.

⁶²⁴ D. GUTMANN, *op-cit.*

⁶²⁵ D. GUTMANN, *op-cit.*, *La question de la possibilité de la possession des droits (la quasi-possession romaine) ne se pose pas si l'on estime, avec F. Terré et Ph. Simler, que la possession est toujours l'exercice de fait des prérogatives d'un droit. Peu importe que ce droit soit le droit de propriété.*

⁶²⁶ En ce sens, par exemple pour le don manuel, v. Cass. 1re civ. 12 juill. 1966, *D.* 1966. 614, note J. Mazeaud. Sur le virement comme remise d'une monnaie scripturale, Paris, 31 janv. 1986, *RTD com.* 1986. 418, obs. Cabrillac et Teyssié, et l'analogie parfaite formulée par M. Cabrillac : « le virement est [...] dans le domaine de la monnaie scripturale ce qu'est la tradition dans le domaine des espèces » (Lamy « Virement », et J.-Cl. Banque et Crédit, 1990, fasc. n° 290).

⁶²⁷ À ce sujet, cf. D. Syx, « Vers de nouvelles formes de signature ? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques », *Droit de l'Informatique* 1986.3, p. 133 et s., spéc. n° 8, p. 134.

SECTION 2 : la notion de partie contrôlante et le transfert du droit de contrôle

343. Le principe, à notre avis, apporté à la circulation du connaissance électronique, s'articule d'avantage dans la notion de partie contrôlante proposée par les Règles de Rotterdam. Le chargeur est la partie contrôlante à moins que, lors de la conclusion du contrat de transport, il désigne le destinataire, le chargeur documentaire ou une autre personne comme partie contrôlante⁶²⁸. Cette disposition soulève la question de savoir sur quel objet le contrôle est exercé ? S'agit-il du connaissance ou de la marchandise ou des deux en même temps ? En effet, les Règles de Rotterdam mentionnent le connaissance comme l'objet du droit de contrôle : il nous faut comprendre cela. Car il est possible de transférer le droit de contrôle à une autre personne et que ce transfert prend effet à l'égard du transporteur dès lors que ce dernier en est avisé par l'auteur du transfert⁶²⁹. Le bénéficiaire du transfert devient alors la partie contrôlante. L'analyse de cet échange montre que c'est le connaissance qui fait l'objet du transfert. Mais dans ce cas, quel est le sort du contrat de transport ? On constate que, dans la vie des affaires, de très nombreux contrats sont cédés ; est-ce le cas, lorsqu'un chargeur procède à un transfert du connaissance à un nouvel acquéreur de la marchandise déjà embarquée pour le voyage ? Oui puisqu'il s'agit d'une vente entre chargeur et acquéreur. D'une part, tous les contrats, tels ceux liant le transporteur au chargeur, devront-ils être cédés au nouvel acquéreur ? Est-ce que ce dernier dispose de la possibilité de ne pas reprendre le contrat de transport ? Conscient de cela, nous essayerons d'y apporter quelques éléments de réponse en nous basant sur les dispositions de l'article 1216 issu de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, de l'article 1111-1 alinéa 1^{er} du Code civil et de la jurisprudence (**paragraphe 1**). D'autre part, le transfert du connaissance n'obéit à aucun formalisme et donne la possibilité à la personne fondée à exercer le droit de contrôle, de donner des instructions au transporteur. Peut-on dans ce cas parler de sous-contrat ? Dans la mesure où l'opération de transfert du connaissance ne fait pas disparaître le contrat de transport, car toutes les parties demeurent dans le lien contractuel (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une cession du droit de contrôle par le transfert du document

344. L'un des principes importants posés par les Règles de Rotterdam de 2008 est le contrôle exclusif du document. Ce principe met fin à la notion équivoque de possession utilisée pour la

⁶²⁸ Article 51 .1. a, des Règles de Rotterdam 2008.

⁶²⁹ Article 51 b, des Règles de Rotterdam *op.cit.*

livraison de la marchandise. En effet, il est admis depuis fort longtemps, que le connaissance matérialise les droits du porteur sur la marchandise et c'est cette fonction qu'il nous faut analyser pour démontrer et proposer une procédure de transfert du connaissance négociable. Dans le cadre du transport maritime, et selon les dispositions des Règles de Rotterdam, la partie contrôlante peut transférer le droit de contrôle à une personne. Ce droit de contrôle nous l'avons dit, porte sur la marchandise objet du transport mais aussi sur un document faisant preuve d'un contrat de transport. Mais ce document selon la doctrine et la jurisprudence abondante, doit être distingué du contrat de transport. Nous ne reviendrons pas sur ce débat déjà évoqué. Cependant, nous tenterons de démontrer dans ce transfert du document, le principe de la cession de contrat. Pour répondre à la question posée un peu plus haut (n° 338), la cession de contrat n'est pas un sous-contrat. Le sous-contrat vient se greffer au contrat principal, de ce fait, on a deux rapports contractuels. Donc il n'y a pas de substitution de contrat : les deux existent simultanément. Le rapport initial est maintenu. Or, dans la cession de contrat les parties sortent du lien contractuel. En effet, il résulte des dispositions de l'article 1216, issu de la réforme du droit des contrats de 2016, qu'un cocontractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée par écrit, sous peine de nullité⁶³⁰ (art. 1109, al. 2 ; art. 1216, al. 3 Code civil).

345. La circulation du connaissance négociable⁶³¹ entre les mains des porteurs successifs nous conduit à analyser le rapport juridique entre des contrats dans le cadre des échanges commerciaux. Il résulte de cette analyse une déduction logique faisant apparaître un transfert déguisé du contrat de transport entre les mains de l'acquéreur du connaissance négociable qui a accepté de payer le fret. Pour cela, il nous faut répondre à la question de savoir si le contrat de vente de la marchandise transportée opère accessoirement le transfert du contrat de transport sachant que le connaissance est le support de ce contrat de transport ? Dans cette situation, peut-on admettre que le transporteur se retrouve avec un nouveau débiteur du fret ? La réponse est non car, il faut l'acceptation du nouvel acquéreur de payer le fret. Étant admis que le transfert du contrat obéit aux conditions d'acceptation par le nouveau débiteur. Il faut que celui-ci par quelques moyens *adhère* au contrat⁶³².

346. Si le connaissance est transféré, le contrat de transport n'est pas pour autant céder. Mais si le nouvel acquéreur accepte de payer le fret on peut admettre que le contrat de transport est par conséquent cédé. Mais s'agit-il d'une cession parfaite ou d'une subrogation ? Conformément au

⁶³⁰ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, Legifrance.

⁶³¹ L'hypothèse retenue est celle du fret payable à destination par le transitaire représentant le chargeur ce dernier pouvant être insolvable.

⁶³² P. BONASSIES, SCAPEL Ch., *Traité de droit maritime*, L.G.D.J., 2^e éd. 2010, n° 932.

principe du consensualisme, la cession opère, comme la vente, transfert instantané de la créance par le seul échange des consentements. Aujourd'hui, on considère que le destinataire, en accomplissant le connaissance, n'adhère qu'à un contrat de transport correspondant au type normal d'un tel contrat⁶³³. Comment l'une des parties pourrait-elle céder à un tiers un contrat qui l'oblige envers son cocontractant ? La question de la possibilité de la cession de contrat ne se pose que si le contrat est synallagmatique. Si le contrat est unilatéral, il ne comporte que pour une seule partie. Par ailleurs, la jurisprudence et certains textes législatifs reconnaissent la cession de contrat notamment en matière de baux⁶³⁴ ou de contrat de travail⁶³⁵.

347. Cependant il nous semble que le contrat de transport est exclu du domaine de la cession des contrats. Dans la mesure où la cession de contrat, dans ce contexte, est applicable au contrat à exécution successive à l'exclusion des contrats à exécution instantané⁶³⁶ comme la vente, et le transport. Par ailleurs, s'il ne peut être cédé, et que le connaissance est transféré, le contrat de transport devient-il un sous-contrat ? Il nous semble que oui. Ce n'est pas une cession de contrat, car dans ce type d'opération une partie va disparaître de la scène, alors que toutes les parties restent dans l'opération de sous-contrat.

348. La reprise du contrat de transport comporte, pour l'acquéreur du connaissance, à la fois des droits et des obligations. Cela apparaît de prime abord comme une addition d'une cession de créance et d'une cession de dette. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il n'est pas étonnant que, ni les textes législatifs, ni aucun texte spécifique, ne prévoient la possibilité d'une cession du contrat de transport, au sens d'un acte par lequel un débiteur cédant transférerait à un cessionnaire son obligation envers un créancier cédé, avec tous ses caractères et ses accessoires et sans l'accord de ce créancier⁶³⁷ qui détient une garantie basée sur son droit de rétention de la marchandise. La doctrine approuve généralement ce silence⁶³⁸. Si en dernière analyse, l'obstacle ne réside pas dans la nécessité d'un accord du créancier, rien ne paraît s'opposer à l'efficacité d'une cession de dette par un accord tripartite⁶³⁹ et par conséquent la cession du contrat de transport.

⁶³³ P. BONASSIES, SCAPEL Ch., op.cit, n°932.

⁶³⁴ Certains textes tolèrent la cession de contrat ; tel est le cas de l'article 1717 du code civil qui dispose que : *le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie.*

⁶³⁵ Voir article L1224-1 du code du travail, qui prévoit la cession de plein droit de tous les contrats de travail conclus par l'ancien employeur au profit du nouvel employeur (en cas de restructuration). Toute clause y dérogeant est nulle (Cass. ch. mixte 7 juill. 2006 pourvoi n°04-14.788.)

⁶³⁶ Article 1111-1, alinéa 1^{er} du Code civil : *le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.*

⁶³⁷ F. TERRE, SIMLER Ph. Et LEQUETTE Y. *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^e éd. 2013, n°1305.

⁶³⁸ Voir GAUDEMET E., *Essai sur le transport de dette à titre particulier*, thèse Dijon 1898 ; SALEILLES, De la cession de dette, Ann. Dr. Com. 1890, p.1 s. ; L. AYNÈS, la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, *Economica* 1984, n° 36 s.

⁶³⁹ Voir en ce sens, Carbonnier, n° 322.

349. Ainsi, si le fret n'est pas payé par le chargeur, le destinataire qui adhère au contrat de transport peut reprendre la dette en acceptant de la payer avec l'accord du transporteur⁶⁴⁰. Toutefois, la cession de dette ne fait pas disparaître le lien juridique entre créancier et débiteur-cédant. De ce fait la créance passe elle même entre les mains du destinataire, avec ses caractères propres et tous ses accessoires. Il faudra analyser cette situation en déterminant le régime dans lequel il s'applique et les conséquences qui en découlent.

Paragraphe 2 : le régime de la cession du document et ses conséquences

350. Le destinataire encourt des droits mais aussi des obligations dès lors qu'il s'intègre au contrat de transport. Il ne s'agit pas alors d'une cession de contrat mais d'une subrogation personnelle. Cela nous semble remettre en cause le principe de l'effet relatif des contrats. En effet, ce principe signifie que le contrat ne saurait faire naître un droit au profit ou à l'encontre d'un tiers. Seules les parties au contrat peuvent devenir créancières ou débitrices par l'effet de celui-ci⁶⁴¹. Dès lors que l'obligation a sa source dans la volonté, ne peuvent être tenus que ce qui l'ont voulu. Ainsi, le rapport entre le destinataire et le transporteur semble être une conséquence de l'adhésion au contrat. Ce dernier peut résulter d'une convention ou non. Le chargeur ici « *cédant* » par le processus de la vente du connaissement, transfère le document avec les droits et obligations qu'il emporte, au destinataire (*cessionnaire*), qui lui est substitué dans le rapport contractuel. Le destinataire devient pour l'avenir partie au contrat : il recueille les droits du chargeur et assume ses obligations. Mais cette « *cession* » n'est pas parfaite car le chargeur demeure toujours le débiteur principal.

351. Dans le transfert du connaissement au porteur, on ne peut pas parler de stipulation pour autrui car on ne sait entre les mains de qui atterrira le connaissement. Étant entendu que dans la stipulation pour autrui le tiers bénéficiaire (connu) reste un tiers au contrat. Alors que dans la cession de contrat un tiers succède à une partie. Le destinataire porteur du connaissement devient alors ayant droit à la marchandise : il supporte par conséquent les obligations qui en résultent. Nous tenons à signaler que les obligations qui pèsent sur le chargeur⁶⁴² ne sont pas pris en compte dans la mesure où les marchandises sont arrivées à destination. Ici l'hypothèse étudiée est celle où le

⁶⁴⁰ Au sens de l'article 1327 du Code civil, le débiteur peut, avec l'accord du créancier céder sa dette.

⁶⁴¹ R. SAVATIER, *le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525 ; FLOUR Y., l'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé, thèse Paris II, 1977 ; GRIMADI M., le contrat et les tiers, Mélanges JEZTAZ, 2006, p. 161.

⁶⁴² Article 39 du décret du 31 décembre 1966, le chargeur doit présenter la marchandise pour embarquement à bord du navire au temps et lieu fixés par la convention des parties ou l'usage du port de chargement. L'article 43 du même texte aménage la sanction : si le chargeur ne présente pas sa marchandise en temps et lieu, il devra indemniser le transporteur du préjudice qu'il lui aura fait subir.

destinataire doit payer le fret et prendre livraison. Donc il pèse sur la tête du destinataire l'obligation de payer le fret et de retirer la marchandise.

352. Les effets de la substitution apparaissent au moment de la livraison. La logique voudrait que le transporteur adresse un avis d'arrivée⁶⁴³ au destinataire mais cela lui est impossible car, il ne connaît pas souvent le nouveau destinataire. Ce dernier devra surveiller les avis d'arrivée de navires publiés dans la presse professionnelle, et prendre contact avec le transporteur⁶⁴⁴. Souvent, le paiement du fret est attesté par la mention *fret payé* la question qui se pose est de savoir quelle est la portée exacte de cette mention, lorsque le transporteur, en fait, n'a pas été payé. C'est le cas par exemple lorsque le chargeur a remis le montant du fret à son transitaire qui infidèle ne l'a pas réglé au transporteur. Dans quel rapport doit-on régler cette situation ? Puisque qu'on est dans une subrogation imparfaite, à notre avis la situation peut être réglée aussi bien dans les rapports entre chargeur et transporteur⁶⁴⁵ que dans les rapports entre transporteur et destinataire ce dernier étant ayant ratifié le contrat. De ce point de vue, la cession des marchandises en cours de route devrait substituer de plein droit le destinataire dans les obligations du transporteur envers le vendeur (chargeur).

Pour revenir à la question de la mention fret payé figurant sur le connaissement, nous étudierons, pour répondre à la question, la preuve des actes sous signature privée. Analysons l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1999. Dans cet arrêt, la Cour énonce que la mention fret prépayé portée au connaissement signé par le transporteur, fait foi du paiement effectif, sauf au transporteur à établir que cette quittance du fret n'avait pas la valeur libératoire qu'impliquait son libellé⁶⁴⁶. Cette décision maintient les principes de base du droit de la preuve dans les rapports entre cocontractants (transporteur/chargeur). Étant donné qu'en droit commun, la valeur absolue n'est pas reconnue à une mention écrite. Compte tenu de nos développements précédents ; la question qui se pose est de savoir si on doit continuer de considérer le destinataire comme tiers au contrat, et décider que le transporteur ne peut prouver l'inexactitude de la mention fret payé à son égard.

353. Il faut comprendre que le contrat de transport est indissociable du déplacement de la marchandise. Il existe un lien entre le bien et le droit acquis par le destinataire. A suivre une telle analyse, le destinataire pourrait exiger du transporteur la livraison de la marchandise conformément à l'exécution du contrat de vente conclu avec le chargeur si on applique la théorie de l'accessoire. Devrons-nous croire pour ainsi dire, que la transmission des droits est admise dès lors que ceux-ci sont un accessoire de la chose (le transport est l'accessoire de la vente de la marchandise car elle permet son déplacement physique). Notre hypothèse vise essentiellement les droits réels qui grèvent

⁶⁴³ En ce sens, Cass. com. 27 juin 2006, DMF 2007. 536, obs. Y TASSEL.

⁶⁴⁴ P. BONASSIES et SCAPEL Ch. Droit maritime, *op.cit.*, n° 1042.

⁶⁴⁵ P. BONASSIES et SCAPEL Ch. T. *op.cit.*, n°1044.

⁶⁴⁶ DMF 1999.551, rapp. REMERY, obs. Ph. DELEBECQUE.

les biens transmis. Le transporteur devrait les respecter. La question qui se pose est de savoir quels sont à l'égard du destinataire les effets du contrat conclu par le chargeur. Est-il tenu par les obligations nées du contrat de transport ?

354. La réponse appelle deux situations. La première est que s'il n'adhère pas au contrat conclu par le chargeur, le destinataire est un tiers au contrat. Il ne devient pas débiteur ou créancier. Ainsi l'acquéreur de la marchandise ne saurait, à l'évidence, être tenu des dettes résultant de l'emprunt que son vendeur aurait contracté pour financer l'acquisition d'un immeuble. La deuxième situation est que le contrat conclu par le chargeur entretient une relation étroite avec le droit et le bien transmis au destinataire. Le principe est que la situation juridique née de ce contrat est opposable au destinataire. Or, cette opposabilité a, à leur encontre, beaucoup plus d'importance qu'elle n'en a à l'égard d'autres personnes⁶⁴⁷. Si le contrat de transport a eu pour objet le déplacement de la marchandise et le paiement du fret, la conséquence est la modification du droit transmis du destinataire acceptant de payer ce fret. L'opposabilité de cette convention au destinataire a pour conséquence qu'il n'a pu acquérir que le droit modifié. Ainsi l'acquéreur du connaissance négociable doit supporter les charges (paiement du fret) dont il est grevé à condition qu'aient été respecté les formalités d'opposition.

355. Il nous faut savoir maintenant si le destinataire devient sujet passif ou actif des obligations nées du contrat de transport et en relation avec la marchandise vendue. Par exemple le chargeur a conclu un contrat avec le transporteur pour le transport des marchandises et qu'il le vende avant la fin du transport, l'acheteur pourra-t-il s'en prévaloir et sera-t-il tenu pour l'exécution de ce contrat ? On remarque que la question ne se pose pas pour l'ensemble des contrats conclus par le chargeur avant le transfert du connaissance. Le contrat de transport ne présente d'intérêt que pour le destinataire de la marchandise après adhésion au contrat de transport. Mais cela suffit-il pour considérer que le destinataire est lié par ce contrat alors qu'il n'y a pas consenti au départ ?

356. La réponse est simple lorsque les acteurs, par leur volonté expresse, ont voulu transmettre au destinataire, qui l'accepte, les obligations pesant sur le contrat de transport ainsi que les droits dont il profite. Si une telle situation se manifeste, il n'y aura qu'à s'y conformer. Elle pourra se couler dans le moule d'une cession conventionnelle de contrat, d'une subrogation personnelle ou d'une stipulation pour autrui. Ainsi en va-t-il lorsque le destinataire accepte de payer le fret et *faire son affaire personnelle* du contrat de transport conclu par le chargeur⁶⁴⁸. Dans le même ordre de

⁶⁴⁷ J. DUCLOS, *l'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse Rennes, éd. 1984, n°148, p.177.

⁶⁴⁸ Req. Sept. 1940, DA 1941. 37, JCP 1940.II.1557, note E. Becqué ; Civ. 1^{re}, 18 févr. 1964, Bull. civ.I, n°92, p. 68. Certains arrêts décident qu'il s'agit d'une stipulation pour autrui. D'autres préfèrent y voir une cession de contrat (Maurie, Aynès et Stoffel-Munck Obligation, n° 800) (Comp. Civ. 1^{re}, 23 janv. 1968, Bull. civ. I, n°31, p. 24, D. 1968. 472). En revanche, « la seule révélation faite à l'acquéreur de l'existence d'un contrat conclu entre le vendeur et un tiers n'est pas de nature à créer au profit de cet acquéreur un droit à l'exécution de ce contrat » (Civ. 3^e 15 mars 2006, D. 2007. 1581, note PERRUCHOT-Triboulet, DEFRENOIS 2006. 1229, obs. LIBCHABER).

réflexion, un destinataire détenteur d'un connaissement à ordre qui n'est pas en blanc peut, s'il l'accepte, profiter d'une stipulation pour autrui prévu par le chargeur. Il en est ainsi lorsqu'une clause du connaissement stipule que le fret est payable à destination dans ce cas le réceptionnaire en est débiteur. Toutefois, en l'absence de manifestation de volonté, la réponse à la question de savoir dans quelle mesure le destinataire peut profiter ou souffrir du contrat de transport n'est pas tout le temps évidente. Conformément au droit positif, la solution varie selon qu'on envisage le problème sous son aspect actif ou passif, autrement dit selon que le contrat fait naître un droit ou une obligation.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

357. A travers ces analyses, nous avons essayé de faire ressortir l'impact de l'évolution technologique sur les pratiques du commerce maritime. Ce qui nous a permis dans un premier temps de comprendre de façon substantielle les techniques de création et de transmission des documents électroniques. Grace à cette étude, il est apparu que les documents du commerce maritime sont conçus notamment par les transitaires, les commissionnaires et les NVOCC dans leur rapport de commerce et suivant l'évolution des pratiques commerciales. Dans le seconde temps, nous avons vu que l'évolution technologique a engendré une adaptation juridique. En effet, on s'est rendu compte que la sécurité des systèmes juridiques occupe une position « souveraine » dans l'élaboration des documents électroniques et que les États cherchent des moyens techniques, juridiques et conventionnels efficaces pour s'adapter au progrès des nouvelles technologies de l'informatique. Ainsi, nous assisterons progressivement à la dématérialisation du connaissance négociable dans le cadre des lignes régulières.

DEUXIEME PARTIE

L'ARTICULATION DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DU COMMERCE MARITIME AVEC LES EXIGENCES DE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET INFORMATIQUE

La dématérialisation des documents du commerce maritime soulève des questions d'ordre juridique qui doivent être comprises et analysées par les juristes. Les relations commerciales font naître des contentieux issus de l'exécution des contrats, que les juges doivent résoudre. Mais, les parties d'un commun accord peuvent décider de soumettre leur litige à des personnes privées communément appelées arbitre. Ces arbitres vont résoudre le litige sur la base d'un règlement d'arbitrage institué par un tribunal arbitral ad hoc ou une institution arbitrale, selon le choix des parties. La dématérialisation soulève aussi la question de la sécurité informatique : la conclusion des contrats électroniques suppose que les opérateurs ont confiance au système informatique dans la mesure où la loi leur garantit une protection à travers des textes claires et précis. Pour des raisons purement pédagogiques nous avons choisie d'étudier la question de la sécurité juridique et informatique en matière de transaction via Internet (**Titre I**) avant d'aborder les voies de règlement des nouveaux conflits issus des contrats électroniques (**Titre II**).

TITRE I : la sécurisation des échanges de documents dématérialisés

L'architecture informatique devrait faciliter le développement du commerce électronique maritime grâce notamment à des systèmes informatiques suffisamment connectés, une infrastructure pour les transactions électroniques sécurisées et un cadre juridique et réglementaire encore nettement structuré. Or, il semble évident que le développement d'un climat de confiance constitue un préalable nécessaire en raison de certains risques potentiels relatifs à l'identification et à l'authentification des parties, à la transmission ainsi qu'à la conservation des données personnelles et des documents électroniques, à l'intégrité et à la preuve de l'envoi et de la réception de ces derniers. Par ailleurs, l'environnement maritime du commerce électronique ne constitue pas encore un bon incubateur car : le niveau de confiance à la sécurité informatique n'est pas assez élevé les opérateurs du commerce maritime ont plus confiance au document physique qu'au document électronique à cause de sa volatilité dans son support. Ils ont donc besoin d'une sécurité technico-juridique en vue d'une utilisation efficace d'Internet pour les affaires. Ainsi les données échangées seront moins susceptibles de poser des difficultés au regard de leur protection. Il s'agit dans ce titre d'analyser l'état des travaux en matière de sécurité juridique orientée sur les échanges électroniques (**sous-titre 1**). Par une méthode comparative, l'analyse des moyens d'intervention nationaux, communautaires et internationaux utilisés pour asseoir la sécurité juridique en matière d'échange de données informatiques nous permettra de confirmer nos affirmations sur l'efficacité de la dématérialisation des documents du commerce maritime international (**sous-titre 2**).

SOUS-TITRE I : Vers une sécurité juridique dans les contrats conclus via Internet

358. On a vu que les priorités de la réglementation des activités du commerce électronique portent, dans une certaine mesure, sur la force probante des documents dématérialisés. Les présentations et les discussions dans cette thèse ont porté sur plusieurs priorités dans plusieurs domaines distincts, principalement. En ce qui concerne les créneaux prioritaires, la première porte sur le développement d'outil juridique prenant en compte les techniques de la sécurité informatique. Le consensus qui s'est dégagé est que de plus en plus d'entreprises travaillent avec des applications informatiques pour augmenter leur productivité et depuis longtemps, elles reçoivent, traitent, envoient et stockent des documents papiers ou des documents électroniques. Nous avons vu que la législation existante offre, à certains endroits, une sécurité juridique pour les activités qui se déroulent sur internet. Mais la méfiance du législateur se révèle encore quand il fait usage des notions de « présomption de fiabilité » à propos de la signature électronique et du procédé d'horodatage⁶⁴⁹ des courriels recommandés⁶⁵⁰. Cette méfiance apparaît aussi, au niveau des juges. Ces derniers se montrent hostiles à admettre le courriel comme preuve littérale d'un acte juridique. En fait, ils font une interprétation et une application strictes du texte concernant l'écrit électronique. Cette situation est la conséquence de la non maîtrise des risques informatiques qui sont souvent du domaine de l'inconnu. Toutefois des efforts pour sécuriser juridiquement les échanges de données informatiques sont entrain d'être fournis par les États pour mettre fin aux failles juridiques (**chapitre 1**). Pour cela un système de protection des données numériques est élaboré dans plusieurs pays. Son fonctionnement est défini dans des textes législatifs nationaux, communautaires ou internationaux (**chapitre 2**). Dans cette interopérabilité des systèmes, il y'a ceux qui mettent leur potentiel connaissance au service du crime. Ils créent ainsi un sentiment d'insécurité permanent dans ces systèmes. D'où la nécessité de déterminer les formes de cette délinquance pour pouvoir appliquer la loi ainsi crée (**chapitre 3**).

⁶⁴⁹ Décret n° 2011-434 du 20 avril 2011 relatif à l'horodatage des courriers expédiés ou reçus par voie électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JO 21 avril 2011, p. 7093.

⁶⁵⁰ Article 2, décret n° 2011-114 du 2 février, 2011 relatif à l'envoi d'une lettre recommandée par courrier électronique pour la conclusion ou l'exécution d'un contrat, JO 4 février 2011, p. 2274.

CHAPITRE I : La fin des failles juridiques sur les transactions électroniques

359. La cybersécurité doit être comprise, dans cette thèse, comme un moyen de lutte contre la délinquance qui sévit dans les systèmes informatiques. Aujourd'hui les gouvernements se sont lancés progressivement sur la voie du contrôle des activités illicites qui se déroulent sur Internet. La technologie évolue et permet d'utiliser des outils sophistiqués (logiciel) qui peuvent prévenir d'éventuels actes de malveillance. Cette évolution ouvre de nouveaux champs de possibilités et c'est pour cela que la législation évolue également afin de donner un cadre réglementaire et trancher en cas de litiges. Dans ce contexte, il est primordial de décrypter les notions sur la valeur juridique des documents dématérialisés. Dans la mesure où ce sont ces documents qui font l'objet de fraude. Partant de ce constat le rapprochement entre les normes numériques, qui font appel pour leur validité à la notion de sécurité, et les normes juridiques de droit commun nous, semble nécessaires.

La fiabilité des documents électronique occupe une place non négligeable dans l'application de la règle de droit en cas de litige. La question se pose de savoir alors dans quelle mesure les documents numériques obéissent à la qualification juridique d'instrument de preuve ? Autrement dit quel est le critère à partir duquel on détermine la juridicité du document numérique : est-ce le critère formel ou le critère de fiabilité ? (**section 1**). L'analyse de la réglementation et de la jurisprudence sur l'écrit électronique montre clairement que c'est le critère de sécurité et donc de fiabilité qui est retenu pour asseoir la valeur juridique du document électronique. Par ailleurs, la conservation des documents électroniques doit être pensée de façon à garantir leur intégrité, l'authenticité et leur pérennité⁶⁵¹. De cette façon, ils peuvent constituer une preuve littérale au sens du droit commun de la preuve (**section 2**).

SECTION 1 : la sécurité juridique : l'ordre normatif des gouvernements

360. Le postulat kelsénien affirme que l'État et le droit reposent sur un seul et même ordre de contrainte, que l'ordre juridique devient un État dès l'instant où il représente un certain degré de centralisation et de matérialisation⁶⁵². La conséquence est que seul l'État a le pouvoir de régir

⁶⁵¹ L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité article 1366, *op-cit*.

⁶⁵² H KELSEN, « *théorie pure du droit* » Paris, LGDJ, Montchrestien, Coll. La pensée juridique 1999, p. 25 et s.

l'ordonnancement juridique⁶⁵³. Dans cet ordonnancement se trouve le pouvoir législatif. Qui élabore les lois pour tous les domaines notamment le domaine informatique.

361. Il s'agit alors d'édicter une loi pour les actes juridiques dématérialisés. En l'espèce, la loi distingue les éléments de formalisation donnant valeur probante à l'acte (ad probationem) de ceux qui lui confèrent sa validité (ad validitatem). Dans la législation nationale de presque tous les États notamment en droit français, la loi n'exige pas toujours de formalisation pour qu'un acte juridique soit valide. Seule la solennité de certains actes exige que la volonté s'exprime par écrit suivant des formes encadrées. Leur rédaction est alors une condition de l'existence même du droit. L'exigence d'un écrit peut être imposée dans certains cas par le législateur « sous peine de nullité ». Le problème de la preuve est « absorbé » par celui de la validité, en ce sens qu'en l'absence d'un écrit dressé dans les formes légales, l'acte ne peut pas être prouvé parce que, juridiquement, il n'existe pas. Mais, dans bien des cas, le législateur n'impose une formalisation que pour que l'acte puisse être prouvé devant la justice, laissant les parties impliquées dans un acte juridique décider de la formalisation nécessaire pour le rendre valide. Pour connaître la valeur légale d'un document il faut dans un premier temps, connaître sa nature d'origine. Ainsi le support est neutre mais l'intégrité est requise ce qui amène le juge à vérifier ce critère (**paragraphe 1**). Mais si l'égalité entre l'écrit électronique et l'écrit papier est affirmée par la loi, il n'en demeure pas moins que le courrier électronique est souvent écarté, à certaines conditions, de la notion d'écrit ; cela semble remettre en cause l'équivalence fonctionnelle établie. Pourtant la jurisprudence l'admet comme preuve s'il est complété par une signature électronique sécurisée (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la qualification juridique : le critère formel et le critère de fiabilité

362. Il existe des écrits qui ne sont pas réglementés par le Code civil et pourtant, ils sont souvent utilisés comme preuve⁶⁵⁴ en matière commerciale. Parmi ces écrits figure le courrier électronique. Toutefois, cette absence de codification n'empêche pas le juge de dire le droit. Et ce dernier devrait être admis, comme preuve, sur le fondement du principe de la liberté de la preuve des faits juridiques⁶⁵⁵. A ce stade, les faits doivent être distingués des actes juridiques. L'acte juridique désigne un *instrumentum* (le document) : il sert de preuve. Cette distinction est essentielle pour comprendre que le *negocium* doit être considéré comme un fait au sens du droit de la preuve c'est-à-dire un contenu juridique substantiel créateur d'obligations, de droits et encore d'effets

⁶⁵³ R-C. de MALBERG, « contribution à la théorie général de l'état », Tome II, Paris, Sirey, 1992, Réédition CNRS, p. 187.

⁶⁵⁴ E. VERGES ; VIAL G. LECLERC O., « Droit de la preuve », PUF, 1^{er} éd. 2015, n° 516.

⁶⁵⁵ L. GRYNBAUM, Le GOFFIC C. M-HAIDARA L. « Droit des activités numérique » 1 éd. op-cit, p. 23.

juridiques. Dès lors, le contrat de transport maritime conclu via Internet est un acte juridique mais en justice, son existence doit être établie, à l'instar des autres éléments de fait (l'écrit). Ainsi en cas de litige à la livraison de la marchandise, la qualité de propriété devra être prouvée. Or, la valeur d'un courriel est laissée à l'appréciation des juges du fond. Et le juge n'apprécie pas les preuves présentées : il se borne à tirer les conséquences que la loi prévoit⁶⁵⁶.

363. Mais sur quels critères les juges peuvent-ils apprécier la force probante du courrier électronique ? Pour répondre à cette question nous avons choisi d'analyser l'article 8 des Règles de Rotterdam (étant un droit prospectif il peut servir de référence en l'absence de critères établis). En effet, cet article énonce que tout ce qui doit figurer dans un document de transport peut être consigné dans un document électronique, dès lors que le transporteur et le chargeur y ont consenti. On voit nettement l'équivalence entre le document électronique et le document papier. Mais est-ce que le mail a les caractéristiques physiques d'un document tel que défini par l'article 1365 du Code civil ? Cet article précise que la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quelque soient leur support et leur modalité de transmission . Alors, selon notre point de vu, le courrier électronique ne peut être exclu de cette définition car il remplit ces conditions. Le juge devra donc donner aux faits et actes litigieux leur exacte qualification conformément aux dispositions du Code de procédure civile.

364. Nous avons vu que la forme du support est inopérante pour la validité de l'écrit toutefois, la fiabilité du contenu du document est toujours remise en cause. Ce qui fait que la validité du courriel est souvent présumée. Cependant, la présomption⁶⁵⁷ telle qu'elle est définie à l'article 1349 du Code civil peut permettre de prouver la transmission du connaissance par courriel. En effet le contrat se prouve par écrit. L'écrit est un fait connu à partir duquel on déduit un fait inconnu : le transfert du connaissance par exemple. Or l'écrit électronique est juridiquement valable si l'imputabilité et l'intégrité sont garanties. Il en va de même pour le consentement. La rencontre des consentements est un processus intellectuel et abstrait, rendu complexe par la distance s'il est donné à travers Internet. Ils n'apparaissent qu'à la fin d'un processus de négociation et d'extériorisation de la volonté. Ce processus désormais inhérent à la dématérialisation fait naître des risques qui prennent différentes formes dont le *crack* des logiciels ou *hacking*, le détournement de l'identité et l'hameçonnage qui est une technique utilisée pour obtenir des renseignements personnels afin de profiter et d'usurper une identité⁶⁵⁸. Ce défaut de sécurité fait que le législateur a introduit des éléments essentiels qui confèrent au document électronique une validité juridique : la fiabilité et

⁶⁵⁶ E. VERGES ; VIAL G. et LECLERC O. op-cit, n° 101.

⁶⁵⁷ Article 1349 Code civil « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » Ord. N° 2016-131, 10 févr. 2016.

⁶⁵⁸ Mélanges en l'honneur de C. SCAPEL, PU. Aix-Marseille, 2013, p. 226.

l'intégrité. C'est pourquoi la perfection de l'écrit électronique est recherchée grâce à la signature qui y est apposée.

365. Ainsi que nous l'avons observé, le connaissance électronique envoyé en pièce jointe via le courriel doit être signé par le transporteur⁶⁵⁹ ou son représentant, ou par le capitaine ou son agent⁶⁶⁰ à défaut ce document ne constitue qu'un commencement de preuve par écrit. Faut-il comprendre par là que les éléments constitutifs de l'écrit définis par l'article 1365 du Code civil sont cumulatifs étant donné que la signature est souvent constituée d'éléments inintelligibles⁶⁶¹ qui n'identifient pas son auteur. Nous ne pensons pas que tel est le cas. La signature dont il s'agit a pour fonction de lier le contenu informationnel à son auteur qui reconnaît avoir produit ces informations ou en avoir connaissance s'il est reçu par le destinataire par exemple. Donc la signature apporte la perfection à l'acte. Elle est à notre avis accessoire au document car son absence n'invalide pas l'*instrumentum*. Mais ce dernier ne suffira pas à lui seul à établir la vérité puisqu'il va falloir y joindre d'autres éléments pour démontrer sa véracité. Il en résulte que la signature qui associe le contenu du document à son auteur, a pour fonction d'identifier son auteur et conférer, par conséquent, une fiabilité au document. Donc, force est de noter que cette signature n'est pas un moyen de prouver l'identité de son auteur⁶⁶². Par contre la signature électronique sécurisée fait bénéficier au courriel, la présomption de fiabilité prévue par la loi. L'article 1367 du Code civil définit la signature électronique comme étant le procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. Cet article pose aussi une présomption de fiabilité du procédé lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire est assurée et l'intégrité de l'acte garantie⁶⁶³, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Dans ce cas la signature est dite sécurisée donc le document est fiable. La question aujourd'hui bien connue, de la détermination de la fiabilité et de l'intégrité du courriel fait naître des conflits de preuve. Mais la preuve littérale des activités accomplies via Internet est renforcée grâce à la reconnaissance de la signature électronique.

⁶⁵⁹ La convention de 1924 est pourtant muette sur l'exigence de la signature du connaissance, tant, sans doute, celle-ci est apparue d'une irréductible nécessité. Mais cette exigence se retrouve dans l'article 37 du décret du 31 décembre 1966, comme dans l'article 15, j des Règles de Hambourg ainsi que dans l'article 38 des Règles de Rotterdam. Ce texte vise également la signature électronique du document électronique de transport (art. 38 §2).

⁶⁶⁰ Sur ce point, P. BONASSIES et C. SCAPEL, « traité de droit maritime » 3^e éd. préc. p. n° 962.

⁶⁶¹ L. GRYNBAUM, GOFFIC C. et M-HAIDARA L., « *Droit des activités numériques* » 1^{re} éd. préc. n° 47.

⁶⁶² I. DAURIAC, *La signature électronique* : in *Officiers ministériels et officiers public à l'heure de l'écrit électronique, acte du colloque de la Rochelle* 2003, n° 215 s.

⁶⁶³ Selon l'article 1^{er}, 2^o du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 (JO 31 mars 2001, p. 5070), la signature électronique « satisfait, en outre, aux exigences suivantes : être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable ».

Paragraphe 2 : la reconnaissance de la signature électronique

366. Lorsque, dans un litige contractuel le contenu informationnel du document est contesté, la preuve contraire devra être apportée, il y a lieu de voir par quel moyen le faire. Nous pensons encore une fois à la liberté de la preuve, pour dire que la signature électronique devrait pouvoir prouver le consentement et par conséquent le courriel. Pour illustrer cette hypothèse nous proposons d'analyser la valeur de la signature du transporteur apposée sur le connaissement. On sait que les mentions concernant les marques, le nombre de colis, la quantité ou le poids des marchandises, n'ont valeur que de présomption simple dans les relations entre chargeur et transporteur et que ce dernier peut apporter la preuve contraire par tout moyen. Et qu'il en est autrement à l'égard du destinataire tiers porteur de bonne foi, les mentions du connaissement ayant valeur absolue à son égard. Cette inopposabilité des mentions a pour fondement la signature apposée sur le connaissement. En effet, signant le connaissement, le transporteur atteste indiscutablement de la prise en charge des marchandises, dans la quantité et dans l'état décrit au connaissement. Par l'usage de la signature le transporteur manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte⁶⁶⁴. Par sa signature, il confère au document ses fonctions spécifiques (description de la marchandise et incorporation de la marchandise au titre). On comprend clairement que l'apposition de la signature signifie que les engagements contenu dans le connaissement sont définitivement admis.

367. Il ne suffit pas alors de contester le mode de preuve pour essayer de se soustraire à son obligation contractuelle. Il faut peut être tenter de nier son engagement et avoir signé l'acte ou du moins l'avoir signé dans ces termes pour pouvoir ensuite, dans un second temps, rejeter le mode de preuve utilisé par celui qui tente de faire exécuter l'obligation. Cette hypothèse nous permet de confirmer la reconnaissance légale de la signature électronique. C'est l'article 1367⁶⁶⁵ qui confère à la signature électronique la même valeur qu'une signature autographe. Cette reconnaissance de la signature par la loi est aujourd'hui nécessaire car la jurisprudence refusait d'admettre une telle signature sans convention sur le mode de preuve. Ainsi, la Cour de cassation avait décidé pour la lettre de change, titre formaliste par principe, que la griffe ne saurait suppléer la mention de la signature⁶⁶⁶ prévue par l'article L. 511-1 du Code de commerce (art. 110 ancien). Aussi la signature numérisée apposée sur une lettre de licenciement ne vaut pas signature au sens de l'article 1367

⁶⁶⁴ Code civil art. 1367.

⁶⁶⁵ Art. 1367 al. 2 : *lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixés par décret en conseil d'État.* Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 4.

⁶⁶⁶ Com. 27 juin 1961, Bull. Civ. III, n° 299, JCP 1961. II. 12281, note Ch. GAVALDA.

alinéa 2⁶⁶⁷ (modifié), mais ne prive pas pour autant le licenciement de cause réelle et sérieuse⁶⁶⁸. Cette situation ne pouvait pas perdurer c'est pourquoi le législateur est intervenu en 1966 pour consacrer et autoriser les procédés de signature non manuscrits⁶⁶⁹.

368. La question qui se pose est de savoir si une signature numérisée remplissant les conditions de signe et de symbole ne correspond pas à une signature au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article précité ; la réponse est vacillante. D'un côté les dispositions des articles 1366 et 1367 al. 2 du Code civil et 287 du Code de procédure civile ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par le juge du fond⁶⁷⁰. D'un autre côté lorsque la signature électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité, il appartient au juge de dire si les éléments dont il dispose justifient le renversement de cette présomption⁶⁷¹. Il convient alors de se demander quelle est la valeur de la signature électronique insérée dans un courrier électronique. La réponse est que les juges du fond en admettant la force probante du courriel admettront la signature électronique dès lors que ni l'intégrité ni l'imputabilité du courriel ne sont contestées⁶⁷². Comme nous l'avons souligné un peu plus haut, l'intervention du législateur est plus que nécessaire. Mais si la loi reçoit la signature électronique au même titre que la signature autographe, c'est à la condition qu'elle réponde à certaines exigences techniques⁶⁷³.

369. Nous savons que la pièce jointe dans le courriel a le caractère d'un document papier parce que, nous l'avons dit, le réseau informatique sert de moyen de transport à ce document. Il en résulte l'équivalence fonctionnelle et la neutralité du support. Mais le courrier électronique tel que défini précédemment se confond souvent avec un S.M.S dont l'acronyme anglais est Short Message Service : c'est donc un écrit voir un message succinct. Il est utilisé pour l'envoi de message court du fait que la configuration du système limite le nombre de caractères pouvant être envoyés. En effet cette façon d'écrire obéit aux normes du S.M.S. Alors que le courriel peut dépasser les limites de caractère imposées au S.M.S et être configuré au format de document standard. D'ailleurs l'interface du compte de messagerie est configurée sous l'apparence classique des correspondances. On y retrouve l'expéditeur, les destinataires l'objet et la date. Donc, la signature électronique peut permettre de lier le courriel et son auteur. Mais, pour que la signature remplisse ses fonctions

⁶⁶⁷ Modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 4.

⁶⁶⁸ Sociale, 17 mai 2006, n° 04-46706.

⁶⁶⁹ Sur ce point voir, MALECKI C. « *Regard sur le formalisme cambiaire à l'heure de la signature électronique* », JCP E 2000, p. 2036.

⁶⁷⁰ Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 11-25.884 : JCP E 2014, n° 3, p. 6, note BOSSU. ; LPA 2014, n° 7, p. 10, note STEFANIA.

⁶⁷¹ Art. 288-1 du Code de procédure civile.

⁶⁷² RDT civ. 2000, p. 575, obs. J. MESTRE et B. FAGES : une cour d'appel a pu estimer souverainement qu'une télécopie produite par un créancier et contestée par la caution, défendeur, qui soutenait qu'il s'agit d'un montage, ne fait pas preuve du cautionnement.

⁶⁷³ A. PANNEAU, « *La forme et la preuve du contrat électronique* » in J. ROCHFELD, l'acquis communautaire. Le contrat électronique, Économica 2010, p. 256 s.

d'identification et d'adhésion au contenu de l'acte, elle doit reposer sur un procédé fiable. C'est cette condition nécessaire posée par la loi et la jurisprudence qui permet de considérer l'écrit électronique comme ayant la même valeur que l'écrit papier.

370. A ce stade de la réflexion une première objection apparaît. Mais dès lors que le connaissance n'est pas signé et que le courriel qui le contient dénié, il serait difficile de les considérer comme commencement de preuve par écrit. Le commencement de preuve par écrit suppose une certitude sur l'auteur de l'écrit, comme le dispose l'article 1347 du Code civil qui le définit en ces termes : tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Or les courriels peuvent donner lieu à fraude même s'ils sont souvent revêtus de l'apparence de l'exactitude de la probité⁶⁷⁴. Ce qui rend difficile le rapprochement entre l'acte et son auteur pour en faire un commencement de preuve par écrit. L'autre objection porte sur la preuve libre car ni les articles 1366 et suivants relatifs à la preuve électronique ni même les dispositions relatives à la vérification d'écriture n'ont vocation à s'appliquer au courrier électronique. Cette prudence du juge et du législateur face au courriel dénié par son auteur est bien compréhensible. Et nous pensons que le respect des exigences techniques de fiabilité imposé par les textes offre un accueil favorable au courriel dans le système de la preuve libre.

SECTION 2 : vers une égalité parfaite de l'écrit électronique avec l'écrit sur papier

371. L'égalité entre l'écrit papier et l'écrit électronique est possible si l'écrit électronique satisfait aux conditions techniques établies par la loi. A défaut les parties peuvent convenir, à l'avance, d'un mode de preuve. Si le courriel est retenu comme mode de preuve, alors il doit être conservé numériquement dans des conditions qui garantissent sa pérennité et son intégrité afin qu'il puisse constituer une preuve probante. A titre général, la conservation des documents électroniques doit être pensée de façon à garantir leur intégrité, l'authenticité et leur pérennité. L'intégrité représente, l'état d'une chose qui est dans son entier, qui n'est pas entamée ou altérée", l'authenticité est le fait qu'un acte ait réellement l'origine qui lui est attribuée. La pérennité est du sens de ce qui dure très longtemps (**paragraphe 1**). Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support.

⁶⁷⁴ D. AMMAR, « *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve des technologiques* » RDT civ. 1993, p. 499.

L'interprétation de ces dispositions de l'article 1365 montre que le juge peut admettre le mail comme mode de preuve alors même que son caractère d'écrit électronique au sens des articles 1366 et 1367 n'est pas admis par la cour de cassation⁶⁷⁵ dans l'arrêt du 25 septembre 2013 précédemment cité (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'acceptation du mail comme preuve littérale

372. Il nous faut démontrer dans quelles conditions le mail est accepté comme moyen de preuve ? On répondra sans doute, si son intégrité est garantie et qu'il possède une signature sécurisée. Cette signature électronique doit être authentifiée de façon incontestable et le message électronique signé doit pouvoir être conservé par le signataire. Son fonctionnement suppose l'intervention d'un tiers certificateur. La signature électronique est, du point de vue juridique, indispensable pour la sécurité des transactions réalisées via Internet et la validité juridique des documents nativement électroniques. Elle est un élément constitutif permettant ainsi de garantir l'identité d'un signataire, l'intégrité et la provenance d'un document et, plus largement, l'établissement de la confiance dans les échanges numériques. Dans ce contexte, la signature électronique remplit deux rôles majeurs, qui tendent à établir les conditions de la confiance dans les échanges numériques et donc à rendre possible la dématérialisation : la signature électronique du connaissance confère à celui-ci une valeur juridique équivalente à celle d'un connaissance papier signé de manière manuscrite, en marquant l'engagement du transporteur qui a apposé la signature. En outre, il existe des fonctions connexes à la signature électronique (cachet, horodatage...) servant à offrir des conditions de sécurité technique en garantissant sa provenance, son intégrité, ou encore la date de sa réalisation.

Ce même exemple nous permet d'illustrer de nombreux autres apports de l'usage de la signature électronique : l'accélération du processus de transfert du connaissance grâce à un gain de temps dans les traitements, un transfert physique par la poste étant ramené de plusieurs semaines à quelques jours ; une disponibilité permanente des documents originaux, puisqu'il n'est plus nécessaire de rechercher le connaissance papier dans les archives ; une traçabilité accrue des actions des différentes parties prenantes au processus du transport.

Nous l'avons vu la circulation du connaissance dans les échanges dématérialisés ne concerne évidemment pas que le secteur commercial, mais aussi les échanges avec les partenaires de l'entreprise : on pourra ainsi signer électroniquement des engagements de confidentialité, entre

⁶⁷⁵ Cass. 25 sept 2013 n° 11-25.884, *op-cit*.

armateur transporteur et chargeur, des connaissances négociables entre opérateurs économiques. Ces échanges passent par le courriel.

373. La valeur probante du mail est l'occasion de revoir en profondeur l'estimation des risques et leur prévention. Nous l'avons démontré, si le secteur bancaire est parvenu à mettre à profit le durcissement des obligations qui lui incombent pour améliorer ses pratiques et renforcer sa sécurité, le secteur maritime devrait pouvoir faire de même. Mais cela n'est possible qu'avec l'acceptation effective des modes de preuve électronique. Car, la signature électronique, contrairement à une signature manuscrite, est techniquement vérifiable. Même s'il existe des signatures scannées et réimprimées, ou encore des fausses signatures, la signature électronique identifie de manière fiable le signataire. Grâce aux procédés techniques utilisés par les techniciens de l'informatique. Par ailleurs, l'apposition d'une signature électronique rend toute modification ultérieure d'un document immédiatement détectable. L'intégrité du connaissance étant juridiquement garantie, il n'est plus possible de remplacer subrepticement une feuille par une autre ou d'effacer un chiffre pour le modifier. Enfin, la traçabilité qui accompagne les échanges électroniques permet de réunir un faisceau d'indices venant encore conforter la reconnaissance probatoire d'un document signé électroniquement. Vérifiabilité, intégrité, opposabilité, traçabilité des documents sont ainsi des apports fondamentaux de la signature électronique à la sécurité globale des échanges maritimes.

374. Cette démonstration devrait permettre à la jurisprudence de revoir sa position sur le caractère potentiellement probatoire du mail. Or, la difficulté d'accepter le courriel comme mode de preuve apparaît dans le contentieux de la livraison. En effet, il est constant que les réserves émises par le destinataire lors de la livraison font présumer les dommages subis aux marchandises et leur imputabilité au transporteur, celui-ci pouvant apporter la preuve contraire. L'état de la marchandise au départ est présumé être celui indiqué sur les documents de transport, le transporteur pouvant néanmoins apporter la preuve contraire. Nous avons vu aussi que cette faculté lui est toutefois enlevée lorsque les indications sont portées sur un connaissance transmis à un tiers de bonne foi, afin d'assurer la fiabilité de la négociation du connaissance⁶⁷⁶. Ainsi l'article 57 du décret⁶⁷⁷ du 31 décembre 1966 mentionne que les réserves concernant les dommages apparents doivent être adressées au transporteur par le réceptionnaire des marchandises par écrit au moment même de la livraison. Celles concernant les dommages non apparents doivent l'être dans un délai de trois jours ouvrables à compter de celle-ci. Les réserves peuvent être remplacées par un *constat contradictoire*, que le transporteur peut exiger⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Code des transports article L5422-3 , Légifrance.gouv.fr.

⁶⁷⁷ Décret n°66-1078 du 31 décembre 1966, *op-cit*.

⁶⁷⁸ Code des transports article R.5422-24 et art. 57 du décret préc.

375. Toutefois, il a été jugé par la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence⁶⁷⁹ que : le réceptionnaire de la marchandise n'a adressé aucune réserve écrite au transporteur maritime ou à son représentant au port de déchargement au moment de la livraison et de l'ouverture du conteneur dans ses locaux. Au motif que les éléments suivants ne peuvent être considérés comme des réserves au sens de l'ex-article 57 précité : la convocation à expertise qui ne fait aucune référence aux dommages de la marchandise transportée. Le courrier électronique adressé par le réceptionnaire au transporteur maritime (qui a refusé de venir à l'expertise) mentionnant « uniquement des dommages au conteneur lui-même dans les termes suivants : *"le conteneur présente un choc apparent et important au sol, déformation visible à l'intérieur, mais celle-ci a été visible lors de la manutention à notre dépôt pour poser le conteneur à terre"* » ; (...). En déniaient le caractère de réserves aux éléments ci-dessus, le juge se fonde (rait) sans doute sur le fait qu'ils concernent seulement le conteneur et non la marchandise contenue et endommagée. L'analyse de cette décision montre que « *le transporteur maritime bénéficie de la présomption de livraison conforme en l'absence de réserves écrites et précises* ». En retenant le caractère « précis » des réserves, les magistrats ajoutent certes une condition au texte précité, mais la jurisprudence antérieure montre que sont examinées l'importance et la nature des dommages dans ses réserves qui doivent donc être précises⁶⁸⁰.

376. Nous voyons clairement que le mode de preuve n'est pas contesté donc le courriel peut bien être un écrit au sens de l'article 1365 du Code civil. Si les termes de l'article R5422-24 du Code des transports sont respectés en l'occurrence la précision dans le détail des réserves apparentes ou non. Toutes ces démonstrations nous obligent encore une fois à préciser et à expliquer au juriste la notion de signature électronique qui va garantir la fiabilité et l'intégrité du mail. La signature électronique peut être considérée comme un acte plus ou moins simple que l'on réalise à chaque correspondance ou échange de bien ou service, nécessitant ou non une preuve matérielle. C'est le procédé technique applicable dans de nombreux cas de figure, différents notamment dans la conclusion des contrats de transport maritime. Sa définition juridique est bien précise et doit être comprise au regard de la définition de la signature autographe. Ce qui ne devrait pas rendre l'usage du terme délicat, et l'implémentation de la fonctionnalité sujette à de nombreuses interrogations. La mise en œuvre de la signature électronique dans le contexte de la dématérialisation soulève nécessairement une question juridique résolue par la loi⁶⁸¹ du 13 mars

⁶⁷⁹ CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 2 févr. 2017, n° 14/04903, Azur Emballages c/ Autop déménagement et a, BTL 2017, n° 3633, p. 124.

⁶⁸⁰ Lamy transport tome 2 n° 725, 2017.

⁶⁸¹ En France par exemple, La loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a défini dans l'article 1367 du Code civil le cadre juridique applicable pour la signature électronique. Le décret du 30 mars 2001 a ensuite approfondi la notion de signature électronique en développant les notions de « signature électronique sécurisée » et de « signature électronique présumée fiable ».

2000. Même si la lecture de l'article 1367 (al. 1)⁶⁸² issu de cette loi fait ressortir une définition qui ne porte pas sur la signature électronique, mais sur la signature en général, qu'elle soit manuscrite ou électronique. On peut voir qu'il n'y a pas de distinction entre les deux signatures en ce qui concerne leur but. Mais, le fait qu'elle soit apposée par un officier public sert à perfectionner l'acte juridique.

377. En fin de compte, cette analyse confirme notre hypothèse basée sur le postulat qu'à défaut de la signature, le document ne sera pas dénué de valeur juridique, mais il ne constituera qu'un commencement de preuve par écrit. Nous retenons alors que la signature électronique consiste en une identification du signataire. La signature emporte le consentement du signataire aux termes du document signé, de ce fait il lui sera difficile de dénier son engagement. Par ailleurs, s'agissant du deuxième alinéa de l'article⁶⁸³ précité, le législateur n'a pas écrit « *la signature électronique est...* », il se contente de dire : « *lorsqu'elle est électronique, elle consiste...* ». On comprend par ce libellé que la signature électronique n'est qu'un cas particulier de signature. Elle peut être considérée comme un élément faisant désormais partie de la liste des formes de signature admises par les articles précédents du code civil, qui établissaient l'équivalence du papier et de l'électronique. *La signature électronique n'est rien d'autre qu'une signature, qui porte sur un document de nature électronique.* Tout ce qui s'applique à la signature autographe, s'applique donc à la signature électronique. Si la signature n'est pas une condition de validité de l'accord, il est souvent nécessaire pour confirmer le consentement et authentifier le document. En ce sens, une convention de preuve est valable entre les parties.

Paragraphe 2 : la convention de preuve

378. La convention de preuve est un élément important que l'on retrouve dans la majorité des conditions générales des sites de commerce électronique et des sites de quelques compagnies de transport maritime. On la retrouve de façon plus générale, dans tous les contrats. Souvent, lorsque le transitaire crée un compte personnel, sur recommandation de la compagnie de transport, la convention de preuve permet d'attribuer toutes les actions issues de ce compte au transitaire légitime. Elle prévoit par exemple de considérer comme recevables en cas de litige, différents éléments techniques, entre autre, données de connexion au compte, utilisation du mot de passe

⁶⁸² Article 1316-4, al.1 : *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.* (Devenu depuis 2016, art. 1367 al. 1 dans le Code civil)

⁶⁸³ Article 1316-4, al. 2 : *Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.* (Devenu depuis 2016, art. 1367 al. 2 dans le Code civil)

(login). Si elle est prévue dans un document contractuel, elles constituent un accord exprès par lequel les parties choisissent de modifier les règles normales de la preuve judiciaire. Elles peuvent en effet modifier la charge de la preuve, la détermination des faits à prouver, ou encore les moyens et modalités des procédés de preuve admissibles en cas de litige. Donc elles encadrent par elles même la forme que ces preuves doivent ou peuvent revêtir. Ainsi la convention de preuve n'empêche pas aux parties d'apporter une preuve contraire pour les droits dont elles n'ont pas la libre disposition. Et même pour les droits dont elles ont la libre disposition, il existe des limites à la convention de preuve, cette dernière reste une présomption réfragable.

379. En dehors du domaine strict des actes juridiques, de nombreux modes de preuve font foi jusqu'à preuve contraire ; cette preuve pouvant être rapportée par tous moyens⁶⁸⁴. Il faut noter au passage que la valeur probante des écrits sous seing privé inhérente à l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas aux faits juridiques pour la simple raison que leur preuve est libre et que la Cour de cassation affirme qu'en matière commerciale, la preuve contraire à un écrit peut être rapportée par tout moyen⁶⁸⁵. Une telle solution est logique car l'écrit n'est pas exigé *ad probationem* à l'égard des commerçants. Cette liberté de la preuve permet aux parties à un contrat de passer un accord sur les moyens de preuve qui feront foi en cas de contentieux.

380. C'est le législateur qui a consacré la pratique des conventions sur la preuve dans les dispositions de la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique⁶⁸⁶. La convention de preuve, comme la clause attributive de juridiction, est un accord passé entre des parties au contrat dans le but de déterminer à l'avance le moyen de preuve qui fera foi en cas de litige. L'élaboration d'une convention de preuve valide est une bonne pratique à promouvoir dans la dématérialisation du connaissance nécessitant l'usage de la signature électronique. Cette dernière peut comporter une clause de signature électronique déterminant les signataires, le mode de certification de leur identité, le format des signatures électroniques, leur mode de réalisation, leur mode de vérification et leur sémantique. Nous l'avons vu, c'est la loi qui dispose qu'à défaut de convention de preuve valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens, le document le plus vraisemblable. Par conséquent si une convention de preuve est valablement conclue entre les parties : le juge devra l'appliquer. Toutefois, *La pratique apprécie peu les aléas juridiques qui rendent moins aisées leurs anticipations et donc incertaine la gestion du risque juridique. Il est clair qu'accepter un aléa quant à la gestion de la preuve revient à prendre un risque juridique donc économique. En conséquence, plutôt que de prendre le risque d'un débat judiciaire sur la preuve en cas de différend, il est préférable de convenir par avance des modalités d'administration de la*

⁶⁸⁴ E. VERGES, « droit de la preuve » *op-cit*, n° 409

⁶⁸⁵ Cass. Com., 28 janv. 1997, n° 94-20.554.

⁶⁸⁶ Martin et TESSALONIKOS, *Gaz. Pal.* 2000, 2 *Doctr.* 1273.

preuve, lorsque cela est possible. En effet, dans la mesure où le juge devra appliquer une convention de preuve valablement formée entre les parties, la question de la preuve sera tranchée de manière prévisible.

381. Pour cela, encore faut-il que la convention de preuve dont se prévalent les parties soit valable. L'article 1368 du Code civil rappelle expressément cette condition⁶⁸⁷. Or, s'agissant d'une convention de preuve, les règles qui président à sa validité sont identiques à celles applicables à toutes conventions. Elles sont définies à l'article 1108 du Code Civil⁶⁸⁸. Dans les contrats entre transporteur, chargeur ou autre destinataire de la marchandise, les stipulations contractuelles ne doivent pas avoir pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat article 1171 du Code Civil⁶⁸⁹. La rédaction d'une telle clause constitue un véritable enjeu probatoire. Si elle est mal rédigée, elle peut être annulée et dans ce cas, la charge de la preuve peut être renversée. Donc elle doit être rédigée avec diligence en prenant en compte les moyens techniques nécessaires.

En l'absence de convention de preuve, la règle posée par l'article 1368 du Code Civil est claire : *« le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable »*. L'application pratique de cette règle dans les domaines techniques tels que l'échange de documents électroniques, fait intervenir souvent un expert judiciaire qui devra donner son avis sur le document le plus vraisemblable grâce à la technique employée. En matière de contrat de transport maritime, qui est un acte sous seing privé, lorsqu'une contestation sur la preuve est soulevée, une procédure dite de vérification d'écriture est ouverte⁶⁹⁰. La convention de preuve permet d'éviter cette procédure. Le juge est tenu par la convention de preuve qu'il devra appliquer, le débat sur la preuve s'en trouve simplifié. Toutefois, une question qui porte sur les conséquences juridiques qui pourraient résulter d'une ambiguïté ou d'une imprécision contenues dans une convention de preuve mérite d'être résolue. L'ambiguïté, déclenche l'application des règles d'interprétation prévues aux articles 1156⁶⁹¹ et suivants du Code civil. L'interprétation relève alors du pouvoir souverain du juge du fond. Les règles d'interprétation des conventions obligent le juge à restituer aux faits et aux actes juridiques leur exacte qualification. Une convention de preuve étant

⁶⁸⁷ « A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ».

⁶⁸⁸ Article 1108 du Code civil (abr. par ord. N° 2016-131, 10 févr. 2016) : *quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation.*

⁶⁸⁹ Article 1171 du Code civil, *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.- L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.*

⁶⁹⁰ *Incident provoqué par la dénégation ou la méconnaissance d'écriture ou de signature d'un acte sous seing privé et qui oblige la partie désireuse d'utiliser dans un procès l'acte désavoué ou méconnu à établir qu'il émane bien de celui à qui elle l'oppose ou de l'auteur auquel l'adversaire succède. Il est possible d'introduire une action principale aux mêmes fins, en dehors de tout procès actuel.* (Lexique des termes juridiques. Éd. Dalloz).

⁶⁹¹ *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.*

un acte juridique, le juge pourra le cas échéant exercer son pouvoir de requalification. Par ailleurs, cet article (1368) écarte le pouvoir d'appréciation du juge pour déterminer lequel des actes l'emportent, lorsqu'il existe une convention de preuve. Elles trouvent toutefois leurs limites dans l'office du juge. La convention ne saurait, en effet, attribuer la plénitude de la force probante au procédé de preuve élu. Elle institue au mieux une présomption⁶⁹² qui peut être renversée lors du débat judiciaire, sous le contrôle du juge. Ce dernier pourra être amené à statuer sur la validité de la convention sur la preuve.

382. Dans le cadre de l'utilisation du courrier électronique, la convention de preuve détermine les éléments matériels qui dans le cadre des échanges de données font foi. En outre, les conditions dans lesquelles ils sont produits, mis à disposition des autres parties et conservés sont définies pour chacun de ces éléments de preuve.

La technique utilisée confère aux documents une nature fonctionnelle, décrivant les engagements pris en termes fonctionnels, ainsi que les normes respectées dans le cadre de la convention. Elle peut être directement incluse dans le contrat ou être annexée au contrat. Autrement dit, il s'agit de certains des éléments constitutifs de la convention de preuve (horodatage, certification, signature électronique, traçabilité, archivage...), dont les techniques de sécurité, pourront être placées en annexes sous la forme de documents indépendants. Il est donc clair que la convention de preuve a une nature contractuelle requérant le consentement du cocontractant. S'il existe un contrat signé entre les parties, elle y trouvera naturellement sa place. Dans le cas où il n'existe pas de contrat signé entre les parties, par exemple pour une réservation de fret, la convention de preuve peut être incluse dans les conditions générales du transport. L'acceptation des conditions générales forme un contrat, même en l'absence de signature. On sera donc attentif à bien

⁶⁹² C'est l'un des enseignements majeurs d'un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2017. Dans les faits, la société RBI avait signé, le 17 juin 2011, avec l'éditeur BIT un contrat de licence et de distribution portant sur un progiciel dénommé BIT-Estim, prévoyant une rémunération à compter du 1er mai 2011. Invoquant des dysfonctionnements du progiciel, la société RBI a mis fin à ce contrat par une lettre du 1er mars 2012. Mais, estimant cette résiliation infondée et brutale, la société BIT l'a assignée en paiement de dommages-intérêts. RBI a demandé, à titre reconventionnel, la résolution judiciaire du contrat. Les juges du fond ont droit à cette demande et condamnent BIT à payer à RBI, 125.580 euros à titre de dédommagement. La solution est confirmée par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi de la société BIT. La haute juridiction a été amenée à examiner – et à rejeter – un certain nombre d'arguments très factuels avancés par l'éditeur. Un des arguments doit être toutefois particulièrement relevé dans le cadre de cette chronique. La Cour de cassation a invalidé la convention qui posait une présomption irréfragable (c'est-à-dire qu'on ne pouvait pas démontrer l'inverse) : *"Si les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition, ils ne peuvent établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ; qu'ayant estimé que la société RBI rapportait la preuve que la société BIT ne lui avait pas livré un progiciel qui pouvait fonctionner et être commercialisé, ce dont il résulte qu'elle avait renversé la présomption de recette tacite résultant de l'absence de réserve respectant le formalisme contractuellement prévu"*. Ainsi, même pour des droits dont les parties ont la libre disposition, il existe une limite à la rédaction de la convention de preuve : chaque partie doit toujours pouvoir rapporter une preuve contraire même si, comme en l'espèce, les deux parties sont des professionnels (B2B). <https://www.usine-digitale.fr/article/convention-de-preuve-quelques-rappels-necessaires.N632743.06/2018>.

tracer l'acceptation des conditions générales par le chargeur, de manière à pouvoir prouver l'établissement du contrat et donc l'applicabilité de la convention de preuve.

En matière d'échange de documents électroniques, la convention de preuve doit s'appuyer sur un système d'administration des preuves électroniques bien défini. Cette description doit figurer dans la convention de preuve afin de montrer que ledit système est apte à produire une preuve loyale et fiable pour les parties. Elle doit être techniquement et scientifiquement suffisamment solide afin de générer une preuve crédible, seule de nature à retenir la conviction d'un juge. Sa description aurait vocation à figurer de préférence dans une annexe technique, qu'il est indispensable de faire analyser au plan juridique avant d'accepter de conclure une convention de preuve. Avec les technologies de l'information, la convention de preuve remplit son rôle : elle permet de bâtir au moyen du contrat électronique, les caractéristiques d'une preuve sincère et efficace. Ceci semble bien être le contraire de la preuve que l'on pourrait qualifier d'arbitraire en ce qu'elle dépendrait de la seule volonté de l'un des contractants qui aurait à lui seul la maîtrise du système d'administration des preuves électroniques (Art.1171). Il faut toujours prévoir une possibilité d'audit de la conformité du système de preuve existant, au regard de ce qui est prévu contractuellement. Un tel audit préventif peut éviter ou limiter les risques de contestation. Il peut également permettre de procéder à d'éventuelles modifications du système si elles s'avéraient nécessaires. En substance, les conventions de preuve constituent un outil juridique, parmi d'autres types d'outils, permettant de mettre en place un système cohérent de gestion de preuve. L'importance des conventions de preuve dans les contrats technologiques doit conduire à une veille juridique et opérationnelle permanente, la rédaction de ce type de contrats ou de marchés étant en permanente évolution, afin de demeurer toujours proche des réalités opérationnelles et réglementaires⁶⁹³.

Il est constant que les États veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Ils veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats.

⁶⁹³ MARTIN et TESSALONIKOS, *Gaz. Pal., op-cit.*

CHAPITRE II : le connaissance dématérialisé : vers une reconnaissance juridique universelle de la négociabilité du titre représentatif de la marchandise

La confiance est un élément crucial pour le développement du commerce électronique mais surtout pour la reconnaissance du connaissance électronique comme titre de propriété. Toutefois, cette reconnaissance s'accompagne avec le fait d'assurer aux consommateurs et aux entreprises que leur utilisation du document électronique est sûre, fiable et vérifiable. En plus, avec la dématérialisation, il est toujours possible que les opérateurs restent maîtres de la collecte de leurs données personnelles et de l'usage qui en est fait. Or, il est constant que les acteurs du commerce maritime ont besoin d'un cadre prévisible et pratique pour leurs transactions internationales. De ce fait, avec le soutien des États, ils peuvent créer un niveau de confiance souhaitable, et se doter de technologies fiables, de dispositifs de réglementation et d'autoréglementation appropriés et pratiquer des transactions électroniques efficaces.

Les mécanismes de recours et le rôle de la répression sont entrain d'être clarifiés pour que les détournements, les fraudes et les abus donnent lieu à des structures juridiques et commerciales actuelles, régissant la manière dont les entreprises traitent entre elles, avec les consommateurs et avec les pouvoirs publics.

Cette contribution a pour finalité de mettre en évidence les moyens juridiques notamment le concept de neutralité médiatique, élaborés par les législations afin de mieux les interpréter pour leur intégration par les acteurs du commerce maritime (**section 1**). Car ces opérateurs attendent des États qu'ils fassent en sorte que les règles des échanges électroniques soient, dans la mesure du possible, les mêmes que dans les échanges de documents physiques. L'adoption des règles existantes ou l'adoption de nouvelles lorsque c'est absolument nécessaire s'accompagne immédiatement d'une clarification des notions souvent incomprises par les utilisateurs. En effet, ces règles telles celles qui gouvernent la notion de titre représentatif, de négociabilité et de titre de propriété de la marchandise doivent être transparentes et prévisibles (**section 2**).

SECTION 1 : La neutralité technique et médiatique dans la conception des lois : l'indifférence des supports

383. Nous n'allons pas aborder le concept d'équivalence fonctionnelle⁶⁹⁴ que nous allons étudier (*cf. sous partie 2 de la deuxième partie*). Mais il s'agit plutôt de voir comment le document électronique pourrait s'intégrer dans la sphère électronique des échanges commerciaux tout en continuant de garder cette fonction de titre représentatif de la marchandise ? Pour cela, nous avons *disséqué* le connaissance physique pour comprendre sa structure et son contenu que nous avons choisi de comparer avec son équivalent électronique pour voir les différences qui empêcheraient leur parfaite équivalence. L'étude comparative nous a conduits à explorer la notion de la neutralité technique et médiatique dans la conception des lois. D'un côté, les résultats montrent que le législateur semble se désintéresser du cadre juridique du support de l'information (**paragraphe 1**). D'un autre côté, l'étude du titre représentatif de la marchandise explique comment un document incorporel peut être identifié juridiquement à un titre de propriété, au point que ce titre le rend assimilable à la marchandise corporelle, avec pour avantage que la circulation du titre, ou son affectation en garantie (crédit documentaire), emporte celle de la marchandise (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'indifférence des supports au regard de la loi

384. Sur le plan légal, la neutralité des supports peut être définie comme étant le caractère d'une loi qui ne favorise pas un moyen de communication (papier ou électronique) par rapport à un autre. Cette notion est claire et devrait aboutir à la reconnaissance du document électronique comme titre de propriété. Dans la mesure où les notions de possession d'un titre (au sens de la possession du connaissance valant titre de propriété) et la représentation (le connaissance représentant les marchandises) sont des notions juridiques inhérentes au document, peu importe le support. Ainsi devant une telle éventualité, le tribunal ne peut refuser de reconnaître un document au seul motif qu'il est sur un support électronique. Par exemple un contrat de transport maritime de marchandise entre un chargeur et un transporteur conclu par voie électronique. En cas de litige, l'une des parties pourrait valablement présenter ce document dès lors qu'il remplit les conditions nécessaires prévues par les lois. Le seul fait qu'il soit sur support électronique n'est pas un élément déterminant.

⁶⁹⁴ Deux documents sont équivalents s'ils ont comme fonction de véhiculer la même information, même si leur forme est différente. La loi leur accorde la même valeur juridique : ils produisent les mêmes effets juridiques et sont égaux sur le plan de la preuve

385. De façon claire, la possession ne transfère pas immédiatement la propriété même si le connaissance *chef* accompagne la marchandise (c'est le capitaine qui détient ce *deuxième original* du connaissance). Donc il y'a une simple possession ou du moins une détention provisoire de la marchandise d'autrui, par le transporteur. Le problème qu'on cherche à résoudre porte sur les conditions requises pour concevoir la propriété de la marchandise par la possession d'un titre. Il nous faut alors comprendre ce qu'est la représentation de la marchandise afin d'identifier le mécanisme par lequel s'opère cette valorisation du titre.

386. Le concept de représentation doit être pris dans le sens d'un montage *fictif* effectué pour mettre en valeur le document dans lequel les marchandises sont énumérées. Il attribue la propriété de la marchandise à la personne détenteur du document. Autrement dit, elle devient propriétaire par l'attribution des prérogatives attachées d'ordinaire à une possession effective, et apparente. D'un point de vue juridique, tout se passe « comme si » le titulaire du titre avait le bien représenté entre ses mains. Et c'est pour cela qu'il y a une représentation parfaite qui a conduit la Cour de cassation à admettre que la propriété de la marchandise est représentée par le connaissance.

387. Cette fonction sus-évoquée est en parfaite corrélation avec la neutralité du support de l'information. Mais faut-il parler de la neutralité des lois ou de la neutralité technologique ? Il s'agit plutôt de la neutralité de la loi par rapport au support de l'information. Ce qui est sûr, ce concept, même s'il n'est pas explicitement défini par la loi, il est prévu dans les textes, et est souvent invoqué comme l'un des principes fondateurs des nouvelles dispositions en droit de la preuve. Les juges se servent souvent de la notion de *neutralité technologique* pour rendre leur décision⁶⁹⁵. Pour nous ces différentes fonctions que sont le titre de propriété, la représentation des marchandises s'accorde d'avantage avec le document électronique. Aussi constituent-elles des principes que l'on ne peut dissocier de l'équivalence fonctionnelle dont nous avons déjà mentionné l'utilité⁶⁹⁶.

388. Il résulte de cette conception qu'il est possible d'identifier deux grandes tendances dans la manière de percevoir le document électronique. Une première est d'accepter que le document électronique et le document papier se valent et disposent des mêmes attributs (titre représentatif et titre de propriété). Cette croyance n'est d'ailleurs peut-être pas étrangère aux propos tenus par la Cour suprême Québécoise dans la décision *DELL Computer Corp. c/ Union des consommateurs* ; qui affirme l'élément suivant : « *Certains aspects des documents informatiques sont régis par la loi.* » En effet, devant le nombre croissant d'actes juridiques conclu par Internet, le législateur québécois est intervenu et a énoncé des règles relatives à ce nouvel environnement. Ainsi, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information,

⁶⁹⁵ Voir l'arrêt de la Cour de cassation du Québec : [*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, 2007 CSC 34.

⁶⁹⁶ Quant à l'imprécision qui est associée à cette notion, GAUTRAIS. V., *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, éd. Thémis, 2012.

L.R.Q. c. C- 1.1., « prévoit qu'un document a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou technologique (art. 5). Un contrat peut donc être conclu aussi bien en utilisant un support électronique qu'un support papier, par exemple en remplissant un formulaire sur une page Internet (...) » nous en déduisons que le connaissance électronique peut être admis comme titre de propriété du moment où l'intégrité du contenu informationnel est établi.

En second lieu, c'est : l'esprit de la Loi, tout comme sa lettre qui doit être pris en considération. Ils semblent admettre davantage qu'un document sur support papier ou sur un support technologique dispose d'une même « valeur juridique » dès lors qu'il « respecte par ailleurs les mêmes règles de droit ». Une règle de droit qui en matière de preuve semble notamment être associée à la notion d'intégrité. La valeur juridique d'un document, et particulièrement le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, ou avoir la même valeur juridique n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi. Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique (titre de propriété), qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document électronique, il respecte les mêmes règles de droit. Or, nous l'avons vu, le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu par la jurisprudence. Donc, lorsque la loi exige l'emploi d'un document, cette exigence peut être satisfaite par un document électronique dont l'intégrité est assurée. Ainsi le concept de titre de propriété est matérialisé par la structure informationnelle du document et non du support.

La loi est claire sur la notion d'équivalence fonctionnelle⁶⁹⁷ car de ce principe on tire la valeur juridique du document électronique et par conséquent, la possession en est déterminée. L'acceptation de la fonction de titre de propriété du document électronique par les opérateurs du transport maritime devrait résulter de ce principe car ce dernier consacre le principe d'indépendance entre l'information et le support utilisé. C'est-à-dire que c'est l'information contenue dans le document qui est prise en compte et non le support.

389. Aussi, pour aller au-delà des analyses de Philippe GARO, et de Vincent GAUTRAIS, il nous semble judicieux de tenter une définition de la neutralité du support conformément à une seconde vision, moins ambitieuse, selon laquelle ce principe correspond davantage à un désintéressement du cadre technologique par le législateur. Ainsi la neutralité technologique à la «

⁶⁹⁷ Pour certains auteurs l'article 5 du Code civil Québécois pose le principe de l'équivalence fonctionnelle entre le document papier et le document technologique, TESSIER Pierre et DUPUIS Monique, « la preuve devant le tribunal », dans *Preuve et procédure*, Collection de droit 2008-2009, École du Barreau du Québec, vol. 2, 2008. DE RICO Jean-François et JAAR DOMINIC, « le cadre juridique des technologies de l'information », dans *Développements récents en droit criminel*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, Droit civil en ligne (DCL), EYB2008DEV1511.

Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place. La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre ». Il s'agirait donc d'un principe de rédaction législative.

En d'autres mots, sous réserve que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, et dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, toute personne peut utiliser le support ou la technologie de son choix pour créer un document et en assurer son intégrité⁶⁹⁸. Dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil. Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. Donc le connaissance pourrait faire autant appel à un support papier qu'à un support électronique. En outre, un même support pourrait faire appel à plusieurs technologies. Par exemple en l'absence de dispositions plus précises, un connaissance pourrait remplir les mêmes fonctions quel que soit le support de l'information utilisé, une feuille de papier, un cédérom ou une clé USB, dans un format «Pdf» ou «.Word».

Paragraphe 2 : l'égalité des supports : le développement d'un rapport de confiance envers le document électronique

390. Pour comprendre la progression du rapport de confiance envers le document électronique, nous nous sommes situés au moment où l'opérateur appose sur le document un *sceau* (sa signature) qui par sa position (sur un support), sa forme (symbole plus ou moins intelligible) et sa disposition (complémentaire par rapport au texte écrit), n'obéit pas au support formel. Mais en impose une valeur, il agit sur au moins deux dimensions du document : d'abord, en tant que tel, il affirme l'adhésion du signataire au contenu de l'acte, et par conséquent, il porte une promesse de légitimité et d'authenticité du document ; ensuite, en tant que manifestation d'une volonté explicite, il porte donc une autre valeur, celle de son efficacité juridique comme la preuve d'un engagement.

L'autre tendance est celle de la confiance réciproque et stratégique entre les différents opérateurs. Dans ce cas, l'instrument d'écriture (documents) joue des rôles différents dans une séquence énonciative de la volonté, qui peut prendre des formes très élaborées (short form ou long form, négociable ou non négociable). Les connaissances, par exemple portent des indications sur

⁶⁹⁸ V. GAUTRAIS, P. GINGRAS, 2010, *op-cit.* p.272.

leur contenu, de sorte qu'on peut prendre connaissance de l'énoncé, si on en est le destinataire, mais surtout modifier le contenu ou le compléter. Seul peut modifier le connaissance électronique celui auquel il est destiné (le chargeur) ; et modifier le document, c'est accepter le principe de l'échange ; dans la mesure où le connaissance comporte une dimension contractuelle (commerciale ou autre), c'est en outre se poser en destinataire du contrat. Toute autre modification reste impossible grâce à la sécurité informatique.

391. Ce défaut de confiance au document électronique semble normal au sein d'une population généralement analphabète, il en va de soi que le document électronique émane du professionnel et représente sa volonté. Il convient ainsi d'établir en quoi et comment l'écrit électronique peut devenir une alternative crédible à l'écrit physique. Nous commencerons d'abord par affirmer que la répression du faux en écriture, ce dernier étant perçu comme un parasite dans un système commençant à utiliser l'écrit électronique, permet de diminuer sa nuisance et le doute qu'il crée envers les documents électroniques. Ensuite il est nécessaire de développer des méthodes techniques permettant de déceler le faux. Enfin une meilleure compréhension de l'informatique et des techniques documentaires contribuerait aussi à renforcer la confiance au document numérique.

Dans le commerce maritime les différents opérateurs ont longtemps connu le document papier ce qui fait que le document électronique appartient à un « monde » totalement disjoint. Dans le cas de l'informatique et des textes électroniques, par exemple, le support matériel est de type électrique, physique, digital et imperceptible, alors que le support papier de l'écriture est visuel, et analogique ; par conséquent, le support matériel de l'inscription (le fichier électronique) ne présente aucune propriété sensible commune avec le texte tel qu'il peut apparaître sur le support formel de la page-écran. Transmettre un fichier électronique, c'est donc transmettre un objet d'écriture sans son support (papier), et on connaît toutes les difficultés liées à l'authentification de telles correspondances. Mais le recours aux techniques de sécurité informatique et la mise en place de cadre juridique montre que les conditions de l'affirmation de l'écrit électronique sont réunies. L'incertitude quant à la façon de démontrer qu'un document électronique n'est pas un faux ; qu'il est intègre, doit désormais disparaître. Avec l'expertise informatique, il est possible de contester un document qui paraît douteux. Si l'interchangeabilité entre documents sur support papier et document sur support électronique est possible, penser en fonction du faux n'est pas, en soi, original. Néanmoins, l'exercice aide à souligner l'équivalence de traitement qui doit en résulter. Il faut avoir à l'esprit que les objectifs des règles de preuve doivent être considérés dans une optique de gestion du risque de faux.

392. Les circonstances économiques et technologiques actuelles font en sorte que l'écrit électronique devient de plus en plus un moyen de répondre aux besoins de célérité des opérations commerciales. Ce qu'il faut, nous l'avons vu, c'est renforcer ce rapport de confiance envers ce

mode de communication. Ce renforcement apparaît d'avantage dans les notions d'intégrité et de cycle de vie du contenu informationnel. D'une part, l'intégrité est considérée comme la condition d'équivalence fonctionnelle que doit acquérir l'écriture sur support électronique pour avoir la même valeur juridique qu'un écrit sur support papier⁶⁹⁹. D'autre part, exiger l'intégrité nécessite de pouvoir s'assurer que l'information originelle n'a pas été altérée depuis sa diffusion. Par ailleurs, la notion de cycle de vie, issue de la gestion documentaire, met en place le cadre dans lequel interagissent la durée de conservation du document et son intégrité.

Par exemple au Québec, la Loi Concernant le Cadre Juridique des Technologies de l'Information (LCCJTI) identifie quatre événements du cycle de vie d'un document, à savoir le transfert, la conservation, la consultation et la transmission. Plus particulièrement, la conservation d'un écrit de façon à garantir son intégrité permet d'appréhender l'écrit de la création de l'enregistrement informatique jusqu'à sa destruction suite à l'expiration de son délai de conservation. Dès lors, la fonction intrinsèque d'intégrité de l'écrit électronique est assurée pendant tout son cycle de vie⁷⁰⁰, y compris lors de la survenance des différents événements de celui-ci, par exemple le transfert⁷⁰¹. La conservation doit garantir, d'une part, la restitution lisible et intelligible du document et, d'autre part, son accessibilité pour une consultation ultérieure. Afin d'assurer l'accessibilité et la pérennité d'un document, sa conservation peut impliquer certaines opérations, dont des migrations du document ou son enregistrement dans des systèmes l'hébergeant. Elle devient donc dynamique et beaucoup plus complexe : il faut être en mesure de suivre le document à la trace⁷⁰². La restitution de la trace probante met donc en relation deux qualités qui étaient auparavant réunies dans le cadre d'un document papier : l'intégrité et la pérennité.

Nous avons démontré que la quasi-totalité des législations nationales ont consacré dans leur disposition le principe de la neutralité des supports, il n'en demeure pas moins que la fonction de titre représentatif n'est pas encore reconnue au document électronique. Et pourtant l'égalité entre les supports est admise à travers l'équivalence fonctionnelle.

⁶⁹⁹ Voir article 5 de la Loi Concernant le Cadre Juridique des Technologies de l'Information (LCCJTI) du Québec : La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.

Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit.

Le document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil.

Lorsque la loi exige l'emploi d'un document, cette exigence peut être satisfaite par un document technologique dont l'intégrité est assurée. <http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/C-1.1> et le décret 29-2016 du 28 janvier 2016 (2016) 148 G. O. 2, 1254.

⁷⁰⁰ E. CAPRIOLIE, « Traçabilité et droit de la preuve électronique, <http://www.caprioli-avocats.com>

Première publication : Droit & Patrimoine, n° 93, mai 2001, p. 68-75. (09/05/2017).

⁷⁰¹ P. TRUDEL, « Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, (Cowansville, Édition Yvon Blais, 2012), p. 69 et s.

⁷⁰² E. CAPRIOLI, op-cit. p. 8.

SECTION II : titre représentatif et titre de propriété de la marchandise : deux fonctions adaptables au document électronique

L'on sait que les questionnements relatifs à l'encadrement juridique des échanges de données informatiques, ont permis l'émergence de la notion d'équivalence fonctionnelle⁷⁰³ qui d'ailleurs a été présentée comme une solution incontournable pour que le passage du document papier au document électronique puisse se faire. La meilleure façon d'y arriver était de « reproduire » les fonctionnalités du document papier pour les appliquer au document électronique.

L'équivalence fonctionnelle apparaît dans cette thèse comme une approche consistant à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique possède et à s'assurer qu'elles soient satisfaites quel que soit le support utilisé. Les fonctions de titre représentatif et titre de propriété du document papier doivent pouvoir s'appliquer d'une manière équivalente au document électronique. Car, ils ont comme fonction de véhiculer la même information, nonobstant leur différence de forme. La loi leur accorde la même valeur juridique : ils produisent les mêmes effets juridiques et sont égaux sur le plan de la preuve. Tel est le sens des articles 5 et 9 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information du Québec. La qualification de titre représentatif et de titre de propriété dépend de la *fonction* que l'on reconnaît au document technologique, et non de ses caractéristiques matérielles comme support de l'information⁷⁰⁴.

393. Le titre de propriété peut émaner de l'opération juridique (négotium) consistant en une manifestation de volonté unilatérale ou plurale. Par exemple, la conclusion de contrat de vente ou de transport. Cette manifestation de volonté a pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique ou la création d'un droit (le droit de propriété). Dès lors, le titre de propriété qui est l'écrit constatant un acte juridique ou un acte matériel ayant pour objet de produire des effets juridiques peut être consigné sur un support électronique. Donc l'écrit (instrumentum) n'est qu'un élément matériel utilisé dans les rapports commerciaux pour constater une situation juridique ou un droit (**paragraphe 1**). L'étude de la fonction de titre représentatif appliquée au document électronique

⁷⁰³ A propos de l'équivalence fonctionnelle, voir la Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique, 1996. <http://www.uncitral.org>.

Groupe de travail IV, Commerce électronique, 55^{ème} session, 24-28 avril 2017, New York ; 54^{ème} session, 31 octobre - 4 novembre 2016, Vienne. Puis dans plusieurs textes européens comme la Directive de 1999 sur les signatures électroniques. La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 1 - 16, et enfin dans la plupart des lois nationales consacrées au développement du commerce électronique article 1365 Code civil français. On retrouve aussi la notion d'équivalence fonctionnelle expressément formulée dans la plupart des lois canadiennes, ONTARIO Loi de 2000 sur le commerce électronique, LO 2000, c 17].

⁷⁰⁴ C. FABIEN, « la preuve par document électronique » 38 R.J.T, 2004, n° 550.

explique comment le document sur lequel les marchandises sont énumérées peut être juridiquement identifié à un titre de propriété. Au point que la circulation du document emporte celle des marchandises (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la représentation des marchandises : l'incorporation du droit au titre

Le connaissement est apparu pour la première fois en Italie⁷⁰⁵ au cours du XVI^e siècle sous le terme⁷⁰⁶ *police de chargement*. Le premier exemplaire date de 1538 et constate la réception de vingt-six sacs de sel. Il fut d'abord un reçu avant d'être considéré comme un document représentatif des marchandises⁷⁰⁷.

394. La question qui se pose est de savoir par quel mécanisme la propriété de la marchandise est acquise à la seule possession du connaissement ? La réponse à cette question nous conduit à appréhender le droit commun de la propriété et plus précisément le transfert de la propriété. Il est constant que la propriété sur une chose s'acquière, entre autre, par l'achat, la donation etc. En principe, le transfert de propriété a lieu par l'effet des contrats⁷⁰⁸. En matière de vente par exemple, dès que le vendeur et l'acheteur se sont mis d'accord sur la chose et sur le prix même si le prix n'est pas payé et si la chose n'est pas livrée. Cette règle connaît cependant un certain nombre d'exceptions qui ne font pas l'objet de notre thèse. Mais dans le cas qui nous intéresse, le connaissement qui est admis comme titre de propriété, n'est pas issu d'un contrat de vente. Et pourtant la jurisprudence et la doctrine lui confère la fonction de titre de propriété.

395. Or comment le titre représentatif de la marchandise, étant par conséquent la preuve du contrat de transport passé entre un transporteur et un chargeur, peut-il transférer à ce dernier ou à toute personne qui le détient, un droit de propriété opposable aux tiers ? S'agit-il d'un transfert de la propriété de façon abstraite et théorique qui nécessite un acte réel voir une obligation de donner ? La question majeure est donc celle du moment du transfert de propriété. Si en droit positif, le transfert de la propriété a lieu par l'achat de la marchandise, en droit maritime le transfert de la propriété peut s'opérer par la transmission du connaissement par endossement. Nous l'avons vu, celui qui achète la marchandise en cours de route achète simultanément le connaissement. Donc il s'agit d'un transfert théorique parce qu'il n'a en sa possession qu'un document représentant les biens achetés. Toutefois ce qui est sûr c'est que le contrat de vente de la marchandise, le titre

⁷⁰⁵ G. CORNU, *vocabulaire juridique*, connaissement, mot d'origine italienne dérivé du verbe connaître. Cité, par O. AUDIC, *les fonctions du document en droit privé*, T. 3, LGDJ, 2004, p.350.

⁷⁰⁶ O. AUDIC, *les fonctions du document en droit privé*, T. 3, LGDJ, 2004, p.350.

⁷⁰⁷ O. AUDIC, *op-cit.*

⁷⁰⁸ Article 1101 du code civil français : le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

représentatif de la marchandise et le contrat de transport sont théoriquement indépendants l'un de l'autre. Le moment du transfert de propriété sera différent de celui de l'obligation de donner. Le premier s'accommode avec la vente alors que le second s'opère à la livraison.

396. Ainsi, le transfert de la propriété du connaissance est lié à une cause antérieure qu'est la vente. De ce fait, il existe deux opérations juridiques : tout d'abord le contrat de vente qui opère un transfert réel de la propriété, opération entre vendeur et acheteur, créant seulement des obligations entre eux. Par exemple l'obligation pour le vendeur de transférer la propriété de la marchandise et de la livrer à l'acheteur. Une autre opération, à caractère fictif permet d'assimiler le connaissance à la marchandise. C'est parce que les marchandises y sont énumérées en quantité et leur caractéristique y est décrite que le document est censé représenter la marchandise. Donc la tradition, ou remise matérielle du document paraît simple lorsqu'il s'agit d'un document électronique, nous l'avons vu avec le courrier électronique. Mais qu'en est-il du transfert de la propriété de la marchandise ? Le transfert de propriété de par son caractère matériel, requiert un acte spécial qui se distingue du transfert du document lui-même. Il est indiscutable qu'en matière immobilière, la propriété est attestée par un acte judiciaire (acte notarié par exemple), alors qu'en matière de meubles, "détention vaut titre" sauf preuve du contraire. Il en est autrement en matière commerciale, le transfert de propriété dépend de ce que dit le droit national applicable au contrat de vente : par exemple en droit français le transfert de propriété intervient dès qu'on est convenu de la chose et du prix⁷⁰⁹.

D'un autre côté, pour déterminer la période du transfert de propriété, on a tenté d'interpréter les dispositions du droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) dont le Sénégal est membre. En effet, l'article 283 de l'acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général dispose que « *sauf convention contraire entre les parties, le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue* ». Il en résulte

⁷⁰⁹ Article 1583 Code civile français : *Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.* Le transfert de propriété s'opère après le simple échange des consentements, sans aucune formalité. Il s'agit d'un effet légal du contrat de vente. Ce qui est vrai du transfert de propriété d'une chose est aussi valable pour le transfert d'autre droit privé comme les droits sociaux. Le principe joue pleinement à l'égard des parties mais atténué à l'égard des tiers qui peuvent ignorer que le vendeur avait déjà vendu le bien. Le transfère n'est opposable aux tiers que si les règles de publicités ont été respectées. En matière mobilière, Il faudrait dire, en fait de meuble la possession de bonne foi vaut titre. C'est donc le premier qui sera entré en possession de la chose qui sera prioritaire s'il est de bonne foi.

que, le transfert de propriété n'a pas un caractère *solo consensu*, mais se réalise par la tradition de la chose vendue. La propriété est acquise, selon le droit OHADA, à la livraison de la chose.

397. Mais peut-on affirmer logiquement qu'il n'y a pas de relation de droit entre le connaissement et la propriété de la marchandise ? La réponse à cette question se trouve dans la jurisprudence française. La cour de cassation a posé le principe, dès 1859, que : « la propriété des marchandises voyageant par mer est représentée par le connaissement ». La cour ajoutant que : « le connaissement, ainsi que les marchandises dont il est la représentation, se transmet par la voie de l'endossement ». Doit-on pour autant conclure que, le connaissement et la marchandise ne font qu'un et que c'est l'incorporation du titre au droit ?

398. Au sens du point développé ci-dessus sur la propriété, le transporteur n'a aucun droit sur la marchandise et pourtant il détient un original du connaissement doit-on dans ce cas appliquer le principe de « en matière de meuble possession vaut titre » ? Nous pensons, qu'à son égard, ce principe ne peut s'appliquer. Le connaissement constitue donc pour lui un titre représentatif de la marchandise car il doit livrer la marchandise décrite au connaissement, sauf pour lui à démontrer, qu'en fait, ladite marchandise (qualité et quantité) ne lui a, de fait, pas été livrée par le chargeur : d'où son recours possible contre le chargeur, mais il reste responsable de la livraison des marchandises au tiers détenteur de bonne foi du connaissement.

399. La complexité du connaissement définit son régime juridique si particulier. Il représente la marchandise. Ce qui fait qu'il peut être remis en gage ou être vendu pendant que la marchandise est flottante ; ici nous apparaît, manifestement, l'importance de ce document, la sécurité de ces opérations étant assurée par le caractère irréfragable des mentions portées au connaissement, vis-à-vis du tiers porteur de bonne foi. La remarque qui en découle est que la valeur financière du document s'est renforcée, grâce à sa fonction de titre représentatif de la marchandise. Cette dernière s'est incorporée au document en lui conférant ainsi le caractère négociable. Il nous faut comprendre que, techniquement, cette fonction nécessite la fusion de l'acte écrit (*instrumentum*) et des droits du titulaire (*negotium*). Nous en déduisons que c'est cette opération, d'incorporation des droits dans le titre, qui confère au titulaire du document le droit de propriété et lui fait bénéficier de la mobilité et de la sécurité propre aux biens meubles corporels⁷¹⁰. Dès lors, au regard du principe selon lequel « la possession vaut titre » de l'article 2276 alinéa 1er du Code civil, la seule détention du titre suffit à assurer l'opposabilité erga omnes, issu de la propriété⁷¹¹. C'est ce que CAUSSE résumait dans sa

⁷¹⁰ V. H. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, Paris 1926, n° 371, p. 367 et n° 560, p. 540. Les auteurs soulignent que « cette forme au porteur a l'avantage d'assurer au droit personnel la mobilité de la chose corporelle. Elle convient donc particulièrement aux opérations commerciales, c'est là qu'elle s'est développée ».

⁷¹¹ Sur ce point, J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris I, L.G.D.J., 1984, n° 141. Selon cet auteur, « l'opposabilité du droit réel s'impose, en principe, d'emblée aux tiers, sans condition préalable de connaissance » ; M. LEVIS, *L'opposabilité des droits réels*, éd. economica, 1989, n° 211 et s ; R. ROBLLOT, Brochure ANSA, 1984, p 31, n° 18. Soulignant les avantages de ce système, l'auteur estime que « le titulaire (...) a, sur la valeur

thèse à l'aide du syllogisme suivant *«le possesseur du titre est, en vertu de l'article 2276 du code civil, présumé être le propriétaire ; de la même manière, le propriétaire du titre est présumé être le titulaire des droits constatés par ce même titre ; donc le possesseur du titre est présumé titulaire des droits constatés par le titre»*⁷¹².

400. La théorie de l'incorporation a un intérêt psychologique indéniable et rend parfaitement compte du phénomène de circulation du connaissance négociable par simple tradition manuelle. Toutefois, cette théorie de l'incorporation reste une énigme : *«comment une feuille de papier peut-elle être considérée comme un bien ayant valeur d'échange ?»*⁷¹³. La réponse est qu'il s'agit d'une construction née de la pratique des échanges maritimes. Il nous semble qu'en droit positif, *la créance et la propriété sont unies dans le même bien, le propriétaire du titre pouvant être créancier, la créance doit être considérée comme confondue avec le titre»*⁷¹⁴. Ainsi, LARGUIER pense, que le droit n'existe pas sans titre : *«qui a le titre a le droit. Qui donne le titre donne le droit. Qui vole le titre vole le droit et qui découpe le coupon d'un titre au porteur découpe une partie du droit»*⁷¹⁵. Cette démonstration illustre parfaitement le caractère du titre représentatif du connaissance. Mais force est de constater que cette incorporation n'est que pure théorie et s'accorde tout au plus avec la force probante de l'écrit.

représentée sur l'inscription, un droit qui se rattache à la catégorie des droits réels par les pouvoirs qu'il confère et par son opposabilité absolue»; Cass. Req., 14 mai 1888. D. 1889, I, p. 257. La Cour de cassation a pu rendre la cession de titres opposable sans que leur tradition réelle ait été effectuée au profit de l'acquéreur ; A. WHAL, *Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers*, Ed. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1891, n° 274. Pour cet auteur, *«l'émettant (...) doit et peut payer au porteur seul sans justification autre que la présentation du titre»*.

⁷¹² H. CAUSSE, *Les titres négociables, Essai sur le contrat négociable*, Thèse Montpellier, Litec, 1991, n° 627, p. 306.

⁷¹³ Sur la notion de l'incorporation du droit au titre : Cette théorie était déjà unanimement reconnue par les auteurs germaniques à la fin du XIX^{ème} siècle sous le nom de *Wertpapiere*. Savigny, juriste allemand du début du XIX^{ème} siècle, soulignait ainsi qu'*«un titre constitue un corps, une chose matérielle, c'est-à-dire un objet susceptible de propriété et de possession. Il est donc possible d'utiliser les rapports du créancier avec cette chose pour faciliter le transfert de la créance et l'exercice du droit contre le débiteur»*. Cité par L. DABIN, *Fondements du droit cambiaire allemand*, Thèse. Liège, 1959, n° 142; Cette théorie a été par la suite consacrée dans plusieurs législations étrangères. On peut notamment citer le titolo di credito en Italie dont les principaux artisans ont été Ascarelli et Vivante ou le papier-valeur Suisse (article 965 du Code des obligations suisse).

⁷¹⁴ A. WHAL, *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1891, n° 273, p. 211. L'auteur ajoute également que *«la créance verbale au porteur étant interdite, le droit n'a-t-il pas besoin du titre, comme le titre a besoin du droit ?»*.

⁷¹⁵ J. LARGUIER, *Essai sur la notion de titre en droit privé*, Thèse Montpellier, 1948, n° 165, p. 170. Pour cet auteur, *«le titre a donné naissance à un droit nouveau mais tous deux ne font qu'un, celui-ci s'incorpore dans celui-là»*. Voir également en ce sens Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, T. III, 5^{ème} éd, 1926-1929, Ed. L.G.D.J., n° 604, p. 682. Ces auteurs constataient que *«les droits constatés par des titres au porteur doivent être considérés comme s'incorporant aux titres et se confondant en quelque sorte avec eux, de telle sorte que le porteur du titre doit être présumé titulaire du droit que le titre constate»*; H. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. III, *Les biens*, 2^{ème} éd, par M. PICARD, 1952. p 562. n° 560. Cette thèse consiste à soutenir que *«la possession matérielle du titre étant indispensable pour l'exercice du droit, on dit qu'il y a incorporation du droit dans le titre, et comme le titre est une chose corporelle, le droit emprunte au titre son caractère de meuble corporel»*; L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, T.I, 3^{ème} éd, Ed. Dalloz, 1925, n°1136; J. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, T. III, *Les sociétés commerciales*, Ed. Sirey, 1955, n° 1278 et 1279; V également sur ce point, J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument ; essai sur la structure des droits subjectifs*, L.G.D.J., 1961, p. 15. Cet auteur souligne que *«le titre est le droit lui-même dans sa substance»*.

401. A ce stade de la réflexion, nous pensons que l'incorporation des droits au titre nécessite une forme matérielle car, la négociabilité est dépendante de la présence d'un *instrumentum*-papier. Or, la représentation du titre par un document électronique ne signifie pas que son transfert sera plus complexe que celui de la tradition manuelle ; nous l'avons déjà démontré avec le courriel. Donc La négociabilité résulte de la simplicité du mode de transfert et de la valeur économique du document.

Paragraphe 2 : Une négociabilité émancipée de la forme corporelle du titre

La forme juridique et matérielle du connaissance comme titre favorise certes la négociabilité. Toutefois, il a juridiquement les défauts des choses matérielles. Il s'avère, comme tout titre, qu'il peut être falsifié, perdu ou volé⁷¹⁶. Ce qui a de lourdes conséquences pour le détenteur car la disparition de l'*instrumentum* entraîne inévitablement celle du droit qu'il représente⁷¹⁷. Mais, notre thèse défend l'idée selon laquelle, la dématérialisation rend quasi impossible la falsification, la perte ou le vol des documents électroniques. Elle permet notamment d'importantes économies sur les frais de gestion et d'élaboration du document papier. Les opérateurs (armateur, transporteur, banque, assurance, chargeur) ont intérêt à informatiser leurs systèmes de gestion.

402. Cependant, l'impact de la dématérialisation n'est pas seulement technique. Elle conduit également à s'interroger sur le régime juridique applicable au transfert du document électronique. En effet, faute de *corpus* individuel, peut-on encore considérer que le connaissance électronique est possédé et bénéficie, de fait, de la mobilité propre aux biens meubles corporels ? Étant entendu que nous avons démontré que la négociabilité du document est liée à l'incorporation des droits dans le titre. Pour répondre précisément à cette question, il nous faut examiner l'effet exact de la dématérialisation sur le transfert du connaissance.

403. La dématérialisation a, en fait, eu beaucoup plus d'effet sur la forme matérielle du titre⁷¹⁸ que sur sa valeur juridique. Ce qui nous fait penser que le support représente le droit. Or, l'incorporation du droit au titre permet de passer d'un régime où les droits sont constatés par des

⁷¹⁶ Le législateur a toutefois cherché à atténuer cette fragilité. Ainsi, l'article 2279 alinéa 2 du Code civil autorise la revendication du propriétaire ayant perdu son bien ou ayant été volé. Cette restitution doit s'effectuer contre remboursement du prix payé par le possesseur de bonne foi. Elle n'est possible que pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol.

⁷¹⁷ J. GUYENOT, *Régime des titres au porteur qui ont fait l'objet d'une dépossession involontaire*, L.P.A., 1^{ère} partie, n° 70, 12 juin 1978, p. 3-11; 2^{ème} partie, n° 71, 14 juin 1978, p. 15-21; G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, Ed. L.G.D.J., 2ème éd, 1951, n° 63, p. 151. L'auteur estime que «la falsification du titre n'est guère à craindre par suite de difficulté d'imitation. Mais la perte et le vol sont un danger réel».

⁷¹⁸ V. sur ce point Y. GUYON, *Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières*, Rev. société, 1984, p 459, n° 13. L'auteur considère que «la loi de 1981 ne dématérialise pas ces titres, puisqu'ils n'avaient pas d'existence matérielle».

meubles corporels (les titres-papier) à un régime semi abstrait où ils sont constatés par des documents électroniques (virtuel). Cette hypothèse signifie que des meubles incorporels peuvent être possédés comme des meubles corporels. Toutefois, l'incorporation des droits dans le titre ne doit pas être confondue à un phénomène physique réalisable matériellement. Il traduit uniquement le lien entre le droit et le titre instrumentaire, quel que soit le titre, papier ou électronique. Une étude comparative avec la circulation des instruments financiers illustre bien notre hypothèse. Ainsi, TREBULLE, considère dans sa thèse qu'«*il y a bien fusion entre l'instrumentum et le negotium*» et qu'elle «*aboutit à ce que l'on pourrait appeler, mais improprement de par sa nature incorporelle, une incorporation*»⁷¹⁹. Il faut noter que c'est un mécanisme simplement intellectuel.

404. Mais, peut-on défendre l'idée d'une possession d'un connaissance dématérialisé comme un titre scriptural ? Cette thèse semble toutefois en parfaite contradiction avec la position de la doctrine civiliste qui refuse, faute d'emprise matérielle sur une chose (*corpus*), d'étendre le régime de la possession aux biens meubles incorporels⁷²⁰. On peut ainsi, par exemple, citer TERRE et SIMLER pour qui les titres dématérialisés ne peuvent être régis par l'article 2276 du Code civil⁷²¹, «*non parce qu'ils sont soumis à un régime spécial, mais parce qu'ils ne sont plus des meubles corporels et qu'a cessé l'incorporation du droit dans le titre*»⁷²². Cette position est d'ailleurs conforme à celle adoptée par la Cour de cassation qui, antérieurement à la loi du 30 décembre 1981⁷²³, limitait la possession des titres aux porteurs, aux biens meubles corporels matérialisés par

⁷¹⁹ F.-G. TREBULLE, *L'émission de valeurs mobilières par les sociétés par actions*, Thèse Paris I, Ed Economica, 2002 n° 742, p. 521. L'auteur estime qu'«*il ne faut pas pousser trop loin l'usage des fictions au risque de faire perdre toute crédibilité aux règles énoncées*». Il souligne toute l'ambiguïté du concept d'incorporation : «*un droit incorporel s'incorporant dans une inscription, elle-même dépourvue de toute corporalité*».

⁷²⁰ A ce propos, E. LEVY, *Les fondements du droit*, Ed. Librairie, Félix LACAN, Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1933, p. 87. L'auteur remarque que «*la transition du droit privé peut être formulée : substitution à un régime de possession d'un régime de valeurs*»; J. LARGUIER, *Essai sur la notion de titre en droit privé*, Thèse Montpellier, 1948, n° 34, p. 47. Pour l'auteur, «*la possession va laisser sa place à la créance*».

⁷²¹ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 – art. 2, disponible sur Légifrance.

⁷²² F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, Ed. Dalloz, Coll. Précis, 6ème éd, 2002, n° 434, p. 273; V. également en ce sens, Ch. LARROUMET, *Droit civil, Les biens*, 3ème éd, Ed. Economica, n° 923 : «*sauf s'il s'agit d'un droit réel mobilier, la possession des droits réels ne s'applique pas aux meubles incorporels tels que les créances, parts sociales non constatées par un titre au porteur, propriétés sur les choses incorporelles et droits de clientèles*»; J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens*, op cit, n° 239, p. 361. L'auteur souligne qu'il y a «*dans l'article 2279 ancien (devenu 2276) du Code civil un matérialisme ancestral qui le rend malhabile à appréhender les biens immatériels, sauf aux prix de distorsions*»; H. CAUSSE, *Valeurs mobilières : un concept positif*, P.A., 21 Octobre 1994, n° 27, p 8. L'auteur note que «*le droit des biens est encore trop le droit des choses pour être utile aux créances incorporelles que sont les valeurs mobilières*». Et l'auteur de s'interroger, «*pourquoi l'article 2276 du code civil permettrait-il de considérer certains titres comme des meubles corporels et d'autres non?*» V. sur ce point H. CAUSSE, *Les titres négociables*, *Essai sur le contrat négociable*, Thèse Montpellier, éd. Litec, 1991, n° 10, p. 7; V. toutefois la nuance apportée par P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, La publicité foncière*, 5ème éd., Ed. Defrénois, 2002, n° 200. Ces auteurs indiquent que si «*traditionnellement, seules les choses corporelles pouvaient être possédées*», ils ajoutent que «*le droit, à cet égard, évolue*».

⁷²³ Loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 pour 1982 a dématérialisé les titres, leur transfert ce fait par simple inscription au compte.

un support papier⁷²⁴. La Chambre commerciale estimait alors que *«le principe «en fait de meuble, la possession vaut titre» ne régit que les meubles corporels»*⁷²⁵. Ce qui excluait donc le document électronique.

405. Nous pensons qu'il est toutefois possible, avec cette loi de 1981 (art. 94), de reconnaître la possession des meubles incorporels et par conséquent celle du connaissance dématérialisé⁷²⁶. Puisqu'il a le caractère d'un titre négociable et d'une valeur mobilière. Pour justifier cette possibilité, nous prenons, encore une fois, comme référence les hypothèses proposées en matière de dématérialisation des titres financiers (les actions, les obligations et les titres de créance négociables). Partant, Mme PÉLISSIER estime ainsi que *«la possession autrefois manifestée par la préhension du titre papier est aujourd'hui révélée par l'appréhension résultant de l'inscription en compte»*⁷²⁷. L'auteur appuie notamment sa démonstration sur l'arrêt Tuffier du 30 mai 1996 dans lequel la Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que *«la seule conséquence de la «dématérialisation» des valeurs mobilières est de permettre la preuve de leur détention, non par leur support matériel mais par leur inscription en compte, qui conserve la force attachée auparavant à la possession du titre papier»*⁷²⁸. Le document électronique qui a économiquement une valeur pécuniaire, peut parfaitement entrer dans cette logique : il est transmis à la banque qui peut l'inscrire dans un compte.

406. A l'instar de la dématérialisation de ces titres, il apparaît clairement que la possession n'est donc plus fondée sur la détention matérielle d'un *corpus* mais sur le pouvoir de fait d'une personne sur un objet déterminé, donc le pouvoir de contrôle proposer par les Règles de Rotterdam. Si cela est possible pour ces titres, le connaissance qui a le caractère d'un titre négociable devrait pouvoir être dématérialisé. Étant entendu que l'idée de possession s'intéresse encore plus au rôle joué par

⁷²⁴ Cass. com., 7 mars 1851, De Visieux/Chedeaux, S, 1951, 2, p. 39 : *«Attendu que si cet article 2279 du code civil ne doit pas être invoqué à l'égard des meubles incorporels et créances dont la transmission n'a lieu que suivant certaines formalités, il doit recevoir une complète application à l'égard des effets transmissibles du porteur»*.

⁷²⁵ Cass. req., 17 décembre 1873, Coevoet/hérit. Delattre, S., 1874, I, 409, note LABBE. Dans cette décision, la Cour souligne que *«le principe «en fait de meubles, possession vaut titre» ne régit que les meubles corporels»*. Dès lors, on ne peut *«reconnaître et proclamer que l'article 2279 du code civil est applicable aux titres nominatifs»*; Cass. civ., 4 janvier 1876, Lefevre et autre, D.P. 1877, 1, 33 : *«la maxime «en fait de meubles, possession vaut titre» ne régit que les meubles corporels»*; Cass. civ., 26 janvier 1914, Paris/Lacombas, D. 1914, 1, p. 112 : *«vu l'article 2279 du code civil, attendu que la règle de cet article ne s'applique qu'aux meubles corporels susceptibles d'une tradition manuelle et ne s'étend pas aux meubles incorporels, et par suite aux fonds de commerce»*.

⁷²⁶ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Thèse, Ed. Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 179 et s, p. 85 et s; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, 2003.

⁷²⁷ H. Le NABASQUE et A. REYGROBELLET, *L'inscription en compte de valeurs mobilières*, Revue de droit bancaire et bourse, juillet/août 2000, n° 70, p. 272. Ces auteurs constatent que, *«très progressivement, le droit s'ouvre à l'idée d'une possession des biens incorporels»*. Ils considèrent que *«le mécanisme de l'article 2279 du Code civil est appliqué intégralement dans ses deux volets, en ce sens que, selon le conflit à résoudre, l'inscription va jouer le même rôle que la possession d'un meuble corporel»*.

⁷²⁸ Cass. crim., 30 Mai 1996, *Société de bourse Tuffier*, Ravier, Py, Rev Banque n° 48, juillet-août 1996, p. 30, note F. PELETIER et H. De VAUPLANE; R.D. bancaire et bourse, n° 56, juillet-août 1996, note M. GERMAIN et M.-A. FRIZON-ROCHE; Petites affiches n° 139, 18 Novembre 1996, note Ch. LASSALAS.

l'*animus* dans la possession⁷²⁹. Mais l'analyse de l'existant en terme d'échange de connaissance montre qu'il est difficilement concevable d'«appliquer la possession à des biens incorporels, choses incorporelles et droits»⁷³⁰. Une question demeure et perturbe notre raisonnement. En effet, doit-on considérer le document électronique comme une chose au sens juridique du terme ? Est-ce qu'on peut toujours se contenter de la définition classiquement donnée selon laquelle la propriété ne peut s'exercer que par la détention matérielle de la chose, c'est-à-dire par un contact physique entre le possesseur et la chose possédée⁷³¹ ? Pour cela, nous sommes tentés d'adhérer à la thèse de Mme PARANCE ; même si sa conception de la possession est relativement abstraite. Selon elle, le *corpus* se «détache de sa composante matérielle» et s'adapte à la nature incorporelle des biens en s'intellectualisant, et en prenant la forme d'actes juridiques⁷³². Nous retiendrons tout simplement avec elle, qu'il s'agit alors d'un «*corpus dématérialisé*». La logique dans l'analyse de l'article 2276 du Code civil (En fait de meuble la possession vaut titre) est qu'«il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas». Puisque cette disposition n'opère aucune distinction entre les meubles corporels et les meubles incorporels, on peut dès lors, sans difficulté, parler de possession des titres dématérialisés. Étant entendu que nous avons démontré le caractère de bien meuble du document électronique. Cette extension bute toutefois sur le second alinéa de l'article précité⁷³³. Autorisant la revendication du propriétaire ayant perdu son bien ou ayant été volé⁷³⁴, ce dernier ne paraît plus adapté aux titres dématérialisés. Il est en effet devenu extrêmement difficile de voler ou de perdre des documents électroniques. Est-ce que la circulation des documents électroniques est pour autant une technique totalement sécurisée ? En matière technologique, il n'y a pas de sécurité totale mais

⁷²⁹ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. II, *Les biens*, 5^{ème} éd, par G. RAU et C. FALCIMAIGNE, éd. Marchal et Billard, 1897, n° 177, p. 106. Pour ces auteurs, «on appelle possession dans le sens le plus large de cette expression, l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels, d'usage de jouissance ou de transformation»; V. également G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 9^{ème} éd., Ed. Montchrestien, 1999, n° 1129. Pour cet auteur, «posséder une chose, c'est exercer, en fait, sur cette chose un pouvoir effectif».

⁷³⁰ A. PELISSIER, op cit, n° 47, p. 29. Même incorporel, «l'objet du corpus de la possession reste toujours une chose».

⁷³¹ S. LUCAS RAFFALLI, *Le corpus virtuel, la notion de corpus virtuel a-t-elle seulement un sens ?*, R.R.J., n° 4, p. 139. Cet auteur estime que «l'analyse des différentes définitions du corpus permet de conclure que le corpus est indiscutablement lié à la détention d'une chose» ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, éd. Litec, 1996, n° 558, p. 461. Ces auteurs estiment que : «prolongement de la détention, le droit de rétention ne peut, comme elle, s'appliquer qu'à des biens corporels, qu'ils soient meubles ou immeubles».

⁷³² B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, 2003, n° 73 et s., p. 73 et s. L'auteur opte pour «une définition plus intellectualisée du corpus possessoire, reposant sur l'accomplissement d'actes juridiques conformes à la destination du bien, et portant notamment sur le support du bien, ou consistant en une formalité relative au bien lui-même».

⁷³³ A. REYGROBELLET, *Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés*, R.T.D. com, 1999, n° 24, p. 314. Cet auteur énonce que «la seule différence, semble-t-il, avec le schéma classique, c'est qu'on ne peut appliquer la solution de l'article 2279 al 2 du Code civil».

⁷³⁴ Article 2279 alinéa 2 du code civil qui énonce que «celui qui a perdu ou auquel il a été volé peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient».

ce qui est sûr, les données se perdent difficilement grâce au stockage et l'archivage dans différents serveurs. En effet les pirates informatiques, surnommés *hackers* ne peuvent attaquer une base de données et en modifier les inscriptions informatiques que s'ils détiennent la clé d'entrée. Ce qui signifie qu'une information sur la sécurité du système leur a été transmise.

CHAPITRE III : La protection des données numériques : gage de confiance dans le commerce électronique

Pour mieux comprendre et prendre en compte la réalité des échanges qui désormais passent par l'Internet, nous nous sommes proposé d'analyser le degré de protection des données numériques. En effet, malgré le dispositif législatif mise en place par la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁷³⁵ du 21 juin 2004 et la loi du 13 mars 2001 sur la signature électronique, la confiance dans les échanges de données électroniques connaît des balbutiements. Mais comment susciter la confiance dans le cadre d'échanges de documents dématérialisés ? Avant toute réponse à cette question une définition de la notion de confiance semble s'imposer.

407. Couramment, la notion de confiance s'apparente à la conviction ferme de celui qui s'en remet à quelqu'un. Prise dans son acception juridique, elle se traduit par la crédulité en la bonne foi, la loyauté, la sincérité d'autrui (la bonne foi du transporteur sur les déclarations du chargeur), en ses capacités, ou ses qualifications professionnelles⁷³⁶. L'action de se fier à autrui se traduit aussi par une volonté reconnue de lui confier une mission (le transport des marchandises). Souvent aussi, le droit appréhende cette notion de manière négative (abus de confiance en droit pénal et licenciement pour perte de confiance). Par ailleurs, en matière électronique, elle dérive de la foi dans la fiabilité des acteurs ou du système informatique. C'est dire l'importance de la croyance en la sincérité humaine et en la croyance aux moyens techniques et matériels, car sans cette croyance, sentiment sans doute légitime, qu'une personne est de bonne foi et que le système informatique répond du bon fonctionnement qui lui est attribué, il n'y a place qu'au doute, à la méfiance, à la défiance surtout dans le domaine maritime où le risque du contentieux est permanent.

Le manque de confiance est en réalité, le facteur de blocage et d'hésitation qui ralentit la dématérialisation dans le domaine maritime. Ce phénomène étant du domaine de la psychologie et de la philosophie juridique doit pourtant être exploré par les juristes pour mieux traiter le contentieux naît des opérations électroniques. Or, il serait sans doute judicieux, sur le plan théorique, de déterminer les conditions qui gouvernent le concept de confiance dans les échanges électroniques (**section 1**). Et sur un plan pratique, d'en préciser les applications par l'intervention de l'État à travers l'institution de l'archivage des documents électroniques (**section 2**).

⁷³⁵ Couramment désignée « LCEN », elle propose une définition de la communication publique en ligne comme "toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, qui s'appuie sur un procédé de télécommunication permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur" (art.1-IV, al. 2).

⁷³⁶ Vocabulaire juridique, Gérard CORNU, 8^e éd, 2009.

SECTION 1 : la confidentialité de l'information : corollaire de la confiance dans les échanges électroniques

Nous l'avons vu, la fiabilité de l'information justifie le degré de confiance que l'on peut accorder aux échanges informatiques. Or, la fiabilité de l'information dépend d'un faisceau d'éléments interdépendants, notamment l'identification claire de la source (l'émetteur), l'exactitude des données et leur intégrité. La crédibilité de l'information permet de vérifier l'existence et le sérieux de la source.

408. Tout opérateur économique cherche à protéger ses affaires, son business contre l'espionnage industriel issu des agissements de la concurrence. Quand il traite à distance via Internet avec ses partenaires, la question majeure qu'il se pose est de savoir s'il communique avec la bonne personne. Pour cela, différentes clauses de confidentialité régissent les rapports entre partenaires économiques. Ainsi la clause de confidentialité vise à interdire, par exemple, au salarié de divulguer des informations (une technique de fabrication, une formule de mélange pour obtenir un parfum) confidentielles relatives à l'entreprise⁷³⁷. Donc la divulgation des informations par tous moyens de communication que ce soit, sur support papier ou sur support électronique, est interdite, dans la mesure où elle pourrait attirer d'éventuels usurpateurs d'identité. La loi nationale et les dispositions communautaires veillent au respect de ces règles. En effet, c'est l'usurpation d'identité sur internet qui sape la confiance dans le commerce électronique. Mais, peut-on confirmer l'existence du phénomène d'usurpation d'identité sur Internet (**paragraphe 1**) ? Les enjeux de sécurité numérique se rapprochent davantage des préoccupations économiques, stratégiques des décideurs gouvernementaux. En contextualisant le besoin sécuritaire, en rappelant l'objectif poursuivi et en y répondant par la mesure concrète correspondante, nous tenterons de démontrer que la sécurité protège les intérêts de toute entité consciente de la valeur de ses données. Et que la vigilance et la prudence constituent toutefois une meilleure protection que les prétentions d'inviolabilité d'un système informatique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'usurpation d'identité sur Internet face à la circulation du connaissance

Si la confidentialité est la condition *sine qua non* pour qu'un opérateur puisse faire l'expérience de la confiance et livrer des éléments de son activité, cela ne signifie pas pour autant qu'il va

⁷³⁷ Secret de fabrication article L152-7 du Code du travail français, pour des informations secrètes article 226-13 du Code pénal.

divulguer toutes les informations confidentielles au premier contact. Cela nécessite de la part du professionnel de garantir le cadre et les conditions pour le respect de ce qui est confié dans la relation. Pour le professionnel, c'est un fameux enjeu de cerner ce qu'implique la notion de confidentialité dans ses dimensions intrapsychiques et relationnelles.

409. Lorsqu'il est nécessaire d'échanger plusieurs documents entre opérateurs économiques d'activités différentes, la question de l'identité du partenaire se pose. Or, le maillage des informations autour d'échange de documents complexes est parfois nécessaire ; il exige une grande sécurité dans le système informatique pour parer à toute éventuelle intrusion d'un usurpateur d'identité. C'est parfois l'importance de l'activité et une longue relation d'affaire qui éclairent sur l'utilité ou non de partager des informations via Internet. Les opérateurs du commerce maritime échangeront davantage sur le processus contractuel que sur le contenu proprement dit, des confidences. Dans tous les cas, il importe de garder à l'esprit que c'est le document qui est au centre du processus de sécurisation et qui doit guider notre réflexion ; le défaut d'intégrité et de fiabilité abîmera la relation de confiance. Mais il n'en demeure pas moins que la crainte des opérateurs de se soumettre à la dématérialisation s'accroît du fait de l'existence du phénomène d'usurpation d'identité. Cependant, comme nous l'évoquions au début de ce chapitre, le délit d'usurpation d'identité sur Internet est désormais prévu et puni par la loi.

410. En effet, l'usurpation d'identité est établie quand elle porte sur les éléments permettant d'identifier la victime (nom, prénom, surnom, pseudonyme, identifiants électroniques) par exemple la falsification de l'identité du destinataire du connaissance. Cette dernière expression permet de s'affranchir de la notion de données à caractère personnel, au sens de la loi Informatique et Libertés, et de rechercher tous les autres éléments permettant une identification. Il est donc possible d'y inclure les adresses IP, les URL, les mots de passe, ainsi que des logos, images, voire un avatar, tous ces éléments permettant d'établir une vraisemblance. Dès lors, les juges seront amenés à interpréter et affiner cette notion et son périmètre.

411. L'usurpation d'identité "numérique", telle que prévue à l'article 226-4-1 al. 2 du Code pénal, est commise sur un réseau de communication au public en ligne, ce qui comprend notamment les courriers électroniques⁷³⁸. Toutefois, il faut comprendre que les réseaux privés existent et sont souvent hautement sécurisés mais pas pour autant exemptés de cyber-attaque. Comment se caractérise le préjudice d'usurpation d'identité sur Internet ? Le préjudice effectif ou éventuel s'analyse en une perte du document et par conséquent à la perte de tous les droits y afférant. Deux situations dommageables résultent du délit d'usurpation d'identité numérique. Et peuvent porter

⁷³⁸ Art. 226-4-1 du Code pénal : "Le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende. Cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne."

préjudice à deux catégories de victimes. D'un côté, le destinataire du connaissance dont l'identité a été usurpée ; l'auteur de l'infraction lui ôte le droit de prendre livraison de la marchandise. De l'autre, le transporteur qui est induit en erreur parce qu'il aura livré au mauvais destinataire.

412. Donc, l'usurpation d'identité numérique est généralement commise de deux manières : par la technique du *phishing* (ou hameçonnage), ou par la création d'un faux site web ou d'un faux profil sur un service de réseau social. Et c'est surtout le faux site qui induit, le plus souvent, en erreur les opérateurs à qui l'on soutire certaines informations. Mais pour un professionnel cela ne devrait pas se produire du fait de l'obligation de diligence qui pèse sur lui. L'analyse de cette notion n'intervient pas fortuitement dans cette thèse. Mais, elle y est expressément prévue. En effet, les juristes doivent comprendre ces notions pour bien définir leur cadre juridique. Ainsi, le cyberescroc usurpe l'identité d'un tiers, généralement une entreprise (banque, opérateur téléphonique) ou une administration, en communiquant via un faux courrier électronique et/ou via un site web contrefait. L'escroc⁷³⁹ reproduit alors les identifiants visuels et graphiques de la marque, en vue d'obtenir de la part du chargeur par exemple, des informations personnelles et sur la marchandise (description de la marchandise, port de chargement, port de déchargement). Ces informations sont ensuite utilisées pour falsifier le connaissance et effectuer des opérations sous l'identité du destinataire (réclamation de la marchandise et émettre éventuellement des réserves). Ce sont les sites Web qui sont vulnérables s'ils ne sont pas bien protégés.

413. Tel fut le cas, par exemple, dans un jugement rendu le 21 septembre 2005, le Tribunal de grande instance de Paris a condamné un internaute pour contrefaçon de marque et contrefaçon d'un site web. Ce dernier avait imité la page d'enregistrement du service Microsoft MSN Messenger, et sa marque figurative (le papillon MSN), pour obtenir des données personnelles des personnes au moment de leur enregistrement sur le service⁷⁴⁰. C'est pourquoi, La Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI II) de 2011, qui comprend un chapitre dédié à la lutte contre la cybercriminalité, a créé une infraction spécifique : l'usurpation d'identité numérique⁷⁴¹. La première condamnation sur le fondement de l'usurpation d'identité numérique a été prononcée par le Tribunal de grande instance de Paris le 18 décembre 2014, dans une affaire concernant la création d'un faux site web⁷⁴². Toutefois, la collecte des preuves, et

⁷³⁹ Voir Article 313-1 du Code pénal «*L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un passe nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge*».

⁷⁴⁰ TGI Paris, ch. Corr., 21 sept. 2005, Microsoft Corporation c/ Robin B.

⁷⁴¹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, JO 2011.

⁷⁴² TGI Paris ch. Corr. 18 déc. 2014, MP c/X ; Le Tribunal de grande instance de Paris a rendu un premier jugement le 18 décembre 2014 condamnant l'auteur d'une usurpation d'identité numérique sur le fondement de l'article 226-4-1 du Code pénal. Dans cette affaire, un informaticien avait créé un faux "site officiel" de la députée-maire Rachida DATI. Le faux site reprenait la photo de Rachida Dati ainsi que la charte graphique du site officiel et permettait aux internautes de publier des commentaires sous la forme de communiqués de presse, soi-disant rédigés par Rachida DATI, mais au

surtout, l'identification de l'auteur du délit reste un obstacle difficile à surmonter pour la victime souhaitant engager des poursuites.

414. L'usurpation d'identité résulte de l'introduction frauduleuse de données dans un système informatique, du fait d'avoir exploité la faille de sécurité du site pour y introduire des instructions dans le but d'en modifier son comportement. Mais, ce qui est constant, c'est que, dans certains cas, la difficulté à identifier l'auteur de l'infraction subsiste. Dans la mesure où il n'existe encore que peu de décisions judiciaires condamnant ces pratiques. La victime se heurte alors à deux difficultés majeures : l'identification des auteurs de l'escroquerie, rendue difficile notamment à cause des procédés d'anonymisation ; et la localisation de l'auteur. Lorsqu'il est possible de remonter jusqu'à l'auteur, celui-ci se trouve souvent en dehors du territoire où l'infraction est subie, rendant les poursuites difficiles et la procédure coûteuse.

415. Pour faciliter l'identification des auteurs d'une infraction, la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN), impose aux prestataires techniques, fournisseurs d'accès à internet et hébergeurs, la conservation des *données de nature à permettre l'identification de quiconque ayant contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles (ces personnes) sont prestataires* (article 6 II)⁷⁴³. Ainsi, à la demande de l'autorité judiciaire, les fournisseurs d'accès à internet (FAI) et les hébergeurs doivent transmettre toutes informations à leur possession, nécessaire à la constitution du dossier, dans le respect des délais de prescription. Cependant, suivant les catégories de données concernées, différents délais de prescription s'appliquent⁷⁴⁴. Il peut être utile de faire établir un constat d'huissier afin de conserver la preuve des écrans, pages web et autres éléments à l'appui des poursuites.

416. Il est à noter que le délit d'usurpation d'identité numérique est une infraction autonome. Le seul fait de commettre un acte de phishing⁷⁴⁵, (proche de la tentative) même sans accès effectif aux

contenu trompeur. L'internaute se trouvait en réalité sur le site officiel, très similaire au faux site. L'auteur de cette usurpation avait utilisé une faille de sécurité du site de la députée-maire, permettant d'y injecter du code indirect (opération dite "XSS" ou cross-site scripting). Le directeur du Cabinet de Madame DATI a déposé plainte contre X pour usurpation d'identité sur support numérique et atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données. L'enquête, menée par la BEFTI (Brigade d'enquête sur les fraudes aux technologies de l'information), a permis d'identifier l'auteur des agissements. Le TGI de Paris a retenu les deux chefs d'accusation à l'encontre du prévenu. Le Tribunal considère en effet, que l'identité de Madame Rachida DATI avait été numériquement usurpée, dans la mesure où "ces mentions ["je vous offre un communiqué..." ou "merci pour ce geste citoyen "], aux côtés du nom de Madame Rachida DATI et sur un site reprenant la photographie officielle de la députée-maire, sa mise en page et sa charte graphique, ne peut que conduire l'internaute à opérer une confusion avec le site officiel de celle-ci". Par ailleurs, le Tribunal a retenu que l'auteur du faux site avait mis en place un dispositif permettant la mise en ligne par les internautes de faux communiqués au contenu sexiste et dégradant. Or, en sa qualité de modérateur du site, il avait la possibilité de fermer son site ou de désapprouver les termes des commentaires mis en ligne par les internautes.

⁷⁴³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

⁷⁴⁴ Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées, article 6 de la loi Informatique et liberté.

⁷⁴⁵ Technique utilisée par des pirates informatiques visant à récupérer auprès d'internautes crédules des informations telles que des numéros de carte bancaires, des noms d'utilisateurs et des mots de passe pour des services en ligne, Dico.fr, com.

comptes dont les données ont été récupérées, est suffisant pour être qualifié d'acte d'usurpation d'identité numérique. Il n'est donc pas obligatoire de rapporter la preuve selon laquelle l'usurpation a été commise en vue de la réalisation d'une infraction (se passer pour un destinataire du connaissance). Le législateur exige cependant un dol spécial : l'accusation doit rapporter la preuve que l'usurpateur a agi en vue de déposséder le destinataire du connaissance et puis de ses marchandises.

Conscients de ces difficultés techniques et juridiques engendrées par les échanges de données informatiques, les gouvernements sur proposition des organismes (CNUCED, CNUDCI) internationaux, ont mis en place un arsenal juridique en vue de contrer les manœuvres frauduleuses sur Internet qui ont pour effet de déstabiliser la confiance en l'économie numérique.

Paragraphe 2 : la répression des infractions liées à la circulation des documents électroniques

Il est indiscutable que l'Internet est un réseau international. Par conséquent, plusieurs législations nationales sont donc susceptibles de s'appliquer. Toutefois, lorsqu'un litige survient, à travers le réseau, l'impact est localisé géographiquement. Mais comment l'appréhender sur le plan juridique ? Nous pensons que ce dernier fait appel d'abord à la compétence juridictionnelle. La question qui se pose, alors, est de savoir dans quelle mesure la juridiction française est compétente ? Étant entendu que dans certains pays anglo-saxons, les discours d'incitation à la haine raciale sont interdits ; ce qui n'est pas pour autant une restriction de la liberté d'expression. Ce phénomène est aussi poursuivi en France car attentatoire à la dignité humaine. Le conflit concerne ensuite la loi applicable : la juridiction doit-elle appliquer la loi française ou une loi étrangère ? Nous rappelons ici, qu'une fois sont réglés les différents conflits de lois, la décision française devra en principe faire l'objet d'une procédure d'exequatur à l'étranger pour recevoir force obligatoire.

417. En facilitant l'échange de document, Internet favorise la commission d'infractions et apparaît comme le vecteur d'une nouvelle forme de délinquance contre laquelle l'application du droit pénal se heurte à la difficulté d'identifier les auteurs, eu égard à cette dimension internationale. La protection des échanges de documents via l'Internet exige de détecter les agissements illicites et de réprimer efficacement leurs auteurs. Nous l'avons souligné, l'article 43-9 de la loi du 1er août 2000 relative à la liberté de communication, oblige les FAI à détenir et à conserver " (...) les

données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires"⁷⁴⁶.

418. La criminalité dans le réseau Internet correspond à deux catégories d'infractions pénales qui peuvent poser des problèmes identiques dans leur traitement judiciaire, à savoir : les infractions où l'informatique est l'objet même du crime ou du délit et les infractions où l'informatique est le moyen de commission d'un crime ou d'un délit. Pour comprendre le processus de qualification d'infraction, nous avons pris comme référence le droit pénal. Il résulte de cette comparaison que l'infraction commise via Internet, ne diffère en rien, ou du moins à des exceptions près, de l'infraction commise par un autre moyen différent de l'outil informatique. Donc peu importe le moyen, l'infraction est caractérisée dès la réunion des conditions exigées par le législateur. Ainsi, les infractions de droit commun, telles que les infractions de contrefaçon, d'escroquerie, d'abus de confiance etc., peuvent être commises via l'internet ; même si cela n'est pas précisé dans des textes de loi spécifiques.

419. Toutefois, cette absence de précision dans certains textes nationaux (certains États comme la France ayant adapté leur Code pénal à la criminalité via internet) soulève la question de savoir s'il existe des agissements via Internet qui méritent un traitement particulier ? La réponse est oui, et le droit pénal s'est adapté à l'évolution des technologies de l'informatique pour sanctionner les comportements illégaux⁷⁴⁷. Mais, force est de constater qu'il existe des cas où la spécificité d'Internet a eu pour conséquence la création ou l'extension du champ d'application d'infractions pénales. Ces infractions peuvent être regroupées dans deux catégories : les infractions « spécifiées », que nous appelons ici les infractions « classiques » qui existaient et qui ont été adaptées à internet et les infractions « spécifiques », qui ont été créées pour s'adapter à l'environnement d'internet. Ainsi, l'atteinte au secret des correspondances est un principe ancien mais il a été précisé dans le Code pénal à l'article 226-15 qu'il s'applique aussi sur internet⁷⁴⁸. De même, le principe de

⁷⁴⁶ Art. 43-9. - Les prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 sont tenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires.

« Ils sont également tenus de fournir aux personnes qui éditent un service de communication en ligne autre que de correspondance privée des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues à l'article 43-10.

« Les autorités judiciaires peuvent requérir communication auprès des prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 des données mentionnées au premier alinéa. Les dispositions des articles 226-17, 226-21 et 226-22 du code pénal sont applicables au traitement de ces données.

« Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, définit les données mentionnées au premier alinéa et détermine la durée et les modalités de leur conservation. Loi n° 2000-719 du premier août 2000 modifiant la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. JORF n° 177 du 2 août 2000 page 11903.

⁷⁴⁷ Voir article 323-1 modifié par la Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 - art. 4.

⁷⁴⁸ Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 –art. 3, JORF sept. 2000. « Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions. »

confidentialité des correspondances électroniques est prévu à l'article L. 32-3 du Code des postes et des communications électroniques. Ce dernier précise que *les opérateurs, ainsi que les membres de leur personnel, sont tenus de respecter le secret des correspondances. Le secret couvre le contenu de la correspondance, l'identité des correspondants ainsi que, le cas échéant, l'intitulé du message et les documents joints à la correspondance*⁷⁴⁹.

420. Sont qualifiés d'infractions commises via Internet : Les atteintes aux systèmes de traitements automatisés des données. Ces atteintes, nous l'avons mentionné, sont sanctionnées par les articles 323-1 à 323-7 du Code pénal. Ces articles disposent que sont punis : le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement dans un système de traitement automatisé de données (par exemple en utilisant le mot de passe d'un tiers ou en exploitant sciemment une faille de sécurité) ; le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé de données. Ce texte pourra, par exemple, s'appliquer dans le cadre de la dématérialisation des documents du commerce maritime, notamment en ce qui concerne la falsification du connaissance. En effet, cette falsification du document peut passer par la modification non sollicitée de la présentation du site du transporteur, à la suite d'un piratage du site. La page du site n'étant en rien modifiée aux yeux du chargeur qui fournit toutes les informations au pirate. Dès lors, l'analyse des articles précités permet d'inclure dans la sanction pénale le fait d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement un document électronique, archivé, stocké ou circulant dans un système informatique.

Ailleurs, *le renforcement de la sécurité dans les échanges de données informatiques s'est affirmé depuis la Loi du 5 janvier 1988, relative à la fraude informatique*⁷⁵⁰, dite "loi Godfrain". Cette dernière vise à assurer la sécurité des systèmes d'information. Au sens de la décision du Conseil de l'Europe du 31 mars 1992, qui affirmait que la sécurité des systèmes d'information est reconnue comme une qualité partout nécessaire dans une société moderne⁷⁵¹. Nous tenons à souligner ici que le défaut de sécurisation de l'accès à Internet cause plus de dégât que l'absence de texte en la matière.

421. Nous avons démontré que l'infraction commise via internet est punie sur le fondement du code pénal, reste le problème de la loi applicable à ces infractions qui ont souvent un caractère international. Pour régler ce problème nous nous sommes inspiré de l'article 113-1 du Code pénal qui dispose que la loi française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. Or, l'article 113-2 du Code pénal précise, qu'elle est réputée commise sur ce territoire

⁷⁴⁹ Article L. 32-3 du Code des postes et des communications électroniques modifié par la Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 - art. 68. JORF Octobre 2016.

⁷⁵⁰ Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, JORF du 6 janvier 1988 page 231 ; voir la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite loi informatique et libertés.

⁷⁵¹ DÉCISION DU CONSEIL du 31 mars 1992 en matière de sécurité des systèmes d'information (92/242/CEE), <http://alineabyluxia.fr/eu/lr/1992/3/31/31992D0242>.

l'infraction dont l'un des éléments constitutifs a eu lieu en France. Il convient donc qu'un élément constitutif de l'infraction commise lors de la connexion illicite se situe en France. Il résulte de cette décision que la loi pénale française s'appliquera clairement dans le cas d'un message litigieux disponible sur le réseau Internet, quel que soit sa source dans le monde, s'il est bien entendu accessible à partir d'un ordinateur situé en France⁷⁵². Donc, la réception par l'utilisateur sur le territoire français est bien un élément constitutif de l'infraction en application de l'article 113-2 du Code Pénal. Par exemple, le lieu d'émission des sites litigieux qui peut correspondre au domicile de l'internaute, est un critère qui peut être retenu, de même que le lieu de localisation du serveur véhiculant le site litigieux. Les règles de compétence édictées notamment par l'article 18 du Code de procédure pénale s'appliquent en la matière et les investigations en préliminaire sont vite bloquées en raison de leur poursuite souvent hors ressort qui nécessite l'ouverture d'une information judiciaire. En définitive, l'analyse des dispositions du code pénal conduit à différencier le lieu de réalisation matérielle de l'infraction, de celui où les effets se produisent. Ce qui donne un large domaine de compétence au juge national.

422. Lorsque l'on parle de protection de document électronique, on pense en premier lieu aux infractions spécifiques à l'informatique et commises via l'Internet. Or l'application des dispositions pénales aux fraudes informatiques se heurte à une difficulté principale tenant à la preuve. En effet, ces infractions sont très difficiles à découvrir et souvent la connaissance de ces agissements illicites relève du hasard. Plusieurs décisions ont écarté les constats établis par le demandeur, précisant progressivement les contraintes spécifiques qui s'attachent à l'établissement de preuve sur Internet⁷⁵³. Toutefois la conservation des documents électroniques peut être exigée dans un but probatoire, notamment pour faire prévaloir des droits dans le cadre d'une action judiciaire⁷⁵⁴.

SECTION 2 : l'archivage du document électronique : une mesure de protection des données

423. La question de la sécurité des échanges de document via internet est entrain d'être réglée à travers des dispositions législatives insérées dans différents textes. De ce point de vue, l'article L.134-2 a été inséré dans le code de la consommation par la loi du 21 juin 2004. En effet, cette loi dite LCEN prévoit que lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la

⁷⁵² La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République : article 113-2 al. 1 : *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès qu'au moins un des faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire, c'est-à-dire dans l'espace maritime, terrestre ou aérien de la République.*

⁷⁵³ FERAL-SCHUHL. C., *cyber droit, le droit à l'épreuve de l'internet*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2010, p. 1002, n° 141.31.

⁷⁵⁴ SCHUHL, op-cit, p. 710, n° 93-11

conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande⁷⁵⁵. L'analyse de cette disposition montre clairement que le législateur tient à ce que l'opérateur procède fréquemment à l'archivage des documents de telle façon qu'il puisse restituer au moment opportun les détails de la transaction (**paragraphe 1**). A notre avis, cela favorise la production de la preuve en cas de litige. Cependant, si l'obligation d'archivage est bien vue par le législateur, son efficacité suscite des interrogations car ni la loi pour la confiance dans l'économie numérique, ni le décret d'application de 2005 ne prévoient des sanctions en cas de non respect de l'obligation d'archivage (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : le régime juridique de l'archivage des documents électroniques

Il résulte des développements précédents que dans ses aspects juridiques, l'archivage est lié à la question de la preuve. Il faut le rappeler qu'il est nécessaire à la justification des droits émanant d'acte juridique quel qu'il soit et cela, jusqu'à l'expiration du délai de prescription.

424. Mais c'est quoi archiver un document ? C'est donc conserver un document, qui servira : à titre informatif, à titre de preuve dans le cas d'une revendication, d'un litige devant les tribunaux, ou lors d'un contrôle de l'administration. L'archivage s'accorde donc à l'idée de pérennité de l'information permettant de la restituer intacte ultérieurement. Toutefois, dans un environnement dominé par la circulation du document papier, les données et leur mise en forme sont sur le même support. Or, dans un environnement numérique, les deux peuvent être séparées (il existe plusieurs formats : world, pdf, html...). En effet, les documents numériques sont plus faciles à manipuler et à modifier, volontairement ou non, perdant ainsi leur intégrité. Cette volatilité du contenu informationnel fait de telle sorte que l'archivage électronique de document, quelle qu'en soit la nature, suscite des interrogations sur la fiabilité du système utilisé. Donc, l'enjeu est de fournir des garanties de fiabilité dans l'univers informatique.

Il est constant que l'archivage organise la conservation des documents dans l'intérêt des parties contractantes, pour les besoins de la gestion et de la justification de leurs droits. Cependant, force est de constater que la définition de l'archivage électronique, n'est faite par aucun texte. Mais pour la fiabilité de cette technique, le décret du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1367 du Code civil et relatif à la signature électronique, impose aux prestataires de service de certification de *conserver, éventuellement sous forme électronique, toutes les informations relatives au certificat électronique qui pourraient s'avérer nécessaires pour faire la preuve en justice de la certification*

⁷⁵⁵ Voir La LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 – art. 27 JORF 22 juin 2004 ; aussi l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation art. 34.

*électronique*⁷⁵⁶. Par exemple, en matière fiscale, pour les entreprises ayant dématérialisé leurs factures, cette dernière constitue un document tenant lieu de facture d'origine pour la déduction de la TVA sous réserve que cette facture soit conservée pendant le délai fiscal de six ans⁷⁵⁷, les trois premières années sur support informatique et les trois années suivantes sur tout support au choix de l'entreprise⁷⁵⁸.

425. La nécessité d'archiver l'écrit sous forme électronique émane de la volonté du législateur il a pour corollaire l'équivalence fonctionnelle qui est désormais l'égalité entre le document papier et le document électronique ; le support étant neutre. Ainsi, le principe, nous l'avons déjà souligné, est posé par la loi du 13 mars 2000 qui donne une nouvelle définition de l'écrit. Désormais, la loi admet sous certaines conditions, que "l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier" (C. civ. Art. 1366). Donc, un écrit sous forme électronique peut être admis comme preuve de l'existence ou l'extinction d'un droit ou d'une obligation, au même titre qu'un écrit sur support papier. Mais cette équivalence entre le support papier et la forme électronique de l'écrit est admise "sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité" (C. civ. Art. 1366). Il en découle que deux conditions doivent être remplies. D'abord, l'écrit sous forme électronique doit être signé électroniquement⁷⁵⁹ ensuite, il doit être archivé. La remarque est qu'il n'y a pas de précision sur la forme et les modalités de l'archivage. La loi précise simplement que l'archivage doit être effectué dans des conditions de nature à garantir l'intégrité du document conservé. Cette précision ne nous semble pas inutile dans la mesure où l'équivalence fonctionnelle a pour conséquence la neutralité des supports. Or, l'archivage d'une information n'est possible que s'il est inscrit sur un support.

Pour comprendre la valeur de l'archivage nous l'avons analysé sur la base de l'article 1366 du Code civil pour en déduire que les actes authentiques sous forme électronique ont la même force probante qu'un acte authentique sur support papier si et seulement s'ils sont établis et conservés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État⁷⁶⁰. Autrement dit, la valeur probante, nous y reviendrons, d'un écrit sous forme électronique est subordonnée à son archivage. Par ailleurs, la

⁷⁵⁶ Voir la proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne l'instauration du droit de l'économie, doc. Parl., Ch., Repr., 2012-2013, n° 2754/001 à 007.

⁷⁵⁷ Voir l'art. L 102 B du Livre des Procédures Fiscales (LPF), arrêté du 22 mars 2017 fixant les modalités de numérisation des factures papier en application de l'art. L. 102 B du LPF. NOR : ECFE 1705189A, ELI :

<http://www.legifrance.gouv.fr/eli/arrete/2017/3/22/ECFE1705189/jo/texte>.

⁷⁵⁸ L'article 16 de la Loi de Finance rectificative pour 2016 modifie l'article L 102 B du Livre des procédures Fiscales (LPF) pour assouplir les conditions de conservation des documents comptables et des pièces justificatives, et notamment en donnant aux assujettis la possibilité de conserver sous forme dématérialisée, des factures établies ou reçu au format papier.

⁷⁵⁹ V. l'article 1er, al. 3 de la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, 2012/0146 (COD) du 4 juin 2012, version adoptée par le Parlement européen en première lecture le 3 avril 2014.

⁷⁶⁰ M. DEMOULIN, « l'archivage électronique et le droit : entre obligation et précaution. In l'archivage électronique et le droit ». Larcier, 2012, p.18-19.

durée de conservation de l'acte électronique est, en tout état de cause, liée aux délais de prescription des actes juridiques⁷⁶¹.

426. Même si les textes ne précisent ni la forme ni les modalités de l'archivage, il est de toute façon indispensable, dans le cadre d'un bon archivage de documents électroniques, de prévoir plusieurs exemplaires des mêmes documents, si possible sur plusieurs types de supports différents. Car si les documents se trouvent, par exemple, dans différents serveurs conservant les exemplaires des mêmes documents électroniques, partant assurer la traçabilité des documents négociables, le risque de destruction et de modification est nul dans la mesure où la modification dans l'un quelconque des supports n'entraîne pas immédiatement la modification dans les autres. Donc on pourra toujours les comparer.

L'archivage ne signifie pas pour autant que le document ne doit pas être supprimé. S'il est facile de supprimer un document papier, il en est autrement pour un document électronique. Pour le premier, il s'agit d'une suppression totale et irréversible du document archivé. Alors que pour le second la suppression du document dans le menu dossier ne le fait pas disparaître du disque dur. Il est toujours possible de récupérer le document à l'aide de logiciels conçus à cet effet. Donc seule la destruction du support électronique engendre la destruction du document. D'où la nécessité de recourir à l'archivage électronique.

427. D'ailleurs, la Norme ISO 15489 indique qu'aucune décision ne doit être prise concernant la suppression d'un document sans s'être assuré que le document n'est plus utile, qu'aucun travail relatif à ce document n'est en cours, qu'il ne fait pas l'objet d'un contentieux ou d'une enquête qui pourrait nécessiter la production de ce document comme preuve⁷⁶². D'un autre côté, l'archivage facilite la traçabilité des documents négociables. D'après la norme ISO 15489, la traçabilité est le fait de créer, d'enregistrer et de préserver les données relatives aux mouvements et à l'utilisation des documents. Cette norme précise que la traçabilité des mouvements et des utilisations des documents archivés est nécessaire pour : identifier une action en cours, permettre le repérage d'un document, prévenir la perte d'un document, contrôler la maintenance du système et sa sécurité, et conserver une piste d'audit des opérations effectuées sur les documents archivés. Dans ces conditions, le connaissance peut circuler librement entre opérateurs économiques. Mais, pour ce qui est de la valeur probante des documents, on se demande si le juge est tenu de reconnaître comme véridique ce qui paraît résulter de tel ou tel mode de preuve⁷⁶³.

⁷⁶¹ Les délais d'archivage des documents sont étroitement dépendants des délais de prescription des actions en justice, nonobstant l'intérêt juridique du document. Voir aussi la Loi n° 2008 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008 page 9856.

⁷⁶² ISO 15489-1:2016 détermine les concepts et les principes à partir desquels sont élaborées les méthodes de création, de capture et de gestion des documents d'activité, <https://www.iso.org/fr/standard/62542.html>.

⁷⁶³ M. DEMOULIN, op-cit., p. 19.

Paragraphe 2 : la fonction probatoire de l'archivage

428. S'il est admis que l'archivage dans le domaine des échanges de documents électroniques permet dans certains cas d'établir la preuve des actes juridiques, il n'en demeure pas moins que la preuve par excellence est l'écrit signé. Nous avons démontré dans les chapitres précédents qu'il s'agit, plus précisément, d'un écrit qui émane de celui à qui on l'oppose, qui identifie son auteur et qui manifeste son consentement au contenu de l'écrit. Dans le cas qui nous concerne c'est-à-dire le commerce maritime, il s'agit le plus souvent d'un acte "sous seing privé". Même si les textes sont muets par rapport à l'exigence ou non de la signature, en l'absence de celle-ci ou des formalités requises par la loi, l'écrit pourra éventuellement être considéré comme un "commencement de preuve par écrit" et servir, partant, d'admicule de preuve, à compléter par d'autres éléments probatoires. L'acte sous seing privé peut, par ailleurs être un document électronique revêtu de la signature électronique, par exemple le connaissance électronique.

Si l'écrit sur support papier signé est un mode de preuve privilégié, l'écrit sur support électronique l'est aussi. Cela est possible d'abord parce qu'un acte juridique⁷⁶⁴ et tout particulièrement un contrat ne peut, en principe, être prouvé que par un tel mode de preuve dès lors que sa valeur excède une certaine somme (Art. 1539 du code civil français).

429. Nous tenons à rappeler ici qu'en matière commerciale la loi reconnaît à l'écrit une valeur plus élevée qu'aux témoignages ou présomptions, laissés à l'appréciation du magistrat. On dit que l'écrit a "force probante" ou "fait foi" de ce qui est contenu dans le titre, ce qui signifie que le juge ne peut en principe arrêter une solution qui est incompatible avec les termes de l'écrit. L'écrit signé correspond au document original. Or, cette notion, nous l'avons démontré, n'est pas compatible avec le document électronique. Mais, pour se ménager une preuve solide d'un contrat, (contrat de vente, de transport) il faut conserver un exemplaire original de l'acte, autrement dit une version sur laquelle figure la signature des parties, et non une simple reproduction mécanique de cette signature. Pour le document électronique une "signature électronique" est requise. A contrario, le fait de scanner un document papier original a pour conséquence la création d'une copie⁷⁶⁵, c'est-à-dire "une reproduction littérale et non signée d'un original", quand bien même la signature est

⁷⁶⁴ Un acte juridique est un acte accompli en vue de produire des effets dans le domaine du droit ; on l'oppose au "fait juridique", qui est un fait (matériel) ou un acte (de volonté) qui n'a pas pour but de produire des effets juridiques : par exemple, un accident, un coup de poing, un relevé d'appel téléphonique... Les faits juridiques peuvent être prouvés "par toute voie de droit", et spécialement par témoignages ou présomptions (indices). De même en matière commerciale la preuve est libre bien qu'elle est constituée d'acte juridique.

⁷⁶⁵ D. GOBERT ; MONTERO, E. « *L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique* ». Journal des Tribunaux, 2001, p. 122.

également reproduite⁷⁶⁶. Or, la copie n'a pas la force probante d'un original : une copie peut toujours être contestée et la production de l'original peut toujours être réclamée en justice, par la partie à laquelle on oppose la copie, afin de lever les doutes sur l'authenticité de son contenu. Cela ressort de l'article 1334 du Code civil qui prévoit que *les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la présentation peut toujours être exigée*. Il résulte de ce qui précède, que le scan d'un document n'est qu'une copie qui n'a pas la valeur juridique d'un original. Dès lors, lorsqu'un connaissance signé est requis pour prouver le contrat de transport, la production d'un scan ne suffit pas ; en cas de litige, la partie adverse pourrait contester la validité de la copie produite et exiger que l'original soit produit. C'est pourquoi, la diligence voudrait donc que les transporteurs et les chargeurs ne détruisent pas les documents originaux qu'ils ont archivés de manière électronique.

430. Les effets de cette hypothèse théorique doivent cependant être atténués. Dans la pratique, en cas de litige devant les tribunaux, les parties produisent presque toujours des copies notamment, des photocopies papier et parfois des scans sur un support amovible. Généralement le transporteur doit livrer la marchandise contre le connaissance original. Si le détenteur du connaissance modifie la copie numérique, il y a peu de raisons que cette copie ne soit pas contestée et que l'original doive être produit. Par ailleurs, si l'original a été détruit, la copie numérique du document pourra en principe toujours valoir comme un commencement de preuve par écrit (art. 1347 du Code civil) ; elle devra être complétée par des témoignages ou des présomptions. Ensuite, si les conditions d'un commencement de preuve par écrit ne sont pas réunies, la copie numérique du document pourra toujours valoir comme une présomption simple. Nous tenons à rappeler qu'en matière commerciale, le régime de la preuve est assoupli et une partie peut en principe prouver contre un commerçant "par toutes voies de droit".

431. Cette analyse démontre que l'archivage des documents papiers dématérialisés ne peut pas être ipso facto remplacé par l'archivage électronique des documents nativement électronique. En cas de destruction des originaux papiers, le risque sur le terrain de la preuve est que le juge ne reconnaisse pas une grande valeur probante à la copie (document papier dématérialisé) et, en cas de contestation de la conformité de la copie à l'original, le risque est de ne pas pouvoir produire l'original dont la production serait exigée par la partie adverse. Pour parer à ces difficultés, nous suggérons que la mention de « copie conforme à l'original » soit appliquée aux documents scannés. Ainsi, en cas de litige, l'opérateur pourra plus facilement convaincre le juge que la copie scannée doit se voir reconnaître une valeur probante égale ou, à tout le moins, proche de celle de l'original.

⁷⁶⁶M. DEMOULIN, *L'authenticité, de l'original papier à la copie numérique – Les enjeux juridiques et archivistiques de la numérisation*. In Actes de la conférence The Memory of the World in the Digital Age : Digitization and Preservation, organisé par l'UNESCO à Vancouver, Canada, 26-28 septembre 2012, [en ligne] (consulté le 22 mai 2015).

432. Pour assurer la circulation des documents électroniques il faut un archivage sécurisé. L'évolution des technologies et des avantages liés aux nouveaux moyens de communication fait que les échanges électroniques et l'utilisation des nouvelles technologies prennent une place de plus en plus importante au sein des transactions commerciales. Dès lors que les documents concernés dans le cadre de la dématérialisation présentent une valeur juridique, une utilité pour la célérité des opérations commerciales, il y a nécessité d'archiver. En particulier, seul un archivage électronique sécurisé permettra au juge d'apprécier la valeur juridique du document présenté, la conservation réalisée devant répondre aux exigences légales ou jurisprudentielles. L'archivage sécurisé répond aux conditions d'équivalence fonctionnelle définies par le législateur pour parvenir à l'égalité entre le document papier et le document électronique. D'une manière générale, l'archivage électronique sécurisé peut être conçu comme : l'ensemble des modalités de conservation et de gestion des documents électroniques destinées à garantir leur valeur, notamment juridique, pendant toute la durée nécessaire.

433. Les documents archivés ne sont pas pour autant, à l'abri de toute altération. C'est pourquoi il est nécessaire d'assurer l'intégrité des documents électroniques archivés. En effet, ces derniers peuvent subir deux types d'altérations : une altération intentionnelle ; qui consiste par exemple en une modification volontaire d'une donnée dans le document. Il peut s'agir entre autre d'une modification du message électronique transféré pour conclure un contrat (modification de la date ou du nom de l'auteur d'un document). Et une altération non intentionnelle consistant en une erreur sur la date d'émission du connaissance par l'utilisation de la fonction «Date du jour», erreur sur la date d'un message si l'heure du serveur de messagerie est fausse, conversion automatique d'un document d'une version ancienne d'un format de fichier dans une version plus récente. Pour se prémunir contre ces risques et garantir l'intégrité des documents, il faut mettre en place des techniques de signature (calcul d'empreinte), d'horodatage et de scellement des documents. Ces techniques s'appuient sur la mise en place d'une traçabilité à travers la constitution et l'archivage sécurisé d'un journal des transactions relatives aux documents. De même le format PDF garantit au mieux l'intégrité du contenu parce qu'il ne permet pas une réécriture sur le document contrairement au format word.

Pour la bonne circulation des documents, il faut aussi assurer la confidentialité des documents. Autrement dit assurer la confidentialité par le contrôle des accès aux documents. Ce contrôle nécessite la mise en place de système d'authentification, de cryptage des données lors des transferts des documents.

SOUS-TITRE II : la dématérialisation des documents dans les espaces UEMOA, CEDEAO, OHADA

434. Les différentes actions répertoriées dans la première partie suivent la catégorisation des priorités en matière de dématérialisation. Ces priorités et actions doivent être prises en charge par des institutions appropriées, dont le but est de promouvoir les intérêts de l'Afrique. Toutefois, ces institutions doivent bénéficier du soutien des gouvernements. Ainsi, dans chaque institution, un organe sera chargé de faire la promotion du commerce électronique en Afrique. L'organe devra conserver une réelle indépendance à l'égard des gouvernements. Cette nécessité d'autonomie opérationnelle renforce les capacités d'exécution de la mission de l'organe. L'intérêt de cette étude part du postulat que les organismes existants sont tous dotés de leur propre mission excluant le domaine du commerce maritime. De plus, leur mission ne prend pas en compte l'adaptation du commerce maritime au commerce électronique. Au regard de ces considérations, nous avons trouvé opportun, d'analyser les enjeux de la dématérialisation et leurs conséquences dans les espaces communautaires d'Afrique de l'Ouest (**chapitre I**). Cette analyse nous permettra d'étudier le système portuaire des États pilotes pour mieux diagnostiquer les forces et faiblesses de ces systèmes face à la dématérialisation (**chapitre II**). Pour orienter la décision des acteurs du commerce maritime sur le choix du support, nous exposerons les projets de dématérialisation des documents issus des conventions internationales pour analyser leur impact sur l'évolution du commerce maritime en Afrique (**chapitre III**).

CHAPITRE I : La concrétisation de la dématérialisation dans quelques États de l'Afrique de l'Ouest

Le développement des technologies de l'information et la mondialisation ont-ils engendré la complexification des échanges ? Il est de plus en plus nécessaire pour les opérateurs du commerce maritime de pouvoir utiliser les technologies informatiques pour faire le commerce tout en sécurisant leurs échanges électroniques. Il est aussi nécessaire d'utiliser des solutions logicielles offrant des fonctionnalités de signature électronique, de chiffrement, de gestion de la preuve électronique pour permettre une plus grande flexibilité contractuelle et financière.

De ce fait il est impératif de disposer de flux d'information dématérialisés. Or, la dématérialisation offre de nombreux avantages, comme la facilitation du partage d'informations, du stockage, de l'archivage des documents ou encore de la réalisation des procédures administratives électroniques. Nous allons voir comment les opérateurs économiques du commerce maritime et les gouvernements africains envisagent aujourd'hui la dématérialisation des flux d'informations.

Au demeurant, il apparaît aujourd'hui que la problématique a fortement évolué en raison de l'adaptation des règles de droit au commerce électronique⁷⁶⁷. La dématérialisation est un enjeu inévitable pour les opérateurs africains parce qu'elle procure de nombreux avantages (**section 1**). Toutefois, au niveau de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), il n'existait pas de textes spécifiques sur la vente. C'est donc le droit commun contenu dans les codes civils des États qui s'applique. Or il a été constaté que le commerce électronique est en plein essor. Pour cette raison, les États africains ont pris en compte cette nouvelle façon de commercer. Pour se conformer à l'ère du commerce électronique et prendre en compte les nouveaux modes de preuve, l'UEMOA, la CEDEAO et l'OHADA, ont adopté de nouvelles règles visant à résoudre les difficultés soulevées à l'occasion des transactions commerciales conclues à distance (**section 2**).

SECTION 1 : L'intérêt de la dématérialisation pour le développement économique : le cadre juridique établi par les institutions communautaires

L'importance de la dématérialisation a été démontrée tout au long de cette thèse. Mais pour le continent africain il est nécessaire de le rappeler. En effet, les enjeux auxquels répond la

⁷⁶⁷ PH. GARO, *op-cit*, p. 348.

dématérialisation sont : la réduction des volumes de documents papier, l'optimisation des processus, une économie d'échelle, le développement durable ou encore l'amélioration de la qualité des services. Nous pouvons dès lors affirmer que la dématérialisation s'impose comme un facteur de compétitivité pour les entreprises de toutes tailles et plus particulièrement celle intervenant dans le continent Africain.

435. Au regard de cette situation, la révolution du commerce électronique constitue le second pilier des mutations économiques. La baisse tendancielle du coût des équipements informatiques (micro-ordinateurs de plus en plus puissants et de moins en moins chers) a favorisé leur dissémination dans le monde entier et plus particulièrement dans les pays en développement. D'ailleurs, les grands groupes industriels, notamment les compagnies de transport maritime ont adopté cette technologie et l'ont imposée aux chargeurs, rationalisant ainsi leurs systèmes de collecte de fret et réalisant du même coup des gains de productivité grâce aux techniques informatiques. Malheureusement ce type de technologie n'est pas encore aussi développé dans les pays africains. Cependant le cadre juridique se met en place grâce à l'adaptation des normes communautaires aux normes du commerce électronique (**paragraphe 1**). Par ailleurs, même si le commerce maritime sur le continent est essentiellement basé sur les importations (avec de rares exportations), la dématérialisation permet de gagner du temps et du profit. Elle offre l'accès à une base de données structurée et facile à exploiter. Il s'agit donc d'une priorité stratégique, pour les structures privées comme pour les États (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la constante évolution du commerce électronique : l'amélioration de la performance des moyens techniques et juridiques en Afrique de l'ouest

Le développement de l'Internet a inspiré beaucoup d'auteurs qui ont réfléchi sur le phénomène et son incessante évolution. On parle d'un espace où durée et distance sont contractées⁷⁶⁸. L'effectivité de la dématérialisation des documents du transport maritime international ne peut être évoquée sans une étude plus ou moins spécifique du développement des TIC dans le continent africain dont la plupart des pays sont chargeurs. Dès 1996 pascal RENAUD écrivait que l'internet poursuit son extension avec un taux de progression qui se maintient autour de 100% par an. Et que si l'Afrique n'est pas totalement à l'écart du phénomène, la base installée demeure modeste et à ce rythme, il lui faudra 8 à 10 ans pour atteindre le niveau actuel des pays du Nord⁷⁶⁹. À l'heure actuelle, la thèse de

⁷⁶⁸ Voir, ROSNAY J., Stratégies pour le Cybermonde, « révolution dans la communication », Manière de voir n° 46, août/septembre, 1999.

⁷⁶⁹ P. RENAUD, « l'avenir informatique du Sud », le monde diplomatique, 1996.
<https://www.monde-diplomatique.fr/mav/HS1/RENAUD/55248>.

RENAUD n'est pas tout à fait désuète. Malgré les gros moyens, tant juridiques qu'économiques, déployés par les pays africains pour attirer les compagnies de télécommunication. La maîtrise du fonctionnement de l'outil informatique demeure un handicap qui oriente le choix des opérateurs et des consommateurs.

436. Pour comprendre les facteurs à l'origine des lenteurs du développement du secteur informatique en Afrique, nous nous sommes permis d'analyser les causes du sous-équipement en infrastructures de télécommunications. Il en résulte une origine économique mais précédée d'un héritage d'infrastructures léguées par le colonisateur. Cela veut dire qu'après les indépendances, les États africains se sont retrouvés avec des réseaux de communications dont l'installation est inachevée. Ces installations sont obsolètes et souvent incompatibles avec les nouveaux systèmes informatiques. L'on sait pourtant, qu'il y a une interaction entre le développement économique et social d'un pays et le développement de ses réseaux de télécommunications. Or, la plupart des pays africains sont dans une phase de développement.

437. L'étude de l'évolution du commerce électronique en Afrique intéresse notre sujet dans la mesure où elle permet de mieux comprendre le rapport d'échange économique entre le Nord et le Sud. C'est une étude dans laquelle la réflexion sur l'interopérabilité des systèmes peut être déclinée en analysant les conditions, en amont et en aval pour une harmonisation des messages de données et plus particulièrement une standardisation des documents électroniques entre pays d'un espace communautaire ou d'espace communautaire différent.

Sans viser l'exhaustivité étant donnée l'étendue du sujet et des pays à l'étude. L'objectif de cette partie offre une meilleure vision du commerce électronique dans les pays africains, notamment du commerce entre le Sénégal et la Côte d'Ivoire la Tunisie et le Maroc. L'analyse des rapports commerciaux démontre que l'échange de documents passe presque entièrement par la voie classique (transfert de documents papier). C'est pour dire qu'entre pays africains la dématérialisation et l'interopérabilité des systèmes ne sont pas encore établies. Partant, nous en déduirons le rapport des échanges de document entre les pays développés et ceux faisant l'objet de notre étude. En effet, cet aspect du rapport sera abordé sous l'angle communautaire car nous pensons que c'est sur cette base que l'harmonisation peut se faire. En d'autre terme le cadre juridique instauré par les institutions communautaires telles que l'OHADA, l'UEMOA, et la CEDEAO, offre t-il un atout pour la relation Nord-Sud en terme de commerce électronique ?

Pour des raisons pédagogiques nous tenons à rappeler quelques principes du droit commercial pour mieux appréhender l'efficacité des dispositions communautaires. Ainsi, la vente est le contrat par lequel, une personne, « le vendeur », s'engage à transférer la propriété de biens déterminés à une autre personne, « l'acheteur », qui, en échange, s'engage à payer le prix convenu. Cette

définition de la vente est large et rejoint celle retenue par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 selon laquelle « *ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties au contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention* ».

438. Toutefois l'Acte Uniforme de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) sur le droit commercial général, qui n'exclut pas l'application du droit commun, a adopté cependant une conception restrictive de la vente en limitant son champ d'application à « la vente commerciale ». En effet, l'article 234 de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) prévoit que les dispositions du Livre VIII ne s'appliquent qu'aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou morales. De même, l'article 235 du même Acte uniforme exclut également du champ d'application du Livre VIII certaines catégories de vente notamment celles aux consommateurs, celles dans lesquelles de façon prépondérante, une partie fournit une main d'œuvre ou des services ; les ventes de navires, bateaux, aéronefs et avions et les ventes d'électricité. Il apparaît clairement que cette situation n'est pas rassurante, dans la mesure où le commerce international se caractérise par la vente et l'achat de biens. De même les offres de services comme le transport de marchandise sont inclus dans la catégorie des actes de commerce.

439. Mais, si le caractère d'acte de commerce de certaines opérations est exclu du champ d'application des dispositions de l'AUDCG, il en est autrement pour le commerce électronique. Les institutions africaines notamment, l'OHADA, la CEDEAO et l'UEMOA, distinctes du point de vue de leurs missions, ont dû incorporer le support électronique dans leur environnement juridique alors même que l'accès à internet est encore très limité dans certains pays membres dont les populations, dans leur grande majorité, sont fortement analphabètes. En réponse à l'amélioration et à la performance des moyens techniques évoquées un peu plus haut, l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a adopté un dispositif juridique relatif à la sécurisation des paiements électroniques par la reconnaissance dans la zone UEMOA, de la preuve électronique. A travers notamment le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA⁷⁷⁰ relatif au système de paiement dans les États membres de l'UEMOA qui constitue un des volets essentiels de l'action de l'UEMOA pour adapter la législation des États aux nouveaux enjeux de la mondialisation et au développement du commerce électronique.

440. Par exemple, au niveau de la CEDEAO, le cadre juridique des transactions commerciales repose sur l'Acte additionnel A/SA.SA.2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques⁷⁷¹. Ce texte vise à créer un cadre harmonisé par la réglementation des transactions

⁷⁷⁰ http://www.cdp.sn/sites/default/files/R%C3%A8glement_sur_les_moyens_de_paiement.pdf. 09/2017.

⁷⁷¹ <http://www.droit-afrique.com/upload/doc/uemoa/CEDEAO-Acte-2010-02-transactions-electroniques.pdf>. 09/2017.

électroniques et reconnaît en conséquence la valeur probatoire de l'écrit électronique. Il s'applique à toute transaction de quelque nature que ce soit, prenant la forme d'un message électronique. Ce dispositif est en l'occurrence favorable pour l'institution des échanges maritimes.

441. Au Niveau de l'OHADA, c'est le nouvel Acte uniforme adopté à Lomé le 15 décembre 2010 qui introduit le chantier de la signature électronique dans le cadre de l'informatisation du Registre du Commerce et du Crédit mobilier (RCCM). « L'amélioration du texte relatif au droit commercial (AUDCG) vise au renforcement de la sécurité juridique et judiciaire dans l'exécution des contrats commerciaux ». Les mesures ainsi adoptées doivent permettre la modernisation et l'informatisation du RCCM et à terme inciter les opérateurs économiques à s'informer en temps réel et de façon fiable sur leurs potentiels partenaires ou sur les garanties offertes par leurs débiteurs de la sous-région.

Les règles minimales ainsi adoptées dans les différents espaces, prennent en compte à la fois les modes contemporains de conclusion des contrats, et leur dimension internationale tout en facilitant aux ressortissants de leurs États membres la conclusion des contrats notamment de vente électronique. Le commerce électronique constitue une nouvelle technique de vente dans lequel sont conclus des contrats de distributions de biens ou des contrats de prestations de service. Ce phénomène a tendance à rapprocher l'Europe de l'Afrique.

Paragraphe 2 : le cadre juridique du commerce électronique entre l'Europe et l'Afrique

442. Le commerce international ne met pas uniquement en relation les opérateurs de différents pays, il met aussi en relation les États qui à travers leurs législations et les conventions signées entre eux, réglementent les transactions internationales. De ce point de vue, le commerce électronique entre l'Europe et l'Afrique est encadré par la convention de Lomé⁷⁷² de 1975, puis par l'accord de Cotonou de 2000 entre l'UE et quarante-six (46) pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, dont le Sénégal et la Côte d'Ivoire. Plus récemment, la stratégie conjointe UE-Afrique⁷⁷³ de 2007 constitue le cadre global à long terme pour les relations Afrique-UE et inspire les différents sommets. Un des axes importants de cette coopération est « *le commerce, l'intégration régionale et les infrastructures* ». On remarque que l'UE participe efficacement à la connectivité de l'Afrique par le Programme de Développement des Infrastructures en Afrique (PIDA)⁷⁷⁴, et par le projet d'harmonisation des politiques sur les technologies de l'informatique en Afrique subsaharienne

⁷⁷² Voir sur : <http://ec.europa.eu/development/body/cotonou/lomehistoryfr.htm>. 06/2017.

⁷⁷³ www.africa-eu-partnership.org/sites/default/files/documents/02-eas2007_joint_strategy_fr.pdf. 06/2017

⁷⁷⁴ www.afdb.org/fr/topics-and-sectors/initiatives-partnerships/programme-for-infrastructure-development-in-africa-pida/.

(HIPSSA)⁷⁷⁵, ainsi qu'au développement du secteur privé par des actions comme le forum des affaires UE-Afrique⁷⁷⁶.

443. À l'instar de ce partenariat, l'UE, l'Union Pour la Méditerranée et la Jordanie ont effectué une déclaration⁷⁷⁷ commune à l'occasion de la réunion ministérielle de l'UPM (Union Pour la Méditerranée) sur l'économie numérique tenue en 2014 et dont voici quelques extraits susceptibles d'éclairer notre propos : « *Les TIC demeurent une source importante de croissance économique et d'emploi des deux côtés de la Méditerranée. Pour conserver les bienfaits de cette avancée du numérique, il faudra se préoccuper d'une multitude de facteurs déterminants pour les sociétés et les entreprises de demain, comme l'existence d'infrastructures appropriées, de normes acceptées et utilisées par tous, de réseaux interconnectés, d'une coopération transfrontière en matière réglementaire et administrative, et veiller à la disponibilité des compétences qui permettent aux utilisateurs et aux développeurs d'affronter la concurrence mondiale dans le domaine du numérique. Il faudra relever les défis communs que pose l'omniprésence de l'économie numérique, tels que les données massives («big data»), la protection des données, l'informatique en nuage ou la gouvernance de l'Internet. Les technologies numériques s'accompagnent de problèmes nouveaux. La montée en puissance de l'activité économique en ligne, par exemple, impose la création de nouveaux outils, comme la signature électronique, ou de nouveaux cadres juridiques pour protéger les opérateurs sur l'Internet. La question des services universels commence également à se poser* ».

444. Ces ministres ont décidé, à l'avenir, de mettre en place un cadre d'interopérabilité numérique entre l'UE et les pays du Sud de la Méditerranée ainsi qu'entre ces derniers, notamment sur les services de confiance électronique et la signature électronique, en utilisant des éléments du règlement européen eIDAS⁷⁷⁸ comme référence commune. Il devrait en résulter des échanges sécurisés entre personnes et organismes des pays concernés, ce qui sera déterminant pour assurer la confiance dans les transactions du commerce électronique⁷⁷⁹.

Ailleurs, les relations entre la France et l'Afrique ont été marquées en 2015 par la réunion des chefs d'États africains à Paris et par le lancement de la fondation Africa-France pour une croissance

⁷⁷⁵ www.itu.int/en/ITU-D/projects/ITU-EC-ACP/HIPSSA/Pages/default.aspx.

⁷⁷⁶ www.euafrica-businessforum.eu/index.php/fr/home

⁷⁷⁷ Réunion ministérielle de l'Union pour la Méditerranée sur l'économie numérique Bruxelles, le 30 septembre 2014 Déclaration, p. 2. <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/union-mediterranean-ufm-ministers-charge-digital-economy-launch-new-digital-cooperation>.

⁷⁷⁸ Règlement n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques.

⁷⁷⁹ Le Conseil des investisseurs en Afrique noire (CIAN) précise que le commerce sino-africain est en constante progression avec plus de 210 milliards USD en 2013 tandis que l'Inde marche sur ses traces avec un volume d'échanges avec l'Afrique qui s'élève à 70 milliards USD et devrait dépasser la barre des 100 milliards en 2015. Ils bénéficient d'importants soutiens publics. CIAN, Rapport d'activité 2015 :

www.cian-afrique.org/media/2015/01/LOpinion-En-Afrique-la-France-peine-%C3%A0-r%C3%A9sister-aux-offensives-20-janvier-2015.pdf.

partagée. L'objectif annoncé par le chef d'État français consiste à doubler les échanges dans les deux sens entre l'Afrique et la France sachant que globalement le commerce entre ces deux zones stagne ou baisse⁷⁸⁰.

445. Pour mieux appréhender le cadre juridique du commerce électronique entre l'Afrique et l'Europe, nous avons analysé les recommandations de l'organisation des Nations-Unies. Cette institution dont plusieurs agences sont actives en matière de commerce électronique et notamment la CNUCED, l'UIT⁷⁸¹ œuvrent sur la base de la norme EDIFACT/ONU, et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 qui institua la neutralité technique et médiatique du support et l'équivalence fonctionnelle. En effet, ces institutions ont pour objectif de connecter tous les opérateurs économiques quelque soit leur situation géographique. Ainsi l'UIT permet à ses membres d'obtenir des fréquences radioélectriques. De ce fait, elle élabore les normes techniques qui assurent l'interconnexion harmonieuse des réseaux.

Dans le cadre des projets de coopération régional, le continent africain dans son ensemble, essaie, à travers différents programmes, de mettre à jour un marché commun africain, par extension progressive du COMESA⁷⁸² (Common Market for Eastern and Southern Africa) ce qui permettra dans un avenir proche de résoudre les problèmes issus des dispositions douanières. Seulement 11 % des échanges commerciaux en Afrique se font aujourd'hui entre pays du continent, contre 55 % en Asie et 70 % en Europe⁷⁸³.

446. En somme, l'Union Africaine, qui regroupe en son sein certains pays africains doit constituer le degré supérieur d'élaboration des normes juridiques pour le commerce électronique en Afrique. De même, l'OHADA que nous avons déjà étudié constitue un cadre juridique idéal pour l'Afrique. De ce fait, rien n'empêche d'ailleurs, que certains pays du Maghreb (comme le Maroc) rejoignent cette organisation dans la mesure où, la croissance du volume d'affaires entre le Maghreb et l'Afrique subsaharienne et les problèmes panafricains de cybercriminalité contribueront à favoriser des accords de coopération au sujet du droit applicable au commerce électronique dans le cadre de cette organisation.

Nous l'avons souligné, en Afrique, le commerce électronique transfrontalier et le commerce électronique national de même que le commerce international rencontrent notamment des difficultés de convertibilité de la monnaie, et les droits de douane à l'importation ou à l'exportation restent

⁷⁸⁰ www.cian-afrique.org/media/2015/01/LOpinion-En-Afrique-la-France-peine-%C3%A0-r%C3%A9sister-aux-offensives-20-janvier-2015.pdf

⁷⁸¹ L'Union Internationale des Télécommunication est une institution spécialisée des Nations Unies qui œuvre pour les technologies de l'information et de la communication. <http://www.itu.int/fr/about/Pages/default.aspx>. 09/2017.

⁷⁸² Le COMESA s'efforce d'atteindre le progrès économique et social durable de tous les États membres par une coopération accrue et une intégration dans tous les domaines du développement notamment dans le commerce, les domaines douanier et monétaire, du transport, de la communication et de l'information, de la technologie, de l'industrie et de l'énergie, du genre, de l'agriculture, de l'environnement et des ressources naturelles. <https://www.uneca.org/fr/oria/pages/comesa-marché-commun-de-lafrique-orientale-et-australe>. 09/07.

⁷⁸³ A ce propos voir les statistiques du commerce international de 2015, élaborées par l'OMC.

élevés⁷⁸⁴. À cela s'ajoutent des quotas d'importation et d'économie informelle. Un rapport des Nations unies⁷⁸⁵ fait état de l'ampleur des échanges transfrontaliers informels dans les communautés économiques régionales d'Afrique en précisant qu'ils représentent environ 43 % du PIB.

447. Il est urgent alors que l'aspect des transactions électroniques et plus précisément la cybersécurité en Afrique soit revue. Car, d'après l'étude de Paypal sur le Moyen-Orient⁷⁸⁶, la sécurité reste le principal souci des acheteurs qui justifie 40 % des freins à l'achat en ligne⁷⁸⁷. Or la Commission économique pour l'Afrique des Nations unies (UNECA) a consacré un rapport d'orientation sur le thème « *Relever les défis de la cybersécurité en Afrique* ». Elle précise, entre autre, que l'augmentation de l'utilisation des technologies présente ses propres vulnérabilités et risques. L'un de ces risques nécessite une attention et des mesures urgentes, à savoir la cybercriminalité⁷⁸⁸. A l'appui de sa recommandation, elle évoque un rapport publié par Symantec Corporation⁷⁸⁹ en 2013, précisant que la cybercriminalité augmentait plus rapidement en Afrique que dans toute autre région du monde et que, d'ores et déjà, 80% des ordinateurs personnels africains seraient infectés par des virus et autres logiciels malveillants⁷⁹⁰.

448. Toutefois, cette situation tend à être amortie par la Convention de l'Union africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel. Cette dernière vise à *renforcer et harmoniser les législations actuelles des États membres et des Communautés économiques régionales en matière de TIC*, dans le respect des libertés fondamentales et des droits de l'Homme et des Peuples. Elle vise également à créer « *un cadre normatif approprié correspondant à l'environnement juridique, culturel, économique et social africain* » et souligne que la protection des données personnelles et de la vie privée est un « *enjeu majeur de la société de l'information* » ; tout traitement de données personnelles doit respecter un équilibre entre libertés fondamentales, promotion et usage des TIC et intérêts des acteurs publics et privés.

Compte tenu des développements précédents nous pouvons affirmer que le continent africain à travers ses gouvernants a pris très au sérieux l'enjeu du commerce électronique, corollaire de la

⁷⁸⁴ Voir le rapport *Doing business 2015*, le Maroc a des droits de douane faibles à l'exportation (595 USD/conteneur) comparativement à la Côte d'Ivoire (1390 USD/ conteneur). La Côte d'Ivoire et le Sénégal ont des droits de douanes élevés à l'importation (plus de 1 900 USD/ conteneur) alors qu'ils sont plus modérés au Maghreb (entre 900 et 1 000 USD/conteneur)

⁷⁸⁵ v. Rapport n° E/ECA/CTRCI/8/5 du janvier 2013 de la commission Afrique du Conseil économique et social.

⁷⁸⁶ *PayPal Insights e-commerce in the Middle East*, 13, http://static.wamda.com/web/uploads/ressource/24-09-2013_FINAL-low_res.pdf. 2015.

⁷⁸⁷ Pour aller plus loin voir l'article paru dans *La revue Analyse financière* éditée par la Société française des analystes financiers (SFAF) (édition n°57) datée du mois d'octobre- décembre 2015.

⁷⁸⁸ www.uneca.org/sites/default/files/uploads/ntis_policy_brief_1_fr.pdf.

⁷⁸⁹ Symantec Corporation, *Internet Security Threat Report 2013, 2012 Trends, Volume 18*, avril 2013. www.symantec.com/content/en/us/enterprise/other_resources/b-istr_main_report_v18_2012_21291018.en-us.pdf.

⁷⁹⁰ Franz-Stefan Gacy, "Foreign policy: Africa's Internet threat", *National Public Radio*, 29 mars 2010. www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=125297426.

dématérialisation des documents du commerce. Le cadre juridique est entrain de se mettre en place et cela sur le terrain de la coopération judiciaire régionale et internationale. Tout compte fait, il faut noter que la mise en place d'un cadre juridique doit nécessairement prendre en considération l'harmonisation des documents qui entrent dans le cadre des échanges.

SECTION 2 : vers une harmonisation effective des pratiques du commerce électronique en Afrique de l'ouest : le palliatif de l'absence de règles uniformes en droit des transports maritime

449. Pour son adaptation effective au commerce électronique, le commerce maritime africain, qui, nous l'avons vu, requiert de la rapidité dans les transactions, a besoin d'une réglementation simple, et d'une sécurité dans les échanges, c'est à dire, que les opérateurs doivent avoir toute la certitude que leurs intérêts sont protégés. Les commerçants africains et, en général, tous ceux qui participent aux opérations de transport maritime qu'impliquent les échanges commerciaux internationaux, agissent avec un sentiment d'assurance beaucoup plus profond s'ils peuvent savoir d'avance quel sera le régime juridique des actes qu'ils veulent conclure. Ainsi, ils agiront avec plus de confiance s'ils sont convaincus de pouvoir faire valoir leurs droits et réaliser leurs intérêts partout en Afrique comme s'ils se trouvaient toujours dans leur pays, sous l'empire des mêmes pratiques, des mêmes procédures et d'une même loi. Or, pour qu'il y ait cette certitude juridique, condition sine qua non du développement du commerce électronique en Afrique, il faut des pratiques uniformes du commerce africain sur la base d'un droit uniforme.

Ce droit uniforme apparaît sous deux formes non identiques. Dans une acception restreinte le droit uniforme ne viserait que l'unification des règles de fond par le biais des conventions régionales et sous régionales à l'exemple des conventions internationales⁷⁹¹. Partant de ce paradigme, nous tenons compte des efforts réalisés par les États Africains dans le cadre de l'OHADA, pour assurer une unification du droit des affaires. Mais, on se demande dans quelle mesure les pratiques contractuelles contribuent-elles à l'uniformisation du droit des affaires maritimes (**paragraphe 1**). L'autre acception plus ou moins large du droit uniforme comprend toutes les approches visant l'unification des règles de fond. L'avantage de cette définition extensive est qu'elle tient compte non seulement de *l'ensemble des dispositions législatives adoptées par des États avec la volonté commune de soumettre à la même réglementation certains rapports*

⁷⁹¹ MALINTOPPI A., *Droit uniforme et droit international privé*, RCADI 1965, p.389, cité par GURVAN BRANELLEC, thèse, (*coexistence des règles applicable au contrat de transport international de marchandise par mer : contribution à l'étude de l'uniformisation du droit*), université de Bretagne occidentale – Brest, 2007, p. 321.

*juridiques*⁷⁹² mais aussi d'autres méthodes envisageables, comme celles constituée par le droit spontané issu de la pratique du commerce maritime international en l'occurrence l'arbitrage (**paragraphe 2**). La réglementation actuelle du commerce maritime international, en ce qu'elle provient des traités internationaux ou des lois nationales, n'est pas uniforme sur le plan régional. En effet, les échanges commerciaux africains à l'instar des échanges internationaux, continuent à être régis par une multitude de règles juridiques plus ou moins disparates.

Paragraphe 1 : d'abord une uniformisation par la voie contractuelle...

450. Si le commerce maritime, et particulièrement les transports de marchandises par mer, ont connu un développement fulgurant, c'est à n'en pas douter que la situation créée par le droit national et la vulnérabilité des États africains à élaborer une réglementation uniforme applicable au transport maritime, n'a pas été aussi déplorable qu'il aurait été possible de le penser. Pour illustrer nos propos, nous reprenons les observations que faisaient le professeur CARBONNIER sur la sécurité des affaires en 1979 en ces termes : *la chose étant vue par grandes masses, il ne paraît pas que les affaires aient beaucoup à pâtir de l'insécurité que l'on impute au droit moderne : les commerces nationaux, le commerce international, sont plus intenses, plus prospères que jamais*⁷⁹³. C'est-à-dire que les opérateurs du transport international de marchandises, malgré les lacunes juridiques parviennent à trouver leur voie, sur la base de coutumes devenues des règles qui s'appliquent à eux. Ce qui permet à la matière de continuer d'exister et de se développer.

451. La question qui se pose est de savoir, si les opérateurs du transport international de marchandises par mer, face à l'incapacité des États africains d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leurs rapports, n'arriveraient-ils pas à construire par leurs actions et leur pratique une uniformisation du droit du transport maritime ? Partant, mettre en place ou du moins transposer les recommandations de la CNUDCI sur le commerce électronique dans les dispositions des conventions régionales, sous régionales et continentales. Cette uniformisation étant pragmatique car elle serait issue de la pratique des opérateurs mais aussi, elle serait adaptée au commerce électronique. Or, l'OHADA est actuellement la seule organisation visant l'uniformisation du droit des affaires en Afrique. Rappelons au passage que cette institution se veut très ambitieuse, dans la mesure où elle n'entend pas se confiner dans aucune zone régionale ou sous régionale. En effet l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, a une ambition continentale. Elle désire l'adhésion de tous les États africains, conscients aujourd'hui que l'Unification de leurs différentes législations est la passerelle ultime pour favoriser la renaissance de leurs économies.

⁷⁹² MATTEUCI M., *introduction à l'étude du droit uniforme*, RCADI 1957, I, p. 387 et s.

⁷⁹³ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 4^{ème} éd. LGDJ Paris, 1979, p. 132.

Malheureusement l'Organisation ne dispose pas au moment de la rédaction de cette thèse d'acte uniforme sur le droit du transport maritime en Afrique. Les États membres ont pourtant ratifié les conventions internationales et plus particulièrement les deux conventions. L'une en matière de connaissance (convention de 1924), l'autre sur le transport de marchandise par mer (convention de 1978).

452. Notre hypothèse tente alors de démontrer que la pratique peut créer le droit et aboutir à une uniformisation. Peut être on nous objectera qu'en Afrique, la pratique du commerce maritime n'est pas aussi développée. Nous répondrons que la quasi-totalité des pays africains dispose de code de la marine marchande. Et que même s'il n'existe pas de grandes compagnies de transport de marchandise par mer issues du continent, on y trouve de grands ports par lesquels transitent les navires et les marchandises. Dès lors, comme nous l'avons souligné précédemment, l'absence de règles uniformes portant sur le droit des transports maritimes ne peut empêcher les échanges commerciaux entre les opérateurs des pays africains à l'exemple du Sénégal et du Mali ce dernier disposant d'un terminal à conteneur dans le PAD.

453. Pour revenir à notre hypothèse, nous pensons que, les opérateurs du transport international de marchandises par mer ont la possibilité d'organiser leurs rapports individuels. Cela étant, il va falloir se demander si, confrontés à l'échec des États à leur garantir une prévisibilité du droit applicable à leurs litiges, ils sont parvenus à éviter l'incertitude engendrée par les conflits de lois et s'ils ont essayé de construire un régime juridique favorable à leurs activités. Si tel n'est pas le cas, et pour y parvenir, ils pourraient utiliser les possibilités offertes par certains principes de droit commun, notamment le principe de la *liberté contractuelle* et pourraient ainsi créer du droit et, par ce biais, réaliser une uniformisation.

A ce propos, il faut souligner l'existence d'un document issu de la pratique, utilisé dans le transport maritime pour remplacer le traditionnel connaissance. Ce contrat de transport non formalisé est appelé la lettre de transport maritime (« sea waybill » en anglais). Il s'agit d'un contrat purement consensuel qui a une valeur probatoire de l'existence et des caractéristiques de l'engagement. Ce document est non négociable. La marchandise ne peut, en principe, pas être vendue pendant le transport à moins que l'expéditeur change l'identité du destinataire, en respectant certaines conditions. En effet, à la différence du connaissance nominatif, la lettre de transport maritime n'est pas un titre de propriété relatif à la marchandise transportée. Cet instrument utilisé par la pratique existe déjà dans les autres types de transport.

454. A l'instar de la lettre de transport, l'uniformisation réalisée constituerait une règle de *droit ciblé* car elle ne concernerait que les cocontractants pour reprendre ainsi les propos du professeur

JESTAZ qui parle de *micro-droit*⁷⁹⁴. Autrement dit, Le *droit ciblé* est entendu comme désignant le droit appliqué aux activités et aux comportements juridiques des opérateurs. Le but est d'admettre ainsi que la pratique entre opérateurs soit créatrice de droit. Outre l'argument classique selon lequel les particuliers ne peuvent créer du droit, argument que l'existence des usages permet d'écarter, il est possible de trouver une objection à admettre que l'acte juridique soit source de droit fondée sur le fait qu'il n'est pas général mais *intuitu personae*. Toutefois, cette objection pourrait être rejetée dans la mesure où l'acte juridique peut avoir vocation à la généralisation. En outre l'acte juridique a l'avantage d'être du droit vivant, comme l'exprime le Professeur JESTAZ : *le contrat est sans doute une petite loi, mais il a sur la loi proprement dite cette supériorité d'exprimer concrètement le droit en action*⁷⁹⁵. Ce micro-droit permettrait, en outre, d'assurer une uniformisation des pratiques que le droit venu des États n'aurait pas permis de réaliser. En l'occurrence le droit du transport maritime et plus particulièrement le droit du commerce électronique.

455. Au demeurant, l'uniformisation des pratiques ne peut être effective qu'à travers le pouvoir normatif des États. Pour s'en convaincre, nous avons analysé les dispositions des deux organisations (OHADA UEMOA), jugées comme des exemples parfaits d'une unification législative en Afrique. Il en résulte que ces derniers ont porté leur choix sur la formule de l'uniformisation. La méthode choisie est plus que radicale : celle-ci constitue une intégration juridique, consistant à effacer les différences entre les législations nationales en leur substituant un texte unique rédigé en des termes identiques pour tous les États concernés. De plus, cette technique de l'uniformisation obéit au principe de la supranationalité, qui permet d'introduire directement des normes dans l'ordre interne des États membres.

Sous cet angle, il est fort justifié de soutenir que ces deux organisations sont des illustrations parfaites d'une intégration juridique très élaborée. Elles sont des entités non étatiques créées par un Traité de base, et elles assurent concurremment ou parallèlement aux États, des activités dont ces derniers avaient traditionnellement le monopole. Leur existence a permis la création d'un dense réseau de coopération, avec des mécanismes de contrôle et de direction prévus par le droit communautaire originaire et développés par le droit dérivé. Mais au-delà du cadre théorique, très porteur d'espoir, un certain nombre de difficultés subsistent et ralentissent le processus d'uniformisation de certaines règles en matière de commerce maritime. C'est pourquoi on envisage l'uniformisation par la voie arbitrale.

⁷⁹⁴ Terme employé par le Professeur JESTAZ « *les particuliers concluent des actes juridiques sans autre ambition que de produire du micro-droit à leur propre usage* », Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 37. Il est cité par Madame DEUMIER in *Le droit spontané*, éd. Economica Paris, 2002, n° 40, p. 43.

⁷⁹⁵ Philippe JESTAZ, *Les sources du droit*, op-cit, p. 88 et 89.

Paragraphe 2 : ...ensuite l'uniformisation des pratiques par la voie arbitrale

456. La survie économique des États africains dépend, dans une certaine mesure, de l'action des opérateurs économiques nationaux et internationaux. Il faut donc offrir à ces opérateurs une sécurité juridique et une sécurité juridictionnelle. En effet ces derniers ne doivent plus être confrontés aux extrêmes difficultés de connaître la loi applicable à leurs litiges, nés de leurs opérations commerciales en Afrique. Ils ne doivent plus être victime de la diversité des lois d'un État à l'autre, de la divergence d'interprétation des juridictions souveraines. Nous l'avons souligné et nous le rappelons encore une fois, avec la création d'Actes Uniformes dont le contenu législatif est accessible et uniformisé, les États membre de l'OHADA assurent une unité d'interprétation de leur législation et une uniformisation du droit applicable aux opérations commerciales.

457. Cependant la matière qui nous intéresse à savoir le droit du transport maritime n'est pas pour le moment prise en compte par l'OHADA. C'est pourquoi, étant donné que les opérateurs économiques, compte tenu de ce qui est dit précédemment, doivent opérer des transactions en Afrique, l'on se demande si l'arbitrage international ne pourrait pas permettre aux parties d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leur litige et de ce fait jouer un rôle d'uniformisation du droit. Mais cette hypothèse n'est pas si pure. Il importe de se demander si l'application de règles détachées de tout ordre juridique par les arbitres, conformément à l'accord des parties ou en l'absence de choix d'une règle de droit par les parties, peut être un moyen de pallier l'incapacité des États africains à assurer une réglementation uniforme et suffisamment prévisible pour les utilisateurs du transport international de marchandises par mer.

La thèse que nous défendons dans ce paragraphe soulève plus de questions qu'elle n'en résout. Il nous faut dès lors analyser ces questions avant de proposer des solutions. La méthode employée ici est qu'à chaque question soulevée, il en suivra une tentative de réponse.

458. La question qu'on se pose dans notre hypothèse est donc : est-ce-que le mode de règlement privé des conflits, qu'est l'arbitrage, peut permettre aux parties de parer à l'incertitude du droit applicable à leur transport international de marchandises par mer ? C'est parce que nous pensons dans ce sens qu'il s'agit d'un moyen indirect d'uniformisation du droit car les parties cherchent d'abord à régler leurs conflits et éviter les incertitudes de la recherche du droit applicable. Dans ce cas, l'uniformisation du droit, si elle est réalisée, elle le sera lorsque l'arbitre dira le droit, c'est pour cela que cette uniformisation est qualifiée de différée par rapport à celle réalisée dans le contrat. Ce qu'il faut comprendre par là est que, les opérateurs du commerce international n'essaient pas d'assurer une uniformisation directe du droit mais simplement d'aménager leurs relations contractuelles.

459. L'autre question soulevée par l'hypothèse est celle de savoir si ce mode de règlement des litiges, qui offre aux parties la possibilité de choisir le droit, peut à certains endroits, contribuer à une uniformisation par les opérateurs des règles juridiques applicables à leurs litiges. Nous soutenons que la réponse se situe dans le fait que l'arbitrage constitue effectivement un mode de résolution des litiges. De surcroît, il est aussi une technique de conclusion ou d'aménagement des contrats. Pour le savoir, nous avons analysé le fondement des différends qui sont soumis à l'arbitre. Il en résulte, en effet, qu'il est possible de demander à l'arbitre de compléter un contrat dont un élément est resté, volontairement ou non, indéterminé⁷⁹⁶. D'ailleurs, L'article 4 de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'Arbitrage (AUA), dispose que la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal. Sa validité n'est pas affectée par la nullité de ce contrat et elle est appréciée d'après la commune volonté des parties, sans référence nécessaire à un droit étatique. On voit clairement par là que cette pratique, s'il se déroule dans des institutions d'arbitrage peut contenir un ensemble de normes qui pourraient éventuellement s'appliquer à des cas similaires. Revenant donc au constat qui suscite dans cette thèse la proposition de l'uniformisation ou du moins la tentative d'uniformisation des pratiques du commerce maritime en direction et à l'intérieur du continent africain, nous remarquons que l'uniformité du droit du commerce international a surtout été considérée au travers du prisme étatique. Au demeurant, force est de constater, au plan continental, la bienveillance des États à l'égard de l'arbitrage de la CCJA⁷⁹⁷.

460. Deux arguments peuvent intervenir au soutien de cette assertion. Il y a d'abord le succès de l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage. Ensuite, nous ne pouvons que reconnaître le bon fonctionnement du processus d'exequatur des sentences arbitrales entre pays membres qui semble être révélateur d'une volonté commune des États de reconnaître le pouvoir de la CCJA. Plusieurs raisons nous permettent de justifier la thèse selon laquelle, l'arbitrage en matière de commerce maritime international, peut créer des normes juridiques. D'une part, au vu de l'évolution des pratiques commerciales, talonné par la révolution des échanges électroniques, il est nécessaire d'avoir des règles susceptibles d'adaptation permanente et effectives aux besoins d'un milieu professionnel en évolution constante. Or, il semble que les États africains tardent à agir, fasse au commerce maritime international, dont la réactivité est sans précédent, au vu des difficultés d'adoption de règles conventionnelles.

⁷⁹⁶ RENÉ DAVID, *Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « lex mercatoria »*, in *new directions in international trade law*, Unidroit, Rome 9-15/09/1976, Oceana Publications 1977, p. 13 et 14.

⁷⁹⁷ Il faut noter au passage que le système d'arbitrage de l'OHADA opère une distinction entre l'arbitrage de droit commun régi par l'Acte Uniforme et l'arbitrage institutionnel de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (COA) organisé par le Traité et le règlement d'arbitrage, V. P. LÉBOULANGER, in « l'arbitrage et l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », rev. Arb. 1999 p. 551 et s.

461. D'autre part, il faut constater un développement intense du commerce maritime international qui intègre aujourd'hui le commerce électronique. Celui-ci induit une globalisation juridique, engendrant, par conséquent, un mouvement de « désétatisation du droit » et une « autonomisation juridique du commerce international »⁷⁹⁸ qui se traduisent par l'utilisation de cette forme de justice autonome qu'est l'arbitrage international pour le règlement des contentieux du commerce international. C'est pour dire que les rapports juridiques qui se nouent en matière de commerce maritime international échappent chaque jour davantage aux lois nationales, pour être régis par le droit international privé. Il est aussi généralement admis que l'arbitrage peut substantiellement contribuer à son élaboration⁷⁹⁹. Dans la mesure où certains usages sont appliqués par les juges étatiques⁸⁰⁰.

462. Mais, on pourrait objecter contre notre hypothèse le fait que l'arbitrage ne peut jouer un rôle quelconque de création de droit transnational ou, du moins, d'uniformisation du droit qu'à la condition qu'il soit autonome vis-à-vis du juge étatique tenu par un corpus juridique. Or, c'est l'autonomie de la justice arbitrale par rapport à celle étatique qui est le plus contesté. Pourtant, les États ont une attitude bienveillante, nous l'avons vu, à l'égard de l'arbitrage continental, cette bienveillance s'explique, outre l'efficacité de ce mode de règlement des litiges, pour des acteurs économiques indépendants, par la réticence des États à se soumettre à des institutions supranationales, ce qui les conduit à considérer l'arbitrage comme le meilleur des substituts à des cours de justice internationales. En dépit de cette attitude, il semble que l'autonomie de principe dont paraît bénéficier l'arbitrage continental ou international soit artificielle.

463. Il faut d'abord rappeler que chaque État membre détermine quels sont les litiges susceptibles d'être résolus par voie d'arbitrage. Il en résulte que la juridiction étatique bénéficie d'une plénitude de juridiction, alors que, l'arbitralité du litige est une condition de validité de la convention d'arbitrage. Cette dernière est d'ailleurs annulable devant les tribunaux de l'État dont les règles ont été violées. Ensuite, d'après le Professeur LALIVE, d'une manière générale, le législateur national est fidèle à son rôle qui, en droit du commerce international, n'est pas seulement de chercher à conclure ou ratifier des accords tendant à fixer le droit applicable. Il ne s'agit pas aussi uniquement d'élaborer une réglementation substantielle et uniforme ni d'éliminer, dans le cadre national toutes les incertitudes que laissent subsister les conventions internationales. Mais de fournir, pour le bon fonctionnement de l'arbitrage international, les points d'appui nécessaires à la fois aux accords internationaux, aux usages du commerce, à la *codification* professionnelle ou privée

⁷⁹⁸ A ce propos, Jean-Bernard AUBRY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, collect. Clefs politiques, Montchrestien 2003, n°49 et 50.

⁷⁹⁹ Voir : Henri MOTULSKY, *L'évolution récente en matière d'arbitrage international*, Revue de l'Arbitrage 1959, p. 3 et s.

⁸⁰⁰ ANTOINE KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris LGDJ 1984, n° 814 bis, p. 524.

ou aux dispositions adoptées par les parties elles-mêmes dans l'exercice de leur autonomie, par exemple en matière de procédure arbitrale⁸⁰¹.

464. Toutefois, il n'est pas contesté que l'arbitrage continental jouit d'une parfaite autonomie dans le cadre des règles contractuelles, statutaires ou légales qui le gouvernent. Seule la contrainte relève d'un monopole étatique territorial. Or, *de toute façon la sentence, une fois rendue, échappe au pouvoir exclusif de l'État local pour tomber sous celui des divers pays dans lesquels son exécution ou sa reconnaissance est réclamée*⁸⁰².

Tout compte fait, il nous faut admettre que l'arbitrage de la CCJA ne peut se développer hors du droit étatique car il a besoin de celui-ci pour assurer l'exécution des sentences. Faudrait-il pour autant rejeter l'idée d'un arbitrage en dehors de la sphère étatique, qui en l'occurrence, ne serait régi par aucun droit national⁸⁰³. Malgré le manque d'autonomie de l'arbitrage de la CCJA par rapport à la justice étatique et des difficultés qui peuvent en résulter, force est de constater son essor. Le développement des centres d'arbitrage commercial est tel que l'arbitrage international est considéré comme étant le mode spécifique de règlement des litiges en matière de commerce maritime international⁸⁰⁴.

465. Nous avons vu que la reconnaissance d'un éventuel rôle de l'arbitrage comme créateur d'un système juridique en dehors de celui des États pouvait prospérer difficilement du fait de son manque d'autonomie par rapport à la justice étatique. L'objection que nous opposons à cet argument est que ce n'est pas au niveau de l'exécution de la sentence arbitrale que se trouve le caractère créateur de droit. Il faut voir plutôt dans le fonctionnement normal de l'arbitrage où les sentences sont exécutées sans qu'il soit besoin de faire appel à la force d'un État. La thèse du professeur LALIVE illustre bien notre hypothèse à ce sujet : *la très grande majorité des sentences sont reconnues et exécutées spontanément*⁸⁰⁵ ; alors que Monsieur KASSIS⁸⁰⁶ considère que la force coercitive des normes de la *Lex Mercatoria* ne peut provenir que de l'intervention publique de l'État pour l'obtention de l'exequatur. Le Professeur STRENGER vient contredire avec force cette thèse en soulignant que « la sanction n'est pas seulement celle qui s'exprime dans l'exécution forcée, mais aussi comme une conséquence punitive pour ceux qui n'obéissent pas aux

⁸⁰¹ PIERRE LALIVE, *Codification et arbitrage international*, in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Litec Paris, 1982, p. 156.

⁸⁰² PIERRE MAYER, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, op. cit., n° 78, p. 402.

⁸⁰³ GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, *Mondialisation de la procédure arbitrale*, in Charles-Albert Morand (sous la direction de), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 269.

⁸⁰⁴ JEAN-MICHEL JACQUET et PH. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz Paris, 3ème éd. 2002, n° 7, p. 5.

⁸⁰⁵ Pierre LALIVE, *Assurer l'exécution des sentences arbitrales*, in *arbitrage international, 60 ans après regard sur l'avenir*, 60ème anniversaire de la Cour d'arbitrage de la CCI, CCI 1983, p. 333.

⁸⁰⁶ Pour un développement de cette thèse : Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrages internationaux*, Lex Mercatoria, LGDJ Paris, 1984, p. 282-286.

commandements établis par le commerce international, ou qui n'accomplissent pas les décisions arbitrales »⁸⁰⁷.

466. Faut rappeler au passage que les arbitres disposent de moyens propres pour faire exécuter leurs sentences que ce soit la menace d'une publicité d'une éventuelle non-application de la sentence, l'interdiction d'utiliser dans le futur les facilités arbitrales du groupe ou le bannissement des bourses ou marchés gérés ou contrôlés par l'institution arbitrale⁸⁰⁸. Il y a bien entendu la crainte pour celui qui n'exécute pas, que ce refus de respecter une sentence arbitrale, entache sa réputation. On trouve aussi bien souvent, dans les clauses d'arbitrage, que la sentence sera « définitive et sans appel », en précisant que les parties s'engagent à l'exécuter de bonne foi et sans délai et qu'elles renoncent à toutes les voies de recours auxquelles il leur est permis de renoncer⁸⁰⁹. De plus, l'argument du manque d'autonomie de la justice arbitrale face à la justice étatique n'est pas déterminant pour montrer que le choix par les parties d'un règlement privé de leur litige ne permet pas de parer à l'incertitude du droit applicable à leur transport international de marchandises par mer. En effet, cet argument peut tout au plus signifier que ces règles juridiques dégagées par la justice arbitrale ont besoin de l'aval des juridictions étatiques⁸¹⁰ dans le respect de l'ordre public international.

⁸⁰⁷ IRINEU STRENGER, *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, RCADI 1991 II, T 227, p.319.

⁸⁰⁸ FOUCHARD Philippe, *Les usages, l'arbitre et le juge*, op. cit. , p. 56.

⁸⁰⁹ En droit OHADA, en matière d'arbitrage, la sentence arbitrale n'est susceptible d'opposition, d'appel, ni de pourvoi en cassation. Elle peut faire l'objet d'un recours en annulation, qui doit être porté devant le juge compétent dans l'État-partie (article 25 AUA). (La voie d'appel est même fermée de plein droit lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer en amiable compositeur, à moins toutefois que les parties n'aient indiqué expressément que l'appel restera possible). De même en droit français, demeure ouvert « un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale » pour six cas précis, et ce nonobstant toute stipulation contractuelle (article 1484 du NCPC).

⁸¹⁰ GURVAN B. thèse, la coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer : contribution à l'étude de l'uniformité du droit. Université de Bretagne occidentale – Brest, 2007. Français. Hal, <http://tel.harchives-ouverte.fr>. Aout 2010.

CHAPITRE II : La réglementation portuaire en Afrique et le commerce électronique

La facilitation des échanges est désormais solidement ancrée dans le paysage commercial international. Au fil des années, le nombre de pays africains qui ont inclus dans leur politique commerciale des réformes visant à faciliter les échanges s'est accru, et la teneur de ces réformes a évolué. La mise en œuvre de mesures de facilitation des échanges suppose généralement des réformes à plusieurs stades du processus administratif et fait intervenir plusieurs organismes publics notamment l'administration douanière. Pour assurer une progression aussi efficace que possible des réformes, des consultations préalables et une compréhension mutuelle sont nécessaires entre les agences d'exécution du secteur public et les parties prenantes concernées du secteur privé. Cette approche fondée sur un partenariat entre le secteur public et le secteur privé est l'élément moteur de l'établissement et du bon fonctionnement des échanges maritimes. Il est donc nécessaire d'informatiser les places portuaires (**section 1**). La circulation des marchandises est subordonnée à la facilitation des échanges. Cette facilitation a fait son chemin au niveau international où elle a pris la forme de recommandations et de directives. De ce point de vu, les ports doivent interconnecter leur système informatique. Pour contribuer à l'adoption de normes internationales relatives à la simplification des procédures et de la documentation requises dans le cadre des échanges commerciaux (**section 2**).

SECTION 1 : la refonte de l'architecture juridique en la matière : l'informatisation des places portuaires

Il est apparu à travers l'analyse de l'état des lieux et notamment des pratiques observées et de l'ensemble de la réglementation applicable aux ports africains, qu'il y a effectivement nécessité d'un changement. Cela devra passer par un effort en matière de respect de la réglementation en cours et de l'engagement et de la responsabilisation des administrations impliquées dans le processus de facilitation des opérations du commerce extérieur conformément à leurs attributions respectives. La remarque fait apparaître, au sein des places portuaires africaines, un manque d'organe centralisateur en matière de facilitation et d'organisation du trafic maritime qui soit en mesure de mener et de suivre convenablement les opérations. La coordination et l'harmonisation entre les systèmes informatiques portuaires, si elles existent doivent être renforcées pour jouer pleinement leur rôle. Aussi, un effort particulier et soutenu devrait être engagé dans le sens d'une collaboration franche et sincère entre les différents acteurs économiques (nationaux et

internationaux) et les structures étatiques de la place portuaire pour arriver à faire des places portuaires africaines des plateformes de qualité avec des résultats palpables et objectivement mesurables (**paragraphe 1**). Par ailleurs, il a semblé transparaître lors de cette étude qu'il existerait au sein des ports africains en plus d'un problème d'organisation de mentalités et de gouvernance, un problème documentaire. Ce qui nous conduisit à constater qu'il était temps de penser et de passer à la phase d'automatisation des procédures et de laisser progressivement les traitements manuels pour mieux arrimer les ports africains à la modernité. Car aujourd'hui dans les grands ports maritimes du monde, les activités portuaires se font à travers les passerelles électroniques. L'automatisation des procédures facilite énormément la gestion des navires et des cargaisons (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la nécessité d'ouvrir le système informatique portuaire aux opérateurs économiques

467. Les transports maritimes ont considérablement évolué dans le monde. Le secteur a notamment été marqué par un rythme accéléré fort bien illustré par le segment du trafic conteneurisé dont le taux de croissance est le plus élevé. Pour réaliser des économies d'échelle, les compagnies maritimes ont investi dans le marché des navires porte-conteneurs en expansion sans cesse croissante. Le seuil de 10 000 EVP par navire a été dépassé alors que, dix ans plus tôt, la capacité des navires ne dépassait pas 4 400 EVP⁸¹¹ (navires classés comme Panamax). En raison de la concurrence accrue, l'on a assisté à des fusions et acquisitions au cours des dernières années, l'objectif étant de mettre sur pied des méga entreprises de transport. Cette évolution vers des navires toujours plus grands intensifiera la pression en faveur de meilleures installations portuaires et de l'amélioration conséquente de la productivité des ports.

D'ailleurs, les trois plus grands acteurs du secteur, à savoir : le danois Maersk Line, le français CMA CGM et l'italo-suisse MSC, qui, ensemble, chargent trois quarts des boîtes destinées à l'Afrique ou qui en proviennent, ainsi que la flotte d'opérateurs asiatiques et européens qui naviguent dans leurs sillages, n'ont pas lésiné sur les capacités mises en ligne pour desservir le continent⁸¹².

Il faut souligner que la plupart des ports africains relèvent essentiellement des régimes de la concession et de l'autorisation. Et le constat est que les outils juridiques qui organisent les partenariats public-privé du secteur portuaire africain sont parfois inadaptés. Ils doivent donc évoluer pour mieux prendre en compte les attentes des opérateurs privés en termes de stabilité et de

⁸¹¹ Voir à ce propos l'Étude sur les transports maritimes 2014 de la CNUCED, résumé.

⁸¹² Cet article a été publié par Jeune Afrique dans son n° 2917 du 4 au 10 décembre 2016. <http://www.jeuneafrique.com/mag/379466/economie/fretpari-africain/>.

sécurité. De façon croissante, les ports maritimes africains prennent non seulement en compte les exigences des opérateurs du transport multimodal mais les invitent aussi à participer à des partenariats techniques, économiques et financiers. À ce propos, les autorités portuaires d'Abidjan, de Dakar, de Conakry, de Pointe-Noire, de Tanger-Méditerranée ou de San Pedro, délèguent désormais à des opérateurs privés leurs activités de manutention, de stockage et plus largement, l'exploitation des terminaux. Comme le cas du terminal à conteneur du port autonome de Dakar dont la concession est accordée à DpWorld.

Toutefois, en Afrique, la sécurité juridique des affaires et l'interconnexion des systèmes informatiques ne sont pas toujours garanties, alors qu'elles sont un préalable indispensable au développement économique des ports. Il est temps que, les outils juridiques et informatiques sur lesquels repose l'organisation portuaire soient adaptés aux nouveaux enjeux (juridiques, économiques et politiques) et à la dématérialisation en cours dans le secteur des transports maritimes. En effet, nous l'avons vu, l'Afrique a connu durant plusieurs années un retard et un fossé numérique en termes d'utilisation des technologies de l'information du fait de l'absence d'infrastructures technologiques, de politique d'incitation ou de sensibilisation ou de formation à l'utilisation de ces outils. Même si à l'orée de ces dernières années, plusieurs initiatives se multiplient (création de système informatique douanier, les séminaires et formation au TIC) du fait de cette prise de conscience par les gouvernements de tout le potentiel offert par les TIC, l'écart reste encore profond quant à l'usage de tout le potentiel et les opportunités offerts par les TIC.

D'un autre côté, nombreux sont les rapports économiques, notamment le rapport de MLTC/CATRAM, 2013⁸¹³ qui continuent d'affirmer que le développement des ports maritimes est indispensable à l'émergence des pays africains. Un ajustement des rapports entre les pouvoirs publics et les opérateurs portuaires est nécessaire, eu égard au rôle croissant du secteur privé dans l'activité et la gestion des ports. En effet, « l'occupation du domaine public n'intervient pas dans le seul intérêt des occupants. La collectivité gestionnaire profite également de la valorisation que ceux-ci apportent par leurs investissements et par les activités qu'ils y exercent. Les intérêts sont réciproques⁸¹⁴. La modernisation de la gouvernance des ports africains impose donc la mutation des outils juridiques qui articulent les partenariats public-privé. Ces contrats doivent être obligatoirement soumis à un régime équilibré et minutieusement réglementé, ainsi qu'à un cahier des charges fixant clairement les droits et obligations de chacun⁸¹⁵. Ainsi, l'informatisation des

⁸¹³ Questions internationales – Les grands ports mondiaux, n° 70, pp. 85 à 89. MLTC/CATRAM, 2013. Rapport final Étude de marché sur les terminaux portuaires à conteneurs en Afrique de l'Ouest et du Centre

⁸¹⁴ R. RÉZENTHEL, 2001. *Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public*. AJDA, 2001, p. 1025.

⁸¹⁵ M. NDENDÉ, 2013. *Les pays africains doivent se doter de législations portuaires adaptées*. Jeune Afrique, 8 août. Disponible sur Internet : www.jeuneafrique.com/17870/economie/les-pays-africainssdoivent-se-doter-de-l-lgislationsportuaires-adapt-es/.

infrastructures portuaires facilitera le traitement des documents et fera gagner du temps aussi bien à l'administration portuaire qu'aux opérateurs économiques.

Paragraphe 2 : la dématérialisation du procédé de saisie des manifestes électroniques dans les ports africains

L'un des progrès majeurs observé dans certains ports de l'Afrique de l'Ouest, notamment au Sénégal et en Guinée, est l'informatisation du manifeste. En effet, le traitement des manifestes était manuel. Pour rappel, le manifeste est un document dans lequel les marchandises sont décrites. Il accompagne les marchandises présentées à la douane puis à l'autorité portuaire pour contrôle et facturation. Contrairement au connaissement qui régit les rapports entre transporteur et chargeurs ou destinataire, le manifeste met en relation le déclarant la douane et les autorités portuaires⁸¹⁶. Une fois au port, le document suit une procédure de contrôle, de saisie, de validation, d'archivage et de facturation. L'ensemble du contenu du document est saisi dans la base de données des systèmes informatiques. L'étude des différentes phases de l'écrou manuel des manifestes dans certains ports africains laisse apparaître la nécessité d'informatiser le dépouillement. En effet, la lenteur de ce dernier cause une énorme perte de trésorerie pour les ports et pour les compagnies maritimes. Il est dès lors souhaitable d'accueillir les efforts fournis par la douane et l'autorité portuaire du Sénégal et de la Guinée Conakry pour mettre en place, au service du port et des usagers un logiciel informatique qui prend en charge le manifeste. L'automatisation de ce document permet de réduire le temps passé à l'écrou des manifestes et de fiabiliser l'information qu'ils contiennent.

468. Dans ce contexte, le projet de texte de négociation récapitulatif de l'OMC du 8 mai 2012 (TN/TF/W/165/Rev.12) contient, dans ces articles 7.1 et suivants, des dispositions relatives au traitement avant arrivée. Il s'agit du traitement des documents, notamment le manifeste, avant l'arrivée des marchandises au port. Cet article dispose que chaque État membre adoptera ou maintiendra des procédures permettant de présenter les documents relatifs à l'importation (les manifestes) et les autres renseignements requis (aux douanes et autres organismes pertinents présents aux frontières) pour commencer le traitement (et l'examen) des marchandises avant leur arrivée en vue d'accélérer (le dédouanement et) la mainlevée des marchandises à leur arrivée. Les Membres prévoiront, selon qu'il sera approprié le dépôt préalable des documents sous forme électronique pour le traitement avant arrivée de ces documents. Aux fins du traitement avant arrivée, les Membres pourront exiger des documents et des données additionnelles : comme des bordereaux de

⁸¹⁶ Sur cette notion : TASSEL (Y.), «*Le manifeste de la cargaison et les connaissements de transport saisis par le droit pénal et le droit douanier*», DMF no 686, 2007, p. 887-899.

suivi des cargaisons, dans la mesure où ces documents et données seront nécessaires et utiles, entre autres choses, aux fins de la gestion des risques, ainsi que pour faciliter la mainlevée accélérée des marchandises à l'arrivée⁸¹⁷.

Ce procédé permet aux opérateurs de communiquer à l'avance, par voie électronique, les documents nécessaires au dédouanement à l'importation aux fins de leur traitement préalable et de la mainlevée des marchandises à l'arrivée à la frontière. Les pays africains ont ratifié ou du moins ont intégré dans leur système informatique, les recommandations de l'OMC. Certains d'entre eux comme le Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Cameroun⁸¹⁸ (GUCE) et certains pays de l'Afrique du nord comme le Nigéria⁸¹⁹ ont créé leur propre système informatique intégrant un logiciel de traitement du manifeste électronique.

469. Toutefois, la dématérialisation du manifeste n'est pas toujours du goût des opérateurs. En effet, force est de constater qu'il existe une réticence initiale de la communauté commerçante et des commissionnaires en douane en raison de leurs compétences limitées en informatique, et de l'idée peut être fausse selon laquelle l'automatisation entraînerait un renforcement du contrôle de leurs transactions par les autorités. Il nous faut alors démontrer que le manifeste électronique est une initiative transformationnelle majeure qui permet de moderniser et d'améliorer les processus commerciaux transfrontaliers.

L'importance du manifeste apparaît dans le fait qu'il fournit des renseignements sur les marchandises transportées (quantité, origine, type), et des renseignements sur les moyens de transport (navire), tels que l'identification, les caractéristiques et l'itinéraire. Le manifeste a longtemps existé en tant que document papier, actuellement sa dématérialisation ne pose aucun problème. Il reprend certaines données du connaissance, tels que les moyens de transport et les données agrégées sur les marchandises transportées. Le manifeste peut également être préparé à des fins réglementaires, en particulier le manifeste qui doit être envoyé à la douane à l'arrivée dans le premier port. Il est le plus souvent une compilation de documents papier qui peut accompagner les marchandises sur le moyen de transport ou être envoyé séparément par courrier électronique ou être saisie directement dans le système informatique. L'arrivée tardive du manifeste peut ralentir considérablement la présentation en temps voulu à la douane, ce qui peut retarder le chargement et le déchargement des marchandises. Par contre, l'envoi du manifeste et des connaissances par voie

⁸¹⁷ OMC, TN/TF/W/165/Rev.12, OMC, projet de texte de négociation récapitulatif, (révision), groupe de négociation sur la facilitation des échanges, 8 mai 2012.

⁸¹⁸ Mise en place au Cameroun depuis 2007 le Guichet Unique du Commerce Extérieur est une plateforme informatique qui met en relation les différents acteurs du commerce extérieur. Les documents obligatoires sont transmis sous forme dématérialisée et les informations circulent d'un ordinateur à l'autre.

<http://www.guichetunique.cm/web/eguportal/services/procedures-electroniques>.

⁸¹⁹ Ainsi, l'Administration des douanes nigérianes : NCS (Nigerian Customs Service) ; prévoit la communication d'un manifeste électronique au serveur de la NCS et avant l'arrivée du navire transporteur. <https://www.customs.gov.ng/Publications/news.php>. 07/2017.

électronique permet de communiquer à l'avance les renseignements sur les marchandises, même si les marchandises continuent d'être accompagnées de documents papier. Les exigences actuelles en matière de sécurité rendent ces avantages encore plus intéressants, du fait que les autorités souhaitent recevoir les renseignements détaillés sur le chargement, suffisamment à l'avance, pour procéder à une évaluation adéquate des risques. C'est donc devenu une habitude d'échanger, le plus tôt possible, des renseignements sur les envois individuels.

470. Cependant, la mise en œuvre du manifeste électronique exige des transporteurs maritimes et des agents d'expédition qu'ils transmettent par voie électronique des données commerciales préalables à l'agence des services frontaliers dans les délais prescrits par la réglementation au port. Le manifeste électronique fait partie des mesures générales que les gouvernements africains doivent mettre en place pour accroître la sécurité et la prospérité du commerce international tout en simplifiant les processus commerciaux transfrontaliers. Des milliers d'expéditions commerciales arrivent aux frontières africaines ou transitent dans les ports chaque jour. En procédant à des évaluations du risque sur les données préalables envoyées par le tiers le mieux placé pour le faire, l'administration des douanes est davantage en mesure d'évaluer le niveau de risque associé à chaque expédition.

En somme, le manifeste électronique est un processus pratiquement sans papier qui débute avant que les expéditions n'atteignent la frontière et qui permettra aux expéditions légitimes à faible risque de traverser la frontière plus efficacement. L'avantage est que les systèmes de transmission et d'avertissement mis en œuvre dans le cadre du manifeste électronique améliorent les communications bilatérales entre les entreprises importatrices et l'administration portuaire. De plus, les entreprises ont également la possibilité de recevoir des avis sur l'état et la disposition de leurs expéditions lorsqu'elles passent aux différentes étapes du processus commercial, grâce à l'Échange de données informatisées (EDI) ou au portail du manifeste électronique. Le manifeste électronique harmonise les exigences en matière de renseignements dans la mesure du possible avec l'Organisation mondiale des douanes et le service des douanes afin d'atténuer le fardeau administratif des entreprises et de permettre une circulation fluide des marchandises.

SECTION 2 : la circulation des marchandises corollaire de la circulation de l'information entre les ports

L'échange d'information dont il est question dans cette thèse est primordial et stratégique pour toute entité. Dans le cadre du transport maritime international, cet aspect est sensible car touchant le fonctionnement des compagnies de transport et des ports. En effet, les compagnies maritimes et les

ports gèrent des flux important de marchandises. Ils ont par conséquent besoin de maîtriser la gestion de l'information lors des échanges de données. Il s'agira d'exposer l'état des relations entre les ports des pays frontaliers de l'Afrique de l'Ouest. Le but recherché est de voir comment les principes de base de l'EDI y sont élaborés, afin de démontrer la nécessité d'une normalisation (**paragraphe 1**). Cette collaboration entre port est imposée ou du moins est suggérée par la circulation des marchandises. En effet, les principaux flux d'informations figurant sur les documents physiques circulant en même temps que les marchandises, s'ils sont dématérialisés entre ports, offrent aussi bien aux ports qu'aux entreprises de transport d'importants atouts de compétitivité (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'échange d'information entre les ports africains

471. Le monde du transport maritime n'a cessé de subir une croissance significative depuis le début des années soixante, avec 90% de part de marché⁸²⁰. D'ailleurs une étude de la CNUCED, démontre que la progression du trafic maritime en Afrique a été significative ces dernières années. Les ports africains ont connu une croissance rapide du trafic au cours des cinq dernières années +12%, selon le Drewry shipping consultants⁸²¹. Cette constante évolution engendre d'importantes réformes portuaires puisque, selon les prévisions, le trafic progresse à un rythme soutenu.

Comme l'échange de données entre partenaire économique, les systèmes d'informations portuaires doivent être composés d'éléments divers (employés, ordinateur...) utilisant des technologies de l'information pour saisir, transmettre, stocker, retrouver, manipuler ou afficher de l'information utilisée dans un ou plusieurs processus des opérations du commerce international. Ils pourront ainsi recevoir des autres ports des informations leurs permettant d'interagir c'est à dire qu'ils peuvent réagir sur le système opérant.

L'atteinte des objectifs en matière de facilitation des échanges entres pays africains est tributaire de la performance des acteurs chargés de la mise en œuvre des politiques et normes définies et de la qualité des services rendus ou mis à disposition aux frontières. Ce paragraphe à pour finalité d'analyser le degré de compétitivité de la chaîne du commerce extérieur, en particulier lors de l'étape de passage aux postes frontières. Pour ce faire, nous partirons sur la base de deux approches méthodologiques distinctes, mais complémentaires. La première a consisté à exploiter les données informationnelles recueillies par la CNUCED disponibles dans son étude sur les transports

⁸²⁰ Le Marin, hebdomadaire de l'économie maritime « *Portet logistique* » parution mars 2011 p.4. <http://www.lemarin.fr/>.

⁸²¹ Site maritime Britannique d'information « Programme de politiques de transport en Afrique subsaharienne Document de travail SSATP No. 84F.

maritimes de 2014. Ces informations ont concerné différents services frontaliers à savoir, les administrations des Douanes, les services de contrôle sanitaires et phytosanitaires, la sécurité, les services du commerce extérieur, les transporteurs, les transitaires, et les chambres de commerce. Elles ont permis d'avoir un aperçu sur l'état des infrastructures, l'efficacité de la chaîne logistique, le degré de célérité des formalités et les temps de séjour des marchandises aux postes frontaliers. Il s'est agi aussi d'avoir un aperçu sur le transport-transit inter-états sur la pertinence de la réglementation, la qualité des prestations des administrations publiques, le niveau de coordination entre les services de contrôle et la nature des obstacles qui freinent la fluidité du trafic transfrontalier. L'analyse du rapport a permis l'identification de quelques bonnes pratiques en matière de facilitation du commerce et du transport, pouvant être vulgarisées à une échelle plus large, pour fluidifier davantage les échanges entre les pays africains.

La seconde approche méthodologique se base sur l'utilisation de l'indice de performance logistique (LPI) élaboré par la Banque Mondiale⁸²², en vue de mesurer la compétitivité des échanges internationaux. Cet indice est élaboré à partir de l'ensemble des données du commerce extérieur et non sur le seul commerce intra-africain. Il offre néanmoins l'avantage d'agrèger différentes variables permettant d'évaluer les performances nationales en matière de facilitation du commerce et du transport, et complète ainsi les constats issus de l'étude de la CNUCED. Pour mémoire, l'indice LPI est une moyenne pondérée de six paramètres qui concourent à la facilitation du commerce et du transport maritime à savoir : - le degré d'efficacité de la procédure de dédouanement - la qualité des infrastructures liées au commerce et au transport - la facilité d'organiser des exportations à des coûts compétitifs - les compétences et la qualité de la logistique mise en place aux frontières - la capacité à suivre et retracer les expéditions de marchandises et - la fréquence à laquelle les expéditions arrivent au destinataire dans le délai de livraison prévu.

Tout compte fait, la remarque qui s'impose à nous est que les pays de l'Afrique de l'Ouest se sont engagés globalement dans des réformes structurantes, dans l'objectif de pallier aux défaillances qui handicapent leur commerce. Les efforts déployés n'ont toutefois pas été suffisants pour réduire les distorsions de coûts élevés et remédier aux inefficiences des infrastructures existantes ainsi qu'au manque de coordination entre les services administratifs portuaires.

472. L'étude fait ressortir le constat d'un coût encore élevé des opérations du commerce extérieur du fait de la conjonction de deux facteurs : - l'inefficacité de la chaîne du commerce intra-régional corollaire du nombre élevé des documents exigés, des coûts de transport additionnels et des délais supplémentaires induits par la multitude des points de contrôle terrestre ; et - le manque de prévisibilité pour les opérateurs quant aux délais de livraison de leurs marchandises, tant à

⁸²² Peut être consulté sur : <http://lpi.worldbank.org/>, <http://lpi.worldbank.org/report/07/2017>.

l'importation qu'à l'exportation. À cela s'ajoute qu'en Afrique, certains points de passage, du fait de leur localisation géographique, connaissent par ailleurs des conditions climatiques difficiles et de fréquentes coupures d'électricité ou de connexion réseau, ce qui réduit d'autant la qualité des prestations rendues, sans compter l'âge moyen du matériel informatique mis à la disposition des administrations frontalières. Autres sources d'obstacle à l'échange de données, la diversité des systèmes informatisés de traitement des déclarations en douane. Les bureaux frontaliers de la douane se retrouvent parfois dans des situations nécessitant des décisions rapides. L'éloignement géographique de l'administration centrale, localisée au niveau des capitales, entraîne des retards dans la prise des décisions urgentes, retards amplifiés par le manque de coordination entre les services frontaliers des pays partenaires. De même, les différences existantes entre les systèmes de gestion utilisés par les administrations douanières ne favorisent pas un échange de données et leur exploitation optimale entre services de pays limitrophes.

473. L'objectif de cette thèse est, encore une fois, d'apporter une contribution aux perspectives de développement du commerce maritime dans les États de l'Afrique de l'Ouest. Un tel développement doit prendre en compte la dématérialisation. Nous en avons parlé dans nos démonstrations précédentes, l'utilisation des standards internationaux pour des échanges de données dans les transports maritimes avec la normalisation UN/EDIFACT⁸²³, semble être la solution idoine permettant le développement d'interfaces informatiques globales dans un futur proche, de façon autonome, des matériels et des réseaux de communication. Or, les normes internationales telles que la Syntaxe EDIFACT, le dictionnaire des données, le message-cadre, sont élaborées pour avoir le moindre impact sur les systèmes informatiques existants. Dès lors, les États africains doivent utiliser des normes reconnues au niveau international car, c'est la base de la dématérialisation des documents.

De nombreux échanges d'information entre États mais aussi et surtout entre professionnels revêtent un caractère non seulement informatif mais également contractuel et juridique. Dépassant le simple échange de document, on y retrouve les conséquences d'un engagement contractuel à savoir : l'ordre de transport, la déclaration de marchandise dangereuse, l'organisation de l'escale. Au vu de tous ces éléments, les enjeux réciproques des échanges s'accompagnent de la nécessité

⁸²³ La norme UN/EDIFACT (United Nations/Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport) est une norme internationale créée par les Nations Unies. Les travaux de mise à jour et de développement de cette norme sont confiés au Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU) sous l'égide de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe. La norme EDIFACT contient tout un éventail de règles syntaxiques, un protocole d'échange interactif et une gamme de messages standards permettant un échange de documents commerciaux électroniques entre plusieurs pays et plusieurs industries. La norme EDIFACT est largement utilisée en Europe, notamment parce qu'elle a été adoptée très tôt par de nombreuses entreprises. Elle a été adoptée dans une moindre mesure dans la zone Asie-Pacifique où, à l'heure actuelle, les normes basées sur le format XML sont les plus utilisées. Certains États africains l'ont adopté.

d'accord interétatique sur la normalisation des données et des messages. Dans cette mesure, les autorités portuaires et administratives sont impliquées par le processus de dématérialisation.

474. Nous sommes convaincu que l'échange ou du moins la transmission de données de système à système, si elle s'appuie sur des normes reconnues aussi bien par les États que par les organisations internationales de normalisation, facilitera d'avantage le processus de dématérialisation et participera par conséquent à la célérité du commerce intra-africain. Ainsi, une transmission de documents s'appuyant sur une norme communautaire a évidemment beaucoup de chances d'être agréée et reconnue juridiquement et de pouvoir être acceptée comme preuve dans un litige. L'accord préalable entre transporteurs et chargeurs, fixant les implications commerciales, ne relève pas simplement de l'échanges de documents mis en œuvre par les parties, il faut y ajouter l'implication administrative notamment la douane. Cette corrélation nécessite la mise en place d'une législation sur la dématérialisation.

Le commerce électronique fait évoluer les législations des différents pays. Cette évolution, dans le cadre de la dématérialisation des documents ne peut se faire sans collaboration entre les grandes administrations portuaires, les organismes de normalisation et les acteurs du transport maritime. Lors de l'arrivée des marchandises dans le port, de nombreux circuits d'informations sont activés entre professionnel portuaires et auxiliaires de transport maritime. On voit nettement que la marchandise fait circuler l'information, c'est-à-dire que son déplacement est source de flux d'informations.

Paragraphe 2: *l'échange de documents et d'informations entre partenaires portuaires*

475. Le transport maritime et la gestion portuaire ont profondément changé au cours des années. Ces changements ont eu un impact sur le transport maritime en Afrique subsaharienne et ont par conséquent influencer le secteur portuaire. Les transports maritimes sont devenus une industrie à plus forte intensité de capital, plus exigeants du point de vue de la dématérialisation des documents et soumis à d'importantes réformes de la réglementation internationale. En réponse à cette évolution, les pouvoirs publics des pays de l'Afrique de l'Ouest et du Centre commencent à adopter de nouvelles politiques maritimes qui devraient favoriser le développement des ports et du transport maritime et intégrer la dématérialisation. Par ailleurs, les compagnies maritimes ont déjà adopté les documents électroniques. Par exemple la compagnie CMA – CGM utilise le connaissance électronique dans le cadre d'un échange intranet avec ses agents basés dans différents ports desservis par la compagnie. En effet le client fait sa réservation en ligne en donnant des instructions puis confirme et valide sa demande. Le connaissance établi est directement transféré à l'agent par

télex-release. Ainsi le destinataire pourra récupérer le connaissance au niveau de l'agent. Nous rappelons que ce procédé concerne uniquement le connaissance non négociable. Ainsi l'information circule entre compagnie et opérateurs portuaires.

Dans le commerce maritime, de nombreuses informations et documents sont échangés. Nous pouvons les classer en flux selon leur besoin d'informatisation : la gestion des conteneur avec l'informatisation des liaisons entre opérateur de terminaux à conteneur, consignataire et armement – l'informatisation des données du booking – la transmission du connaissance – la dématérialisation des procédures de pré et de post acheminement – les informations avec les douanes et la dématérialisation des informations relatives aux marchandises dangereuses. Ainsi, ces données mettent en relation les places portuaires et les armements, les professionnels du port, le port et les transporteurs/chargeurs et enfin les autorités portuaires entre elles.

476. L'opération de transport dans le cadre du processus d'importation déclenche, dès la signature du contrat un ensemble d'échange d'informations et de documents. La circulation des marchandises débute après que les informations de booking aient été reçues par messages électroniques dans le système de la compagnie de transport. Ces informations étaient jusque-là transmises par télex, téléphone ou sur bordereau puis sont ressaisies dans les systèmes informatiques des consignataires. Aujourd'hui dans les systèmes interconnectés la saisie est directe car, le chargeur dispose d'une interface lui permettant de renseigner toutes les informations. D'ailleurs, pour plus de célérité, il est recommandé que les consignataires puissent échanger des données du booking avec les partenaires portuaires. Le défaut de standardisation entraîne un risque de développement des ensembles incohérents d'interfaces disparates entre systèmes. Nous recommandons vivement les États africains à se positionner par rapport aux messages standardisés de booking définis au niveau international par la norme EDIFACT⁸²⁴.

L'étude de la dématérialisation des documents montre l'importance des échanges d'informations relatifs à la gestion opérationnelle des marchandises entre les terminaux à conteneurs et les consignataires, agents maritimes et armements. Ce flux fournit les informations sur le plan de chargement (bay-plan) des conteneurs à bord du navire. C'est un document remis au manutentionnaire par le consignataire, on y retrouve les instructions de manutention et notamment les escales prévus à cet effet. L'avènement de l'informatique a fait de telle sorte que les grandes compagnies de transport ont informatisé leur flotte de conteneur et de suivi des navires nécessitant

⁸²⁴ La norme EDIFACT contient tout un éventail de règles syntaxiques, un protocole d'échange interactif et une gamme de messages standards permettant un échange de documents commerciaux électroniques entre plusieurs pays et plusieurs industries. La norme EDIFACT est largement utilisée en Europe, notamment parce qu'elle a été adoptée très tôt par de nombreuses entreprises. Elle a été adoptée dans une moindre mesure dans la zone Asie-Pacifique où, à l'heure actuelle, les normes basées sur le format XML sont les plus utilisées. Voir Annuaire des Nations Unies pour l'échange électronique de données pour l'administration, le commerce et les transports, UN/EDIFACT, <http://www.unece.org/trade/untdid/d11a/trmd/trmd2.htm>. 09/2017.

ainsi de nombreux échanges avec les manutentionnaires mais aussi avec les chargeurs qui peuvent connaître en temps réel la position de leurs marchandises.

477. Mais la réalité est tout autre confronté à la pratique. En effet, on observe une différence de circuit d'information selon les ports et les armements. Cela veut dire que certains armements transfèrent le plan de chargement intégral aux manutentionnaires qui le mettent à jours si nécessaire avant de le renvoyer. Il en est autrement pour d'autres armements qui gèrent le plan de chargement de façon centralisée. Dans ce cas le manutentionnaire reçoit des informations sur la quantité prévisionnelle de marchandise au chargement et au déchargement. Après consultation du document, il le renvoie avec son rapport de manutention. C'est à l'armateur de mettre à jour le plan de chargement. La dématérialisation de ce circuit offre un gain de temps considérable en plus de la fiabilité de l'information et l'avantage de la saisie unique.

Le transport maritime des marchandises s'accompagne des phases de post et pré acheminement. Ces différentes phases mettent en relation divers professionnels dont le consignataire, le transitaire, le transporteur et le manutentionnaire. La dématérialisation de telles relations permet d'optimiser les circuits d'information entre donneurs d'ordre et transporteurs. Il permet en outre de prévoir et de rendre fiable les informations relatives à l'acheminement à l'enlèvement et à la réception des marchandises. Par exemple, la transmission simultanée d'un ordre de transport au transporteur et au manutentionnaire permet à ce dernier de prévoir les opérations de manutention. Toutefois, le manque de coordination entre les systèmes informatiques des différents acteurs de la chaîne de transport constitue un handicap dans le cadre de l'automatisation des échanges. En effet, il existe une multitude de transporteurs qui sont en relation avec la place portuaire, et que les transporteurs maritimes n'ont pas comme activité principale le pré ou le post acheminement, or, cette activité intéresse la place portuaire et par conséquent les informations qui y sont échangées.

CHAPITRE III : Les systèmes expérimentaux de dématérialisation des documents et leurs conséquences en Afrique de l'Ouest

A l'inverse des autres innovations technologiques, l'informatique n'a pas un impact juridique localisé⁸²⁵. On ne peut pas anticiper l'impact qu'elle peut exercer sur le droit. On ne peut pas non plus le mesurer en termes de risques. Dès lors, le croisement de l'informatique et du droit correspond à une science intermittente, diffuse et évolutive. Le droit de l'informatique ne composera pas de sitôt, un ensemble fermé cohérent. Lorsque l'informatique se développe et qu'elle a une incidence sur des processus juridiques sociaux, ce qui est très généralement le cas, elle a plutôt pour conséquence d'amener à écrire un chapitre nouveau ou une section nouvelle dans un volume connu du droit⁸²⁶. Il y a un chapitre informatique : dans le commerce maritime, dans les assurances, dans la liberté politique, dans les contrats, dans les propriétés intellectuelles, dans la protection des données personnelles et dans la liberté d'expression. De ce point de vue, le droit de l'informatique se présente sous forme d'adjonction ou d'abrogation affectant une partie du droit. Or, dans toutes les catégories, il y a une structure d'accueil pour l'informatique. Ce qui fait que l'informatique pose des problèmes de principe de droit privé et de droit public, en plus de son articulation plus que technique. Cela lui donne une personnalité très forte dans le domaine de l'innovation.

478. Actuellement, en Afrique et partout ailleurs, l'informatique soulève des questions juridiques complexes. Doit-on protéger les logiciels, doit-on protéger les personnes contre le traitement informatique des données qui les concernent individuellement, quelles sont les limites de cette protection et quelles formes doivent elles avoir ? Ces questions ont toujours suscité la polémique au niveau de la doctrine. Mais aussi elles sont à l'origine de la rédaction d'une multitude de textes réglementaires internationaux, communautaires et nationaux. Par ailleurs, elles ont permis la mise en place de système informatique pour dématérialiser les documents du transport maritime. Nous étudierons les méthodes adoptées dans les projets de dématérialisation de ces documents afin d'analyser les résultats obtenus (**section 1**). Le modèle de dématérialisation européen sera analysé sur ces fondements juridiques et technologiques afin d'inspirer un modèle aux États africains en général et aux communautés d'intégration en particulier (**section 2**).

⁸²⁵ FREDRIK R. BULL, « droit et informatique » l'hermine et la puce, Masson, Paris, Milan, 1992, p. 213.

⁸²⁶ FREDRIK R. BULL, *ibidem*.

SECTION 1 : les projets internationaux de dématérialisation des documents de transport maritime

La simplification des procédures de dédouanement et la dématérialisation des documents du commerce international constituent depuis les années soixante-dix, un objectif majeur pour les organes compétents en la matière au sein des Nations Unies⁸²⁷. L'objectif, nous l'avons vu, est que tous les documents de transport seront concernés par les mesures de dématérialisation, mais ceux que l'on utilise dans le domaine maritime font l'objet d'une attention particulière dans cette thèse. En effet, la dématérialisation de ces documents et plus particulièrement le connaissement a longtemps posé des difficultés entre les opérateurs armateurs/ transporteurs et chargeurs, ce qui a conduit à la mise en place de projets de dématérialisation. Ainsi, plusieurs systèmes de dématérialisation seront proposés par les conventions internationales (**paragraphe 1**). Mais aussi par les armateurs à travers des techniques informatiques qui évoluent avec le droit (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les systèmes proposés par les conventions internationales

479. Il est sans nul doute admis aujourd'hui que les transactions dématérialisées offrent une alternative permettant à la fois de réduire les coûts liés à l'édition de documents papier et d'accélérer la circulation des documents électroniques contractuels entre des points éloignés. C'est dans ce contexte, qu'au début de l'ère du numérique, des documents électroniques non négociables, tels les *Data Freight Receipt* ou les *Express Cargo Bills* ont été élaborés par la pratique. Toutefois, le connaissement négociable a fait dans le passé de nombreuses études des comités d'expert et des organisations internationales. La doctrine et les opérateurs du commerce international ont longtemps souligné et pensé que le droit positif s'oppose à la dématérialisation de ce document. Toutefois, et malgré les oppositions, cela n'a pas empêché les tentatives de dématérialisation.

C'est en mars 1979 que les premiers résultats juridiques apparurent sous l'action combinée de la CNUCED et de la Commission Économique pour l'Europe des Nations Unies⁸²⁸. De cette action est née la Recommandation n°12, intitulée : " *Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux*

⁸²⁷ Voir, avant-propos : CAPRIOLI Éric, *la normalisation internationale des documents du transport maritime non négociable* » article disponible sur www.caprioli-avocat.com. Avril 2016

⁸²⁸ Document TRADE/WP.4/INF. 61 et TD/B/FAL/INF. 61 du 15 juin 1979 ; *Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international*.

documents de transport maritime" ; elle fut adoptée à Genève⁸²⁹. Après avoir établi le contexte, les objectifs, le champ d'application, ainsi que quelques définitions, le texte originel de 1979 préconisait plusieurs solutions. Par exemple : limiter le nombre de copies des documents de transport. Parmi ces propositions on relèvera trois axes essentiels : substituer les documents non négociables, telle la lettre de transport maritime (*sea waybill*) aux documents négociables, c'est à dire en clair, réduire autant que possible l'utilisation du connaissement maritime ; émettre le document de transport en un exemplaire original unique. Et enfin encourager l'usage des documents standard sans clause au verso *documents dit " short form"*. Depuis lors les pratiques commerciales n'ont que peu évolué mais, pour partie seulement en raison de considérations d'ordre juridique car, nous l'avons souligné, usages et pratiques relèvent des habitudes du commerce. De plus afin de faire face aux récentes évolutions dans les transports et les moyens de communication modernes, un groupe de travail était chargé de réviser cette Recommandation internationale. L'objectif du groupe de travail, tel que défini par les Rapporteurs pour les questions juridiques du W.P.4⁸³⁰, consistait à "réduire les obstacles au commerce international liés à la pratique commerciale et consistant à transmettre des droits par l'utilisation de documents négociables tels les connaissements"⁸³¹. Deux idées de base ont guidé les travaux : mettre à jour la recommandation par rapport aux évolutions et aux pratiques en vigueur et prendre en compte les obstacles liés à l'introduction de l'E.D.I. dans les procédures du commerce international⁸³². Après qu'un premier "draft" de la nouvelle Recommandation ait été finalisé en septembre 1992 à Oslo par le groupe d'experts sur les "Documents négociables", le Groupe de travail sur la facilitation a adopté la version définitive en mars 1993, lors de sa session de Genève⁸³³.

Par ailleurs, la CNUDCI, dès 1996, initia un mouvement d'harmonisation juridique international des règles du commerce électronique avec ses lois-types sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques (qui sont des systèmes de sécurité liés au domaine de la cryptologie et d'une de ses émanations, la cryptographie, visant à l'authentification pour permettre au destinataire du message d'en vérifier la provenance). Cette initiative fut particulièrement heureuse : elle mit fin à la tentative d'instauration de la *Lex electronica*. C'est de ces travaux qu'émergera la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette dernière énonça comme principe fondamental la neutralité technique et médiatique du support : il ne peut pas exister de discrimination et de disparité

⁸²⁹ RECOMMANDATION n°12, deuxième édition, adoptée par le Centre des Nations Unies pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT-ONU) Genève octobre 2001.

⁸³⁰ Voir, Doc. TRADE/WP.4/INF. 61 et TD/B/FAL/INF. 61 du 15 juin 1979, p 4-5.

⁸³¹ Voir Document négociable. TRADE/WP.4/R.687 du 27 décembre 1990, point 4.3.1.

⁸³² Document TRADE/WP.4/GE.2/CPR. 2.

⁸³³ Document. TRADE/WP.4/R.940, 2 février 1993, Implémentation ECE/FAL recommandation n°12 "Mesures de facilitation des procédures relatives aux documents de transport maritime".

de traitement entre les documents sur support électronique et ceux sur support papier (art.5)⁸³⁴. La loi-type propose une loi régissant tous les moyens de communication. Ce qui veut dire qu'elle est applicable aussi bien aux communications sur support électronique qu'aux communications sur support papier. C'est le principe de la neutralité technique et médiatique⁸³⁵ ayant pour corollaire l'équivalence fonctionnelle entre le support papier et le support électronique que nous avons déjà étudié. Cette approche est basée sur l'exigence fonctionnelle du document papier en tenant compte des notions d'écrit, d'original et de signature.

Nous avons vu aussi que les Règles de Rotterdam ont atténué les obstacles à la dématérialisation des documents du commerce maritime. En effet, ces Règles s'inscrivent dans une logique intégrant l'évolution juridique des pratiques commerciales. Elles font référence au document électronique de transport négociable ou non-négociable article 1^{er}-18⁸³⁶. Le terme « *possession* » de la marchandise est bien encadré et devient juridiquement, en cas d'utilisation de documents électroniques de transport, le « *contrôle exclusif* » article 8-b⁸³⁷. En fait, la possession d'un document a toujours eu une dimension physique. Avec le terme « *contrôle exclusif* », l'élément physique disparaît. Il conviendra alors à celui qui détiendra les droits sur la marchandise d'avoir seulement le contrôle exclusif du document par des moyens électroniques appropriés et sûrs. Par ailleurs, en utilisant le terme « *même effet* »⁸³⁸, les Règles consacrent le principe de l'équivalence fonctionnelle, ce qui est particulièrement important pour la recherche de l'universalité du support électronique, à l'instar de l'universalité du support papier. Sur la base des travaux de la CNUCED, les armateurs vont proposer des systèmes de dématérialisation du connaissance.

Paragraphe 2 : les projets proposés par les armateurs

Plusieurs expériences, fondées sur l'EDI (Échange de Données Informatisées), ont été initiées pour dématérialiser le connaissance par exemple le « *Cargo Key Receipt* », le « *Seadocs Registry* » ou encore le système « *BOLERO* ». Cependant, à l'exception de « *BOLERO* » qui existe toujours, les initiatives de dématérialisation basées sur des systèmes informatiques fermés, à la différence d'Internet qui est un réseau ouvert, n'ont pas connu un succès. En effet, l'EDI est le véritable

⁸³⁴ L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est forme de message de données, Loi Type 1996.

⁸³⁵ GARO Philippe, *la dématérialisation des documents maritimes une réalité concrète*, Lettre d'information de la chambre arbitrale de Paris, Gazette de la Chambre n°24, Éditeur Philippe DELEBESQUE 2011, p.2.

⁸³⁶ Le terme « document électronique de transport » désigne l'information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d'une communication électronique par un transporteur en vertu d'un contrat de transport, y compris l'information qui est logiquement associée au document sous la forme de données jointes ou y est autrement liée au moment de son émission par le transporteur ou ultérieurement de manière à en faire partie intégrante.

⁸³⁷ L'émission, le contrôle exclusif ou le transfert d'un document électronique de transport a le même effet que l'émission, la possession ou le transfert d'un document de transport.

⁸³⁸ Article 8-b, de la convention de Rotterdam de 2008.

fondement du développement du commerce électronique. Et si l'on a tendance à considérer l'internet comme étant la source du commerce électronique, il s'avère que cette vision est inexacte : tout commença avec l'EDI qui répondit à l'exigence des entreprises de voir accélérer leurs transactions⁸³⁹.

L'expérience du Seadocs Registry, avec la Chase Mahattan Bank, n'a pas abouti pour des raisons de coûts élevés⁸⁴⁰. En effet, le projet se fondait sur un système qui centralise tous les connaissements papier en plus de les sauvegarder. Une fois le document émis et réceptionné, le système devait permettre aux parties commerciales d'échanger des messages électroniques ayant trait à la marchandise en mouvement. Comme nous l'avons dit, le Comité maritime international a approuvé en 1990 les Règles pour les connaissements électroniques. Ces Règles ne sont pas basées comme le Seadocs sur un système de registre centralisateur des documents, mais sur un système de clé confidentielle, dont la création et la destruction, lors de chaque transfert de droits, sont opérées par chaque compagnie maritime en cause. Le système pourrait également fonctionner au moyen d'un organisme groupant les différents transporteurs. Pour l'instant ces Règles n'ont pas pénétré la pratique⁸⁴¹. La méfiance des chargeurs étant énorme, dans la mesure où il est inadmissible pour eux que le transporteur surveille et assure le contrôle électronique de ses propres connaissements.

480. Un autre projet verra le jour dans le domaine pétrolier. Ainsi, le projet INTERTANKO concerne les connaissements émis pour les cargaisons de pétrole. Ce système repose aussi sur le concept d'un registre centralisateur des données commerciales ; ce dernier étant un opérateur de réseau à valeur ajoutée⁸⁴². Les expériences vont se poursuivre avec l'initiative du projet de connaissance EDI du Conseil Maritime International et Baltique (BIMCO) regroupant près de 3.000 membres. A première vue ce projet semble le plus avancé sur le sujet⁸⁴³. En effet, le but consiste à obtenir un instrument informatisé aussi fonctionnel que le connaissance papier normalisé par les soins de l'organisme. Le projet s'articule autour des arguments selon lesquels le chargeur envoie les instructions d'embarquement en plus des données relatives à la marchandise au transporteur, ce dernier envoie un message de réception au contrôle BIMCO avec sa signature. Le BIMCO vérifie la signature et ajoute la sienne (ou la substitue), avant de communiquer le message de réception au chargeur et aux autres parties habilitées. Le chargeur peut transférer le connaissance à un partenaire cocontractant. Mais, le message transféré doit être signé par le BIMCO, tout en validant la signature du chargeur. Et c'est seulement après cette validation qu'il

⁸³⁹ PH. GARO, *op. cit.* p.2

⁸⁴⁰ E. A. CAPRIOLI, *le crédit documentaire : évolution et perspective*, Paris, LITEC, Bibl. dr. En tr. 27, Avant-propos J-Pierre Sortais, Préface Renaud de BOTTINI, 1992, n°492 s.

⁸⁴¹ E. A. CAPRIOLI, *le crédit documentaire : évolution et perspectives*, op-cit voire n° 591 s.

⁸⁴² V. INTERTANKO (International Association of independent Tanker Owner's), working groupe paper, Electronic Data Interchange: Bill of Lading for Oil Cargoes, BS/5.7, 1990.

⁸⁴³ AKE NILSON, le projet de connaissance EDI du BIMCO, symposium EDI et transport, pratiques actuelles et développement futures, CCI, Paris, 18 juin 1991.

transmet le message de réception original au destinataire ou à la partie nommément désignée. Ce dernier envoie un message d'acceptation au contrôle du BIMCO accompagné d'une signature numérique (le registre des "détenteurs" est régulièrement mis à jour). Le contrôle du BIMCO avise l'opérateur du transfert de sa réalisation. Le dernier détenteur envoie les instructions de livraison au BIMCO qui valide sa signature, ajoute la sienne et communique les instructions au transporteur. Après la livraison, le transporteur avise le BIMCO qui enregistre le connaissance comme acquitté, si le détenteur peut demander un connaissance papier, l'émission de ce dernier met un terme aux procédures électroniques.

On voit nettement que l'originalité du système est basée sur l'intervention d'un tiers opérateur de réseau (le BIMCO), cet organisme agit au nom de tous ses membres aussi bien les chargeurs que les armateurs/transporteurs. Cette relation n'est pas sans avantages car elle fait apparaître : la neutralité, la confidentialité et l'intégrité du contrôle des connaissances⁸⁴⁴. Par ailleurs, le projet utilise des signatures numériques (au moyen de cartes à puce) combinées avec des numéros uniques de connaissance et non pas un système de clés privées à l'instar des Règles du CMI. L'opérateur d'un transfert a l'obligation de confirmer ce message.

Les États -Unis ne sont pas en reste dans le processus de numérisation des documents. Dans ce pays, le National Committee on International Trade Documentation(NCITD) a lui aussi proposé un nouveau connaissance électronique avec un système de contrôle électronique opéré sur les marchandises⁸⁴⁵. Le synopsis déroulé sépare la fonction d'enregistrement du connaissance maritime de celle du transporteur contrairement aux Règles du CMI. D'après Mr Ake Nilson, le scénario est le suivant : Le chargeur envoie au transporteur des instructions relatives à l'embarquement. Ce qui déclenche éventuellement l'émission d'un connaissance électronique par le transporteur comprenant un numéro de référence unique. Le connaissance émis est envoyé à la partie assurant le contrôle et aux autres parties à la transaction (chargeur, destinataire, ports, douane, transitaires, banques, assureurs, etc.). La partie assurant le contrôle assigne un Code individuel d'Identification (NPI) et l'envoie au chargeur. Le chargeur assigne le connaissance au destinataire par un endossement électronique envoyé à la partie assurant le contrôle et validé par le NPI. La partie assurant le contrôle assigne un NPI au destinataire et le lui transmet avec le numéro unique de connaissance. Pour la livraison, le dernier destinataire peut envoyer électroniquement les instructions relatives à la livraison au transporteur, par l'intermédiaire de la partie assurant le contrôle, ou demander un connaissance sur papier, en s'identifiant dans les deux cas grâce à son NPI⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ Ce système semble réduire les coûts des opérations.

⁸⁴⁵ Voir les documents de la CNUCED, doc. TRADE/WP.4/R.710.

⁸⁴⁶ AKE NILSON, le projet de connaissance EDI du BIMCO, *op.-cit.* p. 2.

Certains de ces projets prévoient la possibilité du retour au système classique du connaissance papier, mais dans cette hypothèse, les procédures électroniques ne peuvent plus se poursuivre (notamment les Règles CMI et le projet du BIMCO).

Une expérience a aussi été menée dans le but de mettre en place une « *Lex Electronica* » parce qu'au début de l'ère numérique les règles de droit n'étaient pas adaptées au commerce électronique en général et au transport maritime en particulier. La proposition était basée sur les usages qui seraient, selon ces initiateurs, beaucoup plus adaptés au commerce électronique. Dans la mesure où la lenteur et la complexité d'élaboration des textes juridiques les rendraient vite désuets par rapport au développement fulgurant des technologies de l'information et de la communication (TIC). Toutefois, il ne pouvait pas être laissé libre cours à une autorégulation au risque de voir une hégémonie commerciale s'installer sans véritable contrôle⁸⁴⁷. Des projets de dématérialisation des documents seront initiés dans le cadre communautaire à certains endroits du globe.

SECTION 2 : les projets Européens et Africains de dématérialisation

En Europe, deux grandes directives furent rédigées : la directive n° 1999/93 /CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques⁸⁴⁸ et la directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique⁸⁴⁹. Ces deux textes s'inscrivent dans le mouvement initié par la CNUDCI. Comme par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques visant à permettre et faciliter l'utilisation des signatures électroniques en établissant des critères de fiabilité technique pour l'équivalence entre ces signatures et les signatures manuscrites. En conséquence, elle peut aider les États à mettre en place un cadre législatif juridique moderne, harmonisé et juste pour régler efficacement la question du traitement juridique des signatures électroniques et sécuriser leur statut⁸⁵⁰.

Aujourd'hui en France, il existe maintenant deux grands textes codifiés du droit du commerce électronique notamment la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique⁸⁵¹ et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite "LEN" ou "LECN"⁸⁵².

La primauté exclusive du support papier a maintenant définitivement disparu en droit français. Le système de la preuve fut adapté alors qu'il n'avait pas évolué depuis la rédaction du Code Civil.

⁸⁴⁷ PH. GARO, *ibid.* p. 2.

⁸⁴⁸ JOCE n° L 13 du 19 janvier 2000.

⁸⁴⁹ JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000.

⁸⁵⁰ www.uncitral.org/uncitral/fr/_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.

⁸⁵¹ JO n° 62, 14 mars 2000.

⁸⁵² JO n° 143, 22 juin 2004.

La loi de 2000 admit la notion de preuve dans le cadre de l'écrit électronique ad probationem, celle de 2004 consacra ensuite ce même écrit ad validitatem. Dès lors, l'existence de cet outil juridique ne pouvait que mener à la pleine dématérialisation du document de transport maritime

Il faut souligner que les législations européennes et françaises en particulier, malgré les obstacles juridiques, technologiques et sociaux, ont tenté de définir les conditions de validité des documents électroniques et notamment la signature électronique (**paragraphe 1**). Cela n'est pas toujours le cas pour les législations Africaines. Néanmoins, le processus de dématérialisation inspiré par les projets sus-évoqués, est déclenché dans quelques États Africains. Ainsi, nous l'avons vu, un règlement visant la mise en place d'un dispositif juridique relatif aux systèmes de paiement électronique dans les États membre de l'UEMOA⁸⁵³ a été élaboré en 2002 à Cotonou⁸⁵⁴. Cependant, même si rien n'est encore fait dans le cadre communautaire en matière de dématérialisation des documents, certains pays à l'instar du Maroc, du Sénégal, de la Côte d'Ivoire et du Ghana sont déjà en avance dans le processus de dématérialisation par la mise en place d'un système de guichet unique ou encore l'élaboration des projets de document unique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : le modèle communautaire européen

Pour le Parlement Européen, instaurer un climat de confiance dans le commerce électronique est plus qu'essentiel au développement économique et social de l'Union. En effet, si les consommateurs, les entreprises et les autorités publiques n'ont pas confiance, notamment en raison d'un sentiment d'insécurité juridique, ils tarderont à effectuer des transactions par voie électronique et à adopter de nouveaux services. Fort de ce constat, le nouveau Règlement Européen n°910/2014⁸⁵⁵ (qui a abrogé la directive 1999/93/CE) vise aujourd'hui à susciter une confiance accrue dans les transactions électroniques au sein du marché intérieur européen. Pour ce faire, elle fournit un socle commun pour des interactions électroniques sécurisées entre les citoyens, les entreprises et les autorités publiques. Elle prend en compte aussi l'accroissement et l'efficacité des services dans les réseaux publics et privés, ainsi que l'activité économique et du commerce électronique dans l'Union. Toutefois, il est à remarquer que la directive 1999/93/CE du Parlement

⁸⁵³ A ce propos voir le Règlement N°15/2002/CM/UEMOA relatif au système de paiement dans les États membre de l'UEMOA et l'Acte additionnel A/SA.2/01/10 relatif à la protection des données à caractère personnel dans l'espace de la CEDEAO.

⁸⁵⁴ Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine, septembre 2002.

⁸⁵⁵ Règlement (UE) N° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE. Journal officiel de l'Union européenne, L 257/73 du 28/08/2014, eur-lex Europa, 2016.

européen et du Conseil⁸⁵⁶ qui régissait les signatures électroniques ne fournissait pas de cadre transfrontalier et intersectoriel complet pour des transactions électroniques sécurisées, fiables et aisées à utiliser. C'est pourquoi le Règlement (UE) N° 910/2014 renforce et développe l'acquis que représente ladite directive. En effet, dans sa communication du 26 août 2010 intitulée «*Une stratégie numérique pour l'Europe*», la Commission a identifié le fractionnement du marché numérique, le manque d'interopérabilité des systèmes et l'augmentation de la cybercriminalité comme les principaux obstacles au cercle vertueux de l'économie numérique. La Commission a également souligné la nécessité de résoudre les principaux problèmes empêchant les citoyens de l'Union de profiter des avantages d'un marché unique numérique et des services numériques transfrontaliers⁸⁵⁷.

Et pour ce qui est de la sécurité numérique, le Parlement européen, dans sa résolution du 21 septembre 2010 sur l'achèvement du marché intérieur pour ce qui concerne le commerce en ligne⁸⁵⁸, a souligné l'importance de la sécurité des services électroniques, en particulier des signatures électroniques, et la nécessité de créer une infrastructure clé publique au niveau paneuropéen. Il a en outre invité la Commission à mettre en place un portail des autorités européennes de validation afin d'assurer l'interopérabilité transfrontalière des signatures électroniques. Dans la perspective, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil⁸⁵⁹ exige des États membres qu'ils créent des guichets uniques pour que toutes les procédures et formalités relatives à l'accès à une activité de service et à son exercice puissent être effectuées facilement, à distance et par voie électronique, par l'intermédiaire du guichet unique approprié, auprès des autorités compétentes. Or, de nombreux services en ligne accessibles par guichet unique exigent une identification, une authentification et une signature électroniques. Dès lors, le Règlement (UE) N° 910/2014 doit être appliqué dans le respect total des principes relatifs à la protection des données à caractère personnel prévus dans la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil⁸⁶⁰. À cet égard, compte tenu du principe de la reconnaissance mutuelle établi par le Règlement, l'authentification pour un service sur Internet doit uniquement concerner le traitement des données d'identification qui sont adéquates, pertinentes et non excessives afin de

⁸⁵⁶ Voir Directive 1999/93/CE du parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JO L13 du 19.01.2001, p.12.

⁸⁵⁷ La Commission dans son rapport de 2010 sur la citoyenneté de l'Union, intitulé «*Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union*».

⁸⁵⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au service dans le marché intérieur, JO L376 du 27/12/2006, p.36.

⁸⁵⁹ Décision 2009/67/CE de la Commission du 16 octobre 2009 établissant des mesures destinées à faciliter l'exécution de procédures par voie électronique par l'intermédiaire des « guichets uniques » conformément à la directive 2006/123/CE du Parlement et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur. JO L 274 du 20/10/2009, p.36.

⁸⁶⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L281 du 23/11/1995, p.31.

permettre l'accès auxdits services. En plus, il faut que les prestataires de services de confiance et les organes de contrôle satisfassent aux exigences de confidentialité et de sécurité des traitements imposées par la directive 95/46/CE. Le Règlement (UE) N° 910/2014 vise, entre autre, à établir un cadre cohérent en vue de fournir des services de confiance d'un niveau de sûreté et de sécurité juridique élevé. À cet égard, lorsqu'elle aborde la question de l'évaluation de la conformité de produits et de services, la Commission recherche, le cas échéant, des similitudes avec des schémas européens et internationaux pertinents existants, tels que le règlement (CE) N° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil⁸⁶¹, qui fixe les exigences relatives à l'accréditation d'organismes d'évaluation de la conformité et à la surveillance du marché de produits. De fait la Commission est convaincue qu'un niveau de sécurité élevé est nécessaire pour garantir la reconnaissance mutuelle des signatures électroniques. Mais, dans certains cas particuliers, comme dans le contexte de la décision 2009/767/CE de la Commission⁸⁶², les signatures électroniques offrant une garantie de sécurité moindre ne doivent pas pour autant être rejetées. Et lorsqu'elle traite la question du format des signatures et des cachets électroniques avancés, la Commission s'appuie sur les pratiques, normes et dispositions législatives en vigueur, en particulier sur la décision 2011/130/UE de la Commission⁸⁶³.

Si l'Union Européenne s'est efforcée de réglementer les opérations du commerce électronique, l'Afrique n'est pas pour autant neutre ou inactive en matière de commerce électronique.

Paragraphe 2 : La dématérialisation dans les États Africains

Dans le cadre du commerce électronique, le Sénégal fait partie des pays qui ont le plus légiféré dans ce domaine. En effet, le droit positif du Sénégal a adopté une loi d'orientation sur la société de l'information⁸⁶⁴, une loi sur les transactions électroniques⁸⁶⁵, une loi sur la protection des données personnelles⁸⁶⁶, une loi sur la cryptologie⁸⁶⁷ et enfin une loi sur la cybercriminalité⁸⁶⁸. Pour

⁸⁶¹ Règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du conseil du 9 juillet fixant les prescriptions relatives à l'accélération et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n°39/93 du Conseil, JO L218 du 1/08/2008, p.30.

⁸⁶² Décision 2009/767/CE de la Commission du 16 octobre 2009 établissant des mesures destinées à faciliter l'exécution des procédures par voie électroniques par l'intermédiaire des guichets uniques précité, JO L274 du 20/10/2009, p. 36.

⁸⁶³ Décision 2011/130/UE de la Commission du 25 février 2011 établissant des exigences minimales pour le traitement transfrontalier des documents signés électroniquement par les autorités compétentes conformément à la directive 2006/123/CE du parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, JO L55 du 28/02/2011, p.13.

⁸⁶⁴ Loi n° 2008-10 portant loi d'orientation sur la société de l'information, www.jo.gouv.sn, 2006.

⁸⁶⁵ Loi 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques, www.jo.gouv.sn, 2006.

⁸⁶⁶ Loi 2008-12 sur la protection des données personnelles, www.jo.gouv.sn, 2006.

⁸⁶⁷ Loi n°2008-41 du 20 août 2008 sur la cryptologie, www.jo.gouv.sn, 2006.

compléter ce dispositif législatif, des textes réglementaires d'application ont été adoptés comme par exemple le décret n° 2008-718 du 30 juin 2008 relatif au commerce électronique pris pour l'application de la loi 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques. En effet, cette loi a intégré des dispositions de droit international privé. Elle dispose à son article 12 que le commerce électronique est soumis à la loi de l'État sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune volonté de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services. On voit clairement qu'il peut s'agir de la loi de l'État ou le prestataire à sa résidence habituelle. Toutefois, l'application de cette disposition ne peut avoir pour effet de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi sénégalaise relative aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par le Sénégal. En outre, au sens de l'article 12 -1) les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter⁸⁶⁹. Toutefois, le Sénégal n'est pas le seul pays à avoir des textes sur le commerce électronique.

481. En effet, l'élaboration des lois marocaines relatives au commerce électronique est bâtie sur les références des lois types de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Mais aussi sur les recommandations de la directive Européenne n° 1999/93 CE du parlement Européen portant sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. En effet, un mois après la permission pour le paiement par Internet au Maroc en Octobre 2007, il y a eu adoption du Dahir n°1-07-129 portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique des données juridiques⁸⁷⁰. Ainsi, les principaux apports de cette loi s'articulent autour de l'équivalence entre les documents établis sur papier et sur support électronique. De même l'écrit électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, à la double condition de pouvoir identifier la personne dont il émane et que son intégrité soit assurée lors de son élaboration et sa conservation. Cette loi a aussi permis de définir légalement la signature électronique tout en consacrant l'équivalence entre elle et la signature manuscrite. Elle a enfin permis de fixer le cadre juridique applicable aux opérations effectuées par les prestataires des services de certification électronique ainsi que les règles à respecter par ces derniers.

Toujours dans le cadre de renforcer son dispositif juridique relatif au commerce électronique, et en vue de se conformer aux standards internationaux dans le domaine de la confiance numérique, le

⁸⁶⁸ Loi n°2008-11 sur la cybercriminalité, www.jo.gouv.sn, 2006.

⁸⁶⁹ Art. 12 de la Loi 2008, précité.

⁸⁷⁰ Dahir n° 1-07-129 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques. <https://droitmaroc.wordpress.com/2008/01/29/loi-n-53-05-relative-a-lechange-electronique-de-donnees-juridiques-integrale/> : consulté 11/2016.

Maroc s'est doté récemment de la loi 09-08 relative à la protection des personnes physiques contre le traitement abusif de leurs données à caractère personnel⁸⁷¹. La règle d'or prévue par cette loi est la nécessité du consentement préalable. Autrement dit, le traitement des données à caractère personnel ne peut être effectué que si la personne concernée a donné son consentement formel. Outre le consentement, la nouvelle loi accorde et garantit à chaque personne le droit d'accéder aux bases contenant leurs données personnelles, de s'opposer à certains traitements, de demander la rectification des données erronées ou la suppression des données périmées. Par ailleurs, il faut souligner qu'avec l'adoption de la loi 09-08, le Maroc se place parmi les premiers pays arabes et africains disposant d'un système de protection aussi complet, et se positionne parmi les destinations sûres du point de vue de la circulation des données personnelles.

482. En Côte d'Ivoire, le domaine d'action du projet de loi relatif aux transactions électroniques⁸⁷² concerne tous les échanges ou transactions, de quelque nature qu'ils soient, prenant la forme d'un message ou d'un document électronique. Ainsi les articles 5 et suivants de cette loi disposent que les prestataires de service ont pour obligations d'informer et de saisir l'importance de leur responsabilité contractuelle du fait des biens et services qu'ils fournissent par voie électronique⁸⁷³. Cette même loi interdit et sanctionne pénalement la prospection directe par envoi de message électronique non sollicité par le destinataire, en dehors de toute relation commerciale antérieure⁸⁷⁴. (Par exemple l'envoi de mail publicitaire). Le chapitre 5 intitulé *Conclusion de contrat par voie électronique* de la loi de 2013 précise que la conclusion d'un contrat par voie électronique ne doit pas avoir pour effet de nuire aux droits du consommateur⁸⁷⁵. Ce dernier a le droit d'être clairement informé des modalités de l'opération, particulièrement des conditions générales du service, des caractéristiques de l'offre, et du processus de conclusion du contrat en ligne⁸⁷⁶. L'écrit électronique est retenu comme preuve, au même titre que l'écrit sur support papier. La même valeur est accordée à la signature électronique créée à partir d'un dispositif sécurisé, que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif, et qui repose sur un certificat numérique (chapitres VI et VII). Enfin, au chapitre X, l'Autorité en charge de la régulation des télécommunications a pour mission de procéder à l'audit et à la certification des systèmes d'information, ainsi que celle de délivrer les certificats électroniques.

⁸⁷¹ Bulletin Officiel du Maroc N°5714-7rabii I 1430 (5-3-2009), 345, Dahir n° 1-09-15 du 22 safar 1430 du 18 février 2009 portant promulgation de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physique à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

⁸⁷² Loi n° 2013-546 du 30 juillet relative aux transactions électronique, journal officiel de la république de Côte d'Ivoire n° 583, 12 septembre 2013.

⁸⁷³ Article 5, 6, 7 s. de la loi de 2013.

⁸⁷⁴ Article 10, 11, 12, de la loi du 30 juillet de 2013

⁸⁷⁵ Article 17 de la loi précitée

⁸⁷⁶ Article 18 et suivant de la loi précitée.

483. Certes, l'utilisation des TIC⁸⁷⁷ ne peut être que bénéfique aux activités économiques, toutefois cette utilisation n'est pas dépourvue de risques. Aujourd'hui Internet est devenu synonyme de bonnes affaires, mais c'est aussi un réseau planétaire qui échappe à toute souveraineté comme en témoigne la cybercriminalité devenue de plus en plus accrue et menaçante à travers le monde. La solution juridique doit donc constituer un préalable fondamental à l'utilisation des moyens électroniques notamment dans le domaine du commerce électronique plus particulièrement la signature des contrats électroniques classiquement appelée « *contrat entre absents* ! ».

Par ailleurs, les acteurs du monde des affaires sont aujourd'hui plus conscients des risques du cyberspace. Ils sont convaincus que la promotion du commerce électronique ne se limite pas au développement d'infrastructures technologiques, mais est aussi tributaire d'un dispositif juridique solide susceptible de créer un environnement favorable pour que le commerce électronique puisse évoluer dans un contexte sécurisé aussi bien pour l'administration et les entreprises, que pour le consommateur. Nous l'avons vu, c'est dans cette logique que le législateur de Rotterdam s'est doté récemment d'une convention sur le transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer. Mais cette Convention est-elle suffisante, à elle seule, pour combler le vide juridique en matière de commerce maritime utilisant les technologies de l'information dans certains États africains, assurer la confiance numérique et lutter contre la cybercriminalité ? À notre humble avis nous pensons que telle n'est pas la vocation de ces Règles. Le mieux est de mettre en place une convention internationale en matière de commerce électronique. Cette dernière prendra en compte, dans la mesure des négociations, tous les aspects du commerce électronique international et notamment la cybercriminalité.

⁸⁷⁷ Nouvelle Technologie de l'Information et de la Communication.

TITRE II : le traitement des nouveaux contentieux liés à l'informatisation des documents

484. En principe, la recherche de solution à un différent né du commerce électronique peut ne pas passer par une décision judiciaire. Il existe en effet plusieurs façons de régler un litige né entre un opérateur économique et son cocontractant. Ainsi dans le domaine du transport maritime, on a observé que l'usage de la technique contractuelle permet non seulement le recours aux institutions judiciaires mais surtout à la transaction⁸⁷⁸ et plus particulièrement à l'arbitrage. Toutefois, l'objet de notre étude, qui porte sur le règlement des litiges, suppose de restreindre le champ d'investigation à l'arbitrage, à l'exclusion des modes alternatifs de règlement des litiges, telles que la médiation ou la transaction. En effet, ces mécanismes sont d'une autre essence. Or, dans le cadre de la dématérialisation du contrat de transport de marchandise et par conséquent la dématérialisation des documents du commerce maritime, le droit international privé se voit attribué un nouveau domaine de régulation. Aujourd'hui, le droit international privé est associé au postulat de régulation du contentieux du commerce mondial et plus particulièrement du transport maritime. Cette rencontre s'est fait progressivement grâce à l'internationalisation des litiges commerciaux. Ainsi, les parties n'ont pas besoin d'attendre la survenance d'un litige pour s'interroger sur la façon de le résoudre. Et comme le souligne le professeur LOÏC CADIET : *la liberté contractuelle permet aux parties de prévoir leur désaccord possible et d'envisager les modalités de son règlement le cas où il surviendrait*⁸⁷⁹.

485. Les clauses d'arbitrage et de compétence juridictionnelle, se caractérisent par la particularité de leur objet qui est non pas d'organiser la relation contractuelle, mais de prévoir le moyen le plus rapide de régler le différent au moment même de leur échange de données électroniques aboutissant à la conclusion du contrat.

Pour comprendre le régime juridique applicable au contentieux du transport maritime dans un contexte de commerce électronique, il convient de situer, dans la convention d'arbitrage, le règlement extrajudiciaire des différends nés des opérations du commerce international. Peut-on considérer le cyberspace comme élément d'extranéité pour l'appliquer à l'arbitrage international ? Et comment faut-il apprécier les contours juridiques des coopérations internationales en matière d'application des décisions étrangères face aux échanges informatiques ? (**sous-titre 1**). Le contrat de transport s'il n'est pas bien exécuté fait naître un contentieux qui peut être résolu par la voie judiciaire ou arbitrale. Toutefois, la technique contractuelle fait intervenir progressivement

⁸⁷⁸ Sur ces modes alternatifs, notion voisine de l'arbitrage voir H. MOTULSKY, « arbitrage, expertise, transaction », in écrit, tome 2, études et note sur l'arbitrage, Paris Dalloz, 1974, rééd. 2010 p. 26 et s ; OPPETIT B. arbitrage, médiation, conciliation », Rev. Arb. 1984, p. 307 et s ;

⁸⁷⁹ L. CADIET et CLAY Th. les modes alternatifs de règlement des conflits, Dalloz 1^e éd. 2016, p. Int.

l'Internet. Il nous faut alors voir les articulations de cette technique dans le contentieux sus-évoqué **(sous-titre 2)**.

SOUS-TITRE I : le règlement amiable des litiges du transport maritime et la numérisation des documents

Le support des contrats électroniques s'il est plus ou moins singulier par rapport aux supports des contrats classiques, il est cependant admis que la finalité est la même : offrir un moyen de preuve. Par ailleurs, la clause de différent (la clause compromissoire) insérée dans le contrat, même si elle l'a été par un lien hyper texte, est singulière par rapport aux autres clauses du contrat. Car l'objet de cette clause n'est pas substantiel, mais processuel : c'est une convention de procédure qui est distincte de la convention liant les parties sur le fond du litige⁸⁸⁰. La question qui se pose est de savoir si le cyberspace doit être considéré comme un élément d'extranéité à tel point qu'on puisse parler d'arbitrage international ; en d'autres termes, le cyberspace est-il un espace géographiquement localisable ?

486. Une étude des modes privés de règlement des litiges, structurée à travers la notion d'arbitrage international, nous paraît indispensable et nous pousse à admettre, comme l'estime Sylvette GILLEMARD, que le cyberspace est localisable⁸⁸¹ et par conséquent, constitue un élément d'extranéité pouvant faire l'objet d'arbitrage. D'une part, il a été vu que les conséquences des transactions électroniques sont particulièrement importantes et, peuvent se situer dans deux États différents. Elles font naître des litiges aboutissant à l'arbitrage international. D'autre part la spécificité de l'arbitrage accentue considérablement la rapidité du règlement des litiges. Cette célérité du règlement des litiges est proportionnelle au développement de l'arbitrage⁸⁸² comme mode de règlement des litiges ainsi qu'au phénomène de judiciarisation de l'arbitrage, sous l'influence de la volonté procédurale des parties.

Le phénomène de l'arbitrage international sera donc étudié en trois temps. Après avoir mis en lumière le droit de l'arbitrage de la loi type de la CNUDCI et celui du droit Français qui ont servi de modèle à de nombreuses législations étrangères (**chapitre 1**), nous examinerons les méthodes par lesquelles les parties recourent à l'arbitrage. En suivant l'ordre chronologique de la réalisation du processus arbitral en passant par la constitution du tribunal arbitral et l'instance arbitrale nous analyserons le contentieux dans la construction et l'affrètement des navires (**chapitre 2**). La résolution des litiges par voie arbitrale n'est pas toujours aisée. Ainsi, la forme de la clause

⁸⁸⁰ Paris, 12^e ch., 8 oct. 1998, RGPD 1999, p. 126, obs. M. Cl. Rivier ; Rev. arb. 1999. 350, note P. ANCEL, O. Gout.

⁸⁸¹ S. GUILLEMARD, thèse, *le droit international privé face au contrat de vente cyberspaciale*, p. 471 s.

⁸⁸² B. OPPETIT, *théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 25 ; Th. CLAY, *l'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, n° 206, p. 169 ; J.-B. RACINE, « *les dérives procédurales de l'arbitrage* », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 229 et s.

compromissoire soulève des difficultés quant à son opposabilité au tiers. Et l'on se demande si l'écrit est obligatoire pour la validité de la clause (**chapitre 3**).

CHAPITRE I : Les sources du droit international de l'arbitrage : le cyberspace face au droit international privé

Contrairement à l'arbitrage interne dont les sources sont constituées par des règles élaborées par chaque pays sur l'arbitrage, le développement international de l'arbitrage nécessite une unification ou une harmonisation des dispositions législatives existantes⁸⁸³. C'est alors dans ce cadre que des conventions internationales ont été négociées et signées. Certaines ont pour objet la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrage signées par des ressortissants respectifs des États contractants, d'autres précisent les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales rendues dans un État étranger.

La Convention de La Haye de 1899 vise le perfectionnement de l'arbitrage interétatique plus particulièrement dans sa première étape de négociation à la conférence de la Haye de 1899 où fut adoptée une convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux dont le titre V était entièrement consacré à l'arbitrage.

Le protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage : il a eu pour objet d'admettre la validité de la clause compromissoire et du compromis en matière internationale, c'est-à-dire faire en sorte que les clauses d'arbitrage puissent être exécutées à l'échelon international, de manière que les parties à une convention d'arbitrage soient obligées de la mettre en œuvre au lieu d'aller devant les tribunaux étatiques. Ce protocole n'oblige les États que si la convention d'arbitrage est intervenue entre les parties respectivement soumises à la juridiction des différents États contractants au dit protocole⁸⁸⁴. Il vise ainsi à améliorer les rapports entre ressortissants des États parties.

La Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères détermine les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères et se présente comme un complément au Protocole de 1923. Elle a eu pour objet d'étendre le champ d'application du Protocole de Genève de 1923 à la reconnaissance et à l'exécution des sentences visées par ce Protocole sur le territoire de tous les États contractants et non plus seulement sur le territoire de l'État où la sentence a été rendue. Ces deux textes, en leur temps, ont aplani maints obstacles liés au développement de l'arbitrage international surtout en matière commerciale. Ensuite, après avoir été abondamment commentés pendant de nombreuses années d'ailleurs, ils seront délaissés plus tard car l'essentiel de leurs dispositions a été repris et

⁸⁸³ P. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Vol. III, Paris, Dalloz, 1965, p.14.

⁸⁸⁴ Art.1 du Protocole de Genève de 1923 relatif aux clauses d'arbitrage, R.T.S.D.N, 1924, Vol.2, N°678, p.158.

considérablement assoupli par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁸⁸⁵.

La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ratifiée par un très grand nombre d'États. Cette convention reprend en dépit de son titre, à la fois les dispositions du Protocole de 1923 et de la Convention de 1927. Cela implique qu'elle contient les dispositions relatives à la validité des conventions arbitrales et de la clause compromissoire à côté des dispositions relatives à l'exécution des sentences arbitrales. Elle offre, en effet, des moyens beaucoup plus simples et plus efficaces d'obtenir la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et donne également un effet beaucoup plus large à la validité des conventions d'arbitrage que ne le faisait la Convention de Genève de 1927.

La Convention de Washington du 18 mars 1965 : conclue sous les auspices de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement(B.I.R.D), a eu pour objectif de créer une institution arbitrale spécialisée en matière d'investissements : le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements(C.I.R.D.I).

487. Compte tenu de toutes ces conventions et sur la base de leur analyse, nous pensons que le cyberspace est un moyen de communication comme le téléphone. Le cadre terrestre est exclusivement maintenu ; l'ordinateur pouvant être localisé dans une zone géographique terrestre ou spatiale bien déterminée. Nous en déduisons la localisation de la relation contractuelle. A ce titre, le caractère d'extranéité du cyberspace suit celle de la situation géographique de l'ordinateur et par conséquent la situation géographique de l'État dans lequel il se trouve. (Même la station spatiale internationale est localisable dans l'espace). Toutefois, l'espace virtuel dont il s'agit dans la thèse de Sylvette GUILLEMARD n'est constitué que de fibres dans lesquelles transitent des chiffres sur la base d'algorithmes. Les activités qui s'y déroulent se rattachent aux territoires nationaux et non à un espace virtuel dans lequel les individus sont absents.

488. Les transactions internationales se font actuellement sur Internet et à cet effet, les litiges y naissent et sont résolus à travers l'arbitrage. L'arbitrage est un mode optionnel de résolution des litiges. La justice arbitrale dérive son pouvoir de la volonté des parties, à la différence de la justice étatique. Ce sont les parties qui délimitent la procédure de désignation des arbitres, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage. Elles définissent entre autre l'étendue de la mission de l'arbitre et les règles de fonctionnement du tribunal arbitral. Comme de nombreux principes, le droit de l'arbitrage repose sur deux types de sources : les sources internationales qui confirment l'extranéité du litige par rapport à la clause arbitrale insérée dans le contrat électronique (**section 1**), et les sources communautaires qui ont tendance à mettre en place des plateformes de règlement des litiges, on se demande alors si l'arbitrage du contentieux du transport maritime à travers l'internet

⁸⁸⁵ Art. VII. §2 de la convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences.

pourrait prospérer à l'avenir (**section 2**). Par ailleurs les codes, la jurisprudence et la doctrine participent à la mise en place des règlements d'arbitrage.

SECTION 1 : les conventions internationales : les règlements d'arbitrage

489. L'article 1^{er} § 3 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international dispose qu'un *arbitrage est international* si : *les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents* (un transporteur français et un chargeur sénégalais). Ou un des *lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement*. C'est-à-dire le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ou bien tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale. Il peut s'agir aussi du lieu avec lequel l'objet du différend a des liens les plus étroits. En dernier lieu, les parties peuvent convenir expressément que l'objet de la convention d'arbitrage aura des liens avec plus d'un pays.

Les conventions internationales jouent un rôle déterminé dans les règlements d'arbitrage car, sans garantie d'exécution des sentences à l'étranger, celles-ci resteraient lettre morte et l'arbitrage n'aurait guère d'intérêt⁸⁸⁶. Le développement de l'arbitrage international est fondé en particulier par la Convention de New York sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Étrangères (1958), ratifiée par plus de 155 états⁸⁸⁷ et la convention de Genève du 21 avril 1961. L'arbitrage peut être institutionnel ou ad hoc. Dans l'arbitrage institutionnel, les parties se réfèrent à une institution d'arbitrage, qui administre l'arbitrage. Nous pouvons citer : l'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm et de l'arbitrage de la Chambre arbitrale de Paris. La CNUDCI a aussi élaboré un règlement d'arbitrage (du 28 avril 1976), destiné à être adopté par les parties dans leur convention d'arbitrage. Il a été adopté par divers centres régionaux d'arbitrages (Kuala Lumpur, Le Caire, Hong Kong)⁸⁸⁸. D'un autre côté, la CNUDCI a par ailleurs élaboré le 21 juin 1985 et proposé aux États une loi type qui a connu un succès certain⁸⁸⁹.

Il est constant que les parties à un litige commercial recourent de plus en plus à l'arbitrage. Et consciente de l'importance grandissante de l'arbitrage international dans le règlement des différends commerciaux internationaux, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères tente d'établir des normes législatives communes pour la reconnaissance des conventions d'arbitrage ainsi que la reconnaissance et l'exécution par les tribunaux étatiques des sentences étrangères et des sentences *non nationales*. Par *non nationales*, il faudrait comprendre les

⁸⁸⁶ L. CADIET, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, *op. cit.* p. 50. C.

⁸⁸⁷ <http://un.or.at/uncitral>.

⁸⁸⁸ www.crcica.org.

⁸⁸⁹ <http://un.org.at/uncitral>.

sentences qui, bien que rendues sur le territoire de l'État où leur exécution est demandée, sont considérées comme "étrangères" par la loi de l'État en question parce que la procédure comporte un facteur d'extranéité, comme c'est le cas, par exemple, lorsque les règles de procédure d'un autre État sont appliquées.

490. La Convention a pour objectif principal d'empêcher toute discrimination envers les sentences étrangères et les sentences non nationales. Elle oblige les États contractants à s'assurer que ces sentences soient reconnues et généralement exécutoires sur leur territoire au même titre que les sentences nationales. Un objectif secondaire de la Convention est d'obliger les tribunaux des États contractants à donner pleinement effet aux conventions d'arbitrage en renvoyant à l'arbitrage les parties qui les saisissent d'un litige en violation de leur convention d'arbitrage.

La Convention est ouverte à l'adhésion de tout État Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout autre État qui est membre d'une institution spécialisée des Nations Unies ou partie au Statut de la Cour internationale de Justice (articles VIII et IX). Le règlement de l'arbitrage fixe ses principales règles et les pouvoirs et devoirs des arbitres. Il peut aussi jouer un rôle dans la désignation des arbitres. Apparaissant comme une justice privée, l'arbitrage est permis pour les questions qui ne sont pas obligatoirement soumises au juge étatique. Toutefois l'arbitre est tenu d'appliquer les principes d'ordre public au litige. La jurisprudence, ne cesse de le rappeler : en matière de concurrence internationale, l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles d'ordre public⁸⁹⁰. Elle précise aussi que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux⁸⁹¹. Or, l'ouverture d'une procédure collective par le biais de la suspension individuelle des poursuites limite l'arbitrabilité du litige⁸⁹².

491. Au terme de l'article 1 de la convention de New York, la convention s'applique à l'arbitrage conclu, pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international, entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des États contractants différents⁸⁹³. Les procédures et sentences arbitrales tiennent leur fondement juridique de ces conventions. Au fin de la présente Convention de New York, on entend par : convention d'arbitrage, soit une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit un compromis signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres, de télégrammes ou de communications par télécopieur, et maintenant par communication électronique. La particularité de cette convention se trouve dans les dispositions de

⁸⁹⁰ Voir, arrêt Ganz, Ca Paris, 1^{ère} Ch. suppl. 29 mars 1991. Rev. arb. 1991.478.

⁸⁹¹ Arrêt Labinal, Ca Paris, 1^{re} Ch. suppl. 19 mai 1993. Rev. arb. 1993.645.

⁸⁹² Arrêt Thinet, Cass. 1^{re} Civ. 8 mars 1988, Rev. arb. 1989.473.

⁸⁹³ Article 1 de la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conférence des nations unies sur l'arbitrage commercial international, 1958.

l'article VII qui prévoit que les dispositions peuvent être écartées⁸⁹⁴ lorsque le droit national en cause est plus favorable à l'arbitrage, ce qui, en matière d'exécution des sentences arbitrales, est le cas en droit français.

492. En somme, les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce. Les arbitres statueront en amiables compositeurs si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet. Au sens de notre étude, l'arbitrage survient lorsque les parties à un contrat rencontrent des difficultés dans l'exécution de leur obligation réciproque. Donc il s'agira de résoudre une même question dans le sens qui arrange chaque partie. En premier lieu, l'existence du litige et son caractère international implique que plusieurs juridictions concurrentes soient compétentes pour connaître d'une même question. Or, une pluralité de décisions soulève le problème de l'exécution des sentences arbitrales (**paragraphe 1**). En deuxième lieu, le contentieux international fait souvent intervenir le droit national d'un État. Se pose alors un conflit de loi qui aura pour objet la désignation de la loi applicable au litige. Mais les choses ne sont pas aussi simples dans la pratique : la sentence arbitrale doit-il se conformer au droit national de l'État désigné dans la clause arbitrale ? (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : l'exécution des sentences arbitrales au niveau international

493. A l'instar de tout contrat, le contrat de transport sur Internet comporte des risques juridiques susceptibles d'engager les parties dans un contentieux. Ces risques peuvent se développer dans cet univers, immatériel, que représente l'Internet. Le chargeur ne peut alors, voir physiquement et préalablement à son engagement le transporteur ; il le découvre peut être après coup, c'est-à-dire, au moment de la livraison. Et pourtant le contrat est signé et la clause arbitrale y est souvent insérée. La question qui se pose est de savoir quel est le sort de la sentence arbitrale dans le contentieux de la livraison des marchandises ?

On entend par *sentences arbitrales* non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises. Une sentence arbitrale internationale

⁸⁹⁴ Les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les États en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales et ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.

est définie en droit, précisément par la jurisprudence, comme une décision de justice internationale qui n'est rattachée à aucun ordre juridique Étatique et dont la régularité s'apprécie au regard du droit de l'État dans lequel se déroule l'arbitrage ou au regard des Conventions internationales. Étant une décision juridique, la sentence arbitrale doit être exécutée par les parties. L'exécution de la sentence suit la procédure d'exequatur des sentences arbitrales. Or, le tribunal compétent pour prononcer l'exequatur d'une sentence arbitrale dépend du pays dans lequel celle-ci a été rendue. Il convient de distinguer selon que la sentence arbitrale est interne rendue au Sénégal⁸⁹⁵ ou internationale rendue à l'étranger. L'exequatur d'une sentence arbitrale interne est accordé par une ordonnance du tribunal régional dans le ressort duquel elle a été rendue. Il en va de même s'agissant de l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France (tribunal de grande instance). Ainsi, une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral situé au Sénégal recevra l'exequatur par le tribunal régional du Sénégal. La sentence arbitrale internationale rendue à l'étranger doit quant à elle obligatoirement recevoir l'exequatur par une ordonnance du tribunal régional du Sénégal.

494. Les règles de l'exequatur des sentences arbitrales internationales prévues par la Convention de New York et la jurisprudence française⁸⁹⁶ s'articulent autour du fait que chacun des États contractants de la Convention de New York reconnaît l'autorité d'une sentence arbitrale et lui accorde l'exécution conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée. En France par exemple, une sentence arbitrale étrangère est reconnue par la procédure de l'exequatur si elle est conforme à l'ordre public international. Toutefois, les juridictions étatiques peuvent refuser l'exequatur à une sentence arbitrale qui serait contraire à l'ordre public international. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a dans un arrêt rendu le 6 mai 2009, dans l'affaire : *International Company For Commercial Exchanges*, refusé l'exequatur d'une sentence arbitrale rendue sous l'égide de la *Refined Sugar Association* car la sentence avait condamné une partie en méconnaissance de la règle de la suspension des poursuites individuelles dans le cadre d'une procédure collective.

⁸⁹⁵ Au Sénégal, la loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage ajoute un Livre VII à la deuxième partie du Code des obligations civiles et commerciales. Elle est complétée par les décrets n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international et n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage. Le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC), fonctionnant sur le modèle du CMAP de Paris dont il s'inspire, a été créé par la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar à l'issue de réflexions avec le Comité de réforme. Ce type d'institution existe dans la plupart des pays membres de l'OHADA. Les nouvelles dispositions sont principalement calquées sur le Code de procédure civile français et sur la loi CNUDCI. Ainsi, les articles 795 à 820 du Code de procédure civile sénégalais s'inspirent très largement des articles 1442 à 1491 du nouveau Code de procédure civile français. On notera également qu'une place prééminente est faite aux institutions permanentes d'arbitrage. Une partie de la doctrine considère qu'il peut s'agir d'une anticipation à la mise en place d'une Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) par le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Sur la CCJA, voir « La Cour commune de Justice et d'Arbitrage dans le contexte de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ».

http://larevue.squirepattonboggs.com/La-modernisation-du-droit-de-l-arbitrage-au-Senegal-au-regard-du-droit-OHADA_a1165.html, 2017.

⁸⁹⁶ De ce point de vue, la France a signé le 25 novembre 1958 la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, dite « Convention de New York ».

495. Par ailleurs, la Cour de cassation a décidé dans un arrêt rendu le 9 mars 2011, *Société Chantiers de l'Atlantique c / Société Gaz Transport et Tecnigaz*, que le contrôle de la compatibilité d'une sentence arbitrale avec l'ordre public international se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée. Ces jurisprudences⁸⁹⁷ mettent en évidence le fait qu'il est primordial de démontrer au tribunal judiciaire compétent que la sentence arbitrale est conforme à l'ordre public international. Ainsi, une sentence arbitrale ne saurait être revêtue de l'exequatur qu'à la condition d'avoir été rendue par un tribunal arbitral. Mais quel est l'objectif de l'exequatur de la sentence arbitrale ? L'exequatur d'une sentence arbitrale a pour conséquence, généralement, son exécution forcée dans l'État ou il doit être exécuté. Or, la sentence arbitrale, qu'elle soit interne ou internationale, va grâce à l'exequatur devenir un titre exécutoire sur l'ensemble du territoire dans lequel elle est prononcée. Muni de ce titre exécutoire, le créancier dispose d'un moyen de pression renforcé sur son débiteur. Avant que l'exequatur soit obtenu, les actifs détenus dans l'État par le débiteur ne sont en effet pas réellement menacés. La partie ayant obtenu l'exequatur va donc tenter d'obtenir dans l'État le paiement par son adversaire des sommes auxquelles celui-ci a été condamné par la sentence. La stratégie mise en œuvre pour procéder à l'exécution forcée d'une sentence arbitrale se constitue par les étapes suivantes, dont l'ordre est à déterminer au cas par cas en fonction du dossier : l'identification des actifs détenus dans l'État par le débiteur, l'exequatur de la sentence arbitrale et les saisies à l'encontre de ces actifs.

Le tribunal judiciaire peut procéder à l'exequatur des sentences rendues par tout tribunal arbitral, notamment et de façon non-exhaustive : la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), le Centre International de Règlement des Différends relatifs à l'Investissement (CIRDI), la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA), la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), ainsi que toute sentence arbitrale étrangère.

L'arbitre doit résoudre le litige en se conformant à la volonté des parties et au règlement d'arbitrage. Mais il doit aussi tenir compte de la législation nationale.

⁸⁹⁷ Saisie d'un litige opposant une société française de l'industrie du bois à une société chinoise, la Cour de cassation a en 2012 refusé l'exequatur d'une sentence rendue par la Commission d'arbitrage économique et commercial de Chine. En effet, elle relève qu'il n'est pas établi que la sentence ait été rendue par une institution ayant la qualité d'arbitre, ce qui est contraire à l'ordre public international (*Cass. Civ. 1^{re}, 28 mars 2012, n° 11-10347, Sérifo / Hainan Yangpu Xindadao Industriel*). La Cour d'appel de Paris a par la suite rendu un arrêt refusant l'exequatur d'une sentence arbitrale obtenue par fraude. Dans cette affaire, une sentence rendue par un tribunal arbitral suisse *ad hoc* avait condamné une société française à payer à une société anglaise, ainsi qu'à une société israélienne, une somme de plus d \$ 1.000.000, au titre de l'exécution de contrats de vente d'acier. Le Tribunal de Grande Instance de Paris avait conféré l'exequatur à la sentence. Toutefois, la Cour d'appel a par la suite constaté que la société israélienne était en réalité radiée depuis des années, donc inexistante, ce qui constituait une fraude dans l'obtention de la sentence arbitrale. Celle-ci a donc été rendue en méconnaissance de l'ordre public international. L'ordonnance a été infirmée : la sentence arbitrale ne pouvait recevoir l'exequatur (*Cour d'appel de Paris, 25 juin 2013, RG n° 12/01461*).

Paragraphe 2 : le comportement de l'arbitre face au droit national

496. Le dénouement de toute procédure arbitrale est de rendre une décision. Cette dernière met normalement fin au différent qui oppose les parties et s'impose à celles-ci dans la mesure où elle a été rendue dans certaines conditions. Pour cela, il faut que la sentence possède une autorité suffisante, notamment lorsqu'elle a été rendue dans un État autre que celui dans lequel elle devra être exécutée. Ainsi, les juges ou les parties ne remettront pas en cause son autonomie et celle de toute la procédure d'arbitrage.

D'un autre côté, quand l'arbitrage présente un quelconque élément d'extranéité qui lui confère un caractère international, par exemple lorsque les parties sont ressortissantes d'États différents ou domiciliées dans des États différents, ou encore lorsque l'arbitrage concerne des rapports entre deux ou plusieurs États, la question qui se pose est celle de savoir par quelle loi est régi cet arbitrage, dans sa procédure et dans le fond du litige. C'est pourquoi il est, d'une manière générale, nécessaire pour les arbitres de connaître le droit applicable à la procédure arbitrale. Par conséquent, il y'a plusieurs façons de mener un arbitrage international car il n'y a pas, en principe, de règles de procédure fixes, la détermination de la procédure à suivre dans l'arbitrage international étant gouvernée par un principe directeur qui est celui de l'autonomie de la volonté⁸⁹⁸. Ce principe a été adopté non seulement par les institutions et organismes d'arbitrage international, mais encore par les conventions internationales. Ainsi, la Loi-type élaborée par la CNUDCI préconise que, sous réserve des dispositions qu'elles contiennent, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral⁸⁹⁹.

497. Ailleurs, la CCI prévoit dans son règlement que les règles applicables à la procédure devant l'arbitre, sont celles qui résultent de ce règlement, et qu'en cas de silence de ce dernier, seront applicables celles que les parties, ou à défaut l'arbitre, auront déterminées⁹⁰⁰. La Convention de New York dispose que la reconnaissance et l'exécution seront rejetées si la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties. Le principe est donc que, c'est les parties qui fixent elles-mêmes les règles applicables à la procédure arbitrale. Dans le cadre des arbitrages *ad hoc*, elles s'entendront sur le mode de constitution du tribunal arbitral ainsi que les quelques principes généraux tel que les délais, la majorité, la répartition des frais, etc. Toutefois, si elles ne sont pas convenues de soumettre leur différend à un arbitre mais à une institution arbitrale, leur convention ne fixant pas les règles de procédure applicables : c'est le règlement de l'institution qui s'applique.

⁸⁹⁸ Sur ce point voir H. MOTULSKY, *écrits, études et note sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974 ; C. CARABIBER, *l'arbitrage international de droit privé*, Paris, LGDJ, 1960.

⁸⁹⁹ Article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'exécution des sentences arbitrales international.

⁹⁰⁰ Voir article 15 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International.

Une fois que sa compétence est établie et les questions de procédure ayant été réglées, l'arbitre ou le tribunal arbitral doit ensuite connaître quels principes il va appliquer pour prendre sa décision. Il faut souligner que le droit applicable à la procédure arbitrale n'est pas nécessairement celle qui régit le fond du litige. Pour déterminer la loi qui régit le fond du litige, il est admis en droit international, que le principe directeur est celui de l'autonomie de la volonté. C'est l'expression générale de la volonté des parties que l'arbitre doit rechercher en tenant compte du choix opéré par les parties⁹⁰¹. En effet, la nature contractuelle de l'arbitrage, car celui-ci a incontestablement une origine contractuelle, confirme que la loi choisie par les parties gouverne les effets du contrat. Les parties décident, d'un commun accord, de soumettre leur différend à un arbitre dont elles précisent la mission, le règlement du fond ainsi que la procédure arbitrale⁹⁰². Les conventions internationales et les règlements d'arbitrage type sur l'arbitrage international témoignent également de la liberté offerte aux parties de choisir elles-mêmes la loi applicable à leur contrat. Il est prévu à la Convention de New York de 1958 que la reconnaissance et l'exécution de la sentence seront refusées si la convention n'est pas valable, en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée⁹⁰³. Et les règlements de la CCI et de la CNUDCI disposent que « les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige »⁹⁰⁴.

498. Il peut arriver que les parties ne prévoient pas de droit applicable. Cela veut dire que les arbitres doivent faire application quant au fond, de la loi qu'il leur paraît le plus raisonnable d'appliquer compte tenu des circonstances de l'espèce. Il n'existe pas pour l'arbitrage international une loi étatique dont l'application s'imposerait en vertu de norme supérieure d'un ordre juridique dont elle serait le gardien. Toutes les lois étatiques sont à cet égard de même valeur⁹⁰⁵.

499. Ainsi délié de toute allégeance étatique, l'arbitrage international ne devrait pas non plus se placer dans le cadre d'un conflit de lois nationales pour déterminer le droit applicable. L'arbitre international ne devrait prendre en considération essentiellement que la nature et les caractéristiques du contrat, pour juger que celui-ci doit être soumis à tel ou tel autre droit. D'autre part, le compromis ou contrat d'arbitrage peut aller plus loin. Au lieu de fixer à l'arbitre les règles sur la base desquelles il doit statuer, il lui réserve une grande zone de liberté et lui donne des pouvoirs plus étendus que ceux dont est habituellement investi un juge ordinaire⁹⁰⁶. L'arbitre peut agir en

⁹⁰¹ L. CAVARE, *droit international public positif*, T II, 3^e éd. Paris, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1969. ; GOLDMAN, FOUCHARD P. et GAILLARD E., *traité de l'arbitrage commercial international*, Paris Litec, 1996, p. 80.

⁹⁰² L. CADIET et CLAY Th. op. cit, p. 42.

⁹⁰³ Article 5 al. 1-a de la convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, RTUN (Nations Unies, Recueil des Traités), 1959, vol. 330, n° 4739, p. 38.

⁹⁰⁴ Art. 7 de la convention européenne de 1961 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, RTUN, 1964, vol. 184, n° 7041, p. 364 ; art. 13-«3 du règlement de CCI et art. 33-1 du règlement de la CNUDCI.

⁹⁰⁵ BOURNONVILLE, *l'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 332.

⁹⁰⁶ L. CAVARE, op.cit p. 284.

amiable compositeur. Il pourra statuer non seulement d'après les principes de droit mais aussi en s'inspirant des faits, de l'équité et de toutes circonstances pouvant l'amener à adopter des solutions transitionnelles⁹⁰⁷. Ainsi, on peut dire que l'amiable composition vise à rétablir l'harmonie entre les parties sans trop se soucier de ce que dit le droit strict.

500. En même temps qu'il fait naître de nouveaux types de contentieux, le développement de la pratique du réseau et des activités commerciales sur Internet suscite une évolution des méthodes de traitement des litiges. Il existe même des sites qui proposent en ligne un règlement des litiges et ils sont en plein essor. Certains d'entre eux se sont spécialisés dans un seul mode de règlement, dans un seul type de litige. Les sites de résolution en ligne des litiges utilisent la technique de la médiation ou de l'arbitrage selon le cas, ou les deux. L'un des premiers centres dédiés à la résolution en ligne des litiges fut le cyber-tribunal, centre de résolution des conflits cybernétiques qui avait été présenté en juin 1998 par le Centre de recherche en Droit public de l'Université de Montréal. L'activité du cyber-tribunal a pris fin pour faire place à un nouveau projet de résolution en ligne des différends dénommé « eResolution ».

En France, une association privée créée en 1997 et dénommée « IRIS » propose des services en ligne pour la résolution des petits conflits liés à l'utilisation de l'Internet. Aux États-Unis, « on line omtuds office » propose un service de médiation en ligne. La question qui se pose est de savoir quel sera le cadre juridique de ces centres de résolution des litiges en ligne ? Et quelle valeur juridique aura leur décision ?

SECTION 2 : les sources communautaires : l'arbitrage en ligne une utopie ou une réalité ?

501. Le droit communautaire joue en matière d'arbitrage un rôle décisif car, l'exécution des sentences étrangères y est garantie. En créant entre les États parties au traité OHADA une Cour commune de justice et d'arbitrage, les rédacteurs de ce traité ont eu l'idée de dynamiser par ce moyen l'œuvre d'uniformisation du droit des affaires en Afrique, notamment en s'assurant que les règles édictées sont interprétées et appliquées de la même manière dans l'ensemble des pays signataires. D'un côté des centres d'arbitrage sont créés à travers le droit communautaire. Ces centres éditent des règlements d'arbitrage qui sont appliqués lorsque l'instance arbitrale se déroule sous son égide. Ainsi le droit interne des États admet que ces règlements d'arbitrage se substituent à leur droit positif, sous réserve des dispositions impératives de ce dernier. De plus, conformément à

⁹⁰⁷ L. CADIET, et CLAY Th. op.cit p. 43.

l'article 13 du Traité sur l'Union Européenne chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les Traités (**paragraphe 1**). D'un autre côté, la tendance est de permettre aux parties à un litige, de le soumettre à une plateforme en ligne qui les aidera à résoudre leur litige. Mais nous doutons fort qu'un tel arbitrage puisse aboutir en matière de contentieux du transport maritime (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les sources communautaires

502. L'arbitrage, nous l'avons vu, revêt une importance particulière dans le commerce international. Or, cette particularité est plus accentuée dans le cadre communautaire. Ainsi, à partir de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), les États ont sus développer et adapter ce mode de règlement des litiges dans leur législation interne. Cette harmonisation permet aux opérateurs économiques des différents États africains de régler leurs différends par un organe neutre, statuant en toute indépendance⁹⁰⁸ D'ailleurs dans son préambule, le traité de l'OHADA démontre la volonté des États membres, d'uniformiser le droit des affaires en Afrique et de promouvoir le règlement d'arbitrage.

503. Il faut toutefois rappeler que c'est avec l'adoption du traité de l'OHADA, que l'arbitrage c'est développé en Afrique car, il était inexistant ou peu réglementé⁹⁰⁹ par les législations nationales. Le Traité promeut la rédaction de textes législatifs dont l'application sera commune à l'ensemble des États contractants. Ces textes apparaissent sous le vocable d'Actes Uniformes, (voir l'article 5 du traité). C'est ainsi qu'a été ratifié le 11 mars 1999 l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage. L'Acte régit la pratique arbitrale dans les États membres⁹¹⁰ et fait preuve de loi en tout ce qui concerne les règles qui doivent gouverner le processus arbitral. Il régit entre autre la procédure arbitrale de la composition du tribunal jusqu'à la sentence arbitrale ; y compris les modalités, les effets et les recours envisageables. Il faut souligner que l'Acte contient des dispositions relatives à l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales au niveau communautaire et international.

⁹⁰⁸ A ce propos, AMOUSSOU-GUENOU Roland, « *droit de l'arbitrage en Afrique avant l'OHADA* », voir FOUCHARD Philippe, « *l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique* », Bruylant, 2000, p. 41.

⁹⁰⁹ Voir Renaud SORIEUL Administrateur principal au secrétariat de la CNUDCI « convergences entre la CNUDCI et l'OHADA » in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, éd. Bruylant 2000. P. 43-49,

⁹¹⁰ Voir : ONANA ETOUNDI, Félix.- OHADA : Jurisprudence thématique, commentée et annotée de la Cour Commune de Justice et d'arbitrage 2ème éd., 1997-2008.- Yaoundé : AMA-CENC, 2009.- p. 489 ; revue camerounaise de l'arbitrage, KENFACK DOUAJINI, Gaston.- L'arbitrage en Afrique : questions d'actualité : Actes du colloque tenue à Yaoundé (Cameroun) les 14 et 15 janvier 2008.- Yaoundé : RCA, 2010.- 253 p ; TJOUEN, Alex-François.- Les rapports entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA.- Lille : ANRT, 2006. p. 420 ; LE BARS, Benoît.- Droit des sociétés et de l'arbitrage international Pratique en droit de l'OHADA.- Paris : Joly édition, 2011, p. 556 ; POUGOUE, Paul Gérard, KUATE TAMEGHE Sylvain Sorel.- Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA.- Paris : L'Harmattan, 2010.

Au Sénégal, l'arbitrage est réglementé par une institution : le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation (CAMC) a été créé par le Décret n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions permanentes d'arbitrage. Ce texte est en parfaite harmonie avec les besoins spécifiques des opérateurs économiques. C'est dans ce contexte que le Sénégal a ratifié la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (CIRDI), le Traité de l'OHADA, et la Recommandations de l'OMC.

La réglementation antérieure de l'arbitrage au Sénégal est fortement marquée par le Code de Procédure Civile qui exclut tout recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public ; ignorant aussi la clause compromissoire et ne prévoit pas d'arbitrage institutionnel. Ces insuffisances ont contribué au faible développement de l'arbitrage au Sénégal⁹¹¹. Ceci étant, il est important de noter que le nouveau droit de l'arbitrage africain, le droit OHADA de l'arbitrage, est considéré comme l'un des plus récents de la série de modernisation des législations sur l'arbitrage ; il se conforme au modèle proposé par les recommandations de la CNUDCI.

La dichotomie entre arbitrage interne et arbitrage international ne laisse pas apparaître la particularité de l'arbitrage ; mettant en jeu le droit de l'Union européenne. Ce droit ressemble à certains endroits à un droit interne aux États du fait de son intégration à l'ordre juridique interne. Il est également une composante de droit international pour les États non membres de l'Union ayant à connaître du droit de l'Union.

504. Dans l'Union européenne, l'arbitrage peut s'effectuer devant la CJUE et cette procédure n'est pas nouvelle. En effet, le Traité de Rome de 1957, en ses articles 181 et 182 offre les mêmes dispositions en des termes quasiment identiques à ceux des articles 272 et 273 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE). De plus, ces articles ont été reproduits dans le Traité d'Amsterdam de 1997 avant d'être repris par le Traité de Lisbonne de 2009 avec des modifications mineures. Les articles 272 et 273 du TFUE donnent compétence à la Cour de justice de l'Union Européenne pour « *statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par l'Union ou pour son compte* », ainsi que pour « *statuer sur tout différend en connexité avec l'objet des traités, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis* ».

⁹¹¹ De ce point de vue, le Sénégal avait entamé une réforme du code de procédure civile en affirmant une réelle volonté de promouvoir l'arbitrage, en tant que mode alternatif de règlement des litiges, offrant ainsi un cadre très favorable à son développement. La loi n° 98-30 du 14 avril 1998 sur l'arbitrage ajoute un Livre VII à la deuxième partie du Code des obligations civiles et commerciales. Elle est complétée par les décrets n° 98-492 du 5 juin 1998 relatif à l'arbitrage interne et international et à la loi n° 98-493 du 5 juin 1998 relatif à la création d'institutions d'arbitrage. Le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC), fonctionne sur le modèle du CAMP de Paris dont il s'inspire. Il a été créé par la Chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar à l'issue de réflexions avec le Comité de réforme. Ce type d'institution existe dans la plupart des pays membres de l'OHADA. Une place prééminente est faite aux institutions permanentes d'arbitrage. Et aboutira à la mise en place d'une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA).

Mais, l'arbitrage reste très prisé dans le monde des affaires maritimes grâce à la simplicité de la procédure. La quasi-totalité de la doctrine a constaté une forte expansion de l'arbitrage dans la mesure où des pays qui étaient jusque là très réticents à cette *autre forme de justice*⁹¹² l'ont reconnue dans leur système judiciaire. Cette expansion s'accompagne d'une forte libéralisation de la pratique dans les pays traditionnellement favorables à l'arbitrage⁹¹³.

505. En effet, nul ne peut ignorer désormais l'importance prise par les procédures arbitrales dans le monde des affaires, en particulier dans le commerce international. L'Union européenne étant basée sur un marché unique, son droit économique est particulièrement développé. Pour cela, la rencontre entre ces deux domaines est inévitable. L'Union européenne a un système juridique propre⁹¹⁴ dont la CJUE est la gardienne, de ce point de vu, l'arbitrabilité du droit de l'UE n'a pu être accueillie favorablement par les juridictions étatiques. En effet, il s'agissait pour la Cour d'accepter l'immixtion d'un juge privé qui, n'ayant pas de for, n'avait juridiquement aucun point de rattachement avec la Cour. Pourtant, consciente des enjeux en présence, la CJUE a reconnu l'applicabilité du droit de l'Union européenne par les arbitres. Désormais, aussi bien la Cour que les États membres reconnaissent à l'arbitre la possibilité de trancher le litige qui lui est soumis au regard du droit de l'Union européenne.

Les récentes faveurs de la Commission européenne pour le développement d'un arbitrage afin de contrôler les engagements pris par les entreprises en matière de concurrence symbolisent l'importance prise aujourd'hui par l'arbitrage, qu'il soit voulu par les parties, par la Commission ou bien par les États. Dans ce contexte, plus que favorable *a priori* à l'arbitrage, on peut tout de même se demander si l'éclatement du contentieux entre la CJUE, les juges nationaux et les arbitres ne conduit pas à un éclatement des solutions⁹¹⁵.

506. Ailleurs, le droit français, actuellement considéré comme l'un des plus avancés et libéraux en matière d'arbitrage et qui a connu une réforme importante par le décret⁹¹⁶ du 13 janvier 2011 prévoit deux régimes, l'un pour l'arbitrage interne et l'autre pour l'arbitrage international⁹¹⁷.

⁹¹² RENÉ DAVID, cité dans le cours de droit du commerce international du Professeur COHEN, 2^{ème} semestre, 2015, Univ. Paris II panthéon-Assas.

⁹¹³ La France et la Suisse.

⁹¹⁴ CJCE, Costa c/ E.N.E.L, arrêt du 15 juillet 1964, aff. 6/64, p. 011041 11 CA Paris, 1^{ère} ch., Labinal, arrêt du 19 mai 1993.

⁹¹⁵ Voir le Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (72/454/CEE), JO n° L299/31 du 31/12/1972 p. 0032-0042 15 Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.

⁹¹⁶ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n°11 du 14 janvier 2011 page 777.

⁹¹⁷ A ce propos : BILLEMONT, Jean, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, Paris, LGDJ, 2013, 533 p. CLAY, Thomas, *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso éd., 2011, 266 p. ; DEBOURG Claire, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Paris, LGDJ, 2011 ; FONTMICHEL, Maximin, *Le faible et l'arbitrage*, Paris, Economica, 2013, 510 p. KASSIS, Antoine, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international - le*

De même, la conception française de l'arbitrage lui donne une place privilégiée et le détache particulièrement de l'État. On tend dès lors vers une *dématérialisation* de l'arbitrage international.

Paragraphe 2 : l'arbitrage international via Internet : possible pour les litiges concernant les contrats de vente, mais improbable pour les litiges découlant du contrat de transport maritime

507. On ignore aujourd'hui jusqu'où l'évolution de l'informatique peut conduire le droit. En effet, le Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 a créé une plateforme relative au règlement en ligne des litiges de consommation. Ce règlement décide de soumettre à l'arbitrage via Internet, des litiges concernant des obligations contractuelles découlant de contrats de vente ou de service en ligne entre un consommateur résidant dans l'Union et un professionnel établi dans l'Union. Et cela par l'intermédiaire d'une entité de règlement extrajudiciaire de litige (RLL) figurant sur la liste établie conformément à l'article 20, paragraphe 2, de la directive 2013/11/UE et au moyen de la plateforme de règlement de litige en ligne (RLL). Cette répartition rappelle celle de l'arbitrage classique avec l'arbitrage *ad hoc* et l'arbitrage institutionnel.

508. Le règlement a pour objectif : d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, et notamment dans sa dimension numérique, par la mise en place d'une plateforme européenne de RLL (ci-après dénommée «plateforme de RLL»). Facilitant ainsi la résolution indépendante, impartiale, transparente, efficace, rapide et équitable, par voie extrajudiciaire, des litiges via Internet entre consommateurs et professionnels⁹¹⁸. La base juridique pour la mise en place de la plateforme de résolution des litiges est le règlement précédemment nommé. IL décrit entre autre les fonctions principales de la plateforme, ainsi que les étapes suivies par une plainte introduite sur cette dernière. Il vise à garantir aux consommateurs un accès libre au règlement extrajudiciaire des litiges par le processus électronique.

509. Le règlement s'applique aux conventions extrajudiciaires de résolution des litiges ci-dessus évoqués, introduits par un professionnel contre un consommateur, dans la mesure où la législation de l'État membre dans lequel le consommateur réside habituellement permet que de tels litiges

droit français en question, Paris, L'Harmattan, 2006, 574 p. MOTULSKY, Henri. *Écrits - études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010, 541 p.

⁹¹⁸ Article 1 du Règlement (UE) No 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC). JO.UE, 18.6.2013.

soient résolus par l'intermédiaire d'une entité de RLL. Conformément à l'article 9 une plainte peut être introduite sur la plateforme de RLL. Cette dernière est traitée si toutes les rubriques nécessaires du formulaire de plainte électronique ont été remplies. Ainsi, une entité de RLL qui a accepté de traiter un litige conformément à l'article 9 du règlement, clôture la procédure⁹¹⁹ de RLL dans le délai visé à l'article 8. Cette procédure n'exige pas la présence physique des parties ou de leurs représentants, à moins que la convention prévoit cette possibilité et que les parties en conviennent. Le RLL communique sans délai les informations suivantes à la plateforme de RLL : la date de réception du dossier de plainte, l'objet du litige, la date de clôture de la procédure de RLL et l'issue de la procédure de RLL. L'accès au règlement extrajudiciaire des litiges est assuré quel que soit le contrat (produit ou service), qu'il ait été conclu en ligne ou hors ligne, et que le commerçant soit établi dans l'État membre du consommateur ou dans un autre.

510. Toutefois, le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable sont des droits fondamentaux définis par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De ce fait, le RLL n'a pas pour vocation de se substituer aux procédures judiciaires et ne peut pas être conçu à cet effet ; en outre, il ne saurait priver les consommateurs ou les professionnels de leurs droits à former un recours devant les tribunaux. Par conséquent, le règlement ne saurait empêcher les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire⁹²⁰.

Pour mieux faire connaître la plateforme de RLL auprès des consommateurs, les professionnels établis dans l'Union participant à des contrats de vente ou de service en ligne doivent inclure, dans leur site internet, un lien électronique vers la plateforme de RLL. Les professionnels doivent en outre communiquer leur adresse électronique, de façon à ce que les consommateurs disposent d'un premier point de contact. Une proportion importante des contrats de vente ou de service en ligne sont conclus en utilisant des places de marché en ligne, qui mettent en contact les consommateurs et les professionnels ou qui facilitent les transactions en ligne⁹²¹.

511. Cette nouvelle forme d'arbitrage si elle offre une rapidité et une spontanéité du dépôt de la plainte sur la plateforme, reste encore floue. En effet le déroulement de l'arbitrage nécessite une négociation contradictoire entre les parties ; faisant souvent appel à la présence physique, d'une part. Et même si l'échange de conclusions par voie électronique est envisagé, ces dernières doivent être interprétées pour asseoir la sentence arbitrale, d'autre part. Pour ce qui est de l'arbitrage en matière de contentieux du transport maritime, les montants sont très élevés pour être soumis à un

⁹¹⁹ Article 10 Règlement du litige : de la directive 2013/11/UE ; a), *op.cit.*

⁹²⁰ Considérant 26 du Règlement (UE) No 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC). JO.UE, 18.6.2013.

⁹²¹ Considérant 30 du Règlement, *op.cit.*

arbitrage en ligne. De même les opérateurs ne sont pas pour le moment disposés à faire appel à une plateforme de règlement des litiges en ligne pour résoudre leur différent.

CHAPITRE II : la preuve de la convention arbitrale et l'écrit électronique

512. Nous l'avons vu, sous peine de nullité, la convention d'arbitrage interne est écrite contrairement à la convention d'arbitrage international⁹²². L'article 1443 du Code de procédure civile prescrit, sous peine de nullité, que la convention d'arbitrage soit écrite et indique en même temps la forme que peut prendre cet écrit et plus précisément la forme électronique. En effet, si le régime est désormais unifié, nous avons cependant procédé à une distinction entre la clause compromissoire et le compromis. Pour ce qui de la clause compromissoire, aucun texte, avant le décret n° 80-354 du 14 mai 1980 (JO 18 mai), ne prévoyait des règles en matière de rédaction et de mode de preuve des clauses compromissoires. Ces dernières n'étaient concevables qu'en matière commerciale. Or, il était admis que la preuve de leur existence relevait de l'article L. 110-3 du Code de commerce, ancien article 109. Depuis le décret du 14 mai 1980, l'article 1443 du Code de procédure civile exige l'écrit sous peine de nullité ; le décret du 13 janvier 2011⁹²³ (JO 14 janv.) n'ayant modifié que légèrement les formes que peuvent prendre cet écrit. L'écrit est donc une condition de validité de la clause compromissoire, ce qui lui confère un caractère solennel. Cependant, l'écrit a pour but de s'assurer du consentement des parties à l'arbitrage.

513. D'ailleurs, la jurisprudence exige une acceptation certaine de la partie qui s'oblige et l'écrit permet de présumer l'existence de ce consentement. En ce sens, la Cour d'appel de Paris a annulé une sentence arbitrale pour défaut de convention d'arbitrage. Selon la Cour, cette dernière ne comportait pas la signature de l'une des parties et il n'était produit aucune pièce émanant de celle-ci pouvant s'analyser comme un commencement de preuve par écrit⁹²⁴.

Désormais, l'article 1443, tel que rédigé par le décret du 13 janvier 2011, prévoit que la convention d'arbitrage soit constatée par écrit sous peine de nullité⁹²⁵. Or, la sanction de la nullité n'était pas prévue avant ce décret et, d'après la jurisprudence, l'écrit était exigé seulement *ad probationem*⁹²⁶. Il a d'ailleurs été admis que le compromis pouvait être prouvé par un commencement de preuve par écrit complété par des témoignages ou des présomptions, telles qu'un échange de courrier électronique faisant allusion à l'arbitrage qui sera organisé⁹²⁷. Dès lors, nous

⁹²² Paris, 24 févr. 2005, Rev. arb. 2006, p. 210 ; JCP 2005, I, 179, n°1, obs. Ch. SERAGLINI : « la convention d'arbitrage international n'obéit à aucune règle de forme, mais à un principe de validité qui repose sur le seul accord de volonté »

⁹²³ DMF, n° 2011-48, *op-cit*.

⁹²⁴ CA Paris, pôle 1, ch. 1, 8 avr. 2014, n° RG : 13/10022 ; dans le même sens : Cass. 1^{re} civ. 6 nov. 2013, n° 11-18.709, Bull. civ. I, n° 201, Proc. 2014, comm. n° 10, note WEILLER L.

⁹²⁵ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 –art. 2.

⁹²⁶ CA Paris, 13 janv. 1984, Revue de l'arbitrage 1984, p. 530.

⁹²⁷ CA Paris, 13 janv. 1981, Revue de l'arbitrage 1982, p. 66, note RUBELLIN DEVICHI J. ; CA Paris, 13 janv. 1984, Revue de l'arbitrage 1984, p. 530, obs. Bernard Th.

constatons que le décret du 13 janvier 2011 est plus contraignant en prévoyant que le compromis soit écrit sous peine de nullité. Cela étant, cette contrainte est relative car, en pratique, les parties recourent systématiquement à l'écrit (**section 1**). Et pour plus de célérité ils peuvent recourir à l'écrit électronique. Il nous faut cependant régler la question des différents types d'écrits que peut prendre la convention d'arbitrage. Afin de mesurer les dimensions de l'exigence ou non de l'écrit en matière d'arbitrage international (**section 2**).

SECTION 1 : la clause arbitrale écrite ou référenciée dans le contrat principal

Devant les lourdeurs et les lacunes actuelles des appareils judiciaires gouvernementaux, le recours à l'arbitrage est partout considéré comme une solution incontournable, efficace et adapté au contentieux des affaires maritimes. Le commerce maritime, par essence tourné vers l'international s'y prête incontestablement plus que nombre d'autres secteurs économiques. Car le socle est contractuel, il existe nécessairement des conditions plus ou moins libérales, pour que l'accord soit considéré valablement comme formé et produire ses effets.

514. Toutefois, nous ne nous tournerons pas vers une distinction classique des conditions de fond et de forme, simplement parce que l'étude porte sur la valeur juridique des éléments de forme : les documents électroniques pouvant être utilisés pour la conclusion des conventions d'arbitrage. Le particularisme du régime de l'arbitrage laisse apparaître des conditions spécifiques de validité inhérentes à la clause compromissoire. Nous tenterons de répondre à la question de savoir si l'insertion par voie électronique de la clause compromissoire dans le contrat principal peut être fournie comme élément de preuve (**paragraphe 1**). Si, l'absence de forme est admis dans l'arbitrage international, le sort de la clause compromissoire par référence soulève des difficultés et dans ce sens, la négation du formalisme n'est que théorique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : les incidents relatifs à la clause compromissoire : le formalisme atténué, l'acceptation de la clause par les tiers

515. Le droit français n'impose pas un quelconque formalisme en matière d'arbitrage international. Alors que la convention de New York de 1958 pose une règle plus exigeante en

prévoyant à son article II paragraphe 2 que la convention d'arbitrage doit être écrite⁹²⁸. Cette disposition n'est pas applicable devant le juge français⁹²⁹. A cet instant, il faudra s'interroger sur l'efficacité formelle d'une convention arbitrale surtout en matière de construction navale et d'affrètement. Dans ces domaines la stipulation de convention d'arbitrage est presque automatique et vu les montants en jeu, un formalisme particulier devrait être rempli. Mais la règle posée par l'article 1507⁹³⁰ (*la convention d'arbitrage international n'est soumise à aucune condition de forme*) du Code de procédure civile français ne pose pas d'obstacle dans sa méthode conflictuelle. En effet, on n'interrogera pas, devant un juge français, une loi étrangère éventuellement compétente pour déterminer les conditions de forme de la convention d'arbitrage. Le juge français placé dans cette situation se référera aux dispositions de l'article 1507 du Code de procédure civile.

516. Notons que la loi type (amendée en 2006) de la CNUDCI sur l'arbitrage international a donné sa position sur la question de la forme de la convention d'arbitrage. Le texte contient une alternative dans les dispositions de son article 7⁹³¹. L'option 1 requiert la forme écrite, tandis que l'option 2 n'impose aucune condition de forme elle se borne à reprendre la définition de la convention. S'agit-il d'une liberté laissée aux États de s'inspirer de l'une quelconque des options, en pensant que l'option 2 n'exige pas de forme. Ce qui soulèverait une contradiction dans la rédaction ou une erreur de rédaction dans la mesure où le paragraphe 2 de l'option 1 dispose clairement et impérativement que la convention d'arbitrage *doit* se présenter sous forme écrite. A la lecture de ce texte sus-évoqué, il nous semble que la forme est juridiquement opérante. Si non le texte devrait être rédigé de la manière suivante : *la convention d'arbitrage peut se présenter sous forme écrite*. Là on sent clairement que ça n'est pas une obligation contrairement à l'utilisation du terme *doit*.

517. Toutefois, en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui la contient, notamment les conditions générales ou contrat-type, est valable⁹³². Cette jurisprudence valide notre conception du caractère théorique de l'efficacité informelle de la convention d'arbitrage. En effet, de nombreux contrats contiennent des clauses d'arbitrage. Dès lors, à côté des contrats de transport maritime et des affrètements, se trouvent de multiples autres matières contentieuses offrant également des perspectives intéressantes d'arbitrabilité, et pour lesquels la CAMP a su par le passé apporter des réponses adaptées aux

⁹²⁸ La convention écrite s'entend par une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis signé par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégramme, cf. paragraphe 2 de l'article II de la convention de New York.

⁹²⁹ Civ. I, 7 juin 2006, Bull. I, n° 287, p. 251; Rev. arb. 2006, p. 945, note E. GAILLARD ; JDI 2006, p. 1384, note A. MOURRE; JCP 2006, I, 187, n° 8, obs. Ch. SERAGLINI.

⁹³⁰ Art. 1507, Décret n° 2011-48, op-cit.

⁹³¹ Arti. 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985, avec les amendements adoptés en 2006.

⁹³² Civ. 1^{re}, 9 nov. 1993; Bull. civ. I, n° 313; Gaz. Pal. 1994.

plaideurs français, africains et étrangers⁹³³. Tels sont les cas du contentieux des saisies conservatoires de navires, de la construction⁹³⁴ et de la réparation navale, ceux de la manutention portuaire, ou ceux du pilotage, du remorquage ou du lamanage, et de manière plus générale le contentieux né des prestations les plus diverses offertes en milieux maritime et portuaire (dragage, courtage, consignation, agence maritime, entreposage, transit, commission de transport, etc.).

518. Cette clause insérée par référence, n'est opposable au cocontractant que lorsque ce dernier a eu connaissance de la teneur du document au moment de la conclusion du contrat et qu'il accepte, même par son silence, l'incorporation⁹³⁵. Doit-on admettre aussi l'échange de courrier électronique faisant allusion à la clause compromissoire à défaut de sa mention dans le contrat principal ? Tout compte fait, le juge a l'obligation de rechercher si la partie qui conteste l'application d'une clause compromissoire qui ne figurait pas dans la convention elle-même, mais seulement dans les conditions générales ou un lien hypertexte, auxquelles celle-ci se référerait, n'avait pas eu connaissance de cette clause et si, dans l'affirmative, elle, n'avait pas, par son silence, accepté son incorporation au contrat⁹³⁶. Faut-il déduire de cette jurisprudence une réponse par analogie pour en tirer les mêmes conséquences dans le cadre du référencement électronique de la clause compromissoire ? nous pensons que oui. En effet, à la lecture du paragraphe 6) de l'article 7 de la Loi type sus-analysé, la référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat⁹³⁷. Cela signifie que le référencement doit se faire sous forme écrite et doit être consigné durablement.

519. Si le formalisme n'est pas obligatoire dans la convention d'arbitrage international en droit français, l'organisation et le déroulement du contentieux d'arbitrage ne sont pas pour autant stables du fait des incidents relatifs à la preuve de l'existence de la clause compromissoire. La production des éléments de preuve conditionne le sort réservé à la clause insérée ou non dans le contrat principal. Dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 22 nov. 2005⁹³⁸, les juges retiennent que les connaissances émis sous couvert d'une charte partie au voyage à laquelle ils se réfèrent expressément permettent de déterminer le droit applicable concernant l'arbitrage⁹³⁹. Si les destinataires ont pu avoir connaissance de la clause dès le déchargement, les assureurs subrogés ne pourront pas se prévaloir de l'inopposabilité de la clause à leur égard. Cela vaut aussi en l'absence de consentement exprès,

⁹³³ Lettre d'information de la chambre arbitrale maritime de Paris, Gaz. Ch. n° 34, 2014.

⁹³⁴ Aux termes de l'article 5 de la loi du 3 janvier 1967, art L. 5113-1, *op-cit*, p. 12. BONASSIES, SCAPEL.

⁹³⁵ Rev. arb. 2003. 1341, obs. LEGROS; Paris, 27 juin 2002: Gaz. Pal. 20-21 déc. 2002, p. 12.

⁹³⁶ Civ. 1^{re}, 26 juin 1990 : Rev. arb. 1991. 291, note KESSEDJIAN.

⁹³⁷ Art. 7 § 6) de la Loi type, *op-cit*.

⁹³⁸ Bull. civ. I, n° 420.

⁹³⁹ RTD com. 2006. 251, obs. DELEBECQUE.

dès lors qu'il est habituel qu'une clause arbitrale internationale soit insérée dans un contrat de transport maritime international.

520. Cependant, cet incident est légalement justifié au regard de la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa compétence sous le contrôle du juge d'annulation et sauf inapplicabilité manifeste de la clause⁹⁴⁰. L'analyse de la jurisprudence démontre, encore une fois, la force de l'écrit pour prouver l'existence du consentement. Pour le savoir, nous nous sommes basés sur l'extension de la clause compromissoire à des contrats mettant en œuvre la même opération économique. Un arrêt civ. 1^{re}, 11 juillet 2006 relève d'abord, que le connaissement est soumis à une charte partie prévoyant un arbitrage à Londres, que les clauses de la charte partie sont opposables aux détenteurs⁹⁴¹ successifs du connaissement comme en faisant partie intégrante et, enfin, que les assureurs n'apportent pas la preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage⁹⁴². Nous l'avons vu, la circulation du connaissement pourrait, dans ce sens, s'apprécier au regard de la subrogation personnelle sauf que dans ce cas d'espèce l'acceptation de la clause compromissoire semble acquise automatiquement au détenteur. Il n'en serait pas autrement si la clause était intégrée électroniquement car l'écrit électronique est admis au même titre que l'écrit sur support papier. Mais dans les échanges de courrier électronique, pour que la clause compromissoire référencée dans un connaissement soit opposable au destinataire, il faut que ce dernier aussi par des moyens électronique puisse accéder au contenu du document et il faut qu'il l'ait accepté par des moyens électroniques. Et l'absence de réponse au courrier électronique ou l'absence d'accusé de réception ne sont pas un silence et ne doivent pas équivaloir à une acceptation. L'acceptation peut survenir au moment où, recevant la marchandise, il avait adhéré par des messages électroniques au contrat de transport⁹⁴³. Est-ce-que l'acceptation par le chargeur de la clause compromissoire insérée au connaissement suffit à la rendre opposable au destinataire qui ne l'avait pas acceptée ? La réponse est que le contenu informationnel doit parvenir au destinataire⁹⁴⁴ et que ce dernier doit l'accepter. Doit-on retenir pour principe l'acceptation automatique des clauses compromissoires en cas de transfert de contrat ? La jurisprudence semble être favorable à cela. L'insertion à titre habituel d'une clause d'arbitrage dans un contrat de transport maritime international permet selon la jurisprudence, de déduire l'existence d'une volonté de contracter une telle clause, si la partie ne fait pas la preuve de l'expression d'une

⁹⁴⁰ JDJ 2006. 622, note LEGROS ; Gaz. Pal. 21-22 avr. 2006, p. 6, obs. KAPLAN.

⁹⁴¹ Paris, 1^{re} ch., 10 avr. 2008 : JCP 2008. IV. 1901 « *la partie consignataire d'une vedette, qui a sombré en cours de remorquage, ne peut se prévaloir de l'inopposabilité de la clause à son égard en l'absence de signature et de consentement exprès de sa part alors que la transmission du connaissement au destinataire fait présumer l'acceptation de la clause compromissoire sans qu'il soit démontrer un consentement spécifique de ce dernier* »

⁹⁴² RTD. Com. 2006. 947. DELEBECQUE.

⁹⁴³ Com. 29 nov. 1994; DMF 1995. 218, note TASSEL; RTD com. 1996. 250, obs. DUBARRY et LOQUIN.

⁹⁴⁴ Com. 20 juin 1995 : Rev. arb. 1995. 623, obs. GOUTAL.

volonté contraire avec la clause attributive de juridiction⁹⁴⁵. Cette déduction doit être interprétée dans le cadre des relations d'affaires où la tacite reconduction est admise⁹⁴⁶. Mais, il est constant que la production des éléments de preuve n'est pas toujours aisée en matière d'arbitrage ad hoc.

Paragraphe 2 : les difficultés de production de la preuve dans la procédure d'arbitrage

L'arbitrage commercial international, contrairement à la procédure civile, n'a pas de règle de preuve spécifique⁹⁴⁷, alors que le sort du litige dépend fréquemment de la manière dont la preuve a été administrée⁹⁴⁸. Toutefois, l'administration de la preuve nécessite une collaboration loyale entre les parties. Les difficultés n'arrivent que si l'une des parties refuse de produire un document qui est essentiel pour l'aboutissement du litige. L'arbitre, dans le cadre de l'arbitrage international, ne dispose pas d'un pouvoir effectif pour contraindre les parties à exécuter ses décisions⁹⁴⁹. Mais, la jurisprudence a reconnu aux arbitres le pouvoir de prononcer une injonction de faire⁹⁵⁰. De plus, l'article 1467 alinéa 3 du Code de procédure civile énonce que *si une partie détient un élément de preuve, le tribunal peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte*. On peut déduire de cet article le mode d'envoi électronique des documents de preuve. Toutefois, une partie peut dénier un mail en contestant l'intégrité de la clause. Mais, l'arbitre ne pourra pas écarter l'instrumentum électronique du fait de l'affirmation de l'égalité entre l'écrit papier et l'écrit électronique. Donc la clause compromissoire figurant dans les conditions générales d'un contrat de transport sous forme électronique doit être stipulée écrite au sens de l'article 1365 et suivant. En effet, il ne suffit pas de prétendre qu'un mail n'est pas intrinsèquement recevable comme mode de preuve pour l'écarter⁹⁵¹. Ainsi, pour le défendeur à qui l'on oppose un message électronique qui ne correspond pas aux exigences des articles 1366 et 1367 du Code civil, peut, soit nier s'être engagé ou contester le contenu du mail que l'on veut lui opposer⁹⁵².

⁹⁴⁵ Paris, 1^{re}, ch. 10 avr. 2008 op-cit.

⁹⁴⁶ Civ. 1, 11 oct. 1989, Rev. arb. 1990, op-cit.

⁹⁴⁷ F. RHULMANN et O. GUTKES, *L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux : remèdes souhaitables*, RDAI, 1995, n° 4, p. 437-464, cité par E. CAPRIOLI, in *droit international de l'économie numérique*, 2 éd. LexisNexis, 2007, p. 122.

⁹⁴⁸ E. CAPRIOLI, op-cit, p. 122.

⁹⁴⁹ J-F POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, spéc. N° 538-441, p. 493-495.

⁹⁵⁰ Paris, 7 oct. 2004, Rev. arb. 2004, p. 982 ; JCP G 2005, I, 134, n° 5 et 7, obs. J. ORTSCHIEDT, qui relève que le prononcé d'astreinte ou injonction constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise aucun dépassement de la mission de l'arbitre.

⁹⁵¹ L. GRYNBAUM, C. Le GOFFIC, L-M. HAIDARA, *Droit des activités numériques*, éd. 1, Dalloz 2014, p.24 n° 31.

⁹⁵² Loi du 13 mars 2000.

L'arbitre peut donc enjoindre aux parties d'exécuter les mesures qu'il aura définies pour la résolution du litige. Alors, qu'en cas de refus, il ne peut les obliger à coopérer. Dans cette situation, il ne peut que tenir compte de ce refus, qui risque d'avoir un impact au moment où il se prononce sur le fond du litige.

521. Il faut comprendre, par conséquent, que, s'il y'a contestation des éléments de preuve écrits, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident en procédant par exemple à la vérification d'écriture. Sauf, bien entendu, si les parties en ont décidé autrement. Ainsi la signature électronique ou l'écriture d'un acte sous seing privé peut être dénié par une partie ; prétendant que l'acte a été frauduleusement altéré. L'arbitre pourra parfaitement connaître d'une dénégation d'écriture ou de signature électronique, il devra alors appliquer la procédure de vérification d'écriture. Cependant, la présomption de fiabilité inhérente à la signature électronique sécurisée confère à l'écrit électronique un statut particulier⁹⁵³. En effet, l'article 1324 du Code civil français précise que le désaveu de son écriture ou de sa signature par une partie à l'acte sous seing privé oblige à recourir à la procédure de vérification d'écriture. Cette procédure est organisée aux articles 287 et suivants du Code de procédure civile. L'arbitre procède lui-même à la vérification d'écriture⁹⁵⁴, il peut aussi faire appel à un technicien pour se faire assister dans la vérification de l'écriture électronique litigieuse. Les parties ne sont pas exclues de cette opération d'expertise⁹⁵⁵.

522. Enfin, la présomption de fiabilité de la signature électronique évoquée un peu plus haut a pour fondement l'article 1367, alinéa 2 du Code civil⁹⁵⁶. Cela signifie tout simplement que celui qui détient un écrit électronique signé à l'aide d'une signature électronique sécurisée, établie à partir d'un dispositif sécurisé bénéficie d'une présomption de fiabilité de son écrit électronique. Cette présomption sera instaurée dès lors que le signataire a eu recours à un tiers certificateur⁹⁵⁷ qui a établi un *instrumentum* litigieux. En revanche, les conditions de création de l'acte sous seing électronique doivent obéir aux exigences légales à défaut l'acte est considéré comme un commencement de preuve par écrit. Qu'en est-il de l'exigence de l'écrit ou non de la convention d'arbitrage ?

⁹⁵³ L. GRYNBAUM, C. Le GOFFIC, L-M. HAIDARA, op-cit, p.45, n° 65.

⁹⁵⁴ L'article 1470, al. 1, du Code de procédure civile prévoit que sauf convention contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux, conformément aux dispositions des articles 287 à 289.

⁹⁵⁵ Com. 9 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 126; RTD civ. 1981. 902, obs. R. PERROT.

⁹⁵⁶ Le décret du 30 mars 2001 réaffirme ce principe.

⁹⁵⁷ X. LINANT DE BELLEFONDS, « la signature électronique et les tiers certificateurs dans les opérations du commerce extérieur » Expertise, févr. 2000, p. 18 s.

SECTION 2 : l'exigence ou non d'un écrit en matière de convention d'arbitrage international

523. Il nous faut maintenant répondre à la question de savoir si la convention d'arbitrage peut être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou sous une forme qui est conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles ou encore sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de rapport⁹⁵⁸. Ce qui a pour conséquence une absence de forme de l'acceptation de la convention (**paragraphe 1**). L'usage de l'écrit électronique comme mode privilégié de preuve est incontestable. Il ne peut cependant se réaliser que dans un monde où le progrès technique est suffisamment maîtrisé. (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : Une absence de forme basée sur le consensualisme contractuel

524. Seul l'accord de volonté des parties est requis pour la validité de la convention d'arbitrage. Mais, il est clair que beaucoup de dispositions nationales exigent un écrit en matière de convention d'arbitrage interne⁹⁵⁹. En revanche aucune forme n'est exigée pour la convention d'arbitrage international. La convention d'arbitrage international peut être considérée alors comme un contrat purement consensuel. Or, en droit français, l'écrit est exigé pour demander la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale rendue à l'étranger⁹⁶⁰. On voit clairement qu'il s'agit d'asseoir la preuve de l'accord. Toutefois, CARBONNIER affirme que dans la théorie juridique, *la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents*⁹⁶¹. Dès lors, la liberté de preuve issue de la technique juridique permet de pallier l'absence d'écrit. Mais, l'absence d'écrit, alors exigé comme condition de validité de l'accord, aboutit à la nullité de l'acte pour défaut de forme, sans qu'il soit possible d'apporter une solution quelconque.

525. L'absence de forme⁹⁶² a pour corollaire la liberté de choisir une forme quelconque à condition qu'elle soit acceptée par le cocontractant. La forme doit apparaître comme étant le support matériel de l'information. Par conséquent, il facilitera la démonstration de l'existence de l'acte. Pour cela, les opérateurs économiques ont intérêt à mettre sur support leur accord car c'est le

⁹⁵⁸ Voir article 25 du Règlement CE n° 1215/2012 applicable depuis le 10 janvier 2015 ; obs, O. CACHARD, Cass. 14 nov. 2004, DMF 2005. 247.

⁹⁵⁹ Article 1443, Code de procédure civile, Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, JO 14 janv.

⁹⁶⁰ V ; article 1515 alinéa 1, du Code de procédure civile (décret 13 janvier 2011).

⁹⁶¹ J. Carbonnier, Droit civil, T, 4, les obligations, PUF, 22 éd. 2000, n° 89.

⁹⁶² Les expressions « forme », « formalisme » et « formalité » ne doivent pas être confondues ici : nous utilisons forme dans le sens d'un moyen de preuve, les deux autres termes dans le sens de publicité d'un acte.

procédé le plus efficace pour convaincre l'arbitre ou le juge⁹⁶³ de l'existence ou de la véracité de l'acte. On comprend alors que la forme ne conditionne pas la validité de la convention d'arbitrage. En principe, la validité de la convention d'arbitrage, dans l'ordre international, est soumise au respect de l'ordre public international. Ce qui paraît être une limite au consensualisme accordé à la convention. Mais ce principe de validité est bien justifié. Car selon Hélène GAUDMET, *un acte n'est en principe valable que s'il remplit des conditions de forme et de fond posées par une norme logiquement première par rapport à cet acte ; ces conditions pouvant être peu sévères ; mais doivent exister quand même*⁹⁶⁴. Si la doctrine semble être favorable à l'existence de conditions de validité de la convention, la jurisprudence n'est pas contre cette position car il a été jugé, dans une affaire du 7 novembre 2014 à la Cour d'appel de Poitiers 1^{re} chambre, que *la clause attributive de compétence incluse dans le contrat d'assurance responsabilité est inopposable à la victime non partie au contrat d'assurance s'il n'a pas expressément accepté cette clause*⁹⁶⁵. On voit que les conditions de validité de la clause arbitrale suivent le même schéma du consentement ou de l'acceptation. La réflexion tirée de cette situation fait apparaître une scission entre les clauses du contrat principal. En effet, peut-on soutenir que la clause compromissoire est une clause isolée du contrat et qu'elle se distingue des droits substantiels contenus dans le contrat ? Ce qui veut dire que le cocontractant s'il est tenu par les stipulations prévues par le contrat, n'est pas tenu par la clause arbitrale à laquelle il n'a pas consenti. Dans ce cas il ne sera lié que par les conditions de fond et non par les conditions de procédure. En tout cas c'est ce qui semble être retenu par la doctrine dans ce que l'on appelle *l'autonomie de la convention d'arbitrage*. On parle ainsi d'autonomie matérielle⁹⁶⁶, d'indépendance⁹⁶⁷, ou bien encore de séparabilité⁹⁶⁸. Tous ces termes reflètent la même idée : la clause compromissoire est soumise à un régime distinct de celui du contrat dans lequel elle est formellement insérée⁹⁶⁹.

526. Il est indiscutable qu'une convention d'arbitrage internationale n'est soumise à aucune forme, et que le consentement des parties à cette clause ne nécessite pas un écrit non plus. Mais doit simplement être accepté. Par exemple, en l'absence de protestation de l'autre partie, le courrier électronique de l'une des parties confirmant le contrat conclu électroniquement et contenant une clause compromissoire est valable. Mais pas pour autant qu'il ne constitue qu'un commencement de

⁹⁶³ V. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T. 1, 4^e éd., 1906, n° 350 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil*, T 12, 5^e éd. Par Bartin, 1922, p. 64.

⁹⁶⁴ Note Paris, 26 mars 1991 (affaire Dalico), Rev. arb. 1991, p. 456.

⁹⁶⁵ CA. Poitiers, 1^{re} ch., 7 nov. 2014, Navire Anna, n° 14/00944, obs. DELEBECQUE, DMF n° 766, févr. 2015.

⁹⁶⁶ F.-E. KLEIN, « du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international » (Dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal), Rev. crit. DIP 1961, p. 499, spéc., n° 12, p. 521.

⁹⁶⁷ H. MOTULSKY, *Écrits*, II, préc., P. 345.

⁹⁶⁸ P. MAYER, « l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », RCADI 1989, p. 319, spéc. n° 210.

⁹⁶⁹ J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 1^{re} éd. 2016, p. 99, n°110.

preuve par écrit. Or, si l'absence de forme de la convention est permise, tel ne devrait pas être le cas pour le consentement du destinataire qui n'est pas partie au contrat initial. En effet, la jurisprudence admet que *pour être acceptable, la clause compromissoire doit avoir été acceptée par celui à qui elle est opposée, mais ce consentement peut résulter d'autres circonstances que la signature, y compris du silence de cette partie quand la clause a été portée à sa connaissance* (par n'importe quel moyen ?) *avant la conclusion du contrat*⁹⁷⁰. Nous pensons que cette situation remet en cause le principe fondamental d'un accord : le consentement du destinataire porteur du connaissance négociable. De ce point de vue nous sommes totalement d'accord avec Monsieur SCAPEL que le justiciable dispose d'un droit sur le choix de la procédure entre tribunal arbitral et Étatique, et qu'une présomption de doute doit être permise sur la réalité de son consentement⁹⁷¹. Ce qui nous amène à proposer que le consentement se fasse expressément à défaut d'un écrit. Il ressort de notre analyse que le consentement est présumé si le silence vaut acceptation. Par ailleurs, notre crainte est de voir la clause arbitrale soit *ipso facto* imposée au destinataire par le transporteur. Dès lors, cette analyse ne préjudicie en rien le respect des usages dans la contractualisation entre professionnels du même secteur et dont le comportement est bien interprété⁹⁷².

En fin de compte, il apparaît sans nul doute que les exigences de forme d'une convention d'arbitrage interne, varient d'une législation à l'autre. Mais si la plupart des droits internes exigent un écrit, ils divergent sur l'étendue de cette exigence, condition de validité ou simple règle de preuve. D'un autre côté, la notion de clause d'arbitrage par référence n'est pas clairement définie⁹⁷³. Il s'agirait nous semble t-il d'un renvoi à une clause compromissoire figurant dans un autre document ou un lien hypertexte. Il s'agit alors d'un écrit si le renvoi⁹⁷⁴ est accepté et que le texte auquel le renvoi est effectué est connu.

Les difficultés s'accroissent lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable. On se demande s'il faut appliquer la loi régissant la convention d'arbitrage ou celle régissant le contrat principal. En effet, la solution retenue en droit français est : pour qu'un acte juridique soit valable en la forme, il suffit que les formes requises par la loi applicable au fond ou par la loi du lieu de conclusion de l'acte aient été respectées⁹⁷⁵. Le droit international relatif à l'arbitrage international⁹⁷⁶ semble

⁹⁷⁰ CA Rouen, Ch. civ. et com. 18 déc. 2014 (Navire Baco liner 1), n° 14.01657, obs. Ch. SCAPEL, DMF n° 767, p. 197, 2015 (clause compromissoire. Validité. Principe « compétence-compétence ». Aspect négatif. Opposabilité de la clause. Conditions (non). Article 1507 du Code de procédure civile).

⁹⁷¹ CA Rouen, Ch. civ. et com. 18 déc. 2014 (Navire Baco liner 1), n° 14.01657, obs. Ch. SCAPEL, *op-cit*, p. 201.

⁹⁷² Recueil des arrêts (arrêt Castelleti du 16 mars 1999), 1999.1597, DMF 2000.7, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁹⁷³ Sur cette notion voir J-F POUDRET et G. COTTIER, « *Remarques sur l'application de l'art. II de la convention de New York* », Bull. ASA 1995 p. 383.

⁹⁷⁴ Voir par exemple les clauses compromissoires renvoyant à la charte : indiquant par exemple, *arbitration as per charter party*. SCAPEL et BONASSIES 3^e éd. *op-cit*. n° 1166.

⁹⁷⁵ Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, art. 11.

⁹⁷⁶ La Convention de Bruxelles de 1924 ne prohibe pas l'adoption par les parties à un contrat de transport maritime international de clauses particulières en matière de compétence dérogeant au droit commun (CA Aix-en-Provence, 14 mars 1985, DMF 1986, p. 214 ; CA Saint-Denis, 29 nov. 1985, DMF 1986, p. 471). Sous l'empire de la Convention de

retenir la compétence de la loi régissant le fond⁹⁷⁷. Si l'écrit n'est pas une condition de validité de la clause compromissoire le consentement en est autrement, et l'écrit constitue le mode de preuve privilégié pour déterminer son existence.

Paragraphe 2 : l'écrit : expression du consentement par voie électronique

En droit commun, le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager⁹⁷⁸ ; cette volonté peut résulter d'une déclaration d'un comportement non équivoque de son auteur. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, la rétractation est possible⁹⁷⁹. Le silence ne vaut pas acceptation⁹⁸⁰. Donc l'acceptation scelle le contrat. Or, en matière de convention d'arbitrage par voie électronique, une procédure technique doit être mise en œuvre comme le prévoit l'encadrement juridique. En effet, nous l'avons vu, l'article 1127-2⁹⁸¹ du Code civil dispose que le contrat n'est conclu valablement que si l'autre partie a eu la possibilité de vérifier le contenu de la convention et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. Ainsi, en droit commun le contrat électronique n'est donc formé que par la validation, après vérification, de l'acceptation émise⁹⁸². Peut-on considérer le clic sur les conditions générales comme une manifestation de l'acceptation ? La réponse est positive car cela suppose qu'on a eu connaissance de leur contenu.

Toutefois, pour certains contrats et plus particulièrement les contrats entre professionnels, l'article 1127-3, alinéa 2 prévoit la possibilité de déroger aux modalités de formation du contrat prévues à l'article 1127-2 du même Code. Cette dérogation nous permet de constater une similitude entre les modalités d'acceptation de la convention d'arbitrage avec celle de l'acceptation de la convention électronique de droit commun. Le principe est bien admis : les clauses compromissoires ou les clauses attributives de juridiction, sont des clauses exorbitantes du droit commun, leur opposabilité aux parties dépend de leur acceptation par ces dernières⁹⁸³. A fortiori, la clause ne peut

Hambourg, les parties peuvent prévoir de soumettre leur litige à l'arbitrage : la procédure est engagée soit au lieu désigné dans la clause compromissoire, soit dans un de ceux prévus par la Convention (Conv. Hambourg, art. 22).

⁹⁷⁷ Pour aller plus loin voir, P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 3^e éd. *op-cit*, p. 902 s. CH. SERAGLINI et JE. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op-cit*, p. 580 s.

⁹⁷⁸ Code civil article 1113.

⁹⁷⁹ Code civil article 1118.

⁹⁸⁰ Code civil article 1120.

⁹⁸¹ Code civil français. Institué par la loi pour la confiance dans l'économie numérique n° 2004-575 du 21 juin 2004 (directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000).

⁹⁸² Sur l'acceptation, voir : G. BUSSEUIL, « *la phase précontractuelle, la formation du contrat* », p. 108 s.

⁹⁸³ Cass. com., 10 janv. 1989, BT 1989, p. 244 ; Cass. com., 15 oct. 1996, no 94-17.249, BTL 1996, p. 760 ; voir aussi CA Rouen, 2^e ch. civ., 19 sept. 2002, WAL c/ Groupama, DMF 2002, p. 928 ; CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 28 oct. 1993, BTL 1994, p. 19).

être considérée comme acceptée lorsqu'elle figure dans un document distinct du connaissance⁹⁸⁴ : qu'il s'agisse d'une stipulation insérée dans une lettre de garantie⁹⁸⁵ ou d'une clause de charte-partie non reproduite au connaissance⁹⁸⁶.

527. Ainsi, la Convention de Bruxelles de 1968 article 7, admet que les « prorogations de compétence » qui peuvent être convenues entre les parties doivent être conclues par écrit ou verbalement avec confirmation écrite ; ou sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles. La forme de l'acceptation est donc libre, du moment qu'elle exprime la volonté ; en cas de contestation, elle devra être démontrée⁹⁸⁷. L'écrit et la signature électronique seront alors admis. C'est le cas par exemple du contrat de transport dans lequel le client signe les documents élaborés de façon unilatéral par le transporteur. Mais l'acceptation peut être verbale ou résulter d'un comportement : entre professionnels, dans ce comportement il peut s'agir d'un silence gardé. Peut-on cependant en déduire l'acceptation ? La réponse est double et contradictoire selon que les parties étaient déjà en relation d'affaire ou non. En droit commun, l'adage selon lequel *qui ne dit mot consent* est rejeté. En effet on ne saurait obliger quelqu'un à accepter une offre. Aussi est-il de principe, selon l'article 1120 nouveau consacrant une jurisprudence constante, que *le silence à lui seul ne vaut acceptation* et que *l'acceptation d'un contrat, si elle peut être tacite, ne peut résulter que d'actes démontrant avec évidence l'intention d'accepter le contrat proposé*⁹⁸⁸. Ce principe est atténué lorsque les parties sont depuis fort longtemps en relation d'affaire. Par exemple pour le contrat de transport dont le connaissance contient les conditions générales⁹⁸⁹ au verso en même temps que la clause compromissoire, on admet que le chargeur qui reçoit un nouveau connaissance doit protester si elle entend le décliner et que son silence vaut acceptation. Notons que la transmission électronique est considérée comme revêtant une forme écrite⁹⁹⁰.

528. Deux arrêts notables de la CJCE sont venus interpréter et compléter la notion d'usages dans les relations contractuelles entre professionnels. Le premier : l'arrêt CASTELLETTI, précise

⁹⁸⁴ Selon la Cour de cassation, « les clauses insérées au connaissance n'ont de valeur contractuelle que s'il est établi que le chargeur en a eu connaissance et les a acceptées au plus tard le jour où le contrat de transport est conclu, cette preuve pouvant instamment résulter de la signature du connaissance » (Cass. com., 12 oct. 1993, no 91-11.718).

⁹⁸⁵ Cass. com., 13 nov. 2002, no 00-19.340, BTL 2002, p. 771.

⁹⁸⁶ Cass. com., 4 juin 1985, no 83-13.151, Bull. civ. IV, p. 151 ; CA Paris, 5e ch., 27 nov. 2002, *Palimar Shipping c/ Gan*.

⁹⁸⁷ Cass. com., 22 juin 1993, no 91-19.148 ; Cass. com., 16 mai 1995, no 92-21.779, BTL 1995, p. 434 ; CA Rouen, 2e ch., 30 nov. 2000, DMF 2001, p. 616.

⁹⁸⁸ civ. 1^{re}, 16 avril 1996, Bull. civ., I, n° 181 ; Grands arrêts, n° 146 ; Civ. 2^e, 21 janvier 1981, Bull. civ., II, n° 14.

⁹⁸⁹ L'acceptation peut être tacite et résulter des circonstances : elle sera déduite, par exemple, de la présence de mentions portées sur le connaissance selon les indications du chargeur (CA Paris, 5e ch. A, 5 juin 1991, *Shimizu Trading c/ SNCV*). Ensuite et surtout, elle est susceptible d'être retenue lorsque la compagnie de navigation justifie de relations commerciales suivies avec le chargeur, dans le cadre desquelles elle lui a adressé les conditions générales contenant la clause litigieuse (CA Paris, 5e ch., 21 déc. 1990, *Hapag Lloyd c/ Etex* ; CA Paris, 5e ch., 28 mars 2001, *Devine c/ Geologistics*, BTL 2001, p. 342). Ou lorsque, professionnel averti, le chargeur connaissait, de par l'exercice de ses activités dans la ville désignée par la clause, les formules de connaissance utilisées habituellement par le transporteur.

⁹⁹⁰ Règl. CE n° 44/2001, art. 23, 2 ; Règl. CE n° 1215/2012, art. 25, 2.

que : ceux-ci sont appréciés au regard des seules pratiques commerciales, l'existence d'un usage étant établie lorsqu'un certain comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs. D'autre part, il se prononce sur le régime probatoire : le fait de se conformer à un usage permet de présumer que les parties ont donné leur consentement à la clause attributive de juridiction⁹⁹¹. Le second, l'arrêt CORECK⁹⁹², ajoute que : la clause doit désigner le tribunal d'un État membre et l'une des parties au contrat au moins doit avoir son domicile sur le territoire d'un État contractant. Or, la clause convenue entre un transporteur et un chargeur et insérée dans un connaissement est opposable au tiers porteur du connaissement à la condition que celui-ci « ait succédé aux droits et obligations du chargeur en vertu du droit national applicable » sinon son consentement doit être vérifié⁹⁹³.

529. Malgré les incertitudes s'attachant à la notion d'usages dans les échanges de données électroniques, il a été jugé que le transport maritime constituait une branche spécifique du commerce international au sens de l'article 23 du règlement CE n° 44/2001, les attributions de compétence au tribunal du siège du transporteur étant fréquentes⁹⁹⁴. Plus curieusement, en droit commun, ces principes d'usages et de relation d'affaire sont écartés par l'alinéa 1^{er} de l'article 1127-3 pour les contrats formés exclusivement par courriers électroniques⁹⁹⁵. Cette exclusion ne vaut que pour les non professionnels. Pour ces derniers, la conclusion de contrat par mail échappe aux dispositions de l'article 1127-3, alinéa 2. Ainsi le courrier électronique d'acceptation envoyé par un chargeur non professionnel à un transporteur professionnel devra être renouvelé par une acceptation plus formelle et qui obéit au régime spécial de validité et d'authentification de l'écrit électronique.

⁹⁹¹ CJCE, 16 mars 1999, aff. C-159/97, DMF 2000, p. 10.

⁹⁹² La jurisprudence Coreck est confirmée en France par deux arrêts importants de 2008 émanant l'un de la chambre commerciale, l'autre de la première chambre civile (Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2008, no 07-18.834, BTL 2009, p. 11 ; Cass. com., 16 déc. 2008, no 08-10.460, BTL 2009, p. 11, DMF p. 124 ; voir no 895).

⁹⁹³ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-387/98, DMF 2001, p. 187 et DMF 2001, hors-série no 5, p. 80.

⁹⁹⁴ Cass. com., 12 mars 2013, no 10-24.465, DMF 2013, p. 712.

⁹⁹⁵ Voir l'article 11, 3 de la directive 1999/93/CE, 13 déc. 1999, « commerce électronique ».

CHAPITRE III: Le contentieux de l'exécution du contrat de vente et d'affrètement de navire

Le transport maritime est incontournable dans le commerce international. C'est un domaine qui, comme d'autres, connaît ses propres litiges. Ces derniers sont plus accentués dans la construction, la réparation ou encore l'affrètement de navire. En effet, cela nécessite un mode de résolution particulier des litiges caractérisé par la rapidité et la souplesse. Le recours à l'arbitrage fait figure de coutume en ce domaine.

530. Considérer comme un transfert de propriété : la vente de navire obéit, à certains endroits, aux règles du droit commun. Elle entraîne donc, à la fois, le transfert de la propriété du navire, du vendeur à l'acheteur, et un certain nombre d'obligations pesant sur les parties. Mais le particularisme du droit maritime, notamment en raison de la mutation en douane, oblige souvent à s'éloigner du droit commun et à rejeter l'extension de ses dispositions à la vente de navire. La vente d'un navire fait-il intervenir le transfert de propriété à la même date que celle-ci ? La réponse est nuancée suivant qu'il s'agit des rapports entre les parties (vendeur et acheteur), ou des rapports avec les tiers. Ainsi, entre l'acheteur et le vendeur : la propriété du navire passe du vendeur à l'acheteur au jour où a été dressé l'acte écrit, qu'impose la loi en matière de vente de navire. A l'égard des tiers : l'acheteur ne devient propriétaire du navire que par la mutation en douane⁹⁹⁶. En matière de construction, le transfert de propriété lié à la livraison du navire peut ne pas être retenu par les parties au contrat. En effet, la propriété du navire est acquise à l'armateur au fur et à mesure que la construction avance.

531. D'un côté, le contentieux issu de cette vente ou construction soulève la question des risques : que se passe-t-il après la signature du contrat de vente, si le navire disparaît ou est gravement endommagé par un événement de force majeure, qui doit en supporter les conséquences ? Et quand-est-ce-que survient le transfert des risques ? Les risques sont-ils transférés sur celui qui possède la maîtrise du navire ? (**section 1**). D'un autre côté, c'est par le contrat d'affrètement que le fréteur s'oblige à mettre à la disposition de l'affréteur, qui en sera l'usager, un navire en bon état de navigabilité. L'objet du contrat est le navire, non la marchandise qu'il porte, et que souvent le fréteur ignore totalement. Son obligation est du type des obligations de moyens et la perte de la marchandise ou son avarie en cours d'exécution du contrat ne prouve rien par elle-même. Il faut d'ailleurs distinguer : le contrat d'affrètement *au voyage* où la relation à effectuer est définie et la cargaison connue ; le contrat d'affrètement *à temps* (*time charter*) où l'affréteur commande au capitaine tous les services qui entrent dans le

⁹⁹⁶ La mutation en douane du navire nécessite la remise de l'acte de vente au bureau des douanes et c'est de cela que vient l'appellation.

cadre géographique et les prévisions de la charte ; le contrat d'affrètement *coque nue* où le navire est livré à l'affrèteur sans armement ni équipement, de sorte que l'affrèteur en a la gestion nautique. Dans chacun des trois types, un écrit est dressé, (il peut s'agir d'un écrit électronique) la *charte-partie*, qui définit les obligations des deux parties et, entre autres, fixe le fret et les modalités de son paiement. Le litige en matière d'affrètement est souvent complexe. Ce contrat fait partie intégrante des contentieux maritimes et plus particulièrement de son contentieux arbitral (**section 2**).

SECTION 1 : l'exécution du contrat de vente d'un navire et l'arbitrage

532. Peut-on utiliser la voie électronique pour signer un contrat de vente ou de construction ou encore de réparation de navire ? La réponse est positive à la seule condition que le cocontractant accepte l'usage de ce moyen et que soit communiquée l'adresse électronique s'il s'agit d'un professionnel⁹⁹⁷. Le processus de contractualisation, nous l'avons vu, se fait par des clics ; au nombre de deux. La vérification de la commande par un premier clic et l'acceptation par un second clic. En matière de vente ou de construction navale, la loi n'impose aucune condition de forme⁹⁹⁸ pour établir la validité d'une obligation. Toutefois, en matière de construction navale, le législateur⁹⁹⁹, à propos des modifications du contrat de construction a parfaitement su dire que l'écrit était exigé sous peine de nullité¹⁰⁰⁰. Mais il faut comprendre par là que l'écrit n'est exigé qu'*ad probationem*. Ce qui rend possible la substitution des documents papiers par un document électronique. De plus, la preuve électronique a pu se développer rapidement dans le domaine des relations commerciales du fait de la liberté de preuve¹⁰⁰¹. Seront soumis à l'appréciation du juge les documents imprimés, le témoignage et notamment les présomptions. Ce qui importe dans le contentieux de la construction, est que le document de preuve produit doit présenter des garanties suffisantes d'authenticité, d'impartialité et de sincérité concernant aussi bien les dates qui y sont mentionnées que le contenu informationnel¹⁰⁰².

533. Le contrat de construction du navire est un contrat de vente avec sa particularité, un contrat de vente de chose future. Le plus souvent, le chantier naval construit le navire pour son propre

⁹⁹⁷ Voir les Articles 1126 et 1127 du code civil français.

⁹⁹⁸ Aix-en-Provence 12 juill. 2014, DMF 2014.832, obs. O. CACHARD.

⁹⁹⁹ Voir la loi du 3 janvier 1967, il faut noter que le contrat de construction n'était pas réglementé par le code de commerce. Mais cette loi y consacre un chapitre. Par ailleurs, une convention internationale a été signée sur les navires en construction le 27 mai 1967. Elle a pour but de leur donner un statut réel publié, de sorte qu'ils puissent servir d'assiette à des sûretés réelles. Elle n'est jamais entrée en vigueur. Les usages sont aussi source de loi : Com, 13 juin 1977, bull. civ. IV, n°165. Note Ph. DELEBECQUE, *op.cit.* n° 149.

¹⁰⁰⁰ P. BONASSIES / SCAPEL Ch. Droit maritime, n° 210, *op.cit.*

¹⁰⁰¹ Article L.110-3 du code commerce de la France.

¹⁰⁰² CA Aix-en-Provence, 4 janv. 1994, Dr. Soc. 1995, p. 332 ; DARMAISIN, *L'ordinateur, l'employeur et le salarié*, Dr. Soc. 2000, p. 580.

compte ; la propriété du navire ne sera transférée selon les conditions déterminées qu'à la fin des travaux¹⁰⁰³. Aux termes de l'article 5 de la loi du 3 janvier 1967¹⁰⁰⁴, la construction d'un navire pour le compte d'un client doit être rédigée par écrit. Il peut donc s'agir d'un écrit électronique. Puisqu'il s'agit d'un écrit électronique, ayant pour but de prouver l'accord ; les dispositions de l'article 1365 du Code civil peuvent s'appliquer¹⁰⁰⁵.

534. Comment sont traités les risques du contrat de construction ? Si par exemple un incident majeur survient en l'occurrence un incendie : qui supportera la charge de la perte du navire ? La réponse est que le chantier demeure propriétaire du navire jusqu'à la fin de la construction et que cela fait peser sur lui la perte du navire. Toutefois ce dernier est couvert par un contrat d'assurance pour se protéger contre ce risque. Le constructeur se prémunit aussi, contre l'insolvabilité de son client par une clause de réserve de propriété. Il demeure propriétaire et la valeur du navire figure dans son patrimoine, si le client ne paie pas, il pourra toujours proposer le navire à un nouvel acquéreur. Quant au client, il peut se garantir contre la faillite du chantier naval par l'inscription d'une hypothèque sur le navire en construction¹⁰⁰⁶.

Comme nous l'avons déjà souligné, la convention d'arbitrage constitue l'élément fondateur du processus arbitral car elle manifeste la volonté des parties à se soumettre à ce mode de résolution des litiges. Toutefois, il est nécessaire de rappeler qu'il existe une autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal qui fait l'objet du litige entre les parties, et dans lequel elle peut être intégrée sous la forme de clause compromissoire. Ainsi, il est fréquent de retrouver, dans la construction navale, des conventions d'arbitrage qui souvent renvoient à une institution spécialisée¹⁰⁰⁷ dans le domaine de l'arbitrage (**paragraphe 1**). Par ailleurs, il est admis que l'arbitre international dispose d'une grande liberté d'action. Il n'appartient à aucun État et aucun système de conflit de lois d'origine étatique de s'imposer à lui¹⁰⁰⁸. Cependant, cette liberté doit permettre à l'arbitre, si les parties ne choisissent pas une loi, d'appliquer ce qu'il estime être les exigences essentielles de la société internationale. Et à partir d'un examen de droit comparé et de jurisprudence arbitrale internationale, de dégager les particularismes locaux véhiculés par les règles

¹⁰⁰³ PH. HESSE-J/BEURIER J.-P./ CHAUMETTE P./TASSEL Y./MESNARD A.-H./REZENTEL R., *Droit maritime, Mer Navire et Marin*, Tome 1, éd. JURIS, 1995, p.213.

¹⁰⁰⁴ Article L.5113-1 du code des transports.

¹⁰⁰⁵ La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible.

¹⁰⁰⁶ L'hypothèque du navire en construction est importante car elle garantit les paiements partiels faits au constructeur par le client, ou le prêt fourni au futur propriétaire.

¹⁰⁰⁷ A Londres : London Maritime Arbitrators Association- LMAA ; à Tokyo : Maritime Arbitration Commission of The Japan Shipping Exchange- TOMAC ; à New York : Society of Maritime Arbitrators- SMA ; à Rotterdam Tran and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam- TAMARA ; à Hambourg : German Maritime Arbitration Association- GMAA ; à Paris : Chambre Arbitrale Maritime de Paris.

¹⁰⁰⁸ CH. DERAGLINI et ORTSCHIEDT JE. *Droit de l'arbitrage interne et international*, éd. Monchrestien, lextenso, 2013, p. 502, n° 598.

d'origine nationale¹⁰⁰⁹. C'est-à-dire qu'il va privilégier l'application des règles matérielles locales au régime juridique de la convention d'arbitrage (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : la convention d'arbitrage : la clause de renvoi

La théorie des conventions électroniques pourrait donc occuper en droit maritime une place primordiale. Sur le plan pratique, il est la source des obligations car c'est la convention par laquelle les parties décident de soumettre le litige à un arbitre. Si la liberté contractuelle confère au contrat une grande souplesse en limitant l'intervention des tiers, il est cependant nécessaire que certaines conditions minimales soient réunies pour que l'accord des volontés purement individuelles prenne place dans l'ordre juridique et reçoive une reconnaissance étatique. Le caractère obligatoire de la convention fait que ce dernier a force de loi¹⁰¹⁰ et que la poursuite de son exécution peut déclencher la mise en œuvre de l'exéquatur. Ainsi d'un commun accord, les parties vont résoudre leur litige en faisant appel à un arbitre. La convention d'arbitrage peut être définie comme la convention par laquelle les parties décident de faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges déjà nés ou à naître entre elles. On parle alors de compromis et de clause compromissoire.

535. Notre étude s'articulera uniquement autour de la clause compromissoire dans la mesure où cette dernière est fréquemment utilisée dans le contentieux de l'arbitrage international. L'article 1442, alinéa 2, du Code de procédure civile définit la clause compromissoire comme la convention par laquelle les parties à un contrat ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats¹⁰¹¹. La convention est donc conclue avant la naissance des litiges et elle permettra de les résoudre¹⁰¹².

536. Comme tout contrat, la convention d'arbitrage doit-elle obéir à des conditions de validité ? En effet, la sanction du non-respect des conditions de validité d'un acte est, la nullité de celui-ci. Mais cette nullité ne saurait s'étendre au contrat substantiel dans lequel est généralement stipulé la clause compromissoire. Or la contractualisation par voie électronique oblige les parties à fournir les moyens techniques permettant de vérifier les détails de la clause. S'il s'agit d'une clause compromissoire établie entre le transporteur et le chargeur, ce dernier doit accuser réception, sans délais justifié, et par voie électronique l'acceptation de la clause qui lui a été adressée. Cette

¹⁰⁰⁹ PH. FOUCHARD, GAILLARD E. et GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 443, p.252.

¹⁰¹⁰ Voir l'article 1134 du code civil français.

¹⁰¹¹ Voir les articles 1442 à 1449 du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 réformant le code de procédure civile.

¹⁰¹² Sur la convention d'arbitrage et le droit commun des obligations v. S. BOLLEE, *la clause compromissoire et le droit commun des conventions*, Rev., arb. 2005, p. 917.

exigence, dans un système interconnecté, devrait être remplie par l'émission automatique de l'accusé de réception.

537. Il peut arriver que la clause d'arbitrage prévue dans un contrat se limite à certains types de litiges¹⁰¹³. Tel est le cas par exemple des litiges relatifs à l'exécution du contrat de vente ou de construction de navire. Il en va ainsi de l'obligation réciproque des parties concernant le transfert de propriété du vendeur à l'acheteur. Comme toute vente, la vente de navire entraîne des obligations à l'égard des parties. Il s'agit de l'obligation pour l'acheteur de prendre possession de la chose vendue et d'en payer le prix¹⁰¹⁴. Toutefois, ces obligations soulèvent des difficultés concernant le montant du prix, le mode de paiement et les garanties de paiement dont dispose le vendeur pour obliger l'acheteur à payer le prix comme convenu dans le contrat de vente. Le litige concerne le plus souvent la charge des réparations dont le navire peut avoir besoin. Et si le contrat de vente n'est pas clair, il faudra cependant déterminer qui doit supporter le coût des réparations. Des litiges peuvent aussi surgir dans l'obligation de délivrance. La ponctualité de la livraison et la conformité¹⁰¹⁵ du navire livré par rapport à ce qui a été indiqué dans l'acte de vente soulèvent des contentieux. En effet l'obligation de ponctualité signifie que le navire doit être à la disposition de l'acheteur à la date convenue. Tout retard permet à l'acheteur de choisir entre une action en dommages et intérêts pour le préjudice causé par le retard. La condition de cette action est la mise en demeure dont l'acheteur doit apporter la preuve par tous moyens. Et une action en résolution de la vente sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, reste possible.

538. Par ailleurs, selon le professeur DELEBECQUE, si l'arbitrage est le mode habituel de règlement des litiges en droit maritime, ce n'est pas toujours le cas dans le cadre du transport de ligne régulière où les compagnies préfèrent s'en tenir à la compétence du tribunal de commerce de leur siège. Et pourtant, on remarque que la plupart des connaissements de ligne contiennent une telle clause de juridiction, au point que la Cour de cassation y a vu un usage du droit du commerce international¹⁰¹⁶.

¹⁰¹³ Pour aller plus loin, DEBOURG Claire, les *contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ, 2012, p.224 n° 258.

¹⁰¹⁴ Le prix est fixé par le contrat, en toute liberté dans la vente de navire. Le prix doit être déterminé ou précisément déterminable, au jour de la vente, sous peine de nullité du contrat (Art. 1591 du Code civil). Mais on ne doit pas pour autant en revanche appliquer à cette vente les articles 1674 et suivants du Code civil, qui ouvrent au vendeur d'immeuble une action en rescision en cas de lésion de plus de sept-douzièmes, sous prétexte que le statut des navires ressemble, à certains égards, à celui des immeubles. Car le navire reste un bien meuble.

¹⁰¹⁵ Il a été jugé concernant une réparation d'un navire, que le chantier naval qui s'en charge est tenu d'une obligation de résultat, ce qui permettrait d'engager sa responsabilité de plein droit, du seul fait que le défaut de conformité est constaté (CA Rennes, 17 mars 1975). Il semble opportun d'étendre la solution du contrat de réparation au contrat de construction navale et à la vente de navire d'occasion. La non-conformité, à la différence de la garantie, peut provenir aussi bien d'un vice apparent que d'un vice caché (CA Rouen, 24 mars 1988), comme elle peut ne résulter d'aucun vice, mais seulement de ce que les performances du navire sont inférieures à ce qui avait été convenu. A ce propos, la plupart des décisions judiciaires, fondées sur la non-conformité du navire aux stipulations contractuelles, font spécialement état de l'insuffisance de la vitesse du bâtiment par rapport à ce qui avait été indiqué dans le contrat.

¹⁰¹⁶ Cass. com. 12 mars 2013, DMF 2013, 712, obs. J.L. RENARD.

Il est important de souligner que les clauses arbitrales sont intégrées dans les contrats d'affrètement, qu'il s'agisse d'affrètement à temps, d'affrètement au voyage, d'affrètement coque-nue ou encore d'affrètement d'espaces et de contrat de tonnage. Ces contrats donnent compétence à des chambres professionnelles ou spécialisées se trouvant souvent à Londres (LMAA) ou encore aujourd'hui à Singapour ou Hong Kong, et, parfois, à Paris (CAMP). De même, les connaissances de chartes-parties renvoient tous, à leur recto, aux conditions de la charte et donc aux conditions d'arbitrage¹⁰¹⁷. Le recours à l'arbitrage est donc la norme dans ces opérations d'affrètement qui, faut-il le rappeler, sont par essence internationales et ainsi propices à l'arbitrage. Autrement dit, si les contrats commerciaux, les contrats de vente, de construction de navire s'appuient sur l'arbitrage¹⁰¹⁸, il en va exactement et nécessairement de même pour les contrats d'affrètement qui s'inscrivent dans le prolongement de la vente et qui participent du négoce international¹⁰¹⁹.

Paragraphe 2 : le pouvoir juridictionnel de l'arbitre et la sentence

539. L'étude des principes de l'arbitrage international démontre que celui-ci repose sur quelques notions fondamentales. Car il n'est pas contesté qu'il s'agit d'un mode consensuel de résolution des litiges dans lequel les parties s'en remettent à un juge privé qu'est l'arbitre. Cependant, si celle-ci se veut nécessairement obligatoire et s'impose aux parties, elle est handicapée par son caractère non exécutoire. Toutefois, le droit international de l'arbitrage permet d'obtenir l'exécution de la sentence. Le développement de l'arbitrage va dépendre d'ailleurs en grande partie de la portée que peut avoir une sentence rendue. C'est dans l'exécution de la sentence que l'autorité de l'arbitre est plus ou moins affaiblie dans la mesure où il ne dispose pas du pouvoir d'obliger les parties à exécuter la sentence. Il lui est aussi impossible d'exiger des tiers la fourniture d'élément de preuve. Parce que l'arbitrage met en œuvre une justice privée, l'arbitre ne dispose pas de l'*impérium*¹⁰²⁰ : d'où l'impossibilité, pour lui, d'ordonner une saisie conservatoire ou encore une sûreté judiciaire¹⁰²¹.

540. Mais, l'arbitre est un véritable juge¹⁰²² dont la décision s'impose aux parties et que, la sentence qu'il rend présente tous les attributs d'un jugement, à l'exception toutefois de la force

¹⁰¹⁷ Cela fait allusion à l'intéressante jurisprudence bien connue des spécialistes sur les clauses d'arbitrage par référence.

¹⁰¹⁸ Cf. Conditions GAFTA et Formules Incograin, bien connues de la CAIP.

¹⁰¹⁹ PH. DELEBECQUE, *Transport et arbitrage, État des lieux*, Novembre 2015, www.arbitrage-maritime.org.

¹⁰²⁰ Loïc CADIET, *les modes alternatifs de règlement des conflits*, éd., Dalloz 2016, p 60.

¹⁰²¹ Article. 1468, al. 1^{er}, C. p. civ.

¹⁰²² Art. XI, *Investiture des arbitres*, du Règlement d'arbitrage de la CAMP, le ou les arbitres sont juges de la compétence de la Chambre Arbitrale Maritime et de la validité de la saisine ; ils ont notamment qualité pour se

exécutoire. Ainsi, l'efficacité des jugements arbitraux est certainement l'une des problématiques les plus importantes pour les praticiens du droit. Il importe dès lors, d'avoir une bonne justice, et un pouvoir de faire exécuter les décisions arbitrales. On ne pourrait pas se satisfaire d'une sentence non exécutoire. Or, le seul pouvoir de l'arbitre ne permet pas de recourir à la force publique pour en obtenir l'exécution. Il en est de même des sentences rendues par les arbitres de commerce international en tant que décisions de justice privée. Ces décisions peuvent, dans un pays donné où est requise leur exécution, ne pas être regardées comme sentences nationales soit parce qu'elles concernent un litige qui n'est pas de la compétence des tribunaux nationaux de l'État, soit parce que n'ayant pas été rendues sur le territoire national de l'État, soit encore parce que l'arbitrage n'a pas eu lieu conformément à la loi de procédure nationale. La notion de sentence «étrangère» n'est concevable que dans l'arbitrage international de droit privé, où il peut se faire que l'exécution de la sentence soit demandée dans un pays autre que celui dont relèvent les parties ou celui où la sentence a été prononcée.

541. Si l'exécution de la sentence n'était pas assurée¹⁰²³, la sentence resterait un écrit sans valeur particulière. L'efficacité de la méthode arbitrale serait nulle et mieux vaudrait affronter les lenteurs et les difficultés d'une procédure judiciaire normale. Tout en ayant à l'esprit que la sentence arbitrale a normalement vocation à s'exécuter spontanément, il peut arriver néanmoins qu'il n'en soit pas toujours ainsi. Il faudrait dans ce cas s'adresser aux tribunaux étatiques pour obtenir son exécution forcée. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure le juge déclare exécutoire les sentences arbitrales et particulièrement celles rendues à l'étranger. Quelle autorité va avoir une sentence arbitrale étrangère ? Aurait-elle la même force qu'un jugement national ou celle d'une sentence arbitrale nationale ? Pour mieux dégager les principes communément admis dans les différents ordres juridiques pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, le mieux est de se référer aux conventions internationales sans toutefois mettre de côté le cas de sentences arbitrales qui ne relèvent d'aucune convention.

542. La notion de sentence étrangère ne peut se comprendre que par rapport à celle de sentence nationale. En effet, il existe plusieurs procédés susceptibles d'être mis en œuvre pour déterminer la nationalité d'une sentence vis à vis d'un ordre juridique donné. Le critère adopté par la législation belge par exemple est celui qui considère comme sentence nationale celle rendue sur le territoire du juge saisi et comme sentence étrangère, celle rendue, en revanche, en dehors de ce territoire. C'est essentiellement le lieu où la sentence est rendue qui est pris en compte par la législation belge, tandis que d'autres droits tel que le droit français, le droit allemand et le droit suisse prennent en considération la loi selon laquelle l'arbitrage a été administré. Ainsi, une sentence même rendue à

prononcer sur l'existence ou la qualité de la convention d'arbitrage ou du contrat dans lequel celle-ci est éventuellement incluse, ainsi que sur les limites de leur investiture.

¹⁰²³ Art. XXII, *exécution des sentences*, Règlement d'arbitrage, *op-cit.*

l'étranger, peut être reconnue comme sentence nationale si l'arbitrage a eu lieu en conformité du droit national du lieu où il va être exécuté. A l'inverse, la sentence rendue sur le territoire national peut être regardée comme étrangère si l'arbitrage a eu lieu en conformité d'un droit étranger. Quant à la solution adoptée par les conventions internationales, la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, se borne à tenir pour étrangère, la sentence rendue dans un pays autre que l'État requis, c'est-à-dire dans un pays autre que celui où la reconnaissance et l'exécution sont demandées. Et la Convention de New York de 1958 ajoute à cette catégorie de sentences celles qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où la reconnaissance et l'exécution sont demandées. Cette formule implique que chaque État peut, lorsqu'une reconnaissance ou une exécution lui est demandée, appliquer sa définition de la sentence étrangère et, par conséquent, traiter comme telle une décision rendue sur son propre territoire par application d'une loi de procédure étrangère. L'arbitrage ne se limite pas seulement au litige de construction navale mais aussi au litige d'affrètement.

SECTION 2 : les litiges en matière de contrat électronique d'affrètement

543. Actuellement, c'est encore dans le domaine de l'affrètement et du transport maritime que l'arbitrage est le plus répandu¹⁰²⁴. Il s'agit souvent de litiges issus des contrats de transport, d'affrètement ou encore du contentieux entre vendeur et acheteur concernant le choix des incoterms¹⁰²⁵ (**paragraphe 1**). La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties décident de soumettre leurs litiges à un juge arbitre. Cette dernière, est limitée à la matière professionnelle par l'article 2061 du Code civil¹⁰²⁶, mais peut être complétée par des dispositions particulières qui élargiront ou restreindront le domaine¹⁰²⁷. Dès lors, l'arbitrage des litiges dans le domaine maritime comme dans tout autre domaine est soumis à des conditions de validité

¹⁰²⁴ Sur ce point voir les extraits de sentences publiées annuellement par la revue de droit maritime français (DMF).

¹⁰²⁵ Voir sentence CAIP n°3174, vente CAF/Formule INCOGRAIN n° 12 – Défaut de navigabilité du navire affrété par le vendeur- responsabilité du vendeur (oui)- partage de responsabilité avec l'acheteur qui n'a pas pris toutes les mesures pour protéger la marchandise et minimiser le dommage. *International Yearbook Commercial Arbitration* 2013. Sentence CAIP n°3203 - vente maritime C&F / Formule INCOGRAIN N°12 responsabilité de l'acheteur – saisie du navire – refus de négocier une garantie avec le propriétaire du navire retard du navire – surestaries à la charge de l'acheteur. *International Yearbook Commercial Arbitration* 2015. Sentence CAIP n°3181 - vente maritime CAF – responsabilité du vendeur – état de navigabilité du navire de première cote – procédure abusive (non). *Extraits sur le site de la CAIP*.

¹⁰²⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, JO 16 mai 2001 ; V. Ch. JARROSSON, « le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », JCPG 2001, I, 333 ; Ph. FOUCHARD, « la laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001 », *Rev. arb.* 2001.

¹⁰²⁷ Pour aller plus loin, SERAGLINI Ch. et ORTSCHIEDT Jê. *Op-cit*, p. 134 s.

(paragraphe 2). Dans tous les cas, le contentieux de la construction ou la vente de navire s'il est soumis à l'arbitrage, doit être écrit (*cf. ch. II*).

Paragraphe 1 : la convention d'arbitrage face au contrat de transport et d'affrètement

544. L'essentiel du recours à l'arbitrage repose sur la conclusion de clauses d'arbitrage¹⁰²⁸, plutôt que de compromis. Cette réalité s'explique par le fait que l'usage des clauses compromissaires dans ce domaine est fréquent. C'est plus précisément la charte-partie (ou contrat d'affrètement) qui contient ce type de clauses. Ces contrats-type, sont en général élaborés par les armateurs ou des syndicats professionnels, selon des modèles standardisés. L'essentiel du contentieux concerne ainsi les relations entre fréteur et affréteur de navire. Les parties font souvent appel au courtier d'affrètement comme le rappelle la sentence de la CAMP, n° 584 du 4 septembre 1985 « *en matière d'affrètement, la voie de communication normale et acceptée entre les parties passe par l'intermédiaire des courtiers et utilise tous les moyens de communication disponibles* »¹⁰²⁹. Cette sentence laisse apparaître clairement la possibilité au courtier de rapprocher les parties par des moyens électroniques¹⁰³⁰. Avec la dématérialisation, les courtiers vont adapter les formulaires imprimés de charte-partie par des clauses électroniques¹⁰³¹.

Toutefois, il faut noter que les litiges issus des contrats de transport sont aussi parfois traités par voie d'arbitrage, en particulier lorsque le titre de transport maritime est un connaissance dit « *de charte* ». Ces connaissances, renvoient ainsi aux conditions du contrat d'affrètement, d'où une applicabilité de la clause d'arbitrage figurant dans la charte. Cette extension de la force obligatoire de la clause d'arbitrage aux contentieux nés du contrat de transport constitue l'une des difficultés des rapports entre arbitrage et transport. En effet, le recours à l'arbitrage suppose en principe un consentement préalable des parties à un litige. Or, dans ce type de situation, les parties au contrat de

¹⁰²⁸ V. les sentences de la CAMP, DMF n° 773, 2015, sentence arbitrale 1212 du 29 nov. 2013 (second degré) C/P Synacomex 90. Surestaries. Contestation de notice de mise à disposition. Force majeure (oui). Inaccessibilité du quai de chargement. V. sentence arbitrale 1213 du 14 oct. 2013. Sentence arbitrale 1215 du 25 avril 2014, Charte Synacomex, mouvement sociaux, grève, couvre-feu, force majeure (non), notice of readiness, décompte du temps de planche. Sentence arbitrale 1218 du 16 avril 2014 C/P Transport de riz en sac sous BL – Manquant et avaries par déchirures au déchargement – Lettre de garantie du P&I Club de l'armateur donnant compétence à la CAMP – Application de la convention de Bruxelles – Droit à agir des réceptionnaires – Responsabilité du transporteur maritime pour les manquant (oui), et les déchirures (partielle). Sentence arbitrale 1219 du 1^{er} juillet 2014, charte à temps : « *misdescription* » du navire (non) ; responsabilité de l'affréteur quant à l'utilisation commerciale. Navire pas prêt à la livraison : pas de suspension du loyer, mais taux réduit au terme de la charte partie. www.arbitrage-maritime.org.

¹⁰²⁹ Voir DMF 1986. 312.

¹⁰³⁰ Ainsi, les tribunaux se référeront au télex échangés entre le courtier et son client et entre les courtiers pour déterminer quelle a été l'intention des parties, sentence CAMP, n° 585, DMF 1986. 213.

¹⁰³¹ Voir article 1125 et s. du Code civil français (ord. N° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016)

transport se voient imposer le recours à l'arbitrage, alors même qu'elles n'y ont pas expressément consenti.

Cette question de l'opposabilité des conventions d'arbitrage aux parties au contrat de transport, et plus particulièrement au destinataire de la marchandise ou au tiers¹⁰³² porteur du connaissement, alimente jurisprudence et doctrine en débats, alors que les conventions tentent de la réguler¹⁰³³. Elle constitue l'un des points de friction les plus vifs du recours à l'arbitrage dans le domaine des transports. La jurisprudence considère en effet que le litige entre un transporteur et un destinataire de la marchandises doit être porté devant le tribunal arbitral dès lors qu'il n'existe pas de cause de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. Ainsi, la clause n'est pas inopposable par principe au destinataire bien qu'il n'y ait en général pas personnellement consenti. Cette question pourrait d'ailleurs se rencontrer dans tous les modes de transport dans la mesure où tous les contrats de transport de biens se caractérisent par leur nature tripartite (expéditeur, transporteur, destinataire), les clauses dérogatoires de compétence étant le plus souvent insérées dans le contrat de transport par le transporteur sans réelle négociation entre les parties.

545. Malgré ces considérations plus ou moins complexes, il n'est pas contesté que la charte est le document, l'affrètement est le contrat. Le premier n'est exigé qu'à titre probatoire. Comme il s'agit de preuve, l'absence d'une mention essentielle transformera la charte en un commencement de preuve par écrit permettant d'en établir les lacunes par tous moyens¹⁰³⁴. Ainsi, la preuve est libre lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit ou encore lorsqu'il y a des circonstances exceptionnelles (impossibilité matérielle ou morale) interdisant de pré-constituer une preuve ou de rappeler l'original. A ce propos on retient que la charte peut faire l'objet d'un écrit électronique car ce dernier est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier. La seule réserve est que la personne dont il émane doit être dûment identifiée et que l'écrit soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité¹⁰³⁵.

Par ailleurs, si la charte n'est pas nécessairement signée¹⁰³⁶, on sait que l'écrit électronique a toutefois pour corollaire la signature électronique. Or, il est possible alors de recourir à la signature

¹⁰³² P. BONASSIES et CH. SCAPEL, *op-cit*, n° 744, p. 587.

¹⁰³³ Selon BONASSIES et SCAPEL, le statut juridique du tiers porteur du connaissement par rapport au fréteur doit être précisé. En effet, il fallait déterminer si les seules dispositions du connaissement et non les dispositions de la charte-partie étaient opposables au tiers porteur. Selon eux, ce sont les conventions qui vont apporter des changements. La première solution est apportée par la convention de 1924 : au terme de son article 5 elle dispose que « aucune disposition de la présente convention ne s'applique aux chartes-parties, si des connaissements sont émis dans le cadre d'un navire sous l'empire d'une charte-partie, ils sont soumis aux termes de la présente convention ». C'est l'article 1^{er} (b) qui est beaucoup plus clair en précisant que les termes de contrats de transport s'appliquent « au connaissement ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie, à partir du moment où ce titre régit les rapports entre le transporteur et le porteur du connaissement »

¹⁰³⁴ PH. DELEBECQUE, *op-cit*, n° 627, p. 409.

¹⁰³⁵ Art 1366 du Code civil ; L. n° 2000-230, 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000.

¹⁰³⁶ Com. 5 mai 2004, DMF 2005. 408, obs. crit. F. ARRADON.

électronique¹⁰³⁷. Ce dernier consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire. Le contentieux d'arbitrage obéit à certaines conditions quant aux litiges soumis à l'arbitre.

Paragraphe 2 : la validité de la convention d'arbitrage

546. Étant considérée comme un acte juridique, la validité de la convention d'arbitrage n'échappe pas aux conditions traditionnelles de validités des actes juridiques. Ainsi, l'existence et la qualité du consentement sont requises. C'est ce consentement à la convention d'arbitrage qui fonde la compétence du tribunal arbitral écartant par conséquent la compétence du tribunal étatique¹⁰³⁸. Mais comment caractériser le consentement dans un environnement dématérialisé ; s'agit-il d'un consentement écrit ou oral ? Le principe étant la liberté contractuelle. Cependant, dans l'arbitrage interne, sous peine de nullité¹⁰³⁹, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document électronique auquel il est fait référence dans la convention principal¹⁰⁴⁰. Pour ce qui est de l'arbitrage international, aucune forme n'est nécessaire¹⁰⁴¹. Mais le consentement est requis. À défaut, une partie peut prétendre que son consentement résulte d'une erreur, a été surpris par dol ou extorqué par la violence. En pareil cas, la compétence est accordée au tribunal arbitral, qui en vertu du principe de compétence-compétence, jouit d'une compétence prioritaire pour se prononcer sur ces prétentions. Il faut comprendre qu'à ce stade, le vice doit être caractérisé par rapport au consentement à la convention d'arbitrage et non à l'égard du contrat principal.

547. Le principe est que la partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant¹⁰⁴². Toutefois, cette obligation d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ainsi, par exemple, un contrat d'affrètement dans lequel un connaissance est émis ; la clause compromissoire insérée dans le contrat d'affrètement, ne saurait être viciée pour erreur sur la

¹⁰³⁷ Directive 1999/93/CE du parlement et du conseil, du 13 déc. 1999, sur un cadre communautaire pour la signature électronique, *JOCE* 13, 19 janv. 2000.

¹⁰³⁸ Pour aller plus loin sur la nécessité du consentement, V. Civ. 1^{re}, 19 mars 2002, *Tradom*, *RTD com.* 2002, p. 664, obs. E. LOQUIN, déclarant que « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel », approuvant Paris 1^{er} juin 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 493, et l'article de B. STERN, p. 403, *JDI* 2000, p. 370, note E. LOQUIN.

¹⁰³⁹ O. CACHARD, *le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire* : *Rev. arb.* 2006, 893.

¹⁰⁴⁰ Art 1443 du code de procédure civil (D. n° 81-500, 12 mai 1981 ; rempl. à compter du 1^{er} mai 2011, D, n° 2011-48, 13 janv. 2011.

¹⁰⁴¹ Article 1507 du Code de procédure civile français, issue décret de 2011, préc.

¹⁰⁴² Code civil France article 1112-1.

substance du contrat de transport. Donc l'information déterminante doit avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu de la convention d'arbitrage. Dès lors, il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

548. La convention d'arbitrage est formée par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de se soumettre à l'arbitrage. En matière de dématérialisation, la volonté doit résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque étant donné que les parties ne sont pas physiquement au même endroit. Un courrier électronique devrait suffire pour être accepté comme un commencement de preuve de l'acceptation. Quelque soit l'importance de l'opération d'affrètement ou de construction navale, la technicité des formalités est facilitée par l'acceptation électronique. Cette dernière se caractérise par l'échange de courrier électronique ou par la formalité du *double clic*¹⁰⁴³. Toutefois, la nécessité d'un consentement n'implique pas que l'engagement d'aller à l'arbitrage en cas de litige futur soit réciproque. Le choix de l'arbitrage est optionnel et unilatéral, et le consentement de chaque partie peut être décalé dans le temps¹⁰⁴⁴.

549. Dans le cadre du commerce maritime, il peut arriver qu'un professionnel élabore des documents fournis et complexes soumis à l'acceptation du cocontractant. Cette acceptation ne vaut que pour les documents effectivement portés à la connaissance du client qui a accepté de signer¹⁰⁴⁵. Donc si les documents sont transmis par voie électronique, leur transmission doit être effective et permettre au réceptionnaire de prendre connaissance du contenu informationnel. Sans convention d'arbitrage, il ne peut y avoir arbitrage¹⁰⁴⁶. Comme toute convention, la convention d'arbitrage doit avoir un objet licite.

¹⁰⁴³ L'article 1127-3 du Code civil fait échapper à la règle du double clic, les contrats de fourniture de bien ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques, ainsi que les conventions conclues entre professionnels.

¹⁰⁴⁴ SERAGLINI CH. ; ORTSCHIEDT J. *Droit de l'arbitrage interne et international*, op.cit, p. 16.

¹⁰⁴⁵ Par exemple en matière d'assurance, ainsi n'est pas applicable à un assuré une clause d'exclusion figurant dans la police-type qui n'avait pas encore été communiqué à l'assuré, Civ. 1^{re}, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 105.

¹⁰⁴⁶ Revue de l'arbitrage, bulletin du comité français de l'arbitrage, 2014, n° 4, p. 835 et article 4 de la loi sur l'arbitrage de la République Populaire de Chine.

SOUS-TITRE II: Le contentieux de l'exécution du contrat de transport maritime appliqué aux échanges électroniques

La version simplifiée du connaissement ne comporte que les conditions particulières et renvoie aux conditions générales du transporteur. Alors que le connaissement complet est le connaissement sur lequel figure, outre les conditions particulières du transport considéré, la totalité des conditions générales de transport de la compagnie. Par conséquent, nous distinguons le connaissement *clean* c'est-à-dire le connaissement sans réserves, du connaissement émis avec des réserves. Le constat est que le transporteur prend en charge les marchandises des mains du chargeur et en assure la responsabilité jusqu'à la livraison complète. L'expression des réserves se fait au moment de la prise en charge et dans deux hypothèses : la prise en charge suivie de la conclusion du contrat de transport et de la remise des marchandises au transporteur, ou la prise en charge suivie d'un entreposage avant conclusion du contrat de transport et remise de la marchandise au transporteur. L'analyse des réserves va se faire à chaque étape de l'expédition et portera sur les formes, l'objet (perte, dommage, retard, perte et dommage apparents, non apparents, etc.), les délais, l'étendue et les effets de la réserve (**chapitre 1**). L'expression des réserves se fait aussi au moment de la livraison. La livraison effectuée par le transporteur maritime implique la prise de livraison faite par les ayants droit (les destinataires ou leurs mandataires et les sous-traitants dans le cadre d'une commission de transport). La livraison est quérable. Une fois la prise de livraison effectuée, la délivrance doit être faite à l'ayant droit. Trois situations doivent être distinguées : une prise de livraison à bord du navire (clause Bord ou Free Out), une prise de livraison sous palan et une prise de livraison à quai (sur terre pleine en magasin, sous hangar). Deux situations sont à envisager au moment de la délivrance : une délivrance directe au destinataire et une délivrance après entreposage de la marchandise pour le compte du destinataire, pendant une période donnée. Mais comme nous l'avons évoqué un peu plus haut, la prise en charge précède toutes ces opérations et le moment où elle intervient reste imprécise. Voilà pourquoi nous avons décidé de l'étudier après l'expression des réserves (**chapitre 2**). La pratique des réserves laisse apparaître deux séries de rapports qui doivent être examinées : le rapport entre le destinataire ou son mandataire et le transporteur, et le rapport entre le transitaire mandataire et son mandant. Ces rapports s'accroissent au moment de la livraison et l'on se demande si, et malgré la dématérialisation, le transporteur peut continuer de livrer la marchandise sans connaissement sous prétexte que le connaissement ne voyage pas aussi vite que la marchandise (**chapitre 3**).

CHAPITRE I: L'expression des réserves par le transporteur : période et formes

550. Il s'agit de la remise des marchandises au transporteur ayant pour finalité le déplacement. Le transporteur reçoit soit des conteneurs empotés et scellés soit il reçoit des colis et procède à l'empotage. Par conséquent, il émet un connaissement. Toutefois, s'il sait ou a des raisons de soupçonner que les indications reprises au connaissement ne représentent pas exactement les marchandises prises en charge, il doit faire dans le connaissement une réserve précisant ces inexactitudes, la raison de ses soupçons ou l'absence de moyens de contrôle suffisants¹⁰⁴⁷. Par ailleurs, si les déclarations du chargeur font foi jusqu'à preuve contraire, le transporteur peut les « neutraliser » par l'émission de réserves. Pour être efficaces, ces réserves doivent répondre à certaines conditions détaillées par l'article 40 des Règles de Rotterdam, lequel distingue notamment selon que les marchandises sont ou non conteneurisées. En substance, les réserves sont admises quand le transporteur peut établir qu'il n'avait pas de « moyen raisonnable de vérifier » l'information (**section 1**). La présentation des réserves non manuscrites ou l'apposition au moyen d'un cachet d'une formule préparée d'avance ou encore par des moyens électroniques n'est pas en soi irrecevable ; il faut cependant que le transporteur les justifie. En d'autres termes, les réserves « en doute » ne sont pas valables dès lors que les marchandises sont correctement individualisées (poids et quantité) au connaissement¹⁰⁴⁸ (**section 2**).

SECTION 1: les réserves ante et post transport maritime et les précautions d'usage

551. Il nous faut démontrer l'importance de l'écrit en matière de réserve. Pour cela nous avons choisi ici de traiter le contentieux du transport et plus particulièrement Le contentieux de la preuve des dommages subi par les marchandises à l'arrivée. En effet, la preuve des dommages obéit au droit commun avec l'adage *actori incumbit probatio*. Ce qui veut dire expressément qu'il appartient au demandeur d'établir la réalité et l'importance des dommages dont il demande réparation. Comme du reste dans tous les modes de transport de marchandises par mer, la preuve se fait traditionnellement et par excellence, par le biais des réserves établies au moment de la prise en charge ou de la

¹⁰⁴⁷ Article 16 de la Convention de Hambourg du 31 mars 1978.

¹⁰⁴⁸ CA Paris, 5^e ch. A, 17 févr. 1986, SNCDV c/ Rhin et Moselle.

livraison des marchandises ; bien que les réserves ne lient pas le juge. Elles doivent cependant être formulées par écrit, précises et motivées (**paragraphe 1**). Mais, en général, elles doivent être portées sur le document de transport notamment le connaissement (**paragraphe 2**). Ainsi, les réserves peuvent bien être portées sur le bordereau de pointage du bord ¹⁰⁴⁹ pour par exemple une défectuosité découverte tardivement. Cependant, il a été jugé fort justement que *sont inopérantes, des réserves portées sur le cargo plan, document de bord contenant le plan d'arrimage de la cargaison*¹⁰⁵⁰. Mais, si l'affrèteur a un grand pouvoir de négociation et qu'il arrive à faire insérer des mentions manuscrites sur l'imprimé, celles-ci l'emporteront sur les mentions imprimées en cas de contrariété ; les mentions manuscrites étant censées refléter la volonté commune des parties contractantes.

Paragraphe 1 : des réserves précises et motivées...

552. L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises débute par la prise en charge de la marchandise par le transporteur lors de la conclusion du contrat et se termine par la livraison de la même marchandise à l'arrivée à destination. A ce stade de la prise en charge, c'est le transporteur qui doit prendre des réserves contre le chargeur qui en retour doit lui donner des garanties. Les réserves du transporteur sur le connaissement apparaissent sous plusieurs formes. Nous pouvons en retenir entre autres, celles qui expriment le refus du transporteur de se lier aux déclarations du chargeur : *said to contain* dit contenir, *said to be*, que dit être, *said to weight*, poids inconnu, *shipper's load and count*, vérification impossible. Ces types de réserve font partie des usages du transport maritime de marchandise. En ce sens VALIN considérerait que ces réserves étaient inutiles : car selon lui, soit *il s'agit de marchandises de la qualité générique desquelles on ne puisse douter au coup d'œil, auquel cas la réserve n'opérera rien. Soit il est question d'effets emballés ou enfutaillés, de manière que le genre n'en puisse pas être reconnu au coup d'œil que l'espèce ; il n'est nullement besoin de réserve alors, le maître ne pouvant être tenu que de rendre les futailles, caisses ou ballots dans le même état qu'il les a reçus*¹⁰⁵¹. Cette citation laisse apparaître le principe selon lequel le transporteur est souvent confronté à des technique d'emballage qui

¹⁰⁴⁹ Comme en avait décidé le Tribunal régional de Dakar dans l'affaire du navire TAMBA (cf. *TR de Dakar n°1036 du 16 mai 1987 in* Ibrahima Khalil DIALLO, CMJ. Tome I pages 213 et suivantes), ou celles portées sur l'état différentiel (cf. *affaire du navire TIDRA, CA Lomé n°52 du 22 décembre 1966 op.cit pages 217 et suivantes*).» IBRAHIMA Khalil DIALLO, Séminaire de formation de formateurs « le contentieux maritime »

École Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA (ERSUMA) Porto Novo 26-30 janvier 2009, p. 37.

¹⁰⁵⁰ cf. cour d'appel de Dakar arrêt n°541 du JO juillet 1987, affaire du navire Maha Y ag Anghi in Ibrahima Khalil DIALLO, CMJ. Tome I pages 229 et suivantes). IBRAHIMA Khalil DIALLO, Séminaire de formation de formateurs, *op-cit*.

¹⁰⁵¹ R-J VALIN, Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681, La Rochelle 1760, L. III, T II, art. 4.

rendent difficile voir impossible le contrôle de l'état des marchandises tel que déclaré par le chargeur. Mais la jurisprudence n'est pas toujours d'avis que le transporteur puisse se retrouver dans l'impossibilité de contrôler les déclarations du chargeur.

L'usage est connu aujourd'hui, sur les lignes régulières : il s'agit de la distribution des imprimés de connaissements aux chargeurs ou aux transitaires qui les remplissent eux-mêmes et y marquent les informations concernant notamment les marchandises. De même, avec la dématérialisation l'ordinateur s'est installé et la saisie des informations en est plus que facilitée. Actuellement dans les ports comme celui du Havre, les *données* transmises par les chargeurs, concernant par exemple la description des marchandises, sont *saisies* sur ordinateur et servent à la fois à établir les connaissements et les manifestes, à déclarer les marchandises en douane, et autres documents attestant des *mouvements* et du *positionnement* des conteneurs sur les terminaux ou dans les magasins portuaires, en vue notamment de leur prise en charge et de leur livraison. D'ailleurs, la saisie des données dans les systèmes informatiques doit être précise pour éviter les fausses déclarations en douane. Il n'est donc pas question d'y décrire les marchandises autrement que ne le souhaitent les chargeurs.

553. Alors, le problème qui se pose aux transporteurs maritimes se trouve être le contrôle des déclarations du chargeur : comment faire pour ne pas être liés par ces déclarations s'ils ne peuvent pas les contrôler ? D'une part, la réponse est que les conteneurs de groupage (« LCL ») ne présentent pas de difficulté, de ce point de vue, lorsqu'ils sont remplis, empotés sous la responsabilité des transporteurs, car ces derniers peuvent en vérifier ou en faire contrôler le contenu à cette occasion. Mais tel n'est pas le cas pour des conteneurs complets (« FCL ») dans la mesure où ils sont usuellement empotés, fermés et scellés par les chargeurs ou leurs représentants, en l'absence du transporteur ou de son agent.

D'autre part, ne pouvant pas modifier les déclarations du chargeur ou de son transitaire, et étant dans l'impossibilité d'inspecter les centaines ou milliers de conteneurs qui stationnent ou circulent dans les ports jour et nuit, il ne lui reste plus alors que deux solutions : soit prendre la peine de contrôler l'empotage des conteneurs, soit insérer dans les connaissements une réserve *said to contain* ou autre en espérant qu'elle sera jugée efficace par les tribunaux¹⁰⁵². Il est constant que les réserves *said to contain* et autres donnent lieu à une jurisprudence abondante qui les annule généralement parce qu'elles ne sont pas *motivées* au sens formel du terme, faute d'expliquer les

¹⁰⁵² La question du contrôle de l'empotage n'a fait l'objet que d'une seule décision de justice publiée en France : l'arrêt « *Thérèse-Delmas* » de la Cour d'appel de Rouen dont le sommaire énonce qu'« *étant chargé de l'ensemble de l'expédition, le transporteur avait la possibilité d'assister à l'empotage du conteneur et de vérifier son contenu* » Rouen 17 nov. 1988, DMF 1990. 327 ; obs. P. BONASSIES, DMF 1991.95. Ce qui revient à présumer la possibilité du contrôle en pareil cas. Obs. P-Y NICOLAS, DMF, 564. 1996.

doutes du transporteur quant à l'exactitude des déclarations du chargeur¹⁰⁵³ ou l'impossibilité où il se trouvait de vérifier ces mêmes déclarations¹⁰⁵⁴. Cette jurisprudence semble privilégier la forme au détriment du fond en reléguant au second plan, voir en éludant carrément, la question primordiale de savoir, dans les circonstances de la cause, si le transporteur avait les moyens effectifs d'opérer cette vérification¹⁰⁵⁵.

554. La relation entre le chargeur et le transporteur fait intervenir l'utilisation de l'Internet grâce à cette nouvelle orientation les chargeurs peuvent organiser en ligne la plupart sinon la totalité de leurs procédures de transport. Ainsi les réserves peuvent passer par cette voie. Mais pour avoir une portée juridique en l'absence de texte contraire, elles doivent avoir un sens juridiquement valable. Ce qui veut dire que l'expression de la volonté doit avoir pour finalité de produire des effets de droit. Par exemple, retenir ou exclure la responsabilité du transporteur. En des termes plus clairs, le transporteur peut assortir son offre d'une condition résolutoire en cas de déclaration inexacte du chargeur ; ou encore obliger ce dernier à prouver que les marchandises prises en charge sont conformes à cette déclaration.

555. L'utilisation de l'Internet a pour condition sine qua non que le transporteur soit précis au moment de formuler les réserves. En effet, les formules *said to contain* ou *shipper's load and count* ne sont pas en elles-mêmes suffisantes car elles n'expriment qu'une réelle volonté d'échapper aux engagements découlant de la description des marchandises dans le connaissement. Or, l'effet juridique de ce genre d'expression est minime sur le terrain du droit commun. Peut-on s'engager à transporter une marchandise déterminée et se rétracter en même temps ? La réponse est simple : l'engagement doit être total. Toutefois ce principe n'est pas dépourvu d'exceptions, elles-mêmes issues de la convention de Bruxelles. La Convention de Bruxelles du 25 août 1924 autorise le transporteur à ne pas transcrire dans le connaissement les déclarations du chargeur *dont il a une raison sérieuse de soupçonner qu'elles ne représentent pas exactement les marchandises ... ou qu'il n'a pas eu les moyens raisonnables de vérifier* (art. 3, § 3). Appliquée à la lettre, la règle autorisait les clauses de style et risquait de les faire échapper à la nullité de l'article 3, § 8 de la Convention. Aussi la Conférence diplomatique de Bruxelles déclara-t-elle, en octobre 1922, que *les clauses poids inconnu, environ et similaires, ne peuvent être insérées que si le propriétaire du navire n'a pas de moyens raisonnables de contrôler la cargaison reçue par lui. S'il a des moyens de contrôle,*

¹⁰⁵³ Cass. com., 29 jan. 1980, navire *American-Legacy* (Bull. transp. 1980. 152; DMF 1981. 267, obs. R. ACHARD, p. 259 ; JCP 1980. II. 19338, note R. RODIÈRE).

¹⁰⁵⁴ Cass. com., 2 déc. 1963, navire *Banfara* (DMF 1964. 206). Rappr., Cass. com., 22 fév. 1983, navire *Pointe-de-Talagrip* (Bull. transp. 1983. 287 ; DMF 1984. 137, note R. ACHARD) ; Aix-en-Provence, 21 mai 1992 (DMF 1993. 307, somm. note Y. TASSEL) ; Paris, 13 déc. 1995 (Bull. transp. 1996. 369, somm. ; DMF 1996, note P.-Y. Nicolas) ; Rouen, 2 déc. 1982, navire *Pavlograd* (DMF 1983. 295, note R. ACHARD) ; Rouen, 14 avr. 1994 (DMF 1995. 380) ; Rouen, 8 sep. 1994 (DMF 1995. 883, note Y.T.) ; Saint-Denis-de-la-Réunion, 3 juil. 1992 (Bull. transp. 1994. 472, somm.). *Contra.* Paris, 19 juin 1990 (DMF 1991. 376, note R. ACHARD) ; Rennes, 27 fév. 1991 (inéd. ; cit. in Ph.-J. Hesse et autres, *Droits maritimes*, I. 313, note n° 325).

¹⁰⁵⁵ Obs. P-Y NICOLAS, DMF, 564. 1996, *op-cit.*

*il ne peut user de la clause*¹⁰⁵⁶. Quoi qu'il en soit, l'imprécision de la clause n'est pas admise par la jurisprudence¹⁰⁵⁷.

556. A ce stade des réflexions, il nous faut comprendre si l'expression des réserves est une convention unilatérale émanant du transporteur et qui doit par conséquent être acceptée par le chargeur. Il nous semble que non à la lecture de la convention de Bruxelles. En effet, l'interprétation de ce texte ne permet pas que soit invoqué à l'appui de la thèse unilatéraliste, l'apposition d'une réserve au connaissance comme ayant des effets contractuels sans l'acceptation du chargeur. Ce qu'on peut retenir ici c'est que les réserves *said to contain* sont inefficaces devant la jurisprudence même si le transporteur n'a pas eu les moyens raisonnables de contrôler la cargaison¹⁰⁵⁸. Pourtant, c'est cette règle pragmatique que pose la Convention. L'idée retenue par ladite Convention est que l'expression de la volonté du transporteur de ne pas se lier aux déclarations du chargeur suffit à renverser la présomption de prise en charge conforme, quelle que soit la forme que revêt cette expression, du moment que la règle de fond est respectée. C'est-à-dire du moment que le transporteur établit qu'il n'avait pas, en fait, les moyens raisonnables de contrôler ces déclarations. Cette situation doit-elle laisser comprendre que la réserve du transporteur opère ainsi un renversement¹⁰⁵⁹ de la charge de la preuve ? Le doyen RODIÈRE estime que non, dans un commentaire d'arrêt. Pour lui, le transporteur *ne peut pas à la fois faire semblant de se fier au chargeur en précisant les marques et les chiffres et en glissant la formule said to contain*¹⁰⁶⁰. Et selon le professeur BONASSIES et le professeur SCAPEL in traité de droit maritime 3^e édition, les réserves efficaces comme par exemple « cinquante-cinq poteaux avec extrémités écrasées » *ont un effet important, qui se révélera souvent déterminant : elles renversent la charge de la preuve ; elles détruisent la présomption de conformité des marchandises (...). Dès lors, il appartiendra à l'ayant droit à la marchandise de démontrer la fausseté des réserves et la réalité des dommages imputables au transporteur*¹⁰⁶¹.

Pour être opposable au chargeur, nous pensons que la réserve doit être acceptée par ce dernier, au moins implicitement. Certes la réserve est unilatérale par nature, mais l'offre l'est également. Pour produire des effets contractuels, sauf texte contraire, toutes deux doivent rencontrer une acceptation. Car la réserve en cause est un acte juridique destiné à modifier l'offre du transporteur, ou à modifier le contrat s'il est déjà conclu dans le cas par exemple d'émission de note de

¹⁰⁵⁶ G. MARAIS, *Les transports internationaux de marchandises par mer* ..., LGDJ 1949, 78.

¹⁰⁵⁷ Rouen, 17 nov. 1988, DMF 1990.327, obs. P. BONASSIES.

¹⁰⁵⁸ O. CACHARD, « *La clause said to contain et le trafic conteneurisé* », acte de colloque franco-belge, juillet-août 2013, DMF no 749, pages 612-618.

¹⁰⁵⁹ Sur ce point : B. MERCADAL, *Valeur juridique de la formule « said to contain »* (Bull. marit. Havre 1977, n° 31) ; rapp., du même auteur, *Les problèmes juridiques de la conteneurisation du transport maritime* (AFDM, 21 avr. 1982).

¹⁰⁶⁰ R. RODIÈRE, note sous Cass. com., 29 jan. 1980, *op-cit.*

¹⁰⁶¹ In « traité de droit maritime », *op-cit.*, p. 749.

chargement¹⁰⁶². Sans l'acceptation du chargeur, par conséquent, cette modification n'opérerait pas. La doctrine qui s'arrête au caractère unilatéral de la réserve¹⁰⁶³ ne convainc pas pour cette raison.

Toutefois, les réserves de style *simpliste*, *général* et *imprécis*, sont considérées comme inefficaces par la jurisprudence. En effet, ces dernières ne peuvent porter atteinte à la présomption de prise en charge des marchandises telles que décrite au connaissance. Ainsi la clause « que dit être » ou la clause « poids inconnu » ne sont pas acceptées par la Convention de Bruxelles. Ce texte les condamne de façon claire, en suggérant des réserves *précises* et *motivées*. La jurisprudence rejette aussi ces clauses de formulation générale en appliquant strictement les textes¹⁰⁶⁴. Tout compte fait, la pratique révèle des difficultés progressives dans le contrôle des déclarations des chargeurs mais ces difficultés qu'elles soient d'ordre technique ou économique sont toujours surmontables. En effet, *c'est au transporteur qu'il appartient, compte tenu du mode de transport considéré, d'établir la balance entre les risques qu'il prend en ne contrôlant pas et les risques contre lesquels il se prémunit*. D'où la nécessité de les consigner clairement dans le connaissance.

Paragraphe 2 :Inscrites au connaissance

557. Selon le professeur BONASSIES et le professeur SCAPEL, l'entrée en vigueur des règles de Rotterdam permettra de franchir une nouvelle étape du fait que ces Règles institutionnalisent à côté du document de transport écrit, le document électronique¹⁰⁶⁵. Toutefois, c'est la pratique qui pourra démontrer véritablement une telle mesure¹⁰⁶⁶. L'acceptation des documents électroniques nous conduit à analyser la forme et le support des réserves. S'il est évident que les réserves doivent obligatoirement figurer au connaissance, rien n'empêche cependant que cela soit autrement. Mais avant de voir cette situation, nous nous proposons d'analyser le principe de la réserve. En effet, la réserve du transporteur doit porter sur l'état apparent des marchandises (si cet état est défectueux, cela ne pose aucun problème). Donc c'est le connaissance qui contient les indications particulières concernant la nature générale, les marques principales, le nombre de colis ou de pièces ou le poids ou la quantité des marchandises. Dans ce cas nous l'avons dit, si le transporteur a constaté des inexactitudes sur ces éléments ou a des soupçons là-dessus ou n'a pas les moyens de contrôle

¹⁰⁶² *Interchange receipts*, ordres de mise à quai, bordereaux d'embarquement, *mate's receipts*, connaissances reçus pour embarquement, etc..

¹⁰⁶³ R. Rodière, *Traité général de droit maritime*, Mise à jour au 10 juin 1978, *Dalloz* 1978, n° 466, et les réf. Rapp. P. BONASSIES, obs. *DMF* 1989. 154 ; Y. TASSEL, note sous Aix-en-Provence, 21 mai 1992 (*op. et loc. cit. supra*, note n° 5).

¹⁰⁶⁴ Voir, Cass. com. 22 févr. 1983, *DMF* 1984.137, condamnant la clause « said to be » ; Cass. Com. 14 oct. 2008, Navire Amazon, D. 2008.2118, obs. X. DELPECH ; BTL 2008.667 ; *DMF* 2008.1034 ; *DMF* 2009, hors-série n 13, obs. PH. DELEBECQUE. La chambre commerciale approuve la Cour d'Aix-en-Provence (1^{er} mars 2007, d'avoir considéré que la clause « sans reconnaissance de responsabilité de la part des armateurs » ne constituait qu'une « clause de style dépourvue de valeur juridique », Notes P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *op-cit*, p. 975.

¹⁰⁶⁵ P. BONASSIES et CH. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, *op-cit*, n° 993

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*.

suffisants des déclarations du chargeur mentionnées au connaissement, il doit faire dans le connaissement une réserve précisant les inexactitudes qu'il a constatées, la raison de ses soupçons ou l'absence de moyens de contrôle suffisants. Or, l'écrit électronique peut permettre facilement l'insertion de ces réserves sans pour autant porter atteinte à l'intégrité des déclarations.

558. L'importance de l'inscription des réserves sur le document apparaît au moment de la livraison des marchandises au destinataire. Au stade de la réception des marchandises un avis peut être émis par le réceptionnaire. Cet avis porte en l'occurrence sur la perte ou le dommage causé à la marchandise. Deux situations se présentent d'abord les pertes ou dommages sont apparents dans ce cas le destinataire adresse par écrit au transporteur un avis de perte ou de dommage, spécifiant la nature générale de ces remarques. Il peut filmer ou prendre des photos. Ensuite, les pertes ou dommages peuvent être non apparents, pareillement, l'avis doit être donné par écrit. Ces situations ainsi évoquées sont valables en l'absence d'inspection contradictoire de l'état des marchandises à la livraison. Autrement, l'inspection contradictoire de l'état des marchandises au moment de leur livraison au destinataire se fait sous une forme particulière. S'il n'est pas nécessaire de donner avis par écrit au transporteur pendant l'inspection contradictoire, rien n'empêche de le mentionner dans un bordereau de livraison ou dans le rapport d'expertise.

559. L'expertise contradictoire est la confrontation entre les déclarations sur l'état des marchandises au départ et leur état à l'arrivée. Puisqu'il est admis que, le connaissement est un titre de transport qui atteste de la réception des marchandises par le transporteur dans la qualité et l'état apparent indiqué au contrat. L'écrit est appelé alors, à jouer un rôle fondamental dans la détermination des responsabilités éventuelles : l'appréciation des conditions d'exécutions du contrat de transport se fera par la comparaison entre les constatations faites sur l'état de la marchandise lors de la livraison, et les énonciations du connaissement décrivant celle-ci.

560. Si la forme est importante pour la preuve des réserves, le support est quant à lui inopérant mais pas pour autant inexistant. On sait que le connaissement a longtemps été un imprimé émis par le transporteur et remis au chargeur qui remplit les cases en cochant ou complétant des zones de textes. Ce document peut être, aujourd'hui, informatisé et qu'il garde les mêmes conditions de remplissage. Nous pensons que l'importance d'un tel procédé a pour résultat la célérité des échanges d'information et la souplesse des corrections et des rectifications des informations erronées. Et grâce à la cryptologie et à l'horodatage, l'intégrité des informations est d'avantage sécurisée pour la phase douane. Cette option pour les documents électroniques articule la force probante des mentions et des informations qui y sont stockées. Par conséquent la confiance aux énonciations faites aussi bien par le transporteur en termes de réserve que les chargeurs en termes de déclaration exacte est bien visible dans le circuit informatique des documents. Le réceptionnaire connecté au système, doit pouvoir se prévaloir des mentions du document électronique pour exiger

que lui soit livrée la marchandise telle qu'elle y est spécifiée. Décider autrement, équivaudrait à *enlever toute force probante à un titre qui constitue le contrat de transport et dont tous les intéressés à la vente peuvent faire état de justifier tant de la qualité que de la quantité de la marchandise*¹⁰⁶⁷. Cette prérogative connaît un tempérament du fait du caractère tripartite du contrat¹⁰⁶⁸ et une inflexion de la force probante intervient entre les parties.

Nous pensons aussi qu'avec la dématérialisation, on ne peut plus objecter avec des réserves tardives. En effet l'apposition des réserves sur le connaissement électronique est automatique du fait de la rapidité du transfert de document électronique. Donc il n'est plus question que le connaissement soit émis deux ou trois jours après le départ du navire. La connexion des systèmes permet un échange permanent d'informations entre le transporteur et le chargeur d'autant plus que les navires sont désormais équipés d'ordinateurs à leur bord.

La question qu'on veut traiter maintenant porte sur le fait de savoir si les réserves peuvent figurer dans d'autres documents que le connaissement. L'émission du connaissement s'accompagne normalement de divers documents qui peuvent aussi prouver la prise en charge. Il s'agit entre autres de la note chargement ou du bordereau d'embarquement. Ces documents peuvent comporter des réserves et leur validité n'est pas consécutive à l'acceptation du support par le chargeur ; mais plutôt à la connaissance de leur existence et leur acceptation par ce dernier. Donc si ces documents comportent des réserves acceptées par le chargeur ou son représentant, leur transfert sur le connaissement électronique est toujours possible et en pareil cas nous ne voyons pas de raison justifiée pour refuser le report. A l'inverse, puisqu'il s'agit d'une offre, le chargeur n'est pas tenu d'accepter une réserve qui ne figure pas au connaissement. A notre avis seul le non respect des conditions d'acceptation de la réserve rend nulle la réserve et non le support sur lequel elle se trouve inscrite. En l'absence de réserves au connaissement, le transporteur est réputé y avoir mentionné que les marchandises étaient en bon état apparent, la force probante du connaissement fait ressortir ici à la fois une présomption simple et une présomption irréfragable.

SECTION 2 : le connaissement sans réserve et la lettre de garantie

La présomption simple ne joue que dans les rapports entre le transporteur maritime et le chargeur. Sauf preuve contraire (qui doit être apportée par le transporteur), le connaissement fait foi de la prise en charge des marchandises par le transporteur telles qu'elles sont décrites dans ledit connaissement. Par contre n'est pas admis à apporter la preuve contraire dans ses rapports avec le

¹⁰⁶⁷ Cass. 21 oct. 1958, DMF 1959. 86, cité par P. BONASSIES et CH. SCAPEL, *op-cit*, p. 745, n° 967.

¹⁰⁶⁸ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *préc.*

destinataire. En effet, les réserves sont toujours négatives pour le chargeur qui est souvent le vendeur de la marchandise. Par conséquent, l'obtention du crédit documentaire n'est possible que si l'on présente à sa banque des documents sans réserve. Ainsi, le transporteur peut s'engager dans un *risque contractuel* avec le chargeur à ne pas émettre de réserves sur le connaissement (**paragraphe 1**) et le chargeur s'engage à lui fournir une garantie contre ce risque (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Un risque contractuel

561. On entend par *risque contractuel* l'engagement du transport à prendre en charge et à transporter des marchandises sans pour autant prendre le soin de contrôler leur état. La conséquence de cet engagement est que, le transporteur est présumé irréfragablement¹⁰⁶⁹ avoir reçu les marchandises au complet et en bon état, toute avarie constatée engage sa responsabilité à l'égard du destinataire porteur du connaissement « clean ». Or, même si *l'absence de réserves à la livraison autorise le transporteur maritime à se prévaloir de la présomption de livraison conforme, le destinataire conserve pleinement le droit d'établir par tous moyens, y compris par la production du rapport non contradictoire d'un commissaire d'avaries, que les marchandises lui ont été livrées endommagées*¹⁰⁷⁰. Cette jurisprudence démontre que le risque des dommages pèse sur le transporteur. Le destinataire qui n'est pas partie au contrat peut ignorer l'existence d'un accord entre le chargeur et le transporteur ayant pour but de ne pas inscrire des réserves sur le connaissement. Donc il n'a pas de raison à chercher l'existence d'une lettre de garantie. Ici le principe fondamental du droit de la preuve est mis en valeur. Il s'agit pour le destinataire de prouver une circonstance de fait, dans son cas, tous les moyens de preuve sont, généralement admis y compris la présentation du document électronique.

562. Le risque contractuel peut aussi émaner d'une entente entre le transporteur et le chargeur pour éviter un blocage du circuit des transactions causé par des marchandises d'une défectuosité minime. Le fait de passer outre cet état des marchandises sans pour autant le mentionner dans le connaissement : c'est ce que nous appelons en droit commun la *simulation* dans lequel il existe deux actes différents. L'acte apparent (c'est le connaissement) et l'acte secret ou contre-lettre d'indemnité (c'est la lettre de garantie pour absence de réserves au connaissement). Le but poursuivi par les parties au contrat de transport est non équivoque entre eux. Pour le chargeur obtenir un connaissement « *clean on board* » qui lui permet de dénouer valablement un crédit documentaire négocié auprès de sa banque et pour le transporteur qui malgré l'état apparent défectueux de la marchandise n'a pas pris de réserves à l'endroit du chargeur, de pouvoir se

¹⁰⁶⁹ BONASSIES et SCAPEL *op-cit*, p. 753, n° 976.

¹⁰⁷⁰ Cass. Ch. com. 12 nov. 1997, Navire « Steir », DMF 1998. 518, p. 40.

retourner valablement contre ce dernier en cas de recours du destinataire. La différence avec la présomption de garantie du chargeur est que : les inexactitudes sont connues du transporteur dans la lettre de garantie ; le transporteur n'a pas besoin de rechercher la preuve contraire : la lettre de garantie est suffisamment explicite. C'est le cas de la lettre de garantie frauduleuse. Elle est frauduleuse lorsque le transporteur, en s'abstenant de prendre des réserves au connaissance, a l'intention de léser un tiers y compris le destinataire. Une telle lettre de garantie est, d'ailleurs, nulle même entre les parties au contrat de transport. Elle devrait pouvoir être classée dans la faute dolosive.

563. Toutefois, les réformes opérées par la loi française de 1966¹⁰⁷¹, apporte un regard nouveau sur cette façon de faire. Cette loi sanctionne aussi bien l'émission de la lettre de garantie que l'absence de réserve au connaissance. Il en résulte une obligation de moyen pesant sur le transporteur qui est désormais tenu de fournir un document fiable. Corrélativement, il n'a plus la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité et de la limiter¹⁰⁷² *si la réserve volontairement omise concerne un défaut de la marchandise dont le transporteur avait ou devait avoir connaissance lors de la signature*¹⁰⁷³.

564. Un autre risque contractuel est envisagé du côté du chargeur. La lettre de garantie est nulle à l'égard des tiers sauf que ces derniers peuvent s'en prévaloir contre le chargeur¹⁰⁷⁴. Ainsi, la qualité de vendeur du chargeur ouvre cette voie au destinataire qui sera indemnisé intégralement par le transporteur étant entendu qu'il est privé du bénéfice des cas excepté et de limitation de responsabilité du seul fait de l'absence fautive de réserves¹⁰⁷⁵.

565. Reste à régler le risque situé dans les rapports entre le transporteur et le chargeur. Pour le comprendre il nous faut analyser les Règles de Hambourg. Cette Convention propose en son article 17 alinéa 3 que la lettre de garantie délivrée par le chargeur est valable *à l'égard du chargeur sauf lorsque le transporteur ou son représentant en s'abstenant de faire les réserves (...), a l'intention de léser un tiers, y compris un destinataire, qui agit en se fondant sur la description des marchandises données au connaissance, le transporteur n'a droit à aucune indemnisation du chargeur*. C'est pour dire que le transporteur ne pourra pas se prévaloir de sa propre turpitude. Et comme le demande le professeur BONASSIES¹⁰⁷⁶, nous pensons que cela devrait être une obligation pour le chargeur de prendre des réserves pour garder une certaine éthique dans la profession. Et d'ailleurs cette obligation devra s'accroître dans le cadre du transport des

¹⁰⁷¹ L'article 20 de la loi du 18 juin 1966 devenu article L. 5422-5 du Code des transports.

¹⁰⁷² Article 20 alinéa 2 *ibidem*.

¹⁰⁷³ Voir, Paris, 12 sept. 2002, navire Catharina, DMF 2003.665, obs. Y. TASSEL.

¹⁰⁷⁴ Article 1321 du Code civil ; loi du 18 juin 1966, art. 20, al. 1.

¹⁰⁷⁵ Aix-en-Provence, 7 sept. 2007, BTL 2007.354 refusant au transporteur le bénéfice de la limitation de responsabilité, DMF 2008, hors-série n° 12, n° 76, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁰⁷⁶ P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *préc.* p. 755, n° 978.

marchandises dangereuses. Le risque de catastrophe ne se limitant pas aux seules relations entre transporteur, chargeur et destinataire mais il peut aussi toucher l'environnement. De ce point de vue le contrôle et la prise de réserve sont préventifs. L'appât du gain ne doit pas être privilégié en laissant au transporteur le choix du contrôle de la cargaison à transporter.

On retiendra de l'émission du connaissement sans réserve que le transporteur est exposé à subir l'action du titulaire du connaissement. Le transporteur et le chargeur se sont efforcés de créer des garanties personnelles à telle enseigne qu'elles sont devenues l'apanage des contrats internationaux.

Paragraphe 2 : Une garantie personnelle non accessoire

566. Le caractère accessoire d'une sûreté personnelle constitue souvent sa faiblesse. Le sort du cautionnement par exemple est irrémédiablement lié à celui du contrat principal¹⁰⁷⁷. En effet, une double menace pèse sur le cautionnement : aux causes d'annulation qui lui sont propres, s'ajoutent celles qui sont susceptibles d'affecter le contrat principal¹⁰⁷⁸. Cette étude analogique entre le cautionnement et la garantie autonome n'est que purement pédagogique et même si leur ressemblance porte sur le fait que ce sont des *garanties*, leur distinction est remarquable et porte sur le caractère accessoire. Cette distinction nous permet de démontrer l'efficacité de la lettre de garantie autonome et à première demande entre les parties au contrat de transport souvent admis comme contrat tripartite. En effet, si la lettre de garantie est émise par rapport à un contrat qui est une *obligation de ne pas faire*, la nullité de ce dernier n'entraîne pas forcément la nullité de la lettre de garantie¹⁰⁷⁹.

567. Pour le comprendre nous avons choisi d'analyser la notion de garantie autonome. L'article 2321, alinéa 1^{er}, du Code civil définit la garantie autonome comme « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ». On voit nettement que la garantie fait intervenir une tierce personne autre que le transporteur et le chargeur. Donc à la demande du chargeur, sa banque paiera une certaine somme au transporteur pour garantir l'exécution d'un contrat de base conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le caractère souvent occulte dans lequel la convention est signée nous conduit à nous demander si dans ce cas la lettre de garantie est valable, du fait du caractère illicite de l'accord portant sur l'embarquement de marchandises défectueuses, par exemple. Nous pensons que le principe d'autonomie peut être écarté en raison de

¹⁰⁷⁷ Voir, article 2289, al. 1^{er} ; art. 2290 al. 1^{er} et art. 2313 al. 1^{er} du Code civil

¹⁰⁷⁸ Le cautionnement par essence, est un contrat accessoire, car il suppose nécessairement un contrat principal duquel découle l'obligation garantie (art. 2888 Code civil)

¹⁰⁷⁹ En ce sens, note PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op-cit.*, n° 202 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, « *la lettre de garantie internationale* » RTD com. 1980. 1 s., n° 12.

l'illicéité ou de l'immoralité du contrat de base. En effet, la volonté contractuelle ne doit pas permettre de garantir l'exécution d'un contrat dont l'objet réalise, par exemple, un transport de produit prohibé. Si les parties à la garantie autonome peuvent s'accorder pour interdire au garant d'invoquer les exceptions tenant à la cause objective de son obligation, ils ne peuvent pas, au contraire, toucher aux exceptions relatives à la cause subjective car cette dernière intéresse l'ordre public¹⁰⁸⁰.

568. La question est complexe si l'on sait que la garantie à première demande est le corollaire de la garantie documentaire dans laquelle le paiement par le garant est subordonné à la production par le bénéficiaire de certains documents désignés dans l'acte. A ce stade, les documents sont censés établir le bien-fondé de l'appel. Toutefois, l'autonomie de la garantie n'est pas remise en cause : le garant doit payer sans contestation dès lors que les documents prévus lui sont présentés et paraissent réguliers en la forme. L'on se demande alors quelle peut être l'efficacité d'une lettre de garantie émise en vue de se parer du blocage du crédit documentaire causé par un connaissance rempli de réserves.

569. La cause¹⁰⁸¹ (subjective) de la lettre de garantie est l'absence de réserves au connaissance même si l'autonomie de la garantie signifie l'absence de lien entre celle-ci et le contrat de base. Cette distinction doit être nuancée car la fonction de garantie n'opère que par le fait que le garant s'engage à renforcer le crédit du donneur d'ordre pour lui permettre d'obtenir ce qu'il sollicite du créancier bénéficiaire. Ce qui nous fait dire que la cause fondamentale de l'obligation se trouve dans *l'obligation de ne pas faire* en d'autre terme l'absence de réserve au connaissance¹⁰⁸². L'analyse de cette jurisprudence nous permet d'affirmer que le garant peut donc invoquer l'absence de cause pour échapper à ses engagements dès l'instant que l'intérêt économique que représente la conclusion du contrat de base pour le donneur d'ordre est prouvé. Or, la cause subjective permet de contrôler la licéité et la moralité de l'acte ce qui nous paraît difficile à exécuter dans la pratique des garanties autonomes.

¹⁰⁸⁰ M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. J-BACHELLIER, *droit des sûretés*, 5^e éd. Sirey 2016, p. 267, n° 526.

¹⁰⁸¹ La question de la cause de la garantie autonome a été abondamment discutée (sur cette controverse, cf. trav. H. CAPITANT, t. 35 : les engagements abstraits pris par le banquier ; M. Contamine Raynaud, *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français*, Mélanges ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 413). Mais la disparition de la notion depuis l'ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations devrait mettre fin à cette discussion. Ainsi, pour certains auteurs, cette sûreté serait une « garantie abstraite » (M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, n° 492), autrement dit un acte détaché de sa cause, le garant étant lié par la seule force de sa signature. On affirme traditionnellement que l'acte abstrait est plus protecteur des intérêts du créancier et qu'il se marie d'avantage avec les exigences de sécurité et de rapidité nécessaire au commerce. L'inconvénient est que cette théorie contrevenait à l'ancien article 1131 du Code civil selon lequel *l'acte sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet*.

¹⁰⁸² C'est cette solution que la cour de cassation a confirmé en affirmant que l'engagement d'un garant à première demande est causé, dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu importe qu'il n'y soit pas partie (Cass. com. 19 avr. 2005, JCP E 2005, n° 916, note J. STOUFFLET ; Cass. com., 3 juin 2014, n°13-17643, RLDC oct. 2014, p. 31 note E. GARAUD.

Nous sommes néanmoins convaincus que dans ce tourbillon où le banquier octroie le crédit documentaire et émet la lettre de garantie, il est obligé alors de contrôler toutes ces opérations et tous ces documents du fait du peu de moyen dont il dispose pour sa défense. D'un autre côté, le transporteur a le droit de prendre des réserves, il est libre de l'exercer au moment de prendre en charge les marchandises.

Chapitre II : Le contentieux de la prise en charge des marchandises

Comment la marchandise parvient-elle au transporteur ? Elle parvient à ce dernier par la mise à sa disposition dans ses magasins, sur le quai, ou le long du bord du navire dans le port convenu. En effet, pour que le déplacement de la marchandise se fasse, plusieurs opérations préalables sont nécessairement effectuées. Il peut s'agir de son emballage, de son étiquetage, ou enfin de son déchargement dans les entrepôts du transporteur ou de son représentant. Ces opérations qui précèdent la prise en charge de la marchandise par le transporteur sont organisées par des contrats types et sont aussi réglementées par des conventions internationales en matière de transport maritime. La question est de savoir alors quand débute la prise en charge de la marchandise ? Pour le comprendre il nous faut tenter de définir la notion de prise en charge. Notons tout d'abord que cette notion n'a pas fait l'objet de réglementation ni par la convention de Bruxelles, ni par la loi française de 1966¹⁰⁸³. Toutefois aussi bien la doctrine que la jurisprudence ont admis que c'est la convention des parties (en pratique, les conditions générales et/ou particulières des connaissements) qui détermine le moment de la prise en charge. A condition de ne pas contrevenir aux dispositions¹⁰⁸⁴ de l'article 4 du décret n° 2016-1893 du 28 décembre 2016, (abrogeant l'article 38 du décret n° 66-1078 du 31 décembre 1966), disposant que la prise en charge ne saurait être retardée après le début de l'embarquement.

L'usage est qu'en transport maritime, la marchandise est apportée au transporteur qui la réceptionne ; une opération logique. Dès lors, la situation dans le temps et dans l'espace de la prise en charge de la marchandise doit être établie pour déterminer le moment à partir duquel le transporteur répond des pertes et avaries que peut subir la marchandise (**section 1**). La prise en charge est l'acte par lequel le transporteur accepte la marchandise¹⁰⁸⁵ *elle intervient donc au moment défini par le contrat, mais, avant le début des opérations de chargement*¹⁰⁸⁶. Peut-on dans ce cas admettre que le rôle actif du transporteur ne commence qu'à partir du moment où les marchandises sont introduites dans le navire ? Quelle est la dimension technique, juridique et économique des clauses de chargement émises au moment de la conclusion du contrat ? (**section 2**).

¹⁰⁸³ P. BONASSIES et CH. SCAPEL, *Traité, op-cit*, n° 1009.

¹⁰⁸⁴ Nonobstant toute clause contraire, le transporteur procède de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde et au déchargement de la marchandise. Il doit à la marchandise des soins ordinaires conformément à la convention des parties ou aux usages du port de chargement.

¹⁰⁸⁵ R. RODIERE, *Traité de droit maritime*, n° 504.

¹⁰⁸⁶ P. BONASSIES, CH. SCAPEL, *Traité*, n° *ibidem*.

SECTION 1 : La théorie de la réception des marchandises

Les marchandises sont remises au transporteur ou à son agent dans ses magasins, ou sur le quai, ou « sous palan », c'est-à-dire le long du bord du navire, selon ce qui à été convenu, ou selon ce qui est d'usage dans le port d'embarquement¹⁰⁸⁷. Tout dépend en quelque sorte de la volonté des parties. La dématérialisation de la conclusion du contrat fait qu'aujourd'hui, plusieurs phases du transport maritime sont informatisées. Les opérations de chargement sont calculées et contrôlées à l'aide de logiciels¹⁰⁸⁸ performants ce qui fait que le moment de la réception est bien indiqué grâce aux instructions de chargement reçues de manière électronique¹⁰⁸⁹. Ainsi la conclusion du contrat oblige le chargeur à présenter la marchandise et au transporteur de la réceptionner (**paragraphe 1**). A la réception de la marchandise, le transporteur va comparer les marchandises reçues avec les informations portées sur le connaissement. Toutefois, s'il remarque des anomalies liées, par exemple au caractère dangereux de la marchandise, il peut décliner la réception (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'obligation de présentation et de réception

570. Peut-on affirmer que c'est la réception des marchandises qui déclenche la prise en charge ? Nous donnons une réponse positive à cette question. En se basant sur la définition du mot réception¹⁰⁹⁰ : qui est l'action de recevoir quelque chose, d'entrer en possession de quelque chose qui a été envoyé. Nous constatons que la marchandise est reçue par le transporteur, et c'est en ce moment qu'il entre en possession de la marchandise pour pouvoir en prendre soin. Les obligations dont le transporteur maritime est tenu sont des obligations de moyen. Donc, c'est la réception de la marchandise qui détermine le moment où celle-ci est sous sa garde. Comme le prévoit l'article 4 (1) des Règles de Hambourg : « *dans la présente convention, la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les marchandises couvre la période pendant laquelle les marchandises sont sous sa garde au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement* ». Même si le connaissement est émis bien avant, la présentation et la réception de la marchandise sont les premières phases qui déclenchent l'exécution du contrat de transport car en l'absence de la réception, il ne peut y avoir de transport. Donc le premier acte matériel est la présentation suivie de

¹⁰⁸⁷ Sur ce point, D. DANJON, *Traité de droit maritime*, 2^e éd. Sirey, 1926, n° 815.

¹⁰⁸⁸ Le logiciel INTTRA par exemple intervient dans le commerce maritime plus particulièrement en matière de transport, pour plus d'information, consulter (www.inttra.com). Voir aussi le DDS Freight interfacé à la plateforme e-commerce INTTRA, ce dernier est un progiciel de transit qui permet au commissionnaire de transport de réaliser plus de 25% d'économie sur chaque édition de connaissement électronique (www.ddslogistics.com).

¹⁰⁸⁹ Voir aussi GT NEXUS qui est une plateforme collaboratrice permettant d'optimiser les flux logistiques au profit des opérateurs du commerce et du transport international (www.gtnexus.com).

¹⁰⁹⁰ Voir dictionnaire Larousse.

la réception de la marchandise par le transporteur. C'est à partir du transfert matériel de la marchandise entre les *main*s du transporteur que la garde est effective étant donné que le contrat de transport est de nature consensuelle et par conséquent, il doit être accompagné d'un transfert matériel de la marchandise. Lorsque le contrat de transport est conclut, les volontés se sont rencontrées au moment et au lieu où elles ont été émises. Dès son acceptation, le chargeur a pour obligation de remettre la marchandise entre les mains du transporteur. Les marchandises remises doivent être conformes à leur description dans le *connaissance*¹⁰⁹¹. En effet, il doit décrire les marchandises qu'il remet au transporteur sur le *connaissance* pour avoir la preuve que les marchandises ont été reçues en bon état, les marchandises dangereuses doivent être déclarées. Le transporteur est tenu, de son côté, de recevoir la marchandise. Il ne pourrait s'y refuser que si la marchandise est illicite. Cela signifie qu'il n'est pas obligé, de façon impérative, de recevoir et de charger la marchandise dangereuse. Nonobstant le fait qu'il est obligé par le contrat à recevoir la marchandise.

571. Nous l'avons vu, la cause est la justification de l'engagement de chacune des parties, tandis que l'objet du contrat résulte de leur volonté commune. Ainsi l'obligation de faire que contracte le transporteur porte sur des actes matériels. Il s'agit d'exécuter un service pour autrui (le déplacement de la marchandise d'un port à l'autre) ; il est simplement chargé de conserver la chose, de la déplacer et enfin de la restituer. Cependant, il apparaît comme un *dépositaire* qui n'est pas purement passif car il doit dispenser des peines et soins pour assurer son obligation de conservation et de déplacement. Par la réception des marchandises, le transporteur en est devenu gardien. S'agit-il d'une conception matérielle de la garde des choses lui conférant le pouvoir de conduite et de contrôle ? Nous pensons que oui. En effet, ici la garde de la chose fait intervenir la capacité professionnelle du transporteur/capitaine. Il est celui dans la sphère d'autorité duquel la marchandise est placée il devra répondre des conséquences dommageables de ces marchandises. Pourtant, il n'a, éventuellement, aucun titre juridique sur la marchandise. Il est devenu gardien du seul fait de la détention ce qui n'est pas consubstantielle à la garde¹⁰⁹². Et nous pensons que c'est à partir du transfert de la garde que la responsabilité du chargeur est engagée corrélativement à la prise en charge. Or, l'attribution de la garde au transporteur n'est qu'une circonstance de fait on doit considérer que celui-ci ne peut être tenu pour responsable du dommage subie par les marchandises s'il n'est pas en mesure d'exercer son contrôle sur la marchandise.

572. La notion de contrôle doit être comprise dans le sens de l'acquisition de la détention de la marchandise. Donc, le chargement, s'il est effectué par le transporteur ou son représentant, ne peut

¹⁰⁹¹ PH. DELEBECQUE, *Traité, op-cit*, n° 716.

¹⁰⁹² Le gardien n'est pas forcément celui qui détient matériellement la chose : il n'est pas rare que celui qui manipulait la chose au moment du dommage soit mis hors cause, motif pris de ce qu'une autre personne (bien souvent le propriétaire de celle-ci ou son représentant) était plus à même d'en assurer le contrôle (Cass. 2^e ch. civ. 28 mars 1994 : Bull. civ. II, n° 112.)

pas être considéré comme le commencement de la prise en charge. Car l'acceptation de transporter les marchandises est donnée dès la signature du contrat alors que les marchandises ne sont pas encore entre les *main*s du transporteur. C'est la réception qui traduit le transfert des marchandises et déclenche en même temps la manipulation ce qui par suite logique déclenche les risques d'avarie ou de perte. Ainsi, le chargement ne débute qu'après le transfert matériel de la marchandise. C'est avec l'acquisition de la détention des marchandises que le transporteur reçoit la possibilité de prévenir lui-même le préjudice que peut subir la marchandise. Donc la prise en charge (v. *infra*, section 2, *paragraphe 1*) débute avec la réception de la marchandise selon la clause convenue¹⁰⁹³ par exemple les clauses, « prise à quai » ou encore « le long du navire » ou dans les magasins du transporteur. Le transporteur n'est pas toujours obligé de réceptionner les marchandises.

Paragraphe 2 : L'atténuation de l'obligation de réception par le transporteur

A la réception de la marchandise, le transporteur va comparer les marchandises reçues avec les informations portées sur le connaissement. La comparaison fait intervenir entre autres le nombre de conteneur ou de colis, la quantité des marchandises et leur mode d'emballage. Par exemple, le transporteur reçoit le nombre de conteneurs correspondant à ce qui est mentionné sur le connaissement. Il n'y a aucune difficulté, la remise est parfaite. Le transporteur reçoit un nombre de colis ne correspondant pas aux mentions du connaissement, par exemple, le nombre de colis est inférieur à ce qui est mentionné sur le connaissement ou encore il reçoit des marchandises dangereuses non déclarées comme telles dans le connaissement. Une première situation s'envisage par rapport à la différence de quantité : si le même nombre a été émarginé par le transporteur, on présume que la marchandise a été perdue en cours de transport. Si celui-ci n'est pas émarginé par le transporteur, il faut se référer aux mentions du connaissement : ce sont les quantités indiquées par celui-ci qui feront foi. La remarque est que le mécanisme est tributaire de l'exacte concordance entre les mentions des différents documents de transport.

573. Il est constant que le transporteur doit recevoir les marchandises qu'il s'est engagé de transporter. Mais il peut les refuser par exemple si elles sont dangereuses pour le navire ou pour le surplus de la cargaison ou si elles constituent de la contre bande. Les marchandises étant licites, il peut les refuser si elles sont d'un poids ou d'un volume excessifs par rapport au navire et au restant de la cargaison. De plus il peut refuser les choses fragiles dans le cas où l'emballage serait insuffisant. Le refus de recevoir ou d'embarquer la marchandise pourrait encore en principe être

¹⁰⁹³ Paris, 3 mars 2004, Navire Le lesseps, DMF 2005.555 et obs. DELEBECQUE, DMF 2005, hors-série n° 9 au n° 103- pour un cas où le conteneur avait été fourni par le transporteur, la règle de la prise en charge à quai étant maintenue, Aix-en-Provence, 9 déc. 1999, navire Joly RUBINO, DMF 2000.914, obs. Y. TASSEL.

accordé au transporteur si les marchandises présentées ne sont pas de l'espèce convenue, dans le cas où la nature des marchandises était spécifiée dans le connaissement. Toutefois, ce refus cesserait d'être fondé si cette indication n'avait pas un caractère exclusif, et si la différence n'est nullement préjudiciable au transporteur. Les marchandises convenues étant d'espèce courante et les marchandises présentées étant d'espèce analogue, ni plus volumineuses, ni plus lourdes¹⁰⁹⁴.

Ainsi le transporteur est obligé de charger, aux lieux et place des marchandises stipulées par le contrat tous autres objets à destination du même port, à moins que sa condition ne s'en trouve aggravée ou que le contrat ne détermine d'autres marchandises en les spécifiant. A fortiori le transporteur pourrait-il refuser les marchandises, même licites et de l'espèce indiquée, que le chargeur apporterait en plus de la quantité convenue ? Ce serait même une obligation pour le capitaine s'il devait résulter de là une surcharge pour le navire.

574. *Le chargeur doit remettre au transporteur une marchandise appropriée au transport*¹⁰⁹⁵ le non respect de cette condition donne-t-il droit au transporteur de refuser la marchandise ? L'obligation du chargeur est de remettre des marchandises conformément aux stipulations contractuelles. Dans cet aspect objectif, le non respect de l'obligation se rapproche fort bien du vice du consentement qu'est l'erreur du transporteur, s'il avait connu la réalité (c'est-à-dire le vice de la marchandise ou la communication de données inexactes sur les marchandises), il n'aurait pas conclu le contrat. Et il est admis que, pour l'erreur, la bonne ou mauvaise foi du chargeur est indifférente : c'est le vice du consentement du transporteur qui suffit à lui-même, à justifier le refus d'embarquer la marchandise. Mais ce qu'il faut retenir c'est que le non respect de l'obligation précontractuelle d'information¹⁰⁹⁶ ne doit pas avoir pour conséquence la nullité du contrat car les informations inexactes peuvent porter uniquement sur une catégorie de marchandise et non sur la totalité. Par ailleurs, l'annulation du contrat ne saurait résulter de la seule constatation d'un manquement à l'obligation d'information¹⁰⁹⁷. Le transporteur pourra refuser ces marchandises et embarquer le reste. La remarque qui s'impose est que le transporteur se trouve, avant la réception des marchandises dans une situation d'ignorance légitime même étant professionnel il n'a pas la possibilité d'accéder à l'information déterminante ; il ne peut que se fier à la bonne foi du chargeur. Or, la situation de confiance légitime suppose l'existence d'une circonstance particulière autorisant le transporteur à se reposer entièrement sur le chargeur détenteur de l'information.

Lorsque la déclaration inexacte est établie, il est par ailleurs nécessaire de démontrer que ce manquement a causé un préjudice¹⁰⁹⁸. Le préjudice résultant du dommage causé au navire ne se serait peut être pas produit si le chargeur avait correctement informé le transporteur. En toute

¹⁰⁹⁴ D. DANJON, *Traité de droit maritime* », 2^e éd. Recueil Sirey, 1926, p. 611.

¹⁰⁹⁵ PH. DELEBECQUE, *Traité, op-cit*, 716.

¹⁰⁹⁶ Code civil article 1112-1 avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016

¹⁰⁹⁷ Article 1112-1 alinéa 6 du Code civil.

¹⁰⁹⁸ Sur ce point voir, Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2002, n° 99-15915, Bull. civ. I, n° 177.

logique, dans la mesure où elle a pris sa source dans la période contractuelle, la responsabilité est contractuelle¹⁰⁹⁹. Elle l'est certainement parce que par suite de la délivrance fautive d'une information inexacte le préjudice est survenu.

SECTION 2 : Les clauses inhérentes à la prise en charge et à la loi applicable

Les marchandises sont remises au transporteur ou son agent aux lieux convenus selon ce qui est d'usage dans le port d'embarquement. Le transporteur, selon le lieu de réception, doit opérer l'embarquement sur son navire. Il supporte ainsi le risque du chargement et éventuellement les frais si aucune convention n'en dispose autrement. Plusieurs clauses sont insérées dans le connaissement. On entend par clause *la disposition particulière d'un acte juridique ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial*¹¹⁰⁰. Ces clauses déterminent le type de soin que doit recevoir la marchandise ; ce dernier dépendant aussi de l'espèce de la marchandise. Par exemple pour les vrac liquides le chargement débute dès que le liquide concerné (pétrole, lait) est pris en charge par le flexible du navire connecté au flexible du terminal terrestre¹¹⁰¹, pour les rouliers (ro-ro), le chargement se fait par l'accès de l'engin roulant sur la rampe permettant d'entrer dans la cale garage du navire. Pour ce type de transport, les opérations d'embarquement constituent la première phase du transport maritime et les opérations de débarquement la suite nécessaire du transport. Elles incombent uniquement à l'armement (sous le contrôle du capitaine) et restent sous sa responsabilité exclusive¹¹⁰² (**paragraphe 1**). Par ailleurs l'utilisation du connaissement électronique dans les règles de Hambourg risque de soulever des inquiétudes en ce qui concerne son champ d'application et plus particulièrement la mise en exécution de la clause Paramount (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les clauses de chargement et de déchargement

575. Concrètement, dans un contrat de transport international, les clauses vont clarifier la volonté des parties. Dans le processus de chargement et de déchargement, par exemple, elles servent à situer le point critique du transfert des risques (risques de perte, détérioration, vol des

¹⁰⁹⁹ Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-15121, Bull. civ. IV, n° 276.

¹¹⁰⁰ G. Cornu, vocabulaire juridique

¹¹⁰¹ Montpellier, 1^{er} avr. 1971, navire Chergui, DMF, 1971. 590.

¹¹⁰² Cass. com., 27 oct. 1998, no 96-16.387, BTL 1998, p. 801, DMF 1998, p. 1129.

marchandises) consécutifs à la manipulation de la cargaison dans la procédure d'acheminement des marchandises, permettant ainsi à celui qui supporte ces risques de prendre ses dispositions notamment en termes de responsabilité¹¹⁰³. En plus de situer les risques, ces clauses permettent de répartir entre le chargeur et le transporteur les frais logistiques, juridiques et administratifs entre les différentes étapes du processus, de chargement et de déchargement. Elles précisent, des fois le nom du débiteur de l'emportage et du dépotage des conteneurs ainsi que les opérations d'inspection.

576. En se référant dans leurs contrats à l'une de ces clauses : FIO (Free In and Out) ou FIOS (Free In and Out and Stowed), les transporteurs espèrent réduire l'incertitude inhérente à toute transaction internationale (Ils cherchent aussi à alléger leur responsabilité). Toutefois, cette pratique commerciale rencontre une interprétation différente d'un pays à l'autre. La plupart de *ces clauses stipulent que les opérations de chargement, de déchargement (in and out) et éventuellement d'arrimage (stowed) sont effectuées au frais et risque de la marchandise*. Mais, ces clauses frappées de nullité¹¹⁰⁴ (en théorie) dans certains pays, peuvent être considérées (dans la pratique) comme valables, dans d'autres¹¹⁰⁵. Pour ce qui est de la clause FIO (*free in and out*) : elle a pour objet de fixer la répartition des frais de chargement (*in*) et de déchargement (*out*) de la cargaison. La clause FIO indique que la marchandise est chargée et déchargée aux frais et risque de la marchandise. Quant à la clause FIOS (*free in and out and stowed*), cette clause intègre les frais d'arrimage à la charge de la marchandise. Ces diverses clauses ne modifient pas les obligations juridiques issues du contrat. Ainsi, dans l'affrètement au voyage, par exemple, c'est l'affréteur qui doit charger et décharger la marchandise¹¹⁰⁶. La clause FIO précise souvent que les frais afférant à ces opérations lui incombent.

577. Mais conformément aux indications de l'article 3 & 2 de la convention de Bruxelles, le chargement et le déchargement sont une obligation du transporteur ; il ne peut s'en décharger. Donc la clause FIO ne le libère que de la charge des frais et non du transfert des risques¹¹⁰⁷. La jurisprudence est très stricte sur ce point. Et d'ailleurs la décision de la cour de cassation du 30 novembre 2010 en est un bel exemple : « *attendu que l'article 29 de la loi du 18 juin 1966 s'oppose à l'application d'une clause qui soustrait le transporteur maritime à la responsabilité de l'ensemble des opérations de chargement et de déchargement ; que c'est donc en bon droit que la cour d'appel a retenu que la clause FIOST ne pouvait être appliquée en l'espèce* ». L'on comprend déjà les

¹¹⁰³ Les règles maritimes (Convention de 1924, loi de 1966, Règles de Hambourg) instituent un régime de impératif de responsabilité qui s'impose pour l'ensemble des opérations composant le transport maritime, mais seulement pour celles-ci. Ce régime est spécifique et se distingue des régimes de responsabilité qui s'appliquent aux opérations qui précèdent ou suivent les opérations de transport. Voir BONASSIES et SCAPEL, Traité, n° 913, 3^e éd. LGDJ, 2016.

¹¹⁰⁴ SCAPEL ET BONASSIES *op-cit* : Ces clauses sont donc, en France, considérées comme valables quant à la charge des frais mais nulles quant au transfert des risques.

¹¹⁰⁵ Y. TASSEL, « Pratique et théorie : certitudes et incertitudes des clauses FIO du connaissance émis en exécution d'une charte-partie », Mélanges SCAPEL, p. 335.

¹¹⁰⁶ Décret n° 66-1078 du 31 déc. 1966 préc. art. 9 al. 1.

¹¹⁰⁷ Cass. com. 30 nov. 2010, navire Khaipur, DMF. 2011, 261. Obs. Ph. DELEBECQUE.

différences qui existent quant à l'application de ces clauses. La Convention de Bruxelles de 1924 délimite les obligations du transporteur dans les opérations de chargement et de déchargement¹¹⁰⁸, alors que les textes français les font intervenir de la prise en charge jusqu'à la livraison¹¹⁰⁹, déclenchant donc le début de la phase maritime. Nous l'avons vu, la prise en charge est un acte juridique qui peut intervenir n'importe quand selon la volonté des parties.

578. Mais si les textes semblent avoir un point de vue opposé quant au moment du déclenchement de la responsabilité, c'est que la notion même de prise en charge n'est pas clairement définie par ces textes. En effet nous pensons qu'une définition de la notion de prise en charge s'impose pour déterminer sa période d'intervention. Ainsi, nous avons essayé, sur la base des définitions du dictionnaire le Petit Robert¹¹¹⁰, d'adapter une définition de cette notion au contexte du transport maritime. Selon le dictionnaire : c'est l'action de prendre quelqu'un en charge, d'assurer son entretien, ses dépenses. On comprend que cette définition est imagée et fait allusion aux soins, à l'entretien dont une personne fait bénéficier une autre. Il serait préférable alors d'utiliser le terme *réception* qui reflète mieux l'action du transporteur, qui à notre humble avis est l'acte matériel qui transfère le risque. Et la prise en charge s'accommode plutôt avec les *soins*¹¹¹¹ que doit recevoir la marchandise aussi bien au chargement, pendant le voyage qu'au déchargement. Il résulte de cette analyse que la réception ne peut pas être postérieure au chargement ni la livraison antérieure au déchargement. Cette incertitude quant au moment de la prise en charge ne pose pas de difficultés si on interprète certaines règles qui n'hésitent pas à sanctionner le comportement du transporteur tentant d'écarter sa responsabilité qui est consécutive à ces opérations. Par exemple, l'analyse de l'article 3 § 2 de la Convention de Bruxelles de 1924, et l'article 38 du Décret du 31 décembre 1966 permet d'affirmer que les clauses FIO- FIOS et FIOST sont frappées de nullité si elles ont pour effet de transférer les risques du chargement et du déchargement au chargeur.

Mais, il n'en est pas de même dans d'autres pays comme l'Angleterre. La jurisprudence de ce pays a validé ces clauses dans toute leur portée. Cette situation a suscité une divergence entre la jurisprudence anglaise et celle française. La jurisprudence française énonce que ces opérations sont à la charge du transporteur maritime, mais la jurisprudence anglaise est quant à elle plus souple en permettant le transfert des risques aux ayants droit à la cargaison ou à l'entreprise de manutention choisie par eux à condition que cela soit stipulé dans la convention.

¹¹⁰⁸ La convention de Bruxelles marque les limites du transport maritime depuis les opérations matérielles de chargement jusqu'aux opérations matérielles de déchargement du navire. Comme l'indique son article 1 (e) qui dispose que « *le transport de marchandise couvre le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur déchargement* »

¹¹⁰⁹ L'article 15 de la loi du 18 juin 1966, précise que les dispositions du titre II, consacrées au transport de marchandises, s'appliquent « *depuis la prise en charge jusqu'à la livraison* »

¹¹¹⁰ LE PETIT ROBERT 2014, cette notion a un sens issu d'une image, (valeur abstraite correspondant à un sens concret) on y retrouve la notion de prendre en charge un parent âgé.

¹¹¹¹ Cf. article 3 & 2 de la Convention de 1924.

579. En effet, cette dernière pense que rien n'empêche de transférer la charge des opérations de chargement et de déchargement aux ayants droit à la marchandise. Or, si l'on suit le raisonnement de la loi française et de la Convention de Bruxelles de 1924, et comme il a été dit précédemment, le chargement et le déchargement restent à la charge du transporteur. On devrait pourtant permettre au transporteur de transférer ces opérations par le moyen d'un procédé contractuel en vertu de la liberté contractuelle.

Au fur et à mesure que les marchandises sont chargées, le capitaine doit comme préposé du transporteur arrimer¹¹¹² convenablement ces dernières à bord du navire. C'est une opération qui nécessite la maîtrise d'une grande technique. En effet, les marchandises doivent être disposées de manière à ce qu'elles ne portent pas atteinte à la stabilité du navire d'une part et qu'elles ne soient pas endommagées pendant le voyage d'autre part. En outre, Les opérations de chargement et de déchargement font intervenir un certain nombre de personnes souvent appelées auxiliaires de transport. Ils ne sont pas pour autant des transporteurs ; ils n'ont pas cette qualité. Ils concourent néanmoins à l'exécution du contrat de transport, au bon déroulement et à la bonne réalisation de l'opération de transport. Bien qu'ils ne soient pas le transporteur, ils sont incontournables dans la chaîne de transport. Il existe plusieurs catégories d'auxiliaires de transport. Nous en distinguons essentiellement deux grandes catégories : le consignataire de la cargaison et l'entrepreneur de manutention portuaire (*acconier* et *stevedore*). Ce sont eux qui prennent soin de la cargaison.

Paragraphe 2 : La clause Paramount insérée dans le connaissement électronique

580. La Convention de Hambourg mentionne dans son titre *champ d'application* (article 2) que la *Convention s'applique au connaissement ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer lorsque celui-ci est émis dans un État contractant*. Il en est de même lorsque le *connaissement ou un autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat*. Cette dernière crée la clause *Paramount*.

581. La *clause Paramount* insérée au connaissement est admise par la convention de Hambourg ; c'est une pratique du droit maritime. Ainsi, cette clause est la manifestation de la volonté des parties de soumettre leur contrat à une loi désignée par eux. Les parties soumettent

¹¹¹² Le terme arrimer s'entend comme l'action consistant à répartir et à ranger la cargaison dans la cale du navire. Par ce procédé, les colis ou conteneurs sont fixés avec des cordes. Pour certaines marchandises ; les céréales par exemple, la répartition doit se faire correctement et bien cloisonnée. A défaut, si l'océan est trouble, ça peut faire vaciller le navire et causer des dégâts énormes non seulement à la marchandise mais aussi au navire.

volontairement leur contrat à une Convention ou à une loi national¹¹¹³ autre que celle qui a normalement vocation à le régir. Mais elle peut être écartée en présence d'une loi interne impérative¹¹¹⁴. Dès lors, la clause peut se présenter comme une clause de renvoi aux dispositions d'une Convention ou d'une loi nationale.

582. Toutefois, nous l'avons déjà évoqué, l'analyse de ces dispositions soulève la question de savoir si le critère du lieu d'émission du connaissance doit être pris en compte dans la conclusion des contrats par voie électronique. En effet, Le lieu de formation du contrat peut parfois être discuté, notamment dans les contrats conclus entre des personnes distantes. La question du lieu peut alors éventuellement se cumuler avec celle de la loi applicable ce qui est souvent le cas en matière de conflit de loi dans l'espace géographique. En droit positif par exemple, l'article 1112 du Code civil tranche la question et énonce que le contrat est réputé conclu « au lieu où l'acceptation est parvenue ». On voit clairement qu'il s'agit le plus souvent du lieu où se trouve l'offrant. La remarque est que ce principe est valable en matière civile et commerciale. De même en droit international privé (français et européen), les réponses aux questions du tribunal compétent et de la loi applicable ne sont plus commandées par le lieu de la formation du contrat¹¹¹⁵. En droit maritime, il en est autrement le principe de la liberté contractuelle (clause Paramount) l'emporte sur la compétence générale du tribunal du défendeur¹¹¹⁶.

583. Si le critère du lieu d'émission du connaissance est pris en compte, des difficultés d'application des Règles de Hambourg pour ce qui est du lieu d'émission du connaissance électronique peuvent apparaître lorsque l'offrant se trouve dans un État qui n'a pas ratifié la convention. Comme ce fut le cas d'un jugement du 15 février 1994. En l'espèce les juges français ont admis que la Convention ne peut être appliquée par le tribunal d'un État qui ne l'a pas ratifiée, en l'occurrence la France¹¹¹⁷. Par conséquent, ces Règles ne peuvent s'appliquer que par la volonté expresse des parties¹¹¹⁸ ou encore par le mécanisme de la clause Paramount. Pour rappel, cette dernière signifie que : « *le connaissance ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat*¹¹¹⁹ ».

¹¹¹³ R. RODIERE, Droit maritime, Tome 2, n° 792.

¹¹¹⁴ Loi de police article 7 de la Convention de Rome, et Rome I article 9 ; loi d'ordre public article 16 Convention de Rome, et article 21 Rome I.

¹¹¹⁵ Le Règlement n° 44/2001 du 22 déc. 2001, concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 012 16 janv. 2001.

¹¹¹⁶ Voir, sur la compétence du tribunal du défendeur, l'article 14 du Code de procédure civile.

¹¹¹⁷ Sur l'application, voir P-Y. Nicolas, les premières applications, DMF 1998. 547. Également J.N NTEPPE, les conflits des conventions internationales de droit privé : le cas de la convention de Bruxelles et des Règles de Hambourg, thèse Nantes, 2007.

¹¹¹⁸ Com. 1^{er} oct., 2013, DMF 2013. 1014, obs. Nicolas, BTL 2013. 603.

¹¹¹⁹ Règles de Hambourg, art. 2 (e).

584. Le lieu de formation du contrat présente toutefois un intérêt au regard du droit international privé car la forme d'un acte est en principe régie par la loi du lieu où celui-ci a été fait (*locus regit actum*). Nous l'avons vu, en droit interne aussi, certaines règles de compétence juridictionnelle peuvent souvent dépendre du lieu de conclusion du contrat. En droit du transport maritime, la question de la loi applicable est non seulement commandée par les Règles de Hambourg, ou par les dispositions de la Convention de 1924, mais aussi par les dispositions des textes communautaires¹¹²⁰. Toutes ces dispositions admettent la loi choisie par les parties. De ce fait, la conclusion du contrat de transport maritime par voie électronique ne devrait pas rencontrer de difficultés quant au lieu de conclusion du contrat ou d'émission du connaissement. D'abord cette situation soulève peu de contentieux, ensuite les parties insèrent souvent une clause de compétence dans le connaissement¹¹²¹.

On retrouve cette clause dans la convention de 1924. Dans leur Traité de droit maritime, le professeur BONASSIES et le professeur SCAPEL mentionnent l'importance de la clause Paramount dont les effets sont considérables. Selon eux, l'application de la convention est impérative comme cela a été rappelé dans l'arrêt *Hilaire-Maurel* du 4 février 1992. Dans cette affaire, la cour de cassation a décidé que les parties qui se sont référées à la convention de 1924, ne peuvent écarter telle ou telle disposition de ce texte, réduisant, par exemple, le montant de la responsabilité du transporteur¹¹²².

Par ailleurs, même si le critère du lieu d'émission est retenu, nous pensons que la conclusion du contrat de transport maritime par la voie électronique reste possible. En effet, le lieu d'émission du connaissement dans cette *espace virtuel* peut toujours être établi. Par exemple, le système de localisation de l'adresse IP permet d'établir le rattachement de la connexion à un réseau d'Internet puis à un fournisseur d'accès à internet qui est bien situé dans un État qui par conséquent contrôle les activités à travers un organe de régulation. A partir de là il sera facile de déterminer la situation géographique du cocontractant. Donc la clause Paramount peut être insérée dans un contrat électronique. Et grâce à cette technologie, la livraison des marchandises ne devrait plus se faire sans présentation du connaissement.

¹¹²⁰ V. la convention de Rome du 19 juin 1980 pose le principe que tout contrat est régi par la loi choisie par les parties (art. 3, al. 1) ; v. aussi la loi française du 18 juin 1966 intégrée au code du transport.

¹¹²¹ La clause Paramount « clause suprême » est d'une grande importance pratique considérable nous dit le professeur BONASSIES. Elle figure dans tous les connaissements rédigés en anglais et dans nombre de connaissements rédigés en français. Son développement est le fait qu'elle entraîne application de la convention, non seulement lorsqu'elle se réfère à ce texte, mais aussi lorsqu'elle se réfère à une législation qui « donne effet » aux dispositions de la convention de 1924, telle la législation canadienne ou la législation indienne qui a fait que la presque totalité des transports maritimes internationaux de marchandises sont aujourd'hui régis par la convention de 1924. Note BONASSIES et SCAPEL, Rouen, 25 sept. 2008.1011, obs. BONASSIES ; DMF 2009, hors série n° 13, n° 74, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{re}, 23 sept. 2015, Navire Pacific, DMF 2016.35, rapp. D. HASCHER, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹¹²² Note, BONASSIES et SCAPEL ; DMF 1992.289.

CHAPITRE III : Vers le déclin de la livraison sans connaissance :

l'avènement du connaissance électronique

L'autorité portuaire d'Anvers a diffusé, vers la fin du mois d'août 2010 une Résolution sur l'ERS (système de libération électronique). Il ressort de cette résolution, deux modèles d'engagement : un modèle de convention entre l'exploitant du terminal et la compagnie maritime ou son agent maritime pour la libération électronique des conteneurs dans le port d'Anvers et une convention type entre la compagnie maritime ou son agent maritime et le transitaire pour la libération électronique des conteneurs dans le port d'Anvers. Le modèle d'engagement entre l'armement ou son agent maritime et l'expéditeur pour la libération électronique des conteneurs dans le port d'Anvers¹¹²³ comprend en ses articles 2 et 4 ce qui suit :

Article 2. Obligation d'appliquer la procédure de déblocage électronique

Les parties conviennent d'appliquer exclusivement, lors de la livraison de conteneurs d'importation chargés transportés par l'armement [...], une procédure de déblocage électronique qui permet que :

1° le déblocage du conteneur par l'armement ou l'agent maritime au profit du destinataire ou de son représentant se fasse par la communication d'un code électronique de déblocage généré individuellement pour chaque conteneur, code qui est également communiqué au manutentionnaire des marchandises ;

2° la livraison du conteneur par le manutentionnaire de marchandises au destinataire ou à son représentant ne puisse avoir lieu qu'après que ce dernier ait introduit dans le système du manutentionnaire de marchandises le numéro du conteneur ainsi que le code de déblocage correspondant, dont il est question au paragraphe 1.

Article 4. Communication du code de déblocage au destinataire ou à son représentant

L'armement ou l'agent maritime communique au destinataire ou à son représentant le code de déblocage mentionné à l'article 2 par le biais d'une annonce EDI (Échange de Données Informatisées), à moins que les parties décident de commun accord de communiquer par email.

L'ERS a été introduit avec effet au début de 2011. En vertu de ce règlement, lorsqu'un consignataire ou ses agents locaux présentaient un connaissance et payaient le fret et d'autres frais, le transporteur lui envoyait à une adresse électronique désignée une note avec un code PIN. Chaque code était automatiquement généré par le système et correspondait à un code stocké (sous cryptage) dans la base de données de l'autorité portuaire. L'ERS a été introduit comme procédure alternative à la pratique existante à Anvers, où, lors de la présentation des connaissances, les transporteurs les

¹¹²³ Voir la Résolution Alphaport Anvers, datée du 03 septembre 2010, relative au déblocage électronique des conteneurs dans le port d'Anvers.

[www.portius.org/.../OMZ%2032-2010%20-%20apa%20elektronisch%20laatvolgen%..\(04/2018\)](http://www.portius.org/.../OMZ%2032-2010%20-%20apa%20elektronisch%20laatvolgen%..(04/2018))

échangeaient contre des documents qui étaient présentés au terminal pour prendre possession des marchandises. Les autorités portuaires pensaient que les transporteurs verraient un avantage commercial à adopter l'ERS plus efficace. Mais ce qui n'est pas le cas dans la mesure où la procédure n'est pas obligatoire et cela n'a encore été adopté que par certains des transporteurs qui opèrent au port d'Anvers.

Toutefois, l'introduction de technologies dans ses pratiques du commerce maritime sans réfléchir suffisamment aux implications légales ou sécuritaires de ce fait peut engendrer des litiges. Ce fut le cas dans l'affaire *Mediterranean Shipping Company SA /c. Glencore International* [2017] EWCA Civ. 365 (annexe 1). Les entreprises doivent se protéger contractuellement et revoir leur position non seulement lors de l'introduction initiale d'une nouvelle technologie, mais aussi à mesure que les technologies (et les cybercriminels) deviennent de plus en plus sophistiquées. Il semble que les entreprises devront prendre des mesures positives pour s'assurer qu'elles et leurs agents ne soient pas vulnérables aux failles de sécurité.

585. Nous sommes tentés de penser qu'il y'a des lois qui gouvernent le fonctionnement de base du réseau Internet. Il s'agit notamment des principes d'intelligibilité, d'ouverture, d'interopérabilité et de neutralité¹¹²⁴. Nous nous intéresserons ici aux principes qui suscitent une collaboration dans le réseau internet à savoir : l'intelligibilité et l'interopérabilité. En effet, ces deux notions reposent sur l'union et le partage (*cf. introduction générale*). La notion d'intelligibilité apparaît étroitement liée à celle d'accessibilité de l'information. Pour transporter la marchandise, le transporteur maritime, a besoin d'un minimum d'informations sur la marchandise, sans quoi, il lui sera impossible de faire le transport. Quant à l'interopérabilité¹¹²⁵, elle permet aux ordinateurs de communiquer entre eux.

Cette intelligibilité et cette interopérabilité nous conduisent à croire et à prédire l'abandon progressif de la livraison de la marchandise par le transporteur sans pour autant recevoir en retour le connaissance. Étant entendu qu'il pèse sur lui une obligation de livraison contre remise du connaissance (**section 1**). Le fait de dématérialiser le connaissance devrait permettre une circulation plus facile et plus rapide de celui-ci, par un simple transfert de courrier électronique. Pour cela, nous aborderons le sujet par une démarche prescriptive (**section 2**).

¹¹²⁴ AURÉLIEN BAMBE, « *l'architecture normative du réseau internet, esquisse d'une théorie* », l'Harmattan, 2014, p.53.

¹¹²⁵ F. DUFLLOT, « l'interopérabilité dans tous ses états », in S. LACOUR, *la sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, l'Harmattan, 2007, p. 239 et s.

SECTION 1 : la présentation tardive du connaissance papier

Les pratiques du transport maritime sont aujourd'hui profondément ancrées dans les textes internationaux. L'une d'elles, fondamentale, exige que le transporteur ne livre la marchandise au destinataire que sur présentation du connaissance. Il y a toutefois, des aléas qui interfèrent et perturbent les prévisions contractuelles. En effet, la modernisation des navires a pour conséquence l'augmentation de leur vitesse dans le transport. De ce fait, la marchandise arrive souvent à destination avant le connaissance. Le transporteur devra choisir d'attendre l'arrivée du document et perdre du temps et du fret ou livrer la marchandise en violation du contrat. Des solutions sont envisagées pour résoudre ce problème. La présente thèse vise à apporter une modeste contribution tout en dressant un bref inventaire de celles-ci. Et après avoir rappelé le principe de présentation (**paragraphe 1**), nous analyserons d'un point de vue descriptif, l'institution de la lettre de garantie au déchargement et de la lettre de transport maritime qui souvent sont remis à la place du connaissance (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le principe : la livraison des marchandises contre remise du Connaissance

586. Le caractère de titre représentatif de la marchandise a rendu complexe le connaissance. Cette fonction essentielle s'est affirmée dès 1787 par la jurisprudence anglaise dans l'arrêt *Lickbarrow v. Mason*. Cette reconnaissance n'interviendra, en droit français, qu'en 1859. En l'espèce, la Cour de cassation avait déclaré que « *la propriété des marchandises voyageant par mer est représentée par le connaissance* »¹¹²⁶. Cette fonction du document confère à son porteur légitime le droit d'obtenir la livraison de la marchandise, et ce, indépendamment de toute justification concernant la propriété de celle-ci. Peut-on dès lors, affirmer qu'en matière de connaissance la possession vaut titre¹¹²⁷ ? En tout cas, l'article 49 du décret du 31 Décembre 1966, dispose que la livraison ne peut et ne doit être faite qu'à une seule personne : celle dont le nom est mentionné dans le connaissance nominatif, le porteur du connaissance, si ce dernier est au porteur, et enfin le dernier endossataire du connaissance à ordre dans la chaîne régulière des endos. Dans les trois cas, la détention légitime du titre justifie le droit à la livraison. Il est clair alors que le connaissance et la livraison sont indissociables. La jurisprudence anglaise en est consciente.

¹¹²⁶ V. Cass. 17 août 1859, D. 1859.I.347. P. BONASSIES, Ch. SCAPEL. Traité, 2016, *op-cit.* n° 987

¹¹²⁷ Ainsi le fait remarquer Rodière : « *le connaissance va représenter la marchandise en ce sens que sa détention légitime investira son porteur de la possession réelle des biens transportés* », Traité général de droit maritime Tome 2, n° 486.

Comme l'affirme, Lord Justice Bowen « [...] *a key which in the hands of a rightful owner is intended to unlock the door of the warehouse, floating or fixed in which the goods may chance to be*¹¹²⁸ ». C'est la clef qui permet d'ouvrir le lieu dans lequel la marchandise se trouve.

587. La livraison¹¹²⁹ selon le doyen RODIÈRE est un acte juridique permettant au transporteur d'accomplir son obligation fondamentale en remettant au porteur du connaissement, qui l'accepte, la marchandise déplacée par lui¹¹³⁰. Par cet acte, le contrat de transport prend, normalement, fin. Et peut s'ouvrir alors la période des contestations en cas d'avaries, de retard etc.

Le principe du titre représentatif de la marchandise s'affirme dans la plupart des textes internationaux. L'article 1 § 7 des Règles de Hambourg qui définit le connaissement, précise que le transporteur s'engage à délivrer les marchandises contre remise du connaissement. De plus, l'article 47 des Règles de Rotterdam indique qu'en cas d'émission d'un document de transport négociable (il peut s'agir d'un connaissement négociable), le porteur du document est en droit de réclamer du transporteur la livraison de la marchandise au lieu de destination contre remise du document de transport négociable et à condition qu'il s'identifie dûment. Mais, le transporteur peut refuser la livraison de la marchandise si ces exigences ne sont pas remplies.

588. Ailleurs, dans les pays de Common Law, la règle de présentation a été confirmée dès le 19^{ème} siècle. Elle a notamment pour fondement la théorie de la *constructive possession*¹¹³¹. Tel fut le cas, dans l'arrêt de 1889, qui a permis à Sir Butt J. d'affirmer « [...] *A shipowner is not entitled to deliver goods to the consignee without the production of the bill of lading. I hold that the shipowner must take the consequences of having delivered these goods to the consignee without the production of either of the two parts of which the bill of lading consisted*¹¹³² »¹¹³³. Avec l'adoption du Carriage of Goods by Sea Act de 1924, le principe de présentation est désormais codifié dans la loi anglaise. D'après son article 2 « [...] *a person who becomes the lawful holder of a bill of lading [...] shall (by virtue of becoming the holder of the bill or, as the case may be, the person to whom delivery is to be made) have transferred to and vested in him all rights of suit under the contract of carriage as if he had been a party to that contract*¹¹³⁴ ». La doctrine, se fondant sur cette disposition, estime que

¹¹²⁸ Arrêt, *Sanders Brothers v. Maclan & Co* (1883) 11 QBD 327. p. 341.

¹¹²⁹ Physiquement, la livraison se déroule comme suit : l'agent du transporteur va d'abord remettre au destinataire un « bon à délivrer », en échange du connaissement (ou bien il appose sur ce dernier la mention « bon à délivrer »). Le destinataire va ensuite échanger, sur les quais, ce bon contre un bulletin de livraison ou « billette », qu'il devra faire viser par le service des douanes.

¹¹³⁰ RODIÈRE, préct.

¹¹³¹ CH. DEBATTISTA, *Bill of lading in Export Trade*, Tottel 2009, p. 29.

¹¹³² Traduction libre : Un armateur n'a pas le droit de livrer des marchandises au destinataire sans la production du connaissement. Je suis d'avis que l'armateur doit assumer les conséquences de la livraison de ces marchandises au destinataire sans la production de l'une ou l'autre des deux parties constituant le connaissement.

¹¹³³ *The Stettin* (1889) 14 PD 142 in GIRVIN Stephen, *Carriage of goods by sea*, Second éd., Oxford 2011, p 144.

¹¹³⁴ Une personne qui devient le détenteur légitime d'un connaissement... (en devenant le titulaire du connaissement, ou le cas échéant, la personne à qui la livraison est à faire) se voit transféré et conféré tout droit de poursuite en vertu du contrat de transport comme s'il avait été partie au contrat.

dans la mesure où le destinataire peut actionner le transporteur afin de faire valoir ses droits sur la base du contrat de transport, il dispose, en tant que condition préalable à cet exercice, le droit d'exiger la livraison¹¹³⁵.

589. D'autres législations (des pays de Civil Law) ont repris le même principe. L'article 116 al. 2 de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse ainsi que les articles 49 et 50 du Décret français (n°66-1078) du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes prévoient que la marchandise ne peut être délivrée que sur remise d'un connaissance original.

Tout compte fait, le moment de la livraison¹¹³⁶ suscite un débat complexe. En effet, non seulement qu'un échange de documents intervient à ce moment précis, mais, il s'agit nettement d'un échange de document contre une marchandise.

590. Toutefois, le principe connaît une exception qui a été affirmée par la cour d'appel de Montpellier. Cette juridiction reconnaît que le transporteur « *assume toujours un risque, dont il doit subir les conséquences, excepté le cas où la remise de la marchandise est autorisée par le chargeur* »¹¹³⁷. En l'espèce, la marchandise a été livrée sans connaissance au vu d'un télex provenant du vendeur l'autorisant « *à mettre à disposition du destinataire la marchandise dans l'attente des connaissances originaux.* ». Cet échange via le télex pourrait être transposé à l'échange de courrier électronique. En effet, la forme, entendue classiquement, ne s'identifie pas ici à une condition de validité de l'acte mais plutôt à l'existence du consentement par ce même moyen ou un autre permettant ainsi de justifier la livraison sans connaissance. Donc par une convention contraire, les parties peuvent déroger au principe¹¹³⁸. Cela suppose quelque soit le support, qu'une telle clause doit apparaître sans ambiguïté traduisant la volonté sans équivoque des parties et notamment celle du chargeur¹¹³⁹.

¹¹³⁵ L. CROCE, in *droit maritime- la livraison sans connaissance*, LL.M. p. 3. DEBATTISTA, op-cit., p. 30-32

¹¹³⁶ Ce moment a souvent été source de divergences entre la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et le tribunal de commerce de Marseille. La première avait jugé que la livraison était réalisée dès la remise du bon à délivrer au destinataire ou à son mandataire. *Selon cette conception, la notion traduisait ainsi un acte purement juridique résultant d'un échange de documents* (CA Aix-en-Provence, 13 mars 1987, DMF 1989, p. 123). La seconde quant à elle, mettait l'accent sur la réception effective de la marchandise. Ainsi, *seule la billette de sortie remise au destinataire par l'acconier agissant pour le transporteur, concrétisait la livraison* (Tribunal Commercial de Marseille, 14 mars 1989, Rev. SCAPEL 1989, p. 28). Saisie d'un pourvoi contre l'une des décisions de la juridiction aixoise, qui était entre-temps revenue sur sa position⁸, la Cour de cassation a mis un terme à cette controverse en consacrant la thèse de la livraison matérielle défendue par le tribunal de commerce de Marseille. Cette dernière, dans son arrêt *navire Rolline*, estime qu'« *il résulte de l'article 27 de la loi du 18 Juin 1966 et de l'article 49 du décret du 31 Décembre 1966, que la livraison est l'opération par laquelle le transporteur remet la marchandise à l'ayant-droit qui l'accepte* ». La Cour précise par ailleurs que le destinataire manifeste son acceptation de la marchandise « *en étant mis en mesure d'en vérifier l'état et, le cas échéant, d'assortir son acceptation de réserves, puis de prendre effectivement possession de la chose livrée* » (CA Aix-en-Provence, 24 janvier 1992, BTL 1992, p. 421).

¹¹³⁷ CA Montpellier, 5 avril 1990, DMF 1992, p. 314.

¹¹³⁸ Voir les articles 49 et 50 du décret du 31 Décembre 1966, qui disposent « *sauf convention contraire, le transporteur maritime ne peut livrer la marchandise que sur présentation de l'original du connaissance, même lorsque celui-ci est à personne dénommée et dépourvu de mention à ordre* ».

¹¹³⁹ Sur ce point, KENFACK H., note, Cass. 19 juin 2007, JCP G n° 40, 3oct. 2007, II 10165.

591. La livraison sans connaissance peut se faire aussi dans le cadre d'une procédure d'injonction¹¹⁴⁰. Cette dernière permet d'obtenir du juge des référés une ordonnance ayant pour but l'exécution d'une obligation de faire ou de transmettre : en l'occurrence la livraison de la marchandise. Cela arrive dans le cas où le destinataire contractant n'ayant pas la qualité de commerçant souhaite obtenir du juge la livraison de la marchandise. C'est une procédure simplifiée qui a sa source dans l'article 1425-1 du Code de procédure civile¹¹⁴¹.

592. La problématique de la livraison sans connaissance avait soulevé une question, à savoir si un connaissance nominatif¹¹⁴² est soumis au même principe de présentation ou si au contraire on pouvait passer outre la présentation à la livraison, vu son caractère de document non négociable¹¹⁴³. La jurisprudence, non sans quelques hésitations, a tranché en faveur de la première hypothèse. Dans un arrêt de principe, la Chambre des Lords anglaise a jugé qu'un « straight bill of lading » était bel et bien un véritable connaissance soumis au principe de présentation¹¹⁴⁴. La jurisprudence de Singapour avait également adopté cette approche en 2002 déjà statuant que « *once [the shipowner] issues a bill of lading..., whether it is an order bill or a straight bill, he must not deliver the cargo except against its production. The contrary view had much less support and most of it was recent and cursory* »¹¹⁴⁵. A noter que cette position est aussi suivie par d'autres juridictions et notamment par les tribunaux de Hong-Kong¹¹⁴⁶, d'Australie¹¹⁴⁷ et de France¹¹⁴⁸. Seuls les États-Unis semblent faire exception mais uniquement dans l'hypothèse où le connaissance ne contient aucune clause de présentation expresse (surrender clause), ce qui n'est pas souvent le cas dans la pratique. Nous pensons aussi que le connaissance électronique non négociable suivra ce même sort. Nous l'avons vu, le transporteur peut arriver à destination sans pour autant pouvoir livrer la marchandise ; il devra trouver pour tant une solution.

¹¹⁴⁰ Cette situation est envisagée par la jurisprudence dans différents arrêts. La Cour d'appel de Rouen du 19 Octobre 2004, a confirmé une ordonnance ayant fait droit à une demande de remise sous astreinte de la marchandise (CA Rouen, 19 oct. 2004, n° 03/00882, Kawasaki kisen c/ Bayer). Cet arrêt est confirmé par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans une décision du 27 Juin 2006 (Cass. Com. 27 Juin 2006 n°04-20.510). En l'espèce la société Aventis avait confié à la société Kawasaki un transport de marchandises de Fos-sur-Mer à Bangkok. N'ayant pas reçu le connaissance émis par le transporteur, la société Aventis, avait obtenu du juge des référés qu'il soit ordonné à la société Kawasaki de lui livrer ces marchandises sans remise du connaissance initial et cela sous astreinte de 5000 euros par jour de retard à compter de sa mise à quai à Bangkok.

¹¹⁴¹ Cet article dispose que : « l'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant peut être demandée au tribunal d'instance lorsque la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée n'excède pas le taux de compétence de cette juridiction ».

¹¹⁴² A ce propos, BONASSIES et SCAPEL, Traité 2016, 3^e éd. op-cit. n° 1036.

¹¹⁴³ CHAN Felix W. H., Jimmy J. M., WONG Bobby K. Y., Shipping and logistics law (Principles and Practice in Hong Kong), Hong-Kong University Press 2002, p. 229- 237. n. CROCES L. op-cit. p. 4)

¹¹⁴⁴ *JI Mac William Co Inc v. Mediterranean Shipping Co SA (The Rafaela S)* [2005] UKHL 11. (n. Ibid).

¹¹⁴⁵ *Voss v. APL Co Pte Ltd* [2002] 2 Lloyd's Rep 707, at [33] in GIRVIN préc., p. 151.

¹¹⁴⁶ *Carewins Development (china) Ltd v. Bright Fortune Shipping Ltd* [2009] UKHL 11.

¹¹⁴⁷ *Beluga Shipping GmbH & Co v. Headway Shipping Ltd* [2009] 3 HKLRD 409.

¹¹⁴⁸ Arrêt de la cour de Cassation n° 891 du 19 juin 2007, préc.

Paragraphe 2 : L'expédient à la livraison sans connaissance

Il est sans nul doute admis qu'un transporteur qui accepte de livrer la marchandise sans connaissance commet une violation du contrat de transport et risque de devoir payer des dommages-intérêts au porteur légitime du titre¹¹⁴⁹. Le droit anglais va plus loin en retenant, non seulement sa responsabilité sur le plan contractuel mais également délictuel « *tort of conversion* »¹¹⁵⁰. Pour échapper à cette responsabilité, certains transporteurs n'hésitent pas à insérer une clause spécifique dans le contrat de transport¹¹⁵¹. Toutefois, cette clause pour « *misdelivery* » est insuffisante en Common Law pour exonérer le transporteur¹¹⁵². Mais le transporteur trouve toujours le moyen de se protéger contre le risque de la livraison sans connaissance en réclamant une lettre de garantie au déchargement. Appelée lettre de garantie pour absence de connaissance elle permet au transporteur maritime contraint de livrer la marchandise sans titre, de se prémunir contre une éventuelle action du détenteur du connaissance original.

593. La lettre de garantie au déchargement est profondément ancrée dans la pratique actuelle du transport maritime, nonobstant son caractère imprudent¹¹⁵³. Nous l'avons vu, elle est une sûreté¹¹⁵⁴ contre l'éventuel préjudice résultant de la livraison sans connaissance. Elle est définie comme étant le contrat par lequel le destinataire ou réceptionnaire de la marchandise prend l'engagement d'indemniser le transporteur maritime des conséquences que pourrait entraîner la livraison des marchandises sans présentation du connaissance¹¹⁵⁵. Il s'agit notamment de tous les préjudices directs ou indirects que le transporteur pourrait encourir en conséquence de la livraison irrégulière. On y voit clairement un contrat conclu entre un donneur d'ordre et un garant. L'obligation du garant est de payer à un tiers, bénéficiaire, une somme d'argent, en vu du règlement de la créance contractuelle que détient le bénéficiaire contre le donneur d'ordre.

594. La lettre de garantie n'a pas pour but de remplacer le connaissance, elle est une simple garantie qui prend souvent la dénomination de *garantie autonome*. Ici le risque de confusion avec le cautionnement est réel. En effet, les parties sont parfois tentées de faire référence au contrat de base pour déterminer les sommes dues par le garant, ce qui nous rapproche du cautionnement. En pareil

¹¹⁴⁹ Voir par exemple les articles 5 § 1 Règles de Hambourg. ; BONASSIES et SCAPEL, Traité 2016, n° 1037.

¹¹⁵⁰ *Sze Hai Tong Bank Ltd v. Rambler Cycle Co Ltd* [1959] AC 576 (PC); AIKENS Richard, Lord Richard, BOOLS Michael, Bills of lading, Informa 2006, London, p. 99.

¹¹⁵¹ *Nissho Iwai (Australia) Ltd v. Malaysian International Shipping Corp Berhad* [1989] 167 CLR 219.

¹¹⁵² *Sze Hai Tong Bank Ltd v Rambler Cycle Co Ltd* [1959] AC 576 (PC); DAVIES, DICKEY, op. cit., p. 262-263; GIRVIN, op. cit., p. 149.

¹¹⁵³ P. BONASSIES, P. EMO « La lettre de garantie pour absence de connaissance. Un projet de lettre-type », *Annales IMTM* 1986, p. 146.

¹¹⁵⁴ Dans les contrats internationaux, les garanties autonomes sont dérivées d'une forme de sûreté réelle ; les garanties personnelles franchissant plus facilement les frontières que la sûreté réelle, la garantie autonome est apparue comme susceptible de conférer une liquidité comparable à un dépôt de garantie, tout en étant moins onéreuse et plus souple que ce dernier, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, 3^e éd. 2016, p. 234.

¹¹⁵⁵ (Vannier, note sous CA Rouen, 27 Juin 1979, DMF 1979, p. 734

cas, les juges peuvent requalifier la garantie à première demande en cautionnement¹¹⁵⁶. Cependant, *une telle référence au contrat de base reste possible lors de l'appel de la garantie : le transporteur bénéficiaire devra justifier sa demande en indiquant, par exemple, que le contrat de base n'a pas été exécuté ou que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations au titre de ce contrat*¹¹⁵⁷. La question est de savoir si la garantie contre les risques de la livraison sans connaissance, n'a pas pour objet la propre dette du chargeur ?

595. Étant admis que la lettre de garantie ne remplace pas le connaissance, l'ayant droit à la marchandise devra présenter le connaissance dans un délai raisonnable. La jurisprudence parle dans ce cas d'une obligation de faire. Du moins c'est ce qui a été retenu par la Cour d'Appel de Rouen en ces termes, « *le signataire de la lettre n'a en effet pris aucun engagement envers un tiers, en l'espèce le chargeur, de la bonne exécution du transport, mais a contracté une obligation personnelle de faire, assortie de dommages et intérêts en cas d'inexécution* »¹¹⁵⁸. D'ailleurs, la Cour de cassation¹¹⁵⁹ a pour sa part confirmé la position de la Cour d'appel. Il est toutefois, permis à l'émetteur (souvent la banque) de la lettre de garantie, qui a été appelé, de ce retourner contre le bénéficiaire de la lettre (souvent le chargeur). Après paiement, le garant dispose d'un recours¹¹⁶⁰ contre son donneur d'ordre. Autonome jusqu'à ce moment, la garantie recouvre un caractère accessoire. Mais, *ce recours est, parfois confronté au risque d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire du donneur d'ordre*¹¹⁶¹.

596. Cette situation, met en danger le transitaire agissant pour le compte du destinataire. En effet, il risque de subir les conséquences du dépôt de bilan de son mandataire si c'est lui-même qui a signé la lettre de garantie car il n'est plus mandataire de son client, mais signataire¹¹⁶². Ce changement de partie contractante nous paraît logique car « *le signataire de la lettre s'engage directement à l'égard du transporteur : il lui fournit la lettre en contrepartie de la délivrance des marchandises, et le transporteur ne lui remet les marchandises qu'en échange de la lettre. Cet accord classique relève du droit commun des contrats. Tout différent est l'engagement souscrit par la banque qui prête main forte au signataire de la lettre : cette dernière s'engage à l'égard d'un créancier, le transporteur, à suppléer les défaillances d'un débiteur principal, le réceptionnaire de la cargaison : elle est caution* »¹¹⁶³. Les risques que soulève la lettre de garantie ne sont pas simplement d'ordre contractuel. En l'espèce, des marchandises vendues par crédit documentaire par

¹¹⁵⁶ Com. 18 mai 1999, D. aff., 2000, 112, note Y. PICOD ; Com. 30 janv. 2001, Bull. Civ. IV, n° 25.

¹¹⁵⁷ V. Com. 7 juin 2006, RD. 2006, n° 134, obs. D LEGEAIS.

¹¹⁵⁸ CA Rouen, 11 Avril 1985, DMF 1987, p. 132.

¹¹⁵⁹ Com. 25 Novembre 1986, DMF 1987, p.358.

¹¹⁶⁰ Toutefois le garant ne dispose d'aucun recours anticipé voir, article 2309 Code civil.

¹¹⁶¹ P. EMO, « *La lettre de garantie pour absence de connaissance régulier* », Thème de réflexion proposé par l'IDIT, BTL 1984, n°2105, p.285.

¹¹⁶² P. EMO préc.

¹¹⁶³ M. RÉMOND-GOUILLOUD, « *Droit maritime* » n° 2, Pedone, 2e éd., 1993, n°556.

un exportateur égyptien sont livrées sans connaissance au transitaire de l'importateur. Le crédit documentaire n'étant pas débloqué, le vendeur, qui détenait toujours le connaissance, se présente pour retirer sa marchandise. Mais celle-ci était entretemps livrée à l'acheteur par le transporteur maritime contre une lettre de garantie aux termes de laquelle la banque (Société générale) s'obligeait « *à le garantir contre tous les préjudices directs ou indirects pouvant résulter pour lui de l'irrégularité de la livraison, à lui régler immédiatement, la valeur de la marchandise, le montant du fret éventuellement dû, ainsi que le montant de tous les autres frais, y compris ceux de défense* »¹¹⁶⁴. Sa marchandise étant irrégulièrement livrée, le vendeur facture au transporteur une somme de 165.000,00 USD que la banque refuse de payer. Elle sera néanmoins obligée de respecter son engagement. En effet, statuant sur le fonds après expertise, la Cour d'Appel d'Aix-en- Provence la condamne à payer des dommages et intérêts au titre des différents préjudices invoqués, et ce compris l'intégralité des pertes d'exploitation assumées par le transporteur maritime¹¹⁶⁵. La banque sera ainsi obligée de payer plus de 5 millions de francs de dommages-intérêts, au titre de sa garantie, pour la livraison sans connaissance d'une marchandise d'une valeur de l'ordre de 400.000 francs. Il est donc clair que l'obligation contractuelle du signataire de la lettre de garantie comporte un objet très étendu, ce qui peut le conduire à s'engager au-delà de ses prévisions initiales. Par conséquent, « *les termes de la lettre de garantie doivent être soigneusement pesés, de sorte que le garant - en générale une banque - ne soit pas tenu de couvrir des risques qu'il n'aurait pas été dans son intention de couvrir* »¹¹⁶⁶.

La question de l'autonomie de la lettre de garantie était très discutée par le passé. L'objet de la lettre de garantie pour absence de connaissance est donc indépendant du contrat de transport. La Haute juridiction a encore eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt navire *Happy Buccaneer*. Elle y énonce que « *la lettre de garantie consacre un engagement indépendant du contrat de transport. Il en résulte que l'action exercée sur le fondement exclusif d'une lettre de garantie est soumise non à la prescription annale du contrat de transport, mais à la prescription commerciale de droit commun* »¹¹⁶⁷. On peut ainsi considérer que cette solution est désormais acquise. Elle est même transposée aux lettres de garantie au chargement par la Cour d'Appel de Lyon¹¹⁶⁸.

597. Il faudrait donc se garder de considérer la lettre de garantie au déchargement comme un substitut temporaire du connaissance. En effet ces deux documents n'obéissent pas au même régime juridique : la lettre de garantie n'est pas soumise à la loi du 18 Juin 1966, dont la

¹¹⁶⁴ Com.24 Novembre 1982, DMF 1983, p. 472.

¹¹⁶⁵ CA Aix, 27 Avril 1984, DMF 1986 p. 77, obs. P. BONASSIES

¹¹⁶⁶ W. TETLEY, « *Contre-lettres d'indemnité et lettres de garantie* », DMF 1988 p. 275-276.

¹¹⁶⁷ Com. 17 Juin 1997, navire *Happy Buccaneer*, DMF 1997.725, rapport J.P. RÉMERY. Cette solution a été reprise sur renvoi par la Cour de Rouen (CA Rouen, 9 Novembre 1999, DMF 2000.729, obs. Y. TASSEL).

¹¹⁶⁸ CA Lyon, 1er Décembre 2005, navire *Sarah*, DMF 2007, n°677-4, obs. C. Humann

prescription, nous venons de le voir, ne lui est pas applicable¹¹⁶⁹. Il faudra également préciser que l'engagement du banquier garantissant le signataire est autonome par rapport au contrat de transport. Toutefois, cet engagement pouvant être considéré comme un cautionnement, il est totalement dépendant de l'obligation souscrite par le signataire de la lettre de garantie. De ce fait, tout incident affectant la validité ou l'étendue de l'obligation principale l'affectera par ricochet¹¹⁷⁰. Par ailleurs Monsieur Pierre Yves Nicolas, relevant tout d'abord que l'objet de la lettre de garantie est indépendant du contrat de transport, observe également que « *sauf convention contraire, l'engagement du signataire n'est pas détachable de sa cause, laquelle réside dans le contrat de transport. C'est essentiellement pour obtenir la livraison des marchandises que la garantie est accordée [...]. Par suite, en application de l'article 1131 du Code civil, la garantie sera nulle si le contrat de transport l'est également ou si la marchandise est déjà promise ou livrée à un tiers au moment où le signataire souscrit son engagement* ». La nature de cette obligation est très large puisqu'elle couvre non seulement le remboursement de la valeur des marchandises mais également les éventuels dommages subis par le véritable titulaire du connaissance. En règle générale, le montant et la durée d'une lettre de garantie sont illimités¹¹⁷¹. Avec la dématérialisation cette situation sus-évoquée devrait disparaître.

SECTION 2 : La production automatique du connaissance électronique

Nous avons tenté tout au long de la thèse, à travers une approche interdisciplinaire, de clarifier les concepts juridiques pour procéder à une étude des variations et des similitudes terminologiques autour de la notion de documents électroniques. Ces notions font appel aux concepts d'original, de copie et d'authenticité. Le statut du document numérique est analysé, en évaluant conjointement sa valeur probante et informationnelle. Confrontant les principes à la pratique, la présente section prend la mesure du débat sur la circulation des documents électroniques. Et plus particulièrement le connaissance négociable. Compte tenu des incertitudes, controverses et contradictions relevées, on souligne la nécessité d'une réforme homogène et transversale pour mieux encadrer les pratiques de transfert du document électronique et ainsi permettre une véritable reconnaissance de la valeur juridique du document numérique négociable au plan international. C'est pourquoi, nous voulons proposer dans cette thèse une alternative à la livraison sans connaissance. Il s'agit de la production automatique du connaissance via un système informatique interconnecté (SII). Ce connaissance

¹¹⁶⁹ M. RÉMOND GOUILLOU, « Droit maritime », op cit n°557

¹¹⁷⁰ M. RÉMOND GOUILLOU, préc.

¹¹⁷¹ P. BONASSIES, Ch. SCAPEL, Droit maritime 2° éd. op. cit., p. 710.

pourra circuler entre opérateurs grâce à un système d'échange semblable au courrier électronique (**paragraphe 1**). La règle de présentation qui dispose que le transporteur ne doit livrer la marchandise que sur remise du connaissance paraît difficile à respecter. Nous tenterons aussi de répondre à la question de savoir si l'on peut conférer au connaissance électronique la qualité de titre négociable. En effet la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 consacre aux articles 16 et 17 l'équivalence fonctionnelle des documents de transport entre la forme papier et celle électronique et offre aux États la possibilité d'harmoniser leur législation en matière de transfert de documents électroniques. Grâce à ces articles, la circulation du connaissance électronique négociable reste possible. Ce qu'il faut c'est la confiance aux systèmes informatiques pour cela, le renforcement de sa sécurité est plus que nécessaire afin d'asseoir l'intégrité du contenu informationnel du courriel (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le courrier électronique comme moyen de circulation du connaissance

L'analyse de l'architecture informatique permet de comprendre que le réseau Internet a créé une unité mondiale¹¹⁷² là où il y'a entre autre, une diversité économique et culturelle. De ce fait le réseau peut rapprocher ce qui, par nature est éloigné. Il rend possible l'échange de toutes sortes de données. Toutefois, cette unité dans la diversité n'est pas sans risque. Et puisqu'il s'agit de données, ces dernières si elles ne sont pas sécurisées peuvent disparaître en cas de *cyber-attaque*¹¹⁷³. Pour ces raisons, nous avons choisi d'étudier les difficultés qui peuvent empêcher la circulation en toute sécurité du document électronique (**a**). Avant de proposer le mécanisme d'échanges par courriel (**b**).

a- Les difficultés inhérentes à la circulation du connaissance : le faux en matière d'écriture électronique

598. Comme tout document, le connaissance électronique n'est pas à l'abri d'une falsification¹¹⁷⁴. Cela se produit lorsqu'on porte atteinte à l'intégrité des données¹¹⁷⁵ en les modifiant frauduleusement dans le système. Notons au passage que cette infraction est sanctionnée par l'article 323-3 du Code pénal. Ainsi le document falsifié ne peut produire d'effet. Doit-on en

¹¹⁷² Sur ce point voir, A. BAMBE, « l'architecture normative du réseau internet- Esquisse d'une théorie », l'Harmattan 2014, p. 77.

¹¹⁷³ Cette notion fait appel à l'atteinte de l'intégrité du système informatique comme le prévoit l'article 323-2 du Code pénal en ces termes « le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données »

¹¹⁷⁴ Tribunal cor. Paris, 25 fév. 2000, D., 2000, p. 219.

¹¹⁷⁵ Y. BISMUTH, « Droit de l'informatique- élément de droit à l'usage des informaticiens », l'Harmattan 2014, p. 237.

tiré pour conséquence une nullité matérielle ? Autrement dit est-ce toute l'information qui est visée par la nullité ou la partie erronée ? Le document formant un ensemble homogène ne peut être divisé à partir des clauses qu'il contient. Même si l'interprétation du contrat se fait clause par clause et que certaines clauses peuvent être réputées non écrites. Donc la nullité est totale car le document est un faux. Cette question peut sembler inutile mais pas pour autant qu'on le pense. En effet nous avons eu à traiter le principe de l'incorporation par référence. Ce dernier nous l'avons vu, a tendance à segmenter le contenu informationnel du document, surtout le connaissance *short form* dont la plupart des dispositions sont contenues dans le document *long form*. Qu'advierait-il à ces documents s'ils venaient à être falsifiés ? Le traitement reste le même, l'instrumentum falsifié n'a aucune valeur juridique.

599. Le connaissance doit contenir toutes les informations nécessaires au consentement. Livré la marchandise contre un faux connaissance équivaldrait à une livraison sans connaissance. Mais cette situation connaît des tempéraments car le transporteur peut être exonéré dans certains cas. Dans un arrêt du 22 Novembre 1996, la Cour d'Appel de Paris a exonéré un transporteur ayant livré la marchandise contre un faux¹¹⁷⁶ connaissance¹¹⁷⁷. En l'espèce, une société charge un commissionnaire de transport d'acheminer des caisses de pièces détachées pour automobiles d'Aulnay-sous-Bois à Lagos via le port du Havre. Le chargeur-vendeur prétendant n'avoir pas été payé fait faire une enquête qui révèle que les marchandises ont été livrées contre un faux connaissance. Il assigne le commissionnaire, lequel appelle le transporteur en garantie. Débouté en première instance, il fait appel et la Cour de Paris confirme le jugement.

600. Le transporteur a pu être trompé puisqu'il s'agissait ici d'une photocopie de connaissance ayant toutes les apparences de l'original, « *photocopie dont la ressemblance avec l'original était telle, hormis une dactylographie très légèrement différente, que celui qui était chargé de la vérification a pu se méprendre et se laisser abuser sans être anormalement vigilant* ». La Cour relevant que la photocopie présentée ressemblait tellement à un original que le transporteur a pu être trompé sans manquer à son devoir de vérification, conclut qu'il est donc dégagé de toute responsabilité. Le pourvoi formé contre cet arrêt sera d'ailleurs rejeté par la Cour de cassation, laquelle décide que « *c'est par une appréciation souveraine que la Cour d'appel a estimé que le connaissance présenté à l'arrivée par le destinataire avait toutes les apparences de l'original et que le capitaine, au vu des éléments de comparaison en sa possession, a pu se méprendre et se*

¹¹⁷⁶ Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques (...) article 441-1 Code pénal.

¹¹⁷⁷ CA Paris, 22 Nov. 1996, Sté Autorex France c/ Sté Galion et autres, BTL 1997, n°2697, p.199.

laisser abuser »¹¹⁷⁸. Sur ce point, la jurisprudence belge va dans le même sens que la jurisprudence française. En effet, cette dernière affirme que lorsque des connaissements sont falsifiés de façon telle qu'ils sont quasiment identiques aux originaux, et que les différences sont à ce point imperceptibles qu'elles ne peuvent être découvertes qu'après une étude comparative longue et approfondie, le transporteur maritime est mis hors de cause et n'est pas responsable de la livraison sans connaissance original¹¹⁷⁹.

601. Cette atténuation de la responsabilité du transporteur ne connaît pas une application générale. En effet, la jurisprudence britannique adopte une position relativement sévère pour le transporteur. Selon Lord Justice Mance¹¹⁸⁰, même si la falsification du connaissance n'est pas apparente et ne peut pas être raisonnablement détectée, le transporteur reste malgré tout responsable s'il livre la marchandise. Car, le transporteur doit pouvoir reconnaître ses propres connaissements et les sécuriser de telle sorte qu'ils ne peuvent être falsifiés.

602. Mais, il est constant que la présentation d'un faux connaissance est pénalement sanctionnée. Ce fut le cas à travers la décision¹¹⁸¹ du 10 Mai 2007, dans laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que constitue un faux en écriture privée sanctionné par les dispositions de l'article 441-1 du Code pénal, l'acte de falsification de manifestes et de connaissements, mais aussi toute fabrication par contrefaçon d'écriture, débouchant à un faux intellectuel. Or, un faux intellectuel qui ne comporte pas d'obligation pour un tiers ne peut constituer le délit¹¹⁸² prévu par les articles 147 et 150 du Code pénal. Pour être punissable, un faux intellectuel doit constituer un titre au profit de celui qui l'a établi et faire preuve pour lui¹¹⁸³.

603. La remarque qui s'impose est que le faux punissable a pour corollaire l'existence d'un préjudice. Dès lors qu'il admet l'existence d'un faux en écriture privée, le juge du fond est tenu d'apprécier l'existence ou non d'un préjudice, ses énonciations de chef étant souveraine¹¹⁸⁴. La loi n'exige pas, pour qu'il y ait crime de faux, que le préjudice soit consommé ou inévitable ; il suffit d'une simple éventualité ou possibilité de préjudice. Donc la possibilité d'un préjudice suffit à faire tomber la falsification de la vérité sous l'application de la loi pénale.

¹¹⁷⁸ Com. 5 Janvier 1999, n°97-10734, *Légifrance*.

¹¹⁷⁹ RECHTBANK van koophandel te antwerpen, 12 mai 2004, D. eur. Transp. 2004, p. 509.

¹¹⁸⁰ TRAFIGURA Beheer Bv v Mediterranean Shipping Company [2007] 1, Lloyd's Rep. p. 622.

¹¹⁸¹ Crim. 10 mai 2007, RD transp. N° 8, sept. 2007, Com. 167. Obs. M. NDENDE.

¹¹⁸² Crim. 28 mai 1962 : Bull. Crim. n° 212 ; D. 1962. Somm. 123.

¹¹⁸³ Crim. 7 mars 1972; Bull. crim. n° 86 ; D. 1972. 341; Gaz. Pal. 1972. 1. 415.

¹¹⁸⁴ Crim. 20 oct. 1982 : Bull. crim. n° 229.

b- L'alternative à l'échange physique du connaissance : l'échange par courriel

604. Nous savons maintenant qu'autant le document papier est falsifiable, le document électronique l'est aussi. Mais, il existe des moyens matériels et techniques pour protéger le document électronique contre toute altération du contenu. Les banques ont développé un système d'échange de données dont la sécurité est quasi infaillible. Par exemple les opérations de paiement électronique sont sécurisées de telle sorte que des millions de cartes bancaires sont en circulation dans le monde et sont acceptées par des millions de professionnels. Chaque carte contient une puce qui est un système électronique sophistiqué, capable d'emmagasiner et traiter un nombre impressionnant de données et permettant un traitement hautement sécurisé de la transaction. Nous pensons que si les opérateurs économiques ont fait confiance au système bancaire, rien n'empêche aux opérateurs du commerce maritime de faire confiance, encore une fois, au connaissance électronique et de le faire circuler via Internet¹¹⁸⁵. Ayant un caractère de titre de propriété, le transporteur doit être vigilant et contrôler impérativement le document. L'obstacle juridique est franchi grâce à l'équivalence fonctionnelle et à la neutralité du support, reconnue par presque toutes les législations nationales. Reste l'obstacle psychologique lié à la valeur traditionnelle du document papier qui n'est pas sans faille. Le constat est que l'internet est accessible à tous et son service dominant, le courrier¹¹⁸⁶ électronique, est un substitut incontournable au papier¹¹⁸⁷. Des centaines de milliards de courriers électroniques s'échangent quotidiennement.

605. Il nous faut définir la notion de courrier électronique pour comprendre dans quelle mesure il peut intégrer la circulation du connaissance négociable. Le législateur, retient le terme courrier électronique sans pour autant définir ces termes¹¹⁸⁸. Par contre la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 donne une définition littérale du courrier électronique. Il s'agit de : *tout message, sous forme de texte de voix, de son, d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère*¹¹⁸⁹. Nous devons répondre à présent à la question de savoir si les avantages attachés à ce mode de communication peuvent servir de base pour le transfert du connaissance négociable.

¹¹⁸⁵ Nous considérons le réseau Internet comme la voie par laquelle circulent les véhicules transportant toutes sortes de biens et de choses. Comme n'importe quel moyen de transport le réseau Internet peut connaître des attaques (comme la piraterie en mer). Le risque est partout, il appartient aux opérateurs de sécuriser leurs échanges comme les banques l'ont réussi.

¹¹⁸⁶ Sa dénomination varie on parle de message électronique, mail, e-mail, courriel... Sur la terminologie voir vocabulaire du courrier électronique, Commission nationale de la terminologie et de néologie, JO juin 2003, p. 10403.

¹¹⁸⁷ CH. BUCHER, -E, « *le courrier électronique et le formalisme* », in la communication numérique, un droit, des droits. Sous la direction de B. TEYSSIE, éd. Panthéon Assas, 2012, p. 167.

¹¹⁸⁸ G. CORNU, « *la définition dans la loi* » in Mélanges Vincent, Dalloz, 1981, p. 77.

¹¹⁸⁹ Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004. V. aussi la directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 dite « vie privé et communication électronique. Article 2 (...) h).

606. L'envoi du connaissance par la poste peut être appliqué à l'envoi de courrier électronique. En effet le message sous forme de texte auquel sont attachés les documents insérés¹¹⁹⁰ sous forme de pièce jointe¹¹⁹¹ est reçu instantanément après un simple clic par le chargeur qui l'endosse à son tour pour déclencher le circuit documentaire. Le terme boîte-mail s'accorde parfaitement avec la boîte aux lettres de la poste dans laquelle sont déposées toutes les lettres. Donc le courrier électronique est le message, le document. La route qu'elle emprunte est le réseau informatique (principalement internet). La messagerie électronique est l'ensemble du système permettant la réception et la transmission du connaissance. Elle est structurée de façon à autoriser le dépôt du connaissance dans la boîte aux lettres électronique du destinataire choisi par l'émetteur.

607. Il existe des méthodes pour sécuriser et protéger l'envoi du document électronique car l'acheminement des courriels est régi par diverses normes concernant aussi bien le routage¹¹⁹² que le contenu. Comme l'adresse physique (désignée souvent par la résidence le nom de la rue le code postal...) l'adresse électronique malgré son caractère implicite (nom fantaisiste) tend à être reconnue comme moyen d'identification des personnes. Ainsi à travers l'équivalence fonctionnelle par exemple, l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier (article 1365 du Code civil). A ce titre, le courrier électronique constitue indiscutablement un écrit au sens de la loi. Une chose est certaine, par leur contenu, leur forme, les messages électroniques donnent à leurs destinataires une information sur son expéditeur. Le rôle du courrier électronique s'adapte parfaitement au maintien des liens contractuels de transfert et de circulation quasi instantanés du connaissance négociable. Par ailleurs, la neutralité technique et médiatique du support fait de telle sorte qu'il ne peut pas exister de discrimination et de disparité de traitement

¹¹⁹⁰ P-Y GAUTIER, « l'e-mail », in clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, p. 369.

¹¹⁹¹ Une pièce jointe est un fichier informatique que l'on associe à un message internet afin de l'expédier par courrier électronique. Ainsi, on peut envoyer le message « ci-joint le connaissance » et y associer le fichier du connaissance. Quand le destinataire consulte le message, il voit qu'il contient une pièce jointe. Il est aussi un ensemble cohérent d'instructions stockées sur un support magnétique. Au début le fichier désignait un ensemble de fiches mais ce mot est maintenant utilisé pour tout ensemble d'instructions ou de données constituant un bloc logique. Il s'agit de joindre dans un courriel un fichier d'une certaine taille afin de le transmettre à son correspondant. Ce document est généralement pris dans le disque dur du pc de l'auteur du message électronique. L'auteur du message souhaite transmettre un document à joindre. Il l'ajoute à son message électronique en sélectionnant le fichier dans son disque dur. Le destinataire peut ainsi télécharger le document. Ce dernier peut être sous la forme d'un fichier texte. Le destinataire peut accéder à l'information envoyée.

<http://www.dicofr.com/cgi-bin/n.pl/dicofr/definition/20020209014608>.

¹¹⁹² Outil logiciel ou matériel pour diriger les données à travers un réseau. Il s'agit souvent d'une passerelle entre plusieurs serveurs pour que les utilisateurs accèdent facilement à toutes les ressources proposées sur le réseau. Le routeur désigne également une interface entre deux réseaux utilisant des protocoles différents. Un routeur est un matériel intermédiaire dans un réseau informatique assurant le routage des paquets d'information. Son rôle est de faire transiter des paquets d'une interface réseau vers une autre en fonction de la destination et selon un ensemble de règles formant la table de routage. Il est utilisé par exemple pour véhiculer les trames d'informations sur le réseau internet. <http://www.cybertechnologie.com/fiches-formation/universel/glossaire-internet.html#R> (05/04/2017).

entre les documents sur support électronique et ceux sur support papier (art.5)¹¹⁹³. Ils seront tous les deux valables et ils auront la même valeur légale et la même force exécutoire¹¹⁹⁴.

608. Le rôle du courrier électronique ainsi démontré, nous fait penser qu'il est possible de créer un équivalent fonctionnel du connaissance électronique (sur la base de l'imprimé) qui reproduirait l'unicité du connaissance papier, permettant à son titulaire de disposer de la cargaison en téléchargeant le connaissance à partir de sa boîte-mail. Or, la comparaison entre le connaissance chef (qui est le *premier connaissance original* détenu par le capitaine) et le *second original* détenu par le destinataire, protège le transporteur qui a émis ces documents et qui les a sécurisés, contre le risque d'une livraison à une personne autre que le véritable destinataire. Dès lors, l'exigence implicite d'un document papier peut être maintenue grâce au téléchargement et à l'impression du document électronique. Et le concept d'original est renforcé par la sécurité informatique.

609. En effet, la négociabilité d'un titre représentatif est garantie par la confiance que les opérateurs témoignent au document lui-même. Le document électronique doit exister de telle sorte que seul le dernier porteur du connaissance soit le seul à pouvoir obtenir livraison de la marchandise. *Pour ce faire seul un document, le connaissance original, doit pouvoir être "accompli", c'est à dire remis au capitaine. Sinon, en cas de conflit entre deux porteurs de connaissances, celui qui présente le titre le premier sera préféré. Cette méthode de résolution des conflits inspirée de la matière cambiaire présente l'effet pervers d'offrir une prime à la rapidité et de saper la confiance que le porteur peut accorder à son titre.* Dans pareil cas nous sommes favorables à la jurisprudence anglaise qui impose au transporteur de pouvoir reconnaître ses connaissances ce qui suscite la diligence dont il doit faire preuve lors de la livraison.

610. D'un autre côté, les hypothèses de conflit ne sont pas rares dans un univers papier puisque même si la pratique veut que deux originaux seulement soient émis, des copies sont souvent émises. C'est là que le risque de conflit (entre les connaissances) est invoqué. L'original et la copie pouvant être confondus¹¹⁹⁵. Dans le cas d'une dématérialisation du connaissance il n'est pas essentiel que le connaissance original soit dupliqué, car la transmission électronique de ce dernier équivaut à une transmission de l'original. Aussi, ce transfert ne le fait pas disparaître de son support d'origine (il est toujours archivé dans le disque dur de l'ordinateur d'origine contrairement au document papier qui quitte définitivement son détenteur originel). De ce fait le transfert par courrier électronique laisse des traces. En tout état de cause, chaque réceptionnaire aura connaissance de la

¹¹⁹³ V. loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 qui a inspiré beaucoup de législations nationales.

¹¹⁹⁴ GARO PH. « L'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique » intervention du 17/10/2013 à l'AFDM, p. 4.

¹¹⁹⁵ Le connaissance sur support papier n'est pas exempt de reproche puisque le phénomène de la fraude maritime a connu des développements retentissants. Association française du droit maritime, "La Fraude maritime et le connaissance", Dr. Mar. Fr. 1983, p. 365-375.

date et même de l'heure exacte du message et de l'adresse électronique de l'expéditeur ce qui est de nature à l'identifier. Donc, la notion d'original n'est pas pertinente en matière informatique du fait que les informations, si elles ne sont pas codées, peuvent être dupliquées puisqu'elles seraient dotées d'une existence indépendante de tout support matériel (elles peuvent être transférées et stockées sur tous les supports amovibles). La production du courrier électronique comme moyen de preuve pose une problématique souvent difficile à solutionner. En effet, *les preuves numériques sont volatiles, immatérielles et donc difficilement saisissables. Cela implique de recourir à des moyens sophistiqués tels que des logiciels dédiés pour en récupérer les indices*¹¹⁹⁶.

Paragraphe 2 : l'intégrité de son contenu et l'identification de son auteur

611. La Cour de cassation a, dans un arrêt¹¹⁹⁷ du 30 septembre 2010 cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait admis un courriel comme preuve d'une date de congé donnée par un locataire. Ainsi pour motiver sa décision, la Cour s'est basée sur les articles 287 du Code de procédure civile et 1366 et suivants du Code civil. En l'espèce, les juges d'appel s'étaient fondés sur le message électronique du bailleur produit par le preneur reconnaissant avoir bien reçu le congé à la date d'une première lettre adressée par le preneur dont l'accusé de réception avait vraisemblablement été égaré. Les juges avaient considéré que les courriers électroniques « *doivent être admis en preuve dès lors que leur signataire ne communique aucun document de nature à combattre la présomption de fiabilité édictée par l'article 1367 du Code civil* ». Selon la Cour de cassation, puisque le bailleur a dénié être l'auteur des messages produits par le locataire, la cour d'appel devait vérifier¹¹⁹⁸ si les conditions prévues à l'article 1365 et 1367 du Code civil en matière de validité de l'écrit ou de la signature électronique étaient réunies.

612. Cette jurisprudence soulève la remarque suivante : dans l'hypothèse où un écrit électronique est contesté par son auteur présumé, et que l'exigence d'authentification de l'auteur et la garantie d'intégrité ne sont pas satisfaites, cet écrit ne peut valoir qu'un commencement de preuve par écrit. La question qui se pose est de savoir si en l'espèce l'objet de la preuve n'est pas un fait et que les faits juridiques peuvent être prouvés par tout moyen¹¹⁹⁹.

613. Partant de ces considérations nous pouvons affirmer que, le courrier électronique dans les opérations de transport maritime n'est pas à l'abri de telles difficultés de production de preuve. En

¹¹⁹⁶ M. QUEMENER, « *Les preuves pénales à l'heure du numérique* » Les annonces de la Seine, 28 avril 2014, n° 20, p. 12.

¹¹⁹⁷ Cass. 1^{re} civ, 30 sept. 2010, n° 09-68.555.

¹¹⁹⁸ En cas de dénégation par son auteur, le courriel doit être vérifié au sens de l'article 287 alinéa 2 du Code de procédure civile qui énonce que « si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électronique, le juge vérifie si les conditions, mises en place par les articles 1365 et suivant du Code civil pour la validité de l'écrit ou de la signature électronique, sont satisfaites.

¹¹⁹⁹ Sur ce point voir, BITAN H., « *Droit et expertise du numérique* », Collection Lamy Axe droit, Wolters Kluwer France, 2014, p. 332 s.

effet, l'authenticité d'un courriel est difficile à garantir dans la mesure où il est techniquement possible de le modifier ou d'en créer de toute pièce, un antidaté en plus¹²⁰⁰. Ce qui peut porter atteinte à son caractère probatoire. Comme nous l'avons souligné, s'agissant d'un courriel électronique simple, une identification sûre et fiable de son auteur est souvent difficile à établir. La messagerie électronique, si elle n'est pas sécurisée, ne garantit aucune authenticité puisqu'il est techniquement possible de se faire passer pour quelqu'un d'autre en créant une adresse électronique contenant le patronyme du propriétaire du connaissance. Dès lors, la simple indication du nom de l'auteur et le recours à une signature pré-imprimée à la fin du message n'assure aucune certitude et ne constituent aucunement une signature électronique au sens de la première phrase de l'alinéa 2 de l'article 1367 du Code civil qui énonce l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache¹²⁰¹. Mais nous avons démontré que le réseau informatique, dans le cadre du transfert du document électronique joue un rôle de transporteur de document en l'occurrence le connaissance. Dans ce cas, la pièce jointe aura souvent un contenu distinct du message électronique dont la forme de l'écrit est libre.

614. S'il s'agit par exemple d'un connaissance à l'ordre d'une personne dénommée l'authenticité du contenu informationnel du document, s'agissant de l'identité du destinataire, devrait être en principe identique aux mentions de l'adresse électronique. Ce rapprochement sera difficile à établir pour le connaissance au porteur dont on ignore souvent l'identité du détenteur. Ce qui est constant, dans tout ce lien d'échange, c'est l'adresse IP qui permet dans certains cas de localiser l'auteur d'un message électronique. Or, l'identité de l'auteur d'un courriel est souvent contenue et enregistrée dans l'adresse IP. En effet, en exploitant le format numérique du courriel, les techniciens et experts de l'informatique pourraient analyser son code source dans lequel se trouve l'adresse IP de l'ordinateur. Ils pourront obtenir des informations sur la dénomination sociale du fournisseur de l'accès à Internet. Ce dernier leur fournira, sur autorisation des juges, les informations indisponibles à savoir l'identité du titulaire de la ligne faisant l'objet du litige.

615. A ce stade de la réflexion, nous proposons une distinction entre le courriel « simple » qui est, nous l'avons vu, un écrit dont la forme n'obéit à aucune procédure standard à l'instar des formats classiques des documents (Pdf ou Word). Et la pièce jointe qui est un fichier informatique que l'on associe à un message internet afin de l'expédier par courrier électronique. Ainsi, on peut envoyer le message « ci-joint le connaissance » et y associer le fichier du connaissance. Quand le destinataire consulte le message, il voit qu'il contient une pièce jointe. De ce point de vue, la pièce jointe est aussi un ensemble cohérent d'instructions (contrat, connaissance, facture...) stockées sur

¹²⁰⁰ V. Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-43307, Légifrance.gouv.

¹²⁰¹ V. La signature électronique « ordinaire » prévue à la première phrase de l'article 1367, distincte de la signature « sécurisée » de l'article 1^{er} du décret n° 2001-272 du 30 mars pris pour l'application de l'article 1367 du Code civil relatif à la signature électronique.

un support magnétique. Il s'agit alors de joindre dans un courriel un fichier d'une certaine taille afin de le transmettre à son correspondant. Ce document est généralement pris dans le disque dur de l'ordinateur de l'auteur du message électronique. L'auteur du message souhaitant transmettre un document à joindre. Il l'ajoute à son message électronique en sélectionnant le fichier dans son disque dur. Le destinataire peut ainsi télécharger le document. Ce dernier peut être sous la forme d'un fichier texte. Le destinataire peut accéder à l'information envoyée. La circulation du connaissance électronique ne sera effective qu'avec la cybersécurité.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Cette partie a été pour nous l'occasion d'analyser les effets de la dématérialisation dans les rapports juridiques entre les différents partenaires économiques. De ce point de vue, le document électronique apparaît comme un instrument commercial dont la fonction première est de prouver l'accord et la volonté des parties. Il sera donc utilisé, en cas de litige comme moyen de preuve. L'informatique permet une rapidité dans les échanges commerciaux parce que le transfert des documents s'effectue par un simple clic. Comme les échanges physiques, les échanges électroniques engendrent les mêmes litiges en matière d'exécution du contrat électronique. C'est pourquoi les modes de règlement privé des litiges, en l'occurrence l'arbitrage international, sont adaptés au règlement des litiges nés des transactions électroniques. Cela est possible parce que l'internet mais souvent en relation des partenaires commerciaux situés dans deux États différent. La dématérialisation étant un phénomène mondial, l'Afrique n'est pas en reste dans la mesure où les conventions internationales suggèrent aux États l'alignement de leur législation sur des modèles de document. Le but est de permettre une célérité des opérations portuaires pour un développement économique réel et efficace. L'informatique étant du domaine de l'immatériel, la sécurité y occupe une place prépondérante pour suscité la confiance en cette économie.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La relation entre le droit des transports maritimes et le droit du commerce électronique n'est plus contestée. Le commerce maritime regroupant plusieurs activités dont le transport de marchandises par mer s'est adapté au commerce à travers les réseaux d'Internet. De ce point de vue, le corpus juridique de la dématérialisation trouve sa structuration et sa base dans l'idée d'échange d'information figée sur un support, circulant entre opérateurs. Une analyse croisée de l'ensemble des éléments de la dématérialisation des documents du commerce maritime international et plus particulièrement l'analyse de ses aspects techniques et juridiques, nous a permis de voir que les procédures de dématérialisation sont globalement en phase avec les grands principes internationaux en matière de commerce maritime. L'écrit électronique est admis au même titre que l'écrit sur papier aux seules conditions que son auteur soit identifié et que son intégrité soit protégée.

La production de document dans les relations d'affaires a comme seul objectif la matérialisation de l'accord de volonté. Or, le document électronique joue ce même rôle. Il en résulte une valeur ad validitatem et une valeur ad probationem d'un acte juridique. Il faut donc distinguer les éléments de formalisation donnant valeur probante à l'acte, de ceux qui lui confèrent sa validité. D'un côté, en droit, le non respect d'un formalisme ne porte pas atteinte à la validité de l'acte. Mais seule la solennité de certains actes exige que la volonté s'exprime par écrit suivant des formes encadrées. Leur rédaction est alors une condition de l'existence même du droit. L'exigence d'un écrit peut être imposée dans certains cas par le législateur *sous peine de nullité*. Dans ce cas, le problème de la preuve est *absorbé* par celui de la validité, en ce sens qu'en l'absence d'un écrit dressé dans les formes légales, l'acte ne peut pas être prouvé parce que, juridiquement, il n'existe pas.

D'un autre côté, dans certains cas, le législateur impose un formalisme dans le seul but de permettre à l'acte d'être prouvé devant la justice. Toutefois, les parties impliquées sont libre de décider de la formalisation nécessaire pour le rendre valide : la voie électronique étant autorisée. Désormais avec l'équivalence fonctionnelle entre les documents physiques et électroniques, le support est indifférent pour assoir la valeur probante du document. Donc le support de l'écrit pour les actes juridiques n'est établi qu'à des fins de preuve. Et le support électronique trouve consécration dans la Loi du 13 mars 2000 « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* » (Code Civil, article 1365).

Si l'écrit sur support électronique est admis comme moyen de preuve au même titre que l'écrit sur papier, l'introduction de la signature électronique est nécessaire pour authentifier le premier. La signature électronique est nécessaire à la perfection d'un acte juridique électronique, comme l'acte

physique, en ce qu'elle identifie celui qui l'appose. C'est la manifestation du consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. La Loi du 13 mars 2000 confère l'authenticité à l'acte électronique à condition que la signature électronique se manifeste par l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. Et la Loi de poursuivre : « *La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque la signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* » (Code Civil, article 1367 al. 2). Conçue comme une technique qui résulte de l'usage d'un procédé fiable d'identification (cf. Loi du 13 mars 2000), la signature électronique garantit un lien avec l'acte auquel elle s'attache (réf. art. 1367 al. 2 du Code civil). Nous l'avons évoqué dans les développements, c'est la signature électronique à clé publique qui atteste le plus de sécurité pour l'authenticité d'un document numérique. Ce qu'il faut cependant retenir c'est que l'authenticité de la signature électronique, dépend du niveau de sécurité du certificat. Ce qui veut dire que seuls les procédés de signature électronique recourant à des certificats qualifiés Référence Général de Sécurité¹²⁰² sont conformes au décret du 31 mars 2001 et permettent une présomption de fiabilité au sens de l'article 1367 du code civil français. Il ne faut pas pour autant rejeter la valeur juridique des signatures électroniques issues des procédés non certifiés. , il faudra tout simplement démontrer la fiabilité du processus en cas de contentieux.

Si en droit positif le terme connaissance désigne un document de transport maritime, alors que l'écrit sur support électronique peut constituer un document, donc le document électronique peut être un connaissance. Ce dernier est en effet une structure plus ou moins complexe fondée sur un langage informatique (constitué d'algorithme) dans lequel sont consignés les ordres des titulaires successifs et les informations usuelles figurant au connaissance papier. Les exigences de forme du droit français et de la plupart des systèmes juridiques des nations maritimes devraient sur le fondement des recommandations des systèmes des Nation Unies en matière d'échange de données notamment le CEFACT, accepter de qualifier de connaissance les documents électroniques contractuels organisant des Échanges de données dans le cadre d'un transport de marchandises par mer. Cela pourrait aider les opérateurs du commerce international à surmonter leurs réticences psychologiques à la dématérialisation du connaissance négociable. Toutefois, la loi type de la CNUDCI autorisera peut être, à terme, la qualification de connaissance électronique

¹²⁰² Le nouveau référentiel général de sécurité publiée le 24 juin 2014 remplace la première version publiée par arrêté du Premier ministre le 6 mai 2010. Il vient compléter les règles et les recommandations relatives aux certificats électroniques et contremarques de temps et permet la qualification des prestataires d'audit de la sécurité des systèmes d'information. Le référentiel général de sécurité (RGS), rédigé par l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) et le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), fournit un ensemble de règles et de bonnes pratiques en matière de sécurité des systèmes d'information.

<https://www.ssi.gouv.fr/entreprise/reglementation/confiance-numerique/le-referentiel-general-de-securite-rgs/>.

négociable¹²⁰³. Son ambition est en effet d'inspirer les législateurs nationaux ou, au moins de fournir des directives d'interprétation des textes nationaux et internationaux existants.

Dans le contexte de la dématérialisation, le virtuel et l'éphémère occupent une place prépondérante. C'est pourquoi, l'archivage électronique y est considéré comme une étape nécessaire pour sécuriser le processus de dématérialisation. Conserver le contenu informationnel des documents, atteste au mieux, de l'identité de l'auteur d'un document électronique. Ainsi, l'archivage électronique protège l'intégrité de l'information et garantit la valeur probante du document¹²⁰⁴.

Il ressort de l'examen des questions techniques et juridiques de la dématérialisation que le commerce et le transport internationaux de marchandises par mer tirent de grands avantages du commerce électronique. Les compagnies de transport maritime comme CMA-CGM ont compris que le passage à un environnement électronique permettrait de résoudre certains problèmes liés à la durée et au coût du traitement de nombreux documents. L'attente du connaissement au port de déchargement tend à disparaître. Les coûts et responsabilités découlant de la livraison de marchandises sans présentation du connaissement original, sont évités grâce à l'édition automatique et au transfert instantané du connaissement électronique au destinataire. On s'achemine alors vers la fin de la livraison contre la remise de «lettres de garantie».

La thèse démontre que la dématérialisation revêt une importance particulière pour les pays en développement désireux d'exporter en temps réel leurs matières premières et leurs produits de base sur le marché mondial. La remarque qui a été faite lors des développements est que ces pays sont particulièrement présents dans les secteurs où le connaissement négociable est un élément essentiel du processus transport. Des marchandises comme le riz, le sucre et le café sont régulièrement

¹²⁰³ Dans ce contexte, le Groupe de travail IV de la CNUDCI continue son travail pour la préparation de textes juridiques portant sur les documents transférables électroniques, une catégorie large incluant les connaissements, les lettres de changes, les billets à l'ordre, et les récépissés d'entrepôt dématérialisés. Ces activités ont donné d'importants résultats, dont une révision de la notion d'équivalence fonctionnelle de l'original contenue dans la Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI. De plus, il résulte de ces travaux que l'unicité ne doit pas être considérée comme une caractéristique intrinsèque absolue, car cela entraverait l'utilisation de documents transférables électroniques ; il serait plutôt nécessaire de s'assurer que le débiteur ne doive faire face qu'à une seule demande d'exécution. Le groupe de travail tâche également à redéfinir la notion d'équivalent fonctionnel de possession, actuellement basée sur l'exercice du contrôle sur un document électronique faisant foi. Le probable résultat de ce travail à moyen terme sera une loi type pour les documents transférables électroniques qui seront l'équivalent des instruments ou documents papiers transférables. Ce résultat procurera d'importantes orientations dans la mesure où peu de lois ont été adoptées sur le sujet, et encore moins optent pour une approche basée sur le principe de neutralité technologique. Propos de Luca Castellani, (Juriste, Secrétariat de la CNUDCI, Vienne, Autriche) « Comprendre la longue marche vers la dématérialisation des connaissements », 2016, p112 ; Critique des livres : Miriam Goldby, Les documents électroniques en droit commercial maritime et la pratique, Oxford University Press, 2013 ; Philippe Garo, L'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

¹²⁰⁴ Voir notamment la norme NF Z 42 013. La norme AFNOR NF Z42-013 devient une norme internationale ! Publiée sous le titre ISO 14641-1, la norme porte sur les spécifications pour la conception et l'exploitation des systèmes informatiques utilisés pour l'archivage électronique. Une norme désormais disponible aux entreprises du monde entier. [http://normalisation.afnor.org/actualites/la-norme-francaise-nf-z42-013-sur-larchivage-electronique-transposee-en-norme-internationale-par-liso/\(08/2017\)](http://normalisation.afnor.org/actualites/la-norme-francaise-nf-z42-013-sur-larchivage-electronique-transposee-en-norme-internationale-par-liso/(08/2017)).

échangées via le transport maritime, de même que le pétrole. Il est donc plus que nécessaire, que les pays de l'Afrique de l'Ouest soient associés au développement du commerce électronique, en particulier dans le secteur maritime. Avec notamment les recommandations de la CNUDCI, les incertitudes juridiques générales découlant de l'utilisation de moyens électroniques de communication dans le commerce international, devraient disparaître. Le Groupe de travail¹²⁰⁵ de la CNUDCI a proposé de rédiger une convention internationale qui aurait pour but de supprimer les obstacles juridiques découlant des obligations contenues dans les conventions internationales en vigueur. La Commission propose aussi de développer les dispositions des articles 16¹²⁰⁶ et 17 de la loi type et de poursuivre l'élaboration de règles plus détaillées qui faciliteraient le transfert électronique des droits et des titres sur les marchandises par le biais de registres électroniques. Nous pensons que ces registres pourraient être détenus par les banques. Il s'agira d'inscrire la valeur du titre sur le registre comme pour la circulation des valeurs mobilières.

Grâce à l'équivalence fonctionnelle reconnue par presque toutes les législations, le secteur des transports maritimes devrait surmonter l'obstacle spécifique de *titre de propriété de la marchandise*, pour reconnaître la négociabilité du connaissance électronique. D'ailleurs, certains gouvernements ont déjà promulgué ou sont en train d'élaborer des lois visant à lever les incertitudes juridiques générales liées aux exigences d'un document papier. Des efforts continuent d'être déployés au plan international pour mettre au point les règles et les directives nécessaires. C'est le cas des Règles de Rotterdam de 2008 qui ont institué le document électronique.

Cependant, le véritable problème de la dématérialisation réside fondamentalement dans le système de contrôles, des inspections, des vérifications et des certifications des documents. Ces procédures constituent de véritables sources de dysfonctionnement et ont un impact considérable sur les délais de passage dans la place portuaire de certains pays en Afrique de l'Ouest. Ce qui nécessite d'avantage, leur mise en cohérence et une parfaite conformité entre les règles nationales, communautaires et les dispositions internationales. En outre, la multitude de documents existants, la redondance des informations à saisir lors du traitement des dossiers dans le processus de prise en charge des marchandises dans certains ports africains, (les formulaires à remplir et à produire) ne facilitent pas la tâche aux opérateurs. Toutefois, il y a lieu tout de même de souligner que le système actuel, dans certains États a subi de très grandes métamorphoses au cours des dernières décennies. Les retards et les dysfonctionnements constatés ne sont pas dus le plus souvent à une insuffisance ou à un déficit institutionnel ou réglementaire mais plutôt à une méconnaissance du fonctionnement des systèmes informatiques qui ne sont pas souvent généralisés dans les services ni interconnectés

¹²⁰⁵ Pour plus d'informations sur la participation des observateurs aux réunions de la CNUDCI, voir la note du secrétariat intitulée "Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI" (A/CN.9/638/Add.5), section IV. Statut d'observateur, et Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17) (2010), Annexe III: Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI.

¹²⁰⁶ Article 16 : *actes relatifs aux contrats de transport de marchandise* ; article 17 : *document de transport*.

entre services. Le mal le plus profond réside beaucoup plus dans le manque d'organisation et de complémentarité des services. Certes il y a un souci de mise en cohérence et un besoin de normalisation mais ces deux problèmes devront trouver une solution idoine à travers la mise en place d'un système mieux organisé et mieux coordonné.

Il faut rappeler au passage que des efforts sont fournis par les pays africains. C'est le cas du Sénégal avec son système GAINDE. En Afrique, le Guichet unique électronique avec son corollaire de dématérialisation tend à devenir effectif. Car en passant d'un système de traitement manuel à un système électronique, le processus de facilitation du trafic maritime y trouve immédiatement une réponse adaptée. Nous sommes convaincus que l'opérationnalité du Guichet unique électronique et la mise en œuvre effective de la dématérialisation des procédures vont aboutir à l'élimination des documents papiers pour laisser place aux documents électroniques. Cette étape évolutive dans les ports africains devrait permettre de passer à une phase véritable de facilitation des procédures et des échanges de données dans le processus de dédouanement des marchandises. Ce qui suppose aussi une gestion rationnelle des interfaces et un échange automatique des données et des informations entre les différents intervenants portuaires en temps réel. Les passerelles seront ainsi clairement structurées et les mécanismes d'échanges et de partage bien organisés de manière à faciliter les anticipations en matière de déclaration, de paiement des droits, taxes et factures commerciales liées aux importations et exportations. Il ne restera plus qu'à doter les services en charge des inspections et des contrôles des instruments modernes leur permettant de suivre plus efficacement le processus et d'assurer convenablement leurs missions.

Nous avons évoqué dans cette thèse le problème de la sécurité et de la sûreté informatique. En effet, l'interconnexion des systèmes et des technologies de l'information est généralisée. Cette situation expose tout système connecté, à des menaces de plus en plus importantes, d'attaques ou d'incidents de nature à compromettre leur contenu. Face à cette situation où les menaces sont réelles, le développement de la cybersécurité est plus que nécessaire. Cette discipline fait partie intégrante de toutes les formes d'échanges digitaux. Avec la dématérialisation, ce genre d'outils est adaptée pour accompagner la croissance du monde informatisé dans tous les secteurs et à des niveaux divers. Or, bien qu'en droit maritime il ne s'agit pas d'un concept inconnu, la notion de sûreté maritime n'était jusqu'à ces dernières années que peu utilisée, au contraire d'autres secteurs, tel le domaine aérien, qui apparaît être beaucoup plus sensibilisé à ces questions de sûreté. Il aura ainsi fallu les événements du 11 septembre 2001 aux États-Unis pour que le monde maritime dans son ensemble prenne conscience de la vulnérabilité du système des transports maritimes, qui, à

l'instar de l'aérien, pouvait faire l'objet de diverses attaques, et notamment de¹²⁰⁷ terrorisme et maintenant de cyber-attaque.

Nous nous sommes rendu compte que le développement fulgurant d'Internet a engendré l'émergence de nouvelles techniques de communication. Différentes notions telles que celles de document électronique et de courriel ont constitué l'essentiel de nos développements dans cette thèse. Toutefois, un concept technologique qui s'apparente à l'EDI n'a pas fait l'objet de développement dans cette thèse non pas parce qu'il est moins important mais parce qu'il soulève de nombreuses questions juridiques sans réponse. En effet, selon le professeur LASMOLES, La blockchain est une technologie de stockage et de partage d'informations¹²⁰⁸. En langage juridique, on parle de "dispositif d'enregistrement électronique partagé", expression empruntée à la terminologie anglaise "Distributed Ledger Technology" (DLT). Elle est constituée d'un ensemble de blocs numériques qui stockent des données de toute nature (transactions, biens, données concernant les marchandises en transit...). Comme illustration le professeur prend le secteur maritimo-portuaire, où l'utilisation de la blockchain apporte de nombreux avantages. A ce niveau, toutes les informations déposées sur la blockchain permettraient d'avoir l'historique complet des marchandises, de leur production à leur livraison, en passant par leur empotage ou leur transit. La blockchain est donc une base de données fiable et infaillible pour stocker toutes sortes d'informations : titres de propriété, contrats, modèles, brevets, argent¹²⁰⁹. La France est le premier État membre de l'Union européenne (UE) à avoir donné une définition juridique de la blockchain : *"un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ces opérations"*¹²¹⁰. Mais si la blockchain n'a pas fait l'objet de développement dans la thèse c'est que son utilisation dans le secteur du transport maritime est très réduite. En outre le concept soulève des questions juridiques non résolues, ayant trait à la responsabilité, à la loi applicable et à l'absence de cadre juridique. A l'avenir, nous pensons qu'avec ses nombreux avantages, la blockchain pourrait révolutionner les échanges de documents dans le domaine du transport maritime, mais il faudrait d'abord une adaptation juridique.

La dématérialisation devrait concerner tous les documents commerciaux. Mais force est de constater, que sur le plan culturel et sur le plan juridique, certains actes (touchant le droit de la famille et le droit des sûretés) ne seront dématérialisés qu'avec un changement de mentalité et une révolution juridique importante.

¹²⁰⁷ PH. BOISSON, « La sûreté des navires et la prévention des actes de terrorisme dans le domaine maritime », Le DMF, n° 640, Spécial saisie, Septembre 2003, p.723.

¹²⁰⁸ O. LASMOLES, *Blockchain et transport maritime*, Gazette de la Chambre, hiver 2017/2018, n° 45, p. 2,

¹²⁰⁹ O. LASMOLES, *ibidem*.

¹²¹⁰ Ord. n° 2016-520, 28 avr. 2016 relative aux bons de caisse : JO 29 avr. 2016, art. L. 223-12 c. mon. et fin.

ANNEX

Annex 1: Mediterranean Shipping Company SA c/. Glencore International [2017] EWCA Civ 365 (in the court of appeal)

Mediterranean Shipping Company SA («MSC») et Glencore International AG («Glencore») sont respectivement d'importants transporteurs et négociants. Ce différend opposait une réclamation peu importante en termes financiers, mais qui soulevait un certain nombre de questions d'une importance générale en ce qui concerne a) les connaissements électroniques et les ordres de livraison et b) la renonciation et l'estoppel.

Entre janvier 2011 et juin 2012, 70 envois de fûts de briquettes de cobalt ont été expédiés par Glencore et transportés par MSC à Anvers sur un connaissement standard MSC. La dernière fois, lorsque le transporteur du destinataire est allé chercher les marchandises au port, deux des trois conteneurs avaient disparu, et il était constant qu'ils avaient été détournés par des personnes inconnues qui avaient réussi à pénétrer dans les procédures de mainlevée.

Le connaissement était un projet de loi «sur commande», sur le front duquel est apparu la disposition suivante : - *S'il s'agit d'un connaissement négociable (à l'ordre de), un connaissement original dûment endossé doit être remis par le marchand au transporteur (avec le fret en cours) en échange des marchandises ou d'un bon de livraison.*

En 2005, l'autorité portuaire d'Anvers a introduit une nouvelle procédure, le système de libération électronique, ou ERS. Selon cette procédure, lorsque des connaissements sont présentés, les transporteurs fournissent des numéros électroniques générés par ordinateur aux destinataires concernés ou à leurs agents et au terminal portuaire. Ces numéros sont donnés à la place des bons de livraison ou des notes de mise à jour, et ne sont pas vus par les transporteurs, qui les génèrent via l'autorité portuaire. Les détenteurs des billets présentent ensuite les codes PIN au terminal pour prendre livraison des marchandises, normalement par le conducteur de collecte qui saisit les codes PIN au terminal. Ce système n'est pas obligatoire et n'est pas adopté par tous les transporteurs utilisant le port ; mais il avait été utilisé pour les 69 expéditions précédentes de cobalt par le MSC et les agents portuaires de Glencore, Steinweg.

MSC a fait fonctionner le système en envoyant une note de mise à jour fournissant les codes PIN par courrier électronique sur présentation d'un connaissement (et paiement de tous les frais impayés). Le juge de première instance a conclu que Glencore ne savait pas au moment de l'expédition que Steinweg et MSC utilisaient l'ERS. Il a également soutenu que les agents du port n'avaient pas le pouvoir de modifier le contrat de transport. Ces deux conclusions n'ont pas été

contestées en appel. Il a conclu que MSC était responsable de la livraison erronée et que la note de mise à jour, associée ou non au code PIN, ne constituait pas un ordre de livraison tel que requis par le connaissement; En outre, il a jugé que Glencore n'avait pas été empêché par le comportement de ses agents en acceptant la procédure variée sur les 69 précédents.

Quatre moyens d'appel ont été avancés, à savoir : - qu'il y avait eu une livraison symbolique, car la fourniture des codes PIN équivalait à donner au destinataire la clé de l'entrepôt ; - que les notes de sortie couplées aux codes d'identification équivalaient à un ordre de livraison et que c'était suffisant ; - que les notes de sortie couplées aux codes PIN constituaient en tout état de cause un ordre de livraison au sens de la loi de 1992 ; - et que la conduite des agents de Glencore a donné lieu à une estoppel pour contester la procédure de livraison révisée.

Sir Christopher Clarke a donné le seul jugement motivé de la Cour d'appel, Lewison et Henderson LJJ étant d'accord. Il a estimé, en ce qui concerne le second motif, que le terme ordre de livraison pouvait avoir plusieurs significations, mais dans le contexte de ce connaissement, l'ordre de livraison d'un navire, tel que défini à l'article 1 (4) du Transport de marchandises par Sea Act 1992, qui dispose :

4. Dans la présente loi, les références à un bon de livraison de navire renvoient à tout document qui n'est ni un connaissement ni une lettre de transport maritime, mais qui contient un engagement qui : est une donnée dans le cadre d'un contrat de transport maritime des marchandises auxquelles le document se rapporte, ou de marchandises qui comprennent ces marchandises ; et

b. est un engagement pris par le transporteur envers une personne identifiée dans le document de livrer les marchandises auxquelles le document se rapporte à cette personne.

En ce qui concerne le troisième motif, il a rejeté l'argument de Glencore selon lequel la note de version électronique n'était pas un document, mais il a soutenu qu'il ne s'agissait pas d'un ordre de livraison au sens du paragraphe 1 (4) parce qu'il ne contenait pas d'engagement à livrer spécifiquement à Glencore ou à son agent portuaire. Il semble donc que la Cour ait exigé une identification expresse du débiteur et de l'obligation.

En ce qui concerne l'irrecevabilité, évoqué au quatrième motif, la Cour a rejeté l'argument selon lequel les 69 opérations antérieures où l'ERS avait été suivi par les parties donnaient lieu à une décision en faveur de MSC. Il a été conclu que Steinweg ne prétendait pas que les notes de mise à jour couplées aux codes NIP devaient être considérées comme l'équivalent des bons de livraison aux fins du connaissement. Il s'agissait plutôt de simples cas de tolérance répétée par les destinataires de la rupture de contrat par les transporteurs dans les documents d'appel d'offres en échange du connaissement autre qu'un ordre de livraison tel que requis par les termes de la facture.

La décision est d'intérêt général pour trois raisons principales. Premièrement, il n'y avait pas d'indications antérieures concernant l'interprétation de l'expression "ordre de livraison du navire"

figurant à l'article 1 4) de la Loi de 1992. Deuxièmement, l'affaire concernait un terme couramment utilisé dans un connaissance dans le contexte d'une procédure de plus en plus répandue dans les ports, en particulier les grands ports à conteneurs, qui ont mis en place au cours du siècle des systèmes permettant de récupérer des conteneurs par référence à des codes informatiques plutôt qu'à la présentation de documents physiques. Le résultat de la décision de la Cour est en effet de transférer le risque de vol du receveur au transporteur dans de tels cas. Troisièmement, la décision sur l'estoppel est une illustration frappante de la manière dont les règles relatives à la variation du contrat, à l'estoppel équitable, à la renonciation et à l'autorité des agents peuvent se recouper dans tous ces cas.

Annexe 2 : MESURES DESTINÉES À FACILITER LES PROCÉDURES RELATIVES AUX DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME

RECOMMANDATION n° 12, *deuxième édition, adoptée par le Centre des Nations Unies pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports* (CEFACT-ONU)

ECE/TRADE/240

I. PRÉAMBULE

1. À sa neuvième session, en mars 1979, le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) a adopté la Recommandation n° 12 intitulée «Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime» (document TRADE/WP.4/INF.61).

2. À sa trente-troisième session, en mars 1991, le WP.4 a adopté le projet de programme de travail relatif aux questions juridiques (TRADE/WP.4/R.697), dans lequel l'attention était appelée sur «les recommandations précises adoptées antérieurement», notamment la Recommandation susmentionnée.

3. Il était précisé que la Recommandation n° 12 visait à modifier les pratiques officielles et commerciales pour :

- i) Réduire le plus possible l'utilisation des documents de transport négociables et encourager leur remplacement par des lettres de transport maritime ou d'autres documents de transport non négociables ;
- ii) Encourager l'utilisation de documents de transport originaux uniques ;
- iii) Encourager l'utilisation de documents de transport normalisés et avec verso en blanc.

4. Les problèmes dus à l'arrivée tardive au lieu de destination des documents de transport seraient ainsi évités, et le passage du traitement des données sur papier à ce qui était alors connu sous le nom de traitement automatique de l'information (TAI), à savoir l'échange électronique de données, pourrait être facilité.

5. Toutefois, depuis l'adoption de la recommandation initiale, l'évolution de la situation a conduit la Réunion d'experts des procédures et de la documentation (GE.2) à souligner, lors de sa quarante-troisième session en mars 1991, qu'il y avait lieu de procéder à une mise à jour de la Recommandation n° 12.

6. L'attention est également appelée sur le fait qu'avant d'adopter la Recommandation n° 12, le WP.4 et d'autres organisations internationales, en particulier la Chambre internationale de la marine marchande (CIMM), en avaient examiné la teneur. Suite au processus de reconfiguration du Groupe de travail, qui s'est achevé en 1997 par la création du Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports, la recommandation a été révisée par le Groupe de travail des procédures du commerce international

(ITPWG), organe subsidiaire du CEFAC. Les quelques modifications présentées par l'ITPWG ont été adoptées par le CEFAC à sa réunion de mars 1999.

II. RECOMMANDATION

- À sa cinquième session, qui s'est tenue en mars 1999, le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports a décidé de recommander : *Aux participants au commerce international, y compris les armateurs, les destinataires, les banques, les assureurs et les autres parties intéressées au transport maritime de marchandises, d'accepter et d'appliquer les mesures de facilitation indiquées ci-après ;*
- *Aux gouvernements, aux organisations internationales intéressées et aux organismes nationaux de facilitation du commerce d'accepter et d'encourager l'application de ces mesures, et de faire rapport sur les dispositions prises pour donner effet à la présente Recommandation.*

8. Des représentants des pays suivants participaient à cette session: Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Iran (République islamique d'), Islande, Israël, Japon, Liban, Luxembourg, Nigéria, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République de Corée, République de Moldova, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Slovénie, Suède, Turquie et Ukraine. La Communauté européenne était également représentée.

9. Ont aussi participé à cette session les organisations intergouvernementales suivantes : Commission du Danube, Organisation de la Conférence islamique (OCI), Organisation mondiale des douanes (OMD) et Banque des règlements internationaux (BRI).

10. Les organismes suivants des Nations Unies étaient également représentés : Commission économique pour l'Afrique (CEA), Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie occidentale (CESAO), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

11. Étaient également présentes les organisations non gouvernementales suivantes: Comité international des transports ferroviaires (CIT), Association internationale de numérotation des articles, Forum européen du commerce électronique (EEMA), Association internationale des ports (AIP), Chambre de commerce internationale (CCI), Commission électrotechnique internationale (CEI), Union internationale des transports routiers (UITR), Organisation internationale de normalisation (ISO), Société mondiale des télécommunications financières interbanques (SWIFT) et Cités unies développement.

12. Ont participé à la session à titre d'observateurs invités par le secrétariat les représentants de l'Association européenne du commerce électronique (ECEA), de l'Association des comités de simplification des procédures du commerce international au sein de l'Union européenne et de l'Association européenne de libre-échange (EUROPRO) et de l'International Federation of Inspection Agencies (IFIA).

III. HISTORIQUE

13. Lors de tout échange commercial, qu'il soit national ou international, l'acheteur et le vendeur ont des devoirs réciproques. Le vendeur est tenu de livrer les marchandises et l'acheteur de les payer.

ECE/TRADE/240

14. Dans le commerce international, les facteurs de séparation - géographiques et politiques, juridiques et financiers - ont conduit à une pratique commerciale bien établie qui lie le paiement (qu'il soit effectué sur un compte courant, sous la forme d'un encaissement documentaire ou au moyen d'un crédit documentaire régi par les «Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires» de la Chambre de commerce internationale) à une remise «présumée» plutôt qu'à une remise «effective».

15. Dans cette optique, la remise «présumée» est considérée comme devant être effectuée par le vendeur qui remet à l'acheteur un «document de transport» émis par une tierce partie indépendante, le transporteur de marchandises. Ce document peut avoir un statut juridique lui permettant de transmettre un droit de propriété sur les marchandises, ou il peut avoir un statut commercial plus élémentaire, donnant seulement la possibilité de transférer un droit de disposition sur les marchandises.

16. Avant le développement, à partir du milieu des années 60, du transport de marchandises par conteneurs et des possibilités de «transport multimodal» qui en résultent, le document de transport type pour le transport par voie maritime était le «connaissance négociable». À cause de son caractère négociable, les droits étaient transmis lors du transfert matériel du document. Traditionnellement émis en plusieurs exemplaires «originaux», tous également valables, établi selon des lois adaptées aux documents sur papier, ce document permettait par conséquent à la première personne présentant un des «originaux» de se faire livrer les marchandises au lieu de destination.

17. Le «document de transport multimodal négociable», élaboré sur la base du «connaissance négociable», et également émis en plusieurs exemplaires «originaux», tous également valables, était la conséquence logique sur le plan documentaire de l'avènement du transport maritime multimodal de chargements en conteneurs (précédé ou suivi d'un transport par voie terrestre, par voie fluviale ou par voie aérienne, et/ou accompagné d'un transport par «navire de collecte» vers un «porte-conteneurs au long cours» assurant la liaison entre des ports «régionaux» spécialisés).

(Il est à noter que, selon la Règle 2.6 des Règles CNUCED/CCI applicables aux documents de transport multimodal, «l'expression "document de transport multimodal" désigne un document qui constitue la preuve d'un contrat de transport multimodal et qui peut être remplacé par des messages conçus pour être utilisés dans le cadre d'échanges de données informatisés (messages EDI) dans la mesure où la loi applicable l'autorise ; le document peut être: a) émis sous forme négociable, ou b) émis sous forme non négociable et désigner nommément un destinataire».)

18. Reconnaissant que ces types de documents de transport étaient importants pour qui voulait tenter de simplifier et de faciliter les procédures du commerce international, le WP.4 a adopté, en mars 1979, la Recommandation n° 12 intitulée «Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime».

19. La Recommandation, publiée sous la double cote TRADE/WP.4/INF.61 et TD/B/FAL/INF.61, a été adressée le 15 juin 1979 aux «participants au commerce international, y compris les armateurs, chargeurs, destinataires, banques, assureurs et autres parties intéressées au transport maritime de marchandises», ainsi qu'aux «gouvernements, organisations internationales intéressées et organismes nationaux de facilitation du commerce».

20. Les points essentiels de la Recommandation étaient les suivants :

- i) En ce qui concerne les connaissances négociables,
 - a) Décourager leur utilisation dans les cas où elle n'est pas nécessaire ;
 - b) Limiter le nombre d'exemplaires originaux et de copies émis ;
 - c) Encourager l'élaboration et l'utilisation d'un format documentaire normalisé ;
 - d) Encourager l'incorporation au document des textes en petits caractères figurant au verso (document abrégé ou avec verso en blanc).
- ii) En ce qui concerne les lettres de transport maritime non négociables, encourager leur utilisation afin :
 - a) D'éviter le problème de l'arrivée tardive du connaissance négociable au lieu de destination, qui conduit à des retards de livraison des marchandises (et entraîne des risques et des coûts supplémentaires);
 - b) De faciliter l'introduction de ce qui était alors connu sous le nom de «traitement automatique de l'information» (TAI), et que l'on appelle maintenant «échange de données informatisé» (EDI).

21. Lorsqu'on envisage une éventuelle mise à jour de la Recommandation n° 12, il convient de noter certaines réactions positives et certains faits nouveaux qui se sont produits depuis 1979.

Utilisation de lettres de transport maritime non négociables

22. Sur le plan commercial, la tendance à utiliser des lettres de transport non négociables s'est accentuée dans les zones commerciales européennes, scandinaves et nord-américaines, ainsi que dans certaines zones de l'Extrême-Orient.

23. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a apporté son soutien à cette pratique, considérée comme une «initiative importante en matière de facilitation du commerce» (lettre du 1^{er} octobre 1992 adressée à la Chambre de commerce internationale au sujet de la révision en cours des «Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires»).

24. La loi du Royaume-Uni sur le transport de marchandises par mer, entrée en vigueur le 16 septembre 1992, accorde un statut juridique spécial aux lettres de transport maritime non négociables. L'article 1.3) de cette loi donne la définition suivante de la lettre de transport maritime :

«Tout document qui n'est pas un connaissance mais qui

- a) Est un reçu des marchandises contenant ou attestant un contrat de transport de marchandises par mer; et

- b) Désigne nommément la personne à laquelle les marchandises doivent être livrées par le transporteur, conformément à ce contrat.»

(En outre, l'article 1.5) porte sur le développement de l'EDI et sur le remplacement éventuel des documents sur papier par des moyens électroniques, en stipulant que:

«Le ministre peut, en vertu de la réglementation, prendre des dispositions en vue de faire appliquer cette loi dans les cas où un système de télécommunication ou toute autre technique informatique est employé pour effectuer des opérations relatives à: l'émission d'un document auquel cette loi s'applique...»)

25. La CCI, anticipant l'avenir et réagissant aux propositions émanant de la CNUCED et des milieux commerciaux, bancaires et des transports, a introduit dans la version révisée en vigueur des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500) un article portant expressément sur l'utilisation des lettres de transport maritime non négociables dans les lettres de crédit.

26. Les travaux du Comité maritime international (CMI) ont conduit à l'adoption et à la promulgation des «Règles uniformes du CMI relatives aux lettres de transport maritime» (documents TRADE/WP.4/INF.116 et TD/B/FAL/INF.116, du 9 juillet 1991). Sauf dans certaines juridictions (française, par exemple), le chargeur a seul qualité pour donner au transporteur des instructions relatives au contrat de transport: sous réserve des dispositions de toute loi applicable, le chargeur est en droit de changer l'identité du destinataire tant que celui-ci n'a pas demandé la livraison de la marchandise arrivée à destination. Cela a été considéré comme une entrave à l'utilisation plus large des lettres de transport maritime non négociables. Toutefois, les règles du CMI (art. 6, Droit de disposition) prévoient que le chargeur peut renoncer irrévocablement à ce droit et céder son droit de disposition au destinataire, en faisant figurer une mention à cet effet dans la lettre de transport maritime au moment de son émission. L'un des principaux transporteurs de conteneurs du Royaume-Uni emploie déjà la mention suivante :

«Dès l'acceptation par une banque de la présente lettre de transport en contrepartie

de l'émission d'une lettre de crédit (acceptation que la banque confirme au transporteur), le chargeur renonce irrévocablement à tout droit de changer l'identité du destinataire de ces marchandises au cours du transit.»

(Cette clause, dûment modifiée, pourrait être utilisée dans les cas, relevant par exemple de la loi française, où une partie autre que le chargeur a légalement le droit de changer l'identité du destinataire.)

Lorsque le paiement est effectué au moyen d'un crédit documentaire, cette mention est équitable tant pour le vendeur que pour l'acheteur. Si les documents ne sont pas conformes, le paiement ne sera pas effectué : la banque ne confirmera pas l'acceptation au transporteur, et les marchandises resteront à la disposition du vendeur qui n'a pas été payé. Si les documents sont conformes, l'acceptation sera confirmée au transporteur, les marchandises seront mises à la disposition de l'acheteur et le paiement sera effectué. L'utilisation de cette mention assure la sécurité de la transaction et relève du bon sens commercial.

Utilisation de documents de transport avec verso en blanc

27. Dans la version révisée en 1983 des articles 25 b) ii) et 26 b) ii) des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 400), la CCI encourageait expressément l'utilisation de connaissements et de documents de transport combiné indiquant «...certaines ou toutes les conditions de transport par référence à une source ou à un document autre que le document de transport lui-même (document de transport "short" (abrégé) ou sans verso)».

Le texte de la version actuellement en vigueur (RUU 500) met l'accent sur l'acceptation bancaire d'un connaissement, d'un document de transport multimodal ou d'une lettre de transport maritime non négociable qui *«paraît contenir toutes les conditions de transport ou seulement certaines d'entre elles par référence à une source ou à un document autre que le document de transport (document "short" (abrégé) ou sans verso)»*.

28. Il est également souligné que *«les banques n'examineront pas la teneur de ces conditions»* (document 470-37/104 de la CCI daté du 17 septembre 1992). (Il convient de garder à l'esprit que dans certaines juridictions il faut prouver que le destinataire a dûment pris connaissance de toutes les conditions auxquelles le document abrégé fait référence. L'utilisation du document abrégé pour une suite d'expéditions peut nécessiter l'acceptation explicite du destinataire.)

Format normalisé

29. La reconnaissance générale par les milieux commerciaux des avantages et des économies résultant des documents élaborés suivant le modèle de la Formule-cadre des Nations Unies s'est traduite par une normalisation très poussée du format des connaissements.

Connaissement original unique

30. En ce qui concerne l'idée selon laquelle les connaissements ne devraient être émis que sous forme originale, on observe une évolution progressive des mentalités. Par exemple, là où la version de 1983 des RUU faisait mention de l'acceptation du «jeu complet des originaux émis et destinés à l'expéditeur s'il a été émis plus d'un original...», la version révisée actuellement en vigueur (RUU 500) utilise plutôt la formulation «...un connaissement original unique ou, s'il est émis en plusieurs exemplaires, le jeu complet tel qu'il a été émis...», de manière à faire ressortir la préférence pour un original unique, ou «un jeu complet d'un exemplaire constituant un seul original (1 x 1)» (voir le document 470-37/72 de la CCI).

(La loi française exige au moins deux exemplaires originaux, l'un étant conservé par le transporteur et l'autre étant remis au chargeur. Dans la perspective d'un exemplaire original unique, c'est l'exemplaire remis au chargeur qui compte.)

Prescriptions obligatoires et officielles (aux fins du contrôle des changes et de l'inspection avant expédition)

31. Il y a lieu de noter que la réaction a été négative, c'est-à-dire qu'il n'a pas été donné suite à la Recommandation.

32. La demande de documents commerciaux négociables pour des tâches secondaires quasi officielles va en augmentant. Les procédures d'inspection avant expédition, de contrôle des, de contrôle des changes et de dédouanement en sont les meilleurs exemples. Une telle utilisation à des fins administratives ralentit la circulation des marchandises et peut entraîner un encombrement dommageable des ports. L'utilisation de la lettre de transport maritime s'en est trouvée retardée. Toutefois, lorsque des documents commerciaux sont exigés pour satisfaire à ces prescriptions obligatoires, un document non négociable peut convenir tout aussi bien qu'un document négociable, en particulier un connaissement. Il faut encourager les autorités administratives à tenir compte de ce fait.

Inertie commerciale

33. Il existe encore des secteurs commerciaux où l'on insiste sur l'utilisation du connaissement négociable, document traditionnel mais maintenant souvent démodé, même lorsque les marchandises ne seront échangées qu'après leur arrivée à destination. En pareil cas, la lettre de transport maritime non négociable remplace efficacement le connaissement négociable. En outre, son utilisation évite l'encombrement et les frais et risques supplémentaires possibles pour les marchandises au port de destination, où elles arrivent souvent bien avant les documents. Cette dernière situation peut devenir financièrement préoccupante pour les opérateurs commerciaux, compte tenu des débats qui ont lieu actuellement dans certains grands ports sur l'opportunité d'essayer d'éviter les encombrements en infligeant de fortes amendes lorsque la remise des marchandises est retardée à cause de l'arrivée tardive des documents.

34. Il faut se rappeler que même s'il est possible d'obtenir des lettres de garantie bancaire afin d'assurer la remise des marchandises sans avoir à présenter le connaissement, ces lettres de garantie sont onéreuses pour la partie commerciale, et elles affectent sérieusement les facilités de crédit qui pourraient être accordées par la banque.

Prescriptions en matière de sécurité

35. Ce qui précède contient implicitement l'idée, peut-être fausse, mais répandue dans les milieux commerciaux et officiels, suivant laquelle un document de transport non négociable assurerait moins de sécurité que le connaissement traditionnel. Du point de vue commercial, la «valeur» du document de transport est sa capacité à assurer la «remise présumée» commercialement souhaitée. Ce résultat peut être obtenu aussi bien en utilisant le caractère juridique de «titre de propriété» du connaissement négociable qu'en recourant à la possibilité pratique de «transfert du droit de disposition» de la lettre de transport maritime non négociable.

36. Du point de vue administratif, que ce soit pour faire respecter les prescriptions douanières ou aux fins du contrôle des changes, le connaissement négociable et la lettre de transport maritime non négociable permettent tous deux d'obtenir le résultat souhaité : ils permettent d'identifier et de contrôler les partenaires commerciaux, les marchandises et la transaction commerciale. (Ce que les milieux commerciaux comme les milieux administratifs refusent de reconnaître, c'est que le type du document de transport, ou de tout moyen électronique équivalent qui peut le remplacer, est moins important que son authenticité. Malheureusement, comme le montre l'expérience actuelle, des documents de transport frauduleux peuvent être émis, et acceptés comme étant authentiques. Ce n'est pas le type de document mais l'honnêteté de l'émetteur qui assure la sécurité, et cette question exige un savoir-faire commercial.)

Traitement automatique de l'information (TAI) et échange de données informatisé (EDI)

37. Depuis l'élaboration de la version initiale de la Recommandation n° 12, la transmission automatisée de données a subi une révolution avec la venue à l'avant-scène de l'EDI (échange de données informatisé). En 1979, quelques chargeurs disposaient de systèmes conçus de façon à utiliser les techniques de traitement automatique de l'information afin de réduire la circulation de documents sur papier grâce à la reproduction par ordinateur et de faciliter la production de documents de transport et de documents connexes, alors que l'EDI des années 90 assure le transfert électronique d'un ordinateur à un autre de transactions commerciales ou administratives, au moyen d'une norme convenue permettant de structurer les transactions ou les données des messages. L'EDI est plus rapide, plus efficace et plus précis que les systèmes de documents sur papier.

EDIFACT-ONU (Règles des Nations Unies concernant l'échange de données informatisé pour l'administration, le commerce et le transport)

38. Ces règles ont été élaborées pour constituer la norme internationale conformément à laquelle les messages EDI sont structurés et transmis entre systèmes informatiques indépendants. Actuellement, quelque 160 messages ont été mis au point ou sont à divers stades d'élaboration. Parmi ceux-ci, plus de 40 portent sur la circulation des marchandises ; cela va du message de type «document de transport» à ceux qui correspondent à la déclaration en douane de marchandises destinées à l'importation, à l'exportation ou en transit. Actuellement, on examine aussi la possibilité d'introduire dans certains messages sur «la circulation des marchandises» des données qui leur conféreront un statut contractuel plus proche de celui des documents traditionnels sur papier qu'ils sont appelés à remplacer.

Négociabilité

39. L'EDI et l'EDIFACT posent toutefois un problème. Un message électronique ne peut pas posséder le caractère juridique de «négociabilité» actuellement associé à la possession matérielle d'un document sur papier. Par conséquent, toute initiative visant à utiliser des documents dont la fonction de négociabilité aura été éliminée facilitera le passage de l'échange de données sur papier à l'EDI. Cela montre à quel point il importe de surmonter l'inertie commerciale et l'attachement aux traditions évoqués aux paragraphes 20 et 21 ci-dessus.

«Négociabilité informatisée» («Connaissements informatisés»)

40. Il faut se rappeler toutefois que dans certains types de transactions, en particulier lorsque les marchandises font l'objet d'un échange au cours du transit, il peut être difficile sur le plan commercial de se passer de la notion de négociabilité. Diverses propositions ont été faites pour surmonter ce problème. Elles sont fondées sur l'idée d'un bureau d'enregistrement où le connaissance original pourrait être déposé, les droits sur les marchandises étant transférés à l'aide d'un unique message authentifié entre ce bureau d'enregistrement et les parties qui ont successivement des intérêts sur les marchandises, soit directement soit par le biais d'un nantissement. Les organismes suivants ont engagé des travaux en ce sens :

—La Chase Manhattan Bank, avec le «Seadocs-scheme», qu'elle a abandonné ;

–Le CMI, avec les «Règles uniformes pour le connaissance informatisé» (Règles du CMI pour le connaissance informatisé, et notes explicatives de M. Ramberg: Mise à jour L/C, avril 1991, p. 21 à 31: ces Règles du CMI ne sont pas fondées sur la notion de bureau central d'enregistrement mais sur celle de «code confidentiel». Ce code est destiné à être utilisé par chaque transporteur individuellement, mais le système pourrait aussi être exploité par un groupe de transporteurs reliés à un bureau central d'enregistrement);

–Le groupe de travail de l'INTERTANKO, avec le document (BS/5.7.90) sur l'échange de données informatisé concernant le connaissance pour les chargements de pétrole ; (ce document prévoit «un registre informatique ... une opération commerciale indépendante, pouvant être effectuée par une banque ou un consortium de banques... Même si les banques semblent être les mieux placées pour faire ce travail, l'opération pourrait être effectuée par toute société ayant une autorité suffisante pour bénéficier de la confiance de tous les participants...»);

–Le BIMCO, avec son projet de connaissance multidisciplinaire fondé sur «un scénario de plusieurs messages différents, échangés selon une suite logique et qui, ensemble, permettent d'obtenir un connaissance qui soit négociable». («Le projet s'inspire des messages EDIFACT, des Règles du CMI et des règles UNCID...

Le comité permanent du BIMCO sur l'EDI a estimé que la notion de registre central pourrait permettre de surmonter les difficultés apparues dans la version initiale des Règles du CMI. Si le BIMCO, en tant qu'organisation internationale non politique jouissant d'une bonne réputation, exploitait le registre au nom de ses membres, les transporteurs ne seraient pas contraints d'investir dans le développement coûteux de systèmes, et les chargeurs seraient assurés de la sécurité des opérations.») (extrait d'une «Introduction au projet B/L du BIMCO»); et

–Le Comité national de la documentation sur le commerce international (NCITD), avec sa proposition de «Connaissance électronique» dans laquelle il est envisagé de charger du contrôle soit une «partie à l'expédition», soit une «société informatique ou de communication désignée par le chargeur» (document TRADE/WP.4/R.710).

Ces «variations sur un thème» rompent toutes avec les conceptions traditionnelles et constituent une avancée importante.

41. Toutefois, que l'on opte pour un bureau central d'enregistrement où le connaissance original pourrait être déposé, les droits sur les marchandises étant transférés à l'aide d'un message unique authentifié, ou que les progrès techniques permettent finalement d'aboutir aux mêmes résultats, par exemple au moyen de la signature et de l'endossement électronique, il faut réfléchir aux problèmes de coût, de sécurité, d'efficacité et de responsabilité (suivant que le bureau d'enregistrement sera un organisme privé, coopératif ou indépendant).

Transmission des documents de transport au moyen de l'EDI

42. Toutefois, pendant ce temps, certains secteurs d'activité commerciale ont non seulement accepté la notion de document de transport non négociable par opposition à celle de connaissance négociable, mais ils ont aussi cherché à remplacer l'échange de données sur papier (documents) par l'échange de données informatisé (messages). À titre d'exemple, on peut mentionner l'institution en Scandinavie du «Data Freight Receipt» qui est l'équivalent informatisé de la lettre de transport maritime non négociable sur papier. (Voir K. Gronfors «Cargo Key Receipt and Transport Document Replacement (1982)». Noter également la «loi de 1992 sur le transport de marchandises par mer» du Royaume-Uni) (voir le paragraphe 12.)

INCOTERMS 1990

43. La dernière révision des Incoterms de la CCI (publications 460 et 461 (90) de la CCI) reflète l'évolution des mentalités dans le domaine commercial. La référence traditionnelle au connaissance y est remplacée par la mention du «document de transport usuel», dont les exemples cités sont, entre autres, «le connaissance négociable, la lettre de transport maritime non négociable ou le document de transport fluvial», faisant ainsi apparaître qu'il n'est plus nécessaire que le document de transport maritime soit un connaissance négociable.

44. La publication 460 appelle l'attention sur le fait que «ces dernières années, on est parvenu à une simplification considérable des pratiques documentaires. Les connaissances sont fréquemment remplacés par des documents non négociables semblables à ceux utilisés pour des modes de transport autres que le transport par mer. Ces documents portent le nom de “lettre de transport maritime”, “liner waybill”, “reçu de fret” ou de variantes de ces expressions. Ces documents non négociables sont d'un usage très satisfaisant sauf si l'acheteur désire vendre les marchandises en cours de transport en remettant au nouvel acheteur un document papier. Pour que cela soit possible, l'obligation du vendeur de fournir un connaissance selon les termes CFR et CIF doit nécessairement être maintenue. Mais si les parties contractantes savent que l'acheteur n'envisage pas de vendre les marchandises en cours de voyage, elles peuvent expressément libérer le vendeur de l'obligation de fournir un connaissance, ou encore utiliser les termes CPT et CIP qui ne comportent pas l'obligation de fournir un connaissance».

45. On trouve aussi dans ces Incoterms révisés la notion de «données informatiques équivalentes» proposée en remplacement du traditionnel document sur papier.

La publication 461/90 précise que «la solution consiste à obtenir l'agrément de toutes les parties concernées», ce qui correspond à la mention dans le projet du BIMCO des «Règles UNCID» qui «établissent les normes destinées aux bonnes pratiques relatives à l'échange électronique de données». Ces règles servent donc d'«éléments de base pour l'élaboration d'un accord d'échange de données».

Accord d'échange

46. Ce type particulier d'accord constitue la base contractuelle juridique sur laquelle les parties peuvent s'appuyer pour transférer par voie électronique des données relatives à un contrat commercial sous-jacent. L'accord lui-même, ou un appendice technique ou un manuel d'utilisation qui lui serait rattaché, pourrait déterminer par référence les conditions

détaillées du contrat de transport, comme dans le cas du document de transport traditionnel sur papier, abrégé ou avec verso en blanc. Ces conditions ne sont évidemment pas négociables entre le chargeur et le transporteur : le texte en petits caractères du document sur papier est établi selon la législation nationale et/ou les conventions internationales appropriées. (De même que les parties autres que le chargeur ou le transporteur, telles que les banques et les assureurs, peuvent être concernées par les documents sur papier, elles peuvent aussi être concernées par les messages électroniques équivalents, et peuvent donc être intéressées par un accord d'échange de données.)

Systèmes informatisés des transporteurs et des ports

47. Bien que n'étant pas directement liées aux documents maritimes traditionnels sur papier, au connaissance négociable ou à la lettre de transport maritime non négociable, les informations qui sont traitées par ces systèmes peuvent présenter de l'intérêt dans d'autres domaines, en particulier lorsqu'elles sont disponibles sous une forme informatisée.

48. L'EDISHIP, par exemple, élaboré par dix grandes compagnies maritimes, permet aux exportateurs de transférer par voie électronique des informations sur les réservations, des instructions relatives au transport maritime des marchandises et des données concernant la valeur de la cargaison, la nature de la transaction, l'expéditeur et le destinataire, les termes de l'échange, etc., à l'exclusion de l'émission du document de transport s'y rapportant ou du message électronique équivalent (voir «EDISHIP: The Practical Solution»).

49. Certaines de ces informations sont aussi importantes du point de vue des ports, lorsqu'un transporteur unique donne des instructions relatives au déchargement ou que plusieurs utilisateurs opèrent de la même façon. Les transporteurs et les ports échangent déjà ce genre d'information.

(Il y a lieu de noter l'article 4.3) de la Convention de l'ONU de 1991, non encore ratifiée, sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international qui permet de remplacer un document sur papier par un message d'échange de données informatisé équivalent.)

50. De la même manière, les autorités douanières, désireuses de connaître les détails des transactions même s'ils ne sont pas directement fournis par les documents de transport traditionnels sur papier ou par les «messages électroniques équivalents», demandent actuellement de plus en plus souvent que les informations soient transmises par voie électronique. Les informations concernant une transaction particulière peuvent ensuite être retransmises à d'autres autorités concernées par les marchandises, par exemple aux autorités sanitaires ou portuaires.

51. Finalement, il faut observer au sujet du remplacement du document de transport maritime sur papier par un «message électronique équivalent» que les trois conventions internationales de base concernant le document de transport maritime, à savoir la Convention de La Haye, les Règles de La Haye et de Visby, et la Convention de Hambourg, prévoient l'émission d'un document écrit, même si la Convention de Hambourg prévoit aussi la signature par tout autre «moyen électronique s'il n'est pas en contradiction avec la loi en vigueur dans le pays d'émission du connaissance». Il

pourrait donc être nécessaire à moyen terme de revoir cet aspect du document de transport maritime.

IV. PORTÉE

52. La présente Recommandation vise à simplifier, rationaliser et harmoniser les procédures et documents utilisés pour attester le contrat de transport dans le domaine maritime.

V. DOMAINE D'APPLICATION

53. La présente Recommandation s'applique aux documents de transport attestant le contrat ou portant engagement de transporter des marchandises par bateau, ainsi qu'aux procédures connexes. Elle s'applique aussi, le cas échéant, au transport multimodal. Bien que non applicable aux chartes-parties, elle peut être utilisée pour les connaissements et documents analogues établis dans le cadre de chartes-parties.

VI. DÉFINITIONS

54. Les définitions ci-après ont été établies aux fins de la présente Recommandation.

Lettre de transport maritime

55. Document non négociable attestant l'existence d'un contrat de transport de marchandises par mer et la prise en charge ou l'embarquement des marchandises par le transporteur, ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises au destinataire indiqué sur le document.

Connaissance

56. Document attestant l'existence d'un contrat de transport par mer et la prise en charge ou l'embarquement des marchandises par le transporteur ainsi que l'engagement de celui-ci de délivrer les marchandises contre remise du document. Cet engagement résulte d'une mention dans le document stipulant que les marchandises doivent être délivrées à l'ordre d'une personne dénommée, ou à ordre, ou au porteur. (Convention sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, mars 1978.)

Connaissance direct

57. Connaissance attestant l'existence d'un contrat de transport d'un lieu à un autre, par étapes séparées, une partie au moins du trajet se faisant par voie maritime ; par ce document, le transporteur qui l'a émis accepte la responsabilité du transport conformément aux dispositions du connaissance direct.

Connaissance original

58. Connaissance désigné comme connaissance original.

VII. PROPOSITIONS

59. Compte tenu des observations qui précèdent, il est proposé que les parties à une transaction commerciale :

- i) Évaluent les avantages de la lettre de transport maritime non négociable et encouragent son utilisation à la place du connaissance, lorsque les marchandises ne sont pas échangées au cours du transit (voir les paragraphes 22 à 26);
- ii) Évaluent les inconvénients de l'utilisation du connaissance lorsqu'il n'est pas indispensable à la transaction commerciale, ainsi que les inconvénients, coûts et risques qui en résultent pour la remise des marchandises au lieu de destination sur présentation d'une lettre bancaire de garantie en l'absence d'un connaissance original (voir le paragraphe 33) ;
- iii) Accueillent favorablement la tendance des transporteurs à faire simplement référence (dans un document abrégé ou avec verso en blanc) aux conditions du contrat de transport (imprimées en petits caractères au verso d'un connaissance), en notant que ces conditions ne sont pas négociables, sauf peut-être dans le cas de charte-partie, et sont établies selon les conventions internationales appropriées (voir le paragraphe 27);
- iv) N'exigent un connaissance négociable - ou un message électronique équivalent (voir le paragraphe 40) - que dans les cas où les marchandises sur lesquelles il porte sont échangées au cours du transit, en notant les possibilités offertes par les systèmes d'enregistrement mentionnés au paragraphe 40, et le fait que cette nouvelle orientation tire parti des avantages de l'EDI et est suffisamment bien établie pour susciter l'intérêt tant des milieux commerciaux que des autorités administratives (voir aussi le paragraphe 33);
- v) Examinent l'opportunité d'exiger, à titre de mesure de prévention des fraudes, que ce document de transport maritime négociable sur papier soit émis sous la forme d'un jeu de documents constituant un seul original (1 x 1) (voir le paragraphe 30).

60. Les autorités administratives devraient de leur côté :

- i) Évaluer la possibilité de satisfaire les besoins administratifs ou les prescriptions impératives (y compris celles des lois nationales et/ou des conventions internationales) au moyen de la lettre de transport maritime non négociable plutôt que du connaissance négociable (voir les paragraphes 32 et 35);

- ii) Envisager la possibilité d'élaborer une législation permettant de remplacer le document de transport maritime sur papier par un message électronique équivalent (voir le paragraphe 24).

61. Tant les parties commerciales que les autorités administratives devraient évaluer, en ce qui concerne aussi bien les documents de transport sur papier que les «messages électroniques équivalents», les avantages liés à la mise en application de la Recommandation n° 8 du WP.4 intitulée «Méthodes relatives à un Code unique d'identification (UNIC)», qui vise à simplifier les procédures commerciales et à en renforcer la sécurité.

Annexes 3 : LISTE DES CONVENTIONS MARITIMES

Conventions de l'OMI de première importance

Convention internationale de 1974 pour la sauvegarde de la vie humaine en mer, telle que modifiée (SOLAS) Adoption : 1er novembre 1974 ; entrée en vigueur : 25 mai 1980

Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, telle que modifiée par les Protocoles de 1978 et de 1997 (MARPOL)

Convention internationale de 1978 sur les normes de formation des gens de mer, de délivrance des brevets et de veille, telle que modifiée (STCW), y compris les amendements de 1995 et les Amendements de Manille de 2010

Autres conventions relatives à la sécurité et à la sûreté maritimes, ainsi qu'à l'interface navire/port

Convention sur le Règlement international de 1972 pour prévenir les abordages en mer (COLREG)

Convention visant à faciliter le trafic maritime international, 1965 (FAL)

Convention internationale de 1966 sur les lignes de charge (LL)

Convention internationale de 1979 sur la recherche et le sauvetage maritimes (SAR)

Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, 1988 (SUA), et le Protocole de 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (ainsi que les Protocoles de 2005)

Convention internationale de 1972 sur la sécurité des conteneurs (CSC)

Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications mobiles par satellites (Convention IMSO), 1976

La Convention portant création de l'Organisation internationale de télécommunications maritimes par satellites (INMARSAT) a été adoptée par l'OMI en 1976 afin de créer et superviser les communications par satellites pour le secteur des transports maritimes. En vertu du traité, l'Organisation internationale de télécommunications mobiles par satellites (IMSO) a été créée en tant qu'organisme intergouvernemental chargé de superviser la mise à disposition de certains services de communications de détresse maritimes par satellites, plus particulièrement ceux utilisés dans le cadre du système mondial de détresse et de sécurité en mer (SMDSM). L'OMI est actuellement en train d'examiner le SMDSM afin de le moderniser et de le mettre à jour.

Convention internationale de Torremolinos sur la sécurité des navires de pêche, 1977 (SFV), remplacée par le Protocole de Torremolinos de 1993, puis par l'Accord du Cap de 2012 sur la mise en œuvre des dispositions du Protocole de Torremolinos de 1993 relatif à la Convention internationale de Torremolinos sur la sécurité des navires de pêche

Convention internationale de 1995 sur les normes de formation du personnel des navires de pêche, de délivrance des brevets et de veille (STCW-F)

Accord de 1971 sur les navires à passagers qui effectuent des transports spéciaux (Accord STP) Protocole de 1973 sur les emménagements à bord des navires à passagers qui effectuent des transports spéciaux.

Autres conventions relatives à la prévention de la pollution des mers

Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets (Convention de Londres) (et le Protocole de Londres de 1996)

Convention internationale de 1990 sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (OPRC)

Protocole de 2000 sur la préparation, la lutte et la coopération contre les événements de pollution par les substances nocives et potentiellement dangereuses (Protocole OPRC-HNS)
Convention internationale de 2001 sur le contrôle des systèmes antisalissure nuisibles sur les navires (AFS)
Convention internationale de 2004 pour le contrôle et la gestion des eaux de ballast et sédiments des navires
Convention internationale de Hong Kong pour le recyclage sûr et écologiquement rationnel des navires, 2009

Conventions portant sur la responsabilité et l'indemnisation

Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (CLC)
Protocole de 1992 modifiant la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation de 1992 pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Fonds de 1992)
Convention de 1971 relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires (NUCLEAR 1971)
Convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages (PAL 1974)
Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes (LLMC)
Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD) (et son Protocole de 2010)
Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute
Convention internationale de Nairobi sur l'enlèvement des épaves, 2007

Autres sujets

Convention internationale de 1969 sur le jaugeage des navires (Jaugeage 1969)
Convention internationale de 1989 sur l'assistance (SALVAGE)

Source : <http://www.imo.org/fr/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Default.aspx> (11/2017).

Annexe 4 : LISTE DES DENOMINATIONS DE DOCUMENTS COMMERCIAUX AVEC LEUR IDENTIFICATEUR NUMERIQUE ET LA DESCRIPTION DE LEUR FONCTION

105 Ordre d'achat : Document émis dans une entreprise pour mettre en marche la procédure d'achat d'articles ou de matériaux nécessaires pour la production ou la fabrication de marchandises destinées à être vendues ou autrement fournies à des clients. (UN/ECE/FAL)

130 Éléments de facturation : Document émis dans une entreprise et contenant des données relatives aux marchandises vendues, destiné à servir de base pour l'établissement d'une facture commerciale. (UN/ECE/FAL)

140 Instructions d'emballage : Document émis dans une entreprise et donnant des instructions sur la manière dont il convient d'emballer les marchandises. (UN/ECE/FAL)

141 Liste de colisage : Document indiquant la répartition des marchandises dans les divers colis. (UN/ECE/FAL)

210 Demande de renseignements : Document émis par un acheteur éventuel qui y décrit les marchandises qu'il souhaite acheter et précise certaines conditions souhaitables relatives à la livraison, etc., adressé à un fournisseur potentiel en vue d'en obtenir une offre. (UN/ECE/FAL)

215 Lettre d'intention : Document par lequel un acheteur informe un vendeur qu'il a accepté une offre en principe et à l'intention d'engager des négociations en vue d'un contrat. (UN/ECE/FAL)

220 Commande : Document par lequel un acheteur engage, avec un vendeur, une transaction prévoyant la livraison de marchandises spécifiées, selon des conditions précisées dans une offre ou autrement connues de l'acheteur. (UN/ECE/FAL)

240 Instructions de livraison : Document par lequel l'acheteur donne des instructions concernant les modalités de la livraison des marchandises commandées. (UN/ECE/FAL)

245 Ordre de procéder à la livraison : Document émis par un acheteur demandant l'expédition de marchandises après réception de l'avis indiquant que des marchandises sont prêtes pour expédition, envoyé par le vendeur. (UN/ECE/FAL)

310 Offre : Document dans lequel sont exposées les conditions auxquelles les marchandises sont offertes, en vue de la conclusion d'un contrat. (UN/ECE/FAL)

315 Contrat : Document attestant qu'il y a accord entre le vendeur et l'acheteur pour la fourniture de certaines marchandises ; il a les mêmes effets qu'une commande suivie d'une acceptation de commande. (UN/ECE/FAL)

320 Acceptation de commande : Document attestant un engagement d'exécuter une commande et confirmant certaines conditions ou leur acceptation. (UN/ECE/FAL)

325 Facture pro forma : Document servant de facture préliminaire, dans lequel figurent, de façon générale, les mêmes informations que sur la facture définitive, mais ne donnant pas lieu à paiement. (UN/ECE/FAL)

330 Demande d'instructions de livraison : Document par lequel le fournisseur demande à l'acheteur ses instructions concernant les modalités de la livraison des marchandises commandées. (UN/ECE/FAL)

335 Demande de réservation : Document par lequel le fournisseur demande au transporteur de réserver un espace pour un envoi déterminé et indiquant le moyen de transport désiré, le moment de l'expédition, etc. (UN/ECE/FAL)

340 Instructions d'expédition : Document décrivant en détail la marchandise et les conditions exigées par l'exportateur pour son transport physique. (UN/ECE/FAL)

345 Avis indiquant que des marchandises sont prêtes pour expédition : Document par lequel le fournisseur informe l'acheteur que les marchandises commandées sont prêtes pour expédition. (UN/ECE/FAL)

370 Avis de distribution de documents : Document dans lequel la partie chargée d'émettre une série de documents commerciaux précise les différents destinataires des originaux et des copies de ces documents, en indiquant le nombre de copies remises à chacun d'eux. (UN/ECE/FAL)

380 Facture commerciale : Document donnant lieu à paiement des marchandises livrées dans les conditions dont l'acheteur et le vendeur sont convenus. (UN/ECE/FAL)

409 Instructions pour virement bancaire : Formule par laquelle un client donne instruction à sa banque d'effectuer le paiement d'une somme exprimée en une monnaie spécifiée à une personne dénommée se trouvant dans un autre pays, par une méthode qui est précisée (par exemple, télétransmission, poste aérienne) ou laissée à la discrétion de la banque. (UN/ECE/FAL)

447 Ordre de recouvrement : Document par lequel un client donne à sa banque des instructions pour entreprendre une procédure faisant intervenir des documents financiers et/ou commerciaux afin d'en obtenir l'acceptation et/ou l'encaissement, ou d'émettre des documents à d'autres conditions spécifiées. (Source : Règles uniformes de recouvrement de la CCI)

460 Demande de lettre de crédit documentaire (CCI) : Document par lequel une banque est invitée à émettre une lettre de crédit documentaire. (UN/ECE/FAL)

465 Lettre de crédit documentaire (CCI) : Document dans lequel une banque déclare avoir émis un crédit documentaire dont le bénéficiaire peut obtenir le paiement, l'acceptation ou la négociation en satisfaisant à certaines conditions et contre la présentation des documents stipulés et des traites éventuellement indiquées. Le crédit peut être confirmé ou non par une autre banque. (UN/ECE/FAL)

520 Certificat d'assurance : Document remis à l'assuré, certifiant qu'une assurance a été souscrite et qu'une police a été établie. Ce certificat, applicable à une cargaison particulière, est surtout utilisé lorsque des marchandises sont assurées par une police « flottante » ou « ouverte » ; à la demande de l'assuré, il peut être échangé contre une police. (UN/ECE/FAL)

530 Police d'assurance : Document émis par l'assureur et constituant la preuve de l'acceptation d'assurer ; il contient les conditions de l'accord conclu, par lequel l'assureur s'engage, pour un montant déterminé, à indemniser l'autre partie pour les pertes provenant des risques et accidents spécifiés dans le contrat. (UN/ECE/FAL)

621 Avis du transitaire à l'agent de l'importateur : Document émis par un transitaire dans le pays d'exportation pour aviser le transitaire du pays d'importation de l'expédition des marchandises qui y sont décrites. (UN/ECE/FAL)

622 Avis du transitaire à l'exportateur : Document émis par le transitaire pour informer l'exportateur des mesures prises en application des instructions reçues. (UN/ECE/FAL)

630 Déclaration d'expédition : Document délivré par l'expéditeur ou son agent au transporteur, à l'entrepreneur de transport multimodal, au responsable d'un terminal de fret ou à tout autre responsable de la réception des marchandises, où figurent des renseignements sur les marchandises à expédier à l'étranger et où sont inclus les reçus et engagements de responsabilité requis. (Il s'agit dans certains cas d'un document tous usages concernant le fret, qui remplit en même temps les fonctions des documents 632, 633, 650 et 655). (UN/ECE/FAL)

631 Récépissé d'entrepôt du transitaire (FIATA-FWR) : Document par lequel un transitaire agissant en qualité d'exploitant de l'entrepôt accuse réception de marchandises placées dans un entrepôt et énonce les conditions qui régissent l'entreposage et la remise des marchandises, ou y renvoie. Le document indique par des dispositions détaillées les droits des porteurs-endossataires, le transfert de propriété, etc. (UN/ECE/FAL)

632 Reçu de marchandises : Document émis par l'exploitant d'un port, d'un entrepôt, d'un dépôt ou d'un terminal et certifiant que celui-ci a reçu les marchandises qui y sont spécifiées, selon les conditions énoncées ou visées dans le document. (UN/ECE/FAL)

633 Documents pour les frais portuaires : Document spécifiant les prestations fournies, les frais d'entreposage et de manutention, les surestaries et les autres frais dus par le propriétaire des marchandises qui y sont décrites. (UN/ECE/FAL)

640 Ordre de livraison : Document établi par une partie ayant qualité pour autoriser la remise des marchandises qui y sont spécifiées à un destinataire désigné, à conserver par le gardien des marchandises. (UN/ECE/FAL)

650 Ordre de manutention : Document émis par un organisme s'occupant de manutention de cargaisons (administration portuaire, opérateur de terminal, etc.) pour l'enlèvement ou d'autres opérations de manutention de marchandises placées sous sa responsabilité (UN/ECE/FAL)

655 Autorisation de sortie : Document qui autorise la sortie des marchandises qui y sont spécifiées d'un port fermé ou de l'enceinte d'une gare terminale. (UN/ECE/FAL)

701 Document de transport universel (polyvalent) : Document de transport constatant un contrat pour le transport de marchandises, par tout mode ou combinaison de modes de transport, sur le territoire d'un ou plusieurs pays, en vertu de toute convention internationale ou loi nationale applicable, et conformément aux conditions de transport de tout transporteur ou opérateur de transport entreprenant ou faisant entreprendre le transport mentionné dans le document. (UN/ECE/FAL)

702 Accusé de réception des marchandises (transport) : Document délivré par un transporteur ou l'agent d'un transporteur pour accuser réception de marchandises à transporter qui y sont mentionnées, à des conditions énoncées ou visées dans le document, et permettre au transporteur d'émettre un document de transport. (UN/ECE/FAL)

710 Lettre de transport maritime : Document non négociable qui constate un contrat de transport de marchandises par mer et la réception ou le chargement des marchandises par le transporteur, et par lequel le transporteur s'engage à livrer les marchandises au destinataire désigné dans le document. (UN/ECE/FAL) Remarque : Synonyme de « connaissance direct » ou « non négociable », utilisé dans certains pays comme le Canada et les États-Unis d'Amérique.

710 Lettre de transport fluvial : Document de transport délivré par le transporteur à l'expéditeur de marchandises transportées par voie fluviale, prouvant la réception des marchandises aux fins de transport et obligeant le transporteur à les livrer au destinataire au port de destination. (UN/ECE/FAL)

711 Connaissance : Document qui constate un contrat de transport de marchandises par mer et la réception ou le chargement des marchandises par le transporteur, et par lequel le transporteur s'engage à livrer les marchandises contre remise du document. La présence dans le document d'une clause stipulant que les marchandises doivent être livrées à l'ordre d'une personne dénommée, à ordre ou au porteur, constitue un engagement de cet ordre. (Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer) Remarque : Dans certains pays, par exemple au Canada et aux États-Unis d'Amérique, le terme « connaissance » désigne en général un « connaissance négociable ».

711 Connaissance (voies navigables) : Document de transport négociable, nominatif, à ordre ou au porteur, signé par le transporteur et remis à l'expéditeur après réception des marchandises. (UN/ECE/FAL)

713 Reçu de bord : Document par lequel un officier d'un navire atteste qu'un envoi déterminé a été reçu à bord du navire et décrivant l'état apparent des marchandises ; il permet au transporteur d'émettre un connaissance. (UN/ECE/FAL)

760 Document de transport combiné/multimodal (terme générique) : Document de transport utilisé lorsque l'acheminement des marchandises implique plusieurs modes de transport. Il s'agit d'un contrat de transport et de prise en charge des marchandises aux fins d'un transport multimodal. Il indique le lieu où l'entreprise de transport chargée de l'acheminement prend en charge les marchandises, le lieu où sa responsabilité prend fin ainsi que les moyens de transport utilisés. (UN/ECE/FAL)

760-MTD Document de transport multimodal : Document qui fait foi d'un contrat de transport multimodal, de la prise en charge des marchandises par l'entrepreneur de transport multimodal et de l'engagement, pris par celui-ci, de livrer les marchandises conformément aux termes dudit contrat. (Source : Convention internationale sur le transport multimodal de marchandises, pas encore en vigueur).

760-BIMCO Connaissance multimodal (MULTIDOC 95) : Document négociable qui constate un contrat conclu en vue d'exécuter et/ou de faire exécuter un transport multimodal de marchandises et leur livraison, la prise en charge des marchandises par l'entrepreneur de transport multimodal et l'engagement, pris par celui-ci, de livrer les marchandises conformément aux termes dudit contrat. Le document est émis par le Conseil maritime baltique et international, conformément aux règles CCI/CNUCED applicables aux documents de transport multimodal (publication No 481 de la CCI).

760-FBL Connaissance multimodal négociable de la FIATA (FIATA-FBL) : Document qui fait foi d'un contrat de transport multimodal, de la prise en charge des marchandises par l'entrepreneur de transport multimodal et de l'engagement, pris par celui-ci, de livrer les marchandises conformément aux termes dudit contrat. Ce document peut également concerner un transport maritime unimodal de port à port. Il est émis par la FIATA conformément aux règles CCI/CNUCED applicables aux documents de transport multimodal, publication No 481 de la CCI. (FIATA)

760-FWB Lettre de transport multimodal non négociable de la FIATA (FIATA-FWB) : Document qui constate un contrat de transport multimodal, la prise en charge des marchandises par l'entrepreneur de transport multimodal et l'engagement, pris par celui-ci, de livrer les marchandises conformément aux termes dudit contrat. Ce document peut également concerner un transport maritime unimodal de port à port. Il est émis par la FIATA, conformément aux règles CCI/CNUCED applicables aux documents de transport multimodal, publication No 481 de la CCI. (FIATA)

761 Connaissance direct : Connaissance qui constate un contrat de transport d'un lieu à un autre par étapes successives, dont au moins une se fait par mer, et par lequel le transporteur qui émet le document assume la responsabilité du transport indiqué sur le connaissance direct. (UN/ECE/FAL)

763 Certificat de transport du transitaire (FIATA-FCT) : Document émis par un transitaire certifiant qu'il a pris en charge une expédition déterminée pour acheminement et livraison conformément aux instructions de l'expéditeur, telles qu'elles sont consignées dans le document, et qu'il assume l'obligation de livrer les marchandises au détenteur du document par l'intermédiaire d'un agent de livraison de son choix. Ce document est négociable s'il est émis « à ordre ». (FIATA)

770 Confirmation de réservation : Document émis par le transporteur pour confirmer qu'il a réservé un espace pour un envoi dans un moyen de transport. (UN/ECE/FAL)

780 Facture de fret : Document émis par un entrepreneur de transport et spécifiant le fret et les frais afférents à une opération de transport ainsi que les conditions de règlement. (UN/ECE/FAL)

781 Avis d'arrivée des marchandises : Information donnée par le transporteur au destinataire, par écrit, par téléphone ou par tout autre moyen (lettre exprès, message électronique, télégramme, etc.) pour le prévenir qu'un envoi qui lui est adressé est ou va être à sa disposition à un endroit déterminé du lieu de destination. (GTI)

782 Avis d'empêchement à la livraison (marchandises) : Demande adressée par le transporteur à l'expéditeur ou, le cas échéant, au destinataire, pour obtenir des instructions sur le sort à réserver à l'envoi lorsque survient un empêchement 9 à la livraison et que l'expéditeur n'a pas demandé, dans le document de transport, le retour de la marchandise. (GTI)

783 Avis d'empêchement au transport (marchandises) : Demande adressée par le transporteur à l'expéditeur ou au destinataire, selon le cas, pour obtenir des instructions sur le sort à réserver à l'envoi, lorsqu'un empêchement survient au transport, avant le départ ou en route, après acceptation dudit envoi. (GTI)

785 Manifeste de chargement : Liste des marchandises constituant le chargement (ou la cargaison) d'un moyen de transport ou d'une unité de transport. Le manifeste de chargement donne les renseignements commerciaux sur les marchandises, tels que les numéros des documents de transport, les noms de l'expéditeur et du destinataire, les marques et numéros, le nombre et la nature des emballages, la quantité et la désignation des marchandises, etc. (Glossaire CCD)

786 Manifeste de fret : Document qui contient les mêmes renseignements qu'un manifeste de cargaison, ainsi que des indications sur le prix du transport, les frais, etc. (UN/ECE/FAL)

788 Manifeste de conteneur (liste des envois par unité) : Document précisant le contenu de conteneurs ou d'autres unités de transport particulier, établi par la partie responsable du chargement dans le conteneur ou dans l'unité. (UN/ECE/FAL)

812 Déclaration de contrôle des changes à l'exportation : Document rempli par un exportateur/vendeur pour permettre au service compétent de contrôler que les recettes en devises correspondant à une opération commerciale sont rapatriées conformément aux conditions de paiement et à la réglementation en vigueur en matière de contrôle des changes. (UN/ECE/FAL)

830 Déclaration de marchandises pour exportation : Document par lequel les marchandises sont déclarées aux fins de dédouanement à l'exportation, selon la formule-cadre donnée à l'appendice I de l'annexe C.1 (concernant l'exportation à titre définitif de marchandises) à la Convention de Kyoto. (CCD)

833 Déclaration de cargaison : Terme générique (parfois remplacé par « déclaration de fret »), désignant les documents servant à fournir à la douane les renseignements requis par celle-ci au sujet de la cargaison ou du fret transportés par un moyen de transport commercial. (Glossaire CCD)

833-IMO Déclaration de cargaison OMI (sortie) : Déclaration de chargement établie selon le modèle adopté dans la Convention visant à faciliter le transport maritime international (Londres, 1965), comme le principal document fournissant, à l'arrivée ou au départ, les informations requises par les autorités au sujet de la cargaison. (OMI-FAL)

840 Demande de certificat de contrôle des marchandises : Document adressé à un organisme compétent par une partie qui demande l'émission d'un certificat de contrôle des marchandises, conformément à des normes nationales ou internationales, ou à la législation du pays d'importation, ou aux indications du contrat. (UN/ECE/FAL)

841 Certificat de contrôle des marchandises : Document émis par un organisme compétent et attestant la qualité des marchandises qui y sont décrites, conformément à des normes nationales ou internationales, ou à la législation du pays d'importation, ou aux indications du contrat. (UN/ECE/FAL)

850 Demande de certificat phytosanitaire : Document adressé à un organisme compétent par une partie qui demande l'émission d'un certificat phytosanitaire. (UN/ECE/FAL)

851 Certificat phytosanitaire : Document émis par l'organisme compétent du pays d'exportation et certifiant que des plantes, fruits ou légumes sont exempts de maladies et propres à la consommation, et donnant des précisions sur les traitements, par fumigation ou d'autre manière, auxquels ils peuvent avoir été soumis. (UN/ECE/FAL)

852 Certificat de salubrité : Document émis par l'autorité compétente du pays d'exportation et certifiant que les produits alimentaires et animaux, y compris les 11 animaux morts, sont propres à la consommation humaine et donnant s'il y a lieu des précisions sur les contrôles effectués. (UN/ECE/FAL)

853 Certificat vétérinaire : Document émis par l'autorité compétente du pays d'exportation et certifiant que les animaux ou oiseaux vivants ne sont infestés ou infectés par aucune maladie, et donnant des précisions sur leur provenance et sur les vaccinations et autres traitements auxquels ils ont été soumis. (UN/ECE/FAL)

855 Demande de certificat d'inspection : Document adressé au service compétent par une partie qui demande l'émission d'un certificat d'inspection conformément à des normes nationales ou internationales, ou à la législation du pays qui l'exige, ou aux indications du contrat. (UN/ECE/FAL)

856 Certificat d'inspection : Document émis par un service compétent qui atteste que les marchandises qui y sont décrites ont été inspectées conformément aux normes nationales ou internationales, ou à la législation du pays qui exige l'inspection, ou aux indications du contrat. (UN/ECE/FAL)

860 Demande de certificat d'origine : Document adressé à un organisme compétent, dans lequel la partie intéressée demande l'émission d'un certificat d'origine conformément aux critères applicables et sur la base de la preuve de l'origine des marchandises. (UN/ECE/FAL)

861 Certificat d'origine (terme générique) : Formule déterminée qui permet d'identifier les marchandises, et dans laquelle l'autorité ou l'organisme habilité à la délivrer certifie expressément que les marchandises auxquelles le certificat se rapporte sont originaires d'un pays donné. Le terme « pays » peut couvrir également un groupe de pays, une région ou une partie de pays. Ce certificat peut également comporter une déclaration du fabricant, du producteur, du fournisseur, de l'exportateur ou de toute autre personne compétente. (Glossaire CCD)

861-CCD Certificat d'origine CCD : Certificat d'origine spécial établi selon l'annexe D.2 (concernant les documents attestant l'origine) à la Convention de Kyoto. (Glossaire CCD)

861-SGP Certificat SGP (CNUCED) : Certificat d'origine spécial, couvrant les marchandises qui remplissent les conditions nécessaires pour bénéficier du traitement préférentiel au titre du système généralisé de préférences et comprenant la formule combinée (déclaration d'origine et certificat formule A).

862 Déclaration d'origine : Mention appropriée relative à l'origine des marchandises portée à l'occasion de l'exportation par le fabricant, le producteur, le fournisseur, l'exportateur ou toute autre personne compétente, sur la facture 12 commerciale ou tout autre document relatif aux marchandises. (CCD, annexe D.2 de la Convention de Kyoto)

863 Certificat d'appellation régionale : Certificat établi selon les formes prescrites par une autorité ou par un organisme agréé et attestant que les marchandises qu'il vise répondent aux conditions prévues pour bénéficier d'une dénomination propre à une région donnée (par exemple, vins de Champagne, de Porto, fromage parmesan). (UN/ECE/FAL)

890 Déclaration pour marchandises dangereuses : Document dans lequel un expéditeur décrit, conformément aux conventions ou aux réglementations applicables, les marchandises ou matières dangereuses aux fins du transport et atteste qu'elles ont été emballées et étiquetées conformément aux dispositions des conventions ou réglementations pertinentes. (UN/ECE/FAL)

910 Demande de licence d'importation : Document par lequel une partie intéressée sollicite du service compétent l'autorisation d'importer, soit une quantité limitée d'articles qui font l'objet de restrictions à l'importation, soit une quantité illimitée de ces articles pendant une période limitée, et précise le type des articles, leur origine, leur valeur, etc. (UN/ECE/FAL)

911 Licence d'importation : Document par lequel le service compétent selon la réglementation des importations en vigueur autorise une partie dénommée à importer une

quantité limitée d'articles désignés, ou une quantité illimitée de ces articles pendant une période limitée, à des conditions précisées dans le document. (UN/ECE/FAL)

925 Demande d'allocation de devises : Document par lequel un importateur/acheteur demande au service compétent de lui allouer des devises à transférer à un exportateur/vendeur en paiement de marchandises. (UN/ECE/FAL)

926 Autorisation de transfert de devises : Document par lequel le service compétent autorise un importateur/acheteur à transférer une somme en devises à un exportateur/vendeur en paiement de marchandises. (UN/ECE/FAL)

927 Déclaration de contrôle des changes à l'importation : Document rempli par un importateur/acheteur pour permettre au service compétent de vérifier qu'une opération commerciale qui a donné lieu à une allocation de devises a bien été exécutée et que la somme a été transférée conformément aux conditions de paiement et à la réglementation en vigueur en matière de contrôle des changes. (UN/ECE/FAL)

930 Déclaration de marchandises pour mise à la consommation : Document par lequel les marchandises sont déclarées aux fins de dédouanement à l'importation selon l'annexe B.1 (concernant la mise à la consommation) de la Convention de Kyoto. (CCD)

931 Déclaration douanière d'enlèvement direct : Document par lequel un importateur avise la douane que les marchandises ont été transférées d'un moyen de transport utilisé pour l'importation aux locaux de l'importateur, en vertu d'un arrangement d'enlèvement direct approuvé par les douanes, ou demande l'autorisation de procéder à un tel transfert. (UN/ECE/FAL)

932 Avis de livraison en douane : Document par lequel une autorité douanière libère des marchandises qu'elle détient pour les mettre à la disposition de la partie concernée. Synonyme : Avis de mainlevée en douane. (UN/ECE/FAL)

933 Déclaration de la cargaison (à l'arrivée) : Terme générique, parfois remplacé par « déclaration de fret », appliqué aux documents contenant les indications exigées par la douane en ce qui concerne la cargaison (fret) transportée par des moyens de transport commerciaux. (Glossaire CCD) **933-OMI Déclaration de la cargaison (à l'arrivée)** : Type de déclaration de la cargaison établie dans la Convention visant à faciliter le trafic maritime international (Londres, 1965) comme document de base sur lequel figurent les renseignements relatifs à la cargaison exigés par les pouvoirs publics à l'entrée comme à la sortie des navires. (OMI-FAL)

934 Déclaration de valeur : Document dans lequel un déclarant (importateur) indique le montant de la facture ou tout autre prix (par exemple prix de vente, prix de marchandises identiques) et précise le coût du fret, de l'assurance et de l'emballage, etc., les conditions de livraison et de paiement, les liens éventuels avec le partenaire commercial, etc., qui serviront à déterminer la valeur en douane des marchandises importées. (UN/ECE/FAL)

935 Facture pour la douane : Document exigé par les douanes d'un pays importateur où l'exportateur indique le montant de la facture ou tout autre prix (par exemple prix de vente, prix de marchandises identiques), et précise le coût du fret, de l'assurance et de l'emballage, etc., et les conditions de livraison et de 14 paiement qui serviront à déterminer la valeur en douane dans le pays importateur des marchandises expédiées vers ce pays. (UN/ECE/FAL)

936 Déclaration en douane (colis postaux) : Document qui, conformément à l'article 106 de l'« Arrangement concernant les colis postaux » conclu en vertu de la Convention de l'UPU, doit accompagner les colis postaux, et où le contenu de ces colis est précisé. (UPU)

937 Déclaration fiscale (TVA) : Document dans lequel un importateur fournit les renseignements pertinents exigés par le service compétent pour le calcul de la taxe à la valeur ajoutée. (UN/ECE/FAL)

950-CCD Déclaration de marchandises CCD aux fins de transit douanier : Document par lequel l'expéditeur déclare les marchandises aux fins de transit douanier selon l'annexe E.1 (concernant le transit douanier) de la Convention de Kyoto. (CCD)

950-TIR Carnet TIR : Document douanier international (Transit international par route), émis par une association garante agréée par les autorités douanières, selon lequel les marchandises sont transportées, dans la plupart des cas sous scellement douanier, dans des véhicules routiers et/ou des conteneurs, conformément aux dispositions de la Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR. (Convention TIR)

955 Carnet ATA : Document douanier international (Admission temporaire/Temporary Admission) délivré conformément aux dispositions de la Convention ATA (1961), contenant une garantie internationale valide et pouvant être utilisé, à la place des documents douaniers nationaux et comme garantie pour les droits et taxes à l'importation, pour couvrir l'admission temporaire et, le cas échéant, le transit des marchandises. Si ce document est accepté pour contrôler l'exportation et la réimportation temporaires des marchandises, la garantie internationale ne s'applique pas. (Glossaire CCD)

955 Acquit-à-caution de transit : Document de douane national qui permet de transporter des marchandises en transit douanier sans acquittement préalable des droits et taxes à l'importation; il contient en général tous les éléments nécessaires à la liquidation, le cas échéant, des droits et taxes à l'importation et l'engagement, assorti d'une garantie, de représenter les marchandises au bureau de douane de destination sous scellements douaniers intacts. (Glossaire CCD)

Source :

http://www.danubecommission.org/uploads/doc/publication/CEFACT/FR/Recommandation_EDI_CEFACT.pdf (11/2017)

Annexe 5 : LISTE DES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE : L'ONU TRAITANT DE L'ECHANGE DE DONNEES INFORMATISEES

Recommandation No 1 « Formule-cadre des Nations Unies pour les documents commerciaux » (« United Nations Layout Key for Trade Documents »), adoptée en novembre 1981. Une annexe de complément d'informations à la Recommandation No 1 a été adoptée en 2002. Domaine d'application – création d'une base internationale pour la normalisation des documents du commerce international et de transports, ainsi que pour la présentation visuelle de tels documents.

Recommandation No 2 « L'emplacement des codes dans les documents utilisés dans le commerce international » (« Locations of Codes in Trade Documents »), adoptée en juin 1973. Domaine d'application – emplacement des codes dans les documents du commerce extérieur.

Recommandation No 3 « Code pour la représentation des noms de pays » (ISO 3166) – (« Country Code »), adoptée en 1996. Sert à l'établissement de codes à deux et trois caractères pour la représentation des noms de pays.

Recommandation No 4 « Organismes nationaux de facilitation du commerce » (« National Trade Facilitation Organs » Arrangements at the National Level to Coordinate Work on Facilitation of Trade Procedures), adoptée en octobre 1974 et complétée en 2000 et 2001. Présente une liste d'organismes de facilitation des procédures de commerce extérieur.

Recommandation No 5 « Abréviations des INCOTERMS », (« Abbreviations of Incoterms. Alphabetic code for INCOTERMS 1990 »), adoptée en 1996. Quatrième édition adoptée en 2000. Domaine d'application : propose des abréviations des termes commerciaux en vue de leur acceptation et leur utilisation par les gouvernements et les organisations internationales en vue de codification lors de la présentation dans des documents de commerce extérieur.

Recommandation No 6 « Formule-cadre de facture alignée pour le commerce international » (« Aligned Invoice Layout Key for International Trade »), adoptée en septembre 1983. Domaine d'application : formule-cadre de facture alignée pour le commerce international.

Recommandations No 7 « Représentation numérique des dates, heures et intervalles de temps » (« Numerical representation of Dates, Time and Periods of Time »), adoptée en octobre 1988. La recommandation établit une méthode de désignation entièrement numérique, normalisée et sans ambiguïté d'une date, d'une heure ou d'un intervalle de temps donné. Cette recommandation s'applique à toutes les versions en cours de révision permanente des Recommandations de la CEE-ONU. Elles peuvent être consultées sur le site Internet de la CEE-ONU à l'adresse suivante : http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec_index.htm 2 les circonstances où ces données sont présentées comme des entrées distinctes sous forme numérique, mais pas lorsqu'elles font partie d'un texte en clair.

Recommandation No 8 « Méthode du code d'identification unique – UNIC » (« Unique Identification Code Methodology – UNIC »), adoptée en mars 1992. La recommandation a été

élaborée en tant que système d'information unique à utiliser entre les parties lors de la conclusion de transactions commerciales et/ou de l'expédition de marchandises sous consigne.

Recommandation No 9 « Code alphabétique pour la représentation des monnaies » (« Alphabetic Code for the Representation of Currencies »), adoptée en 1996. Elle établit un code numérique à trois caractères pour la représentation des monnaies. Utilisée dans le commerce, les transactions bancaires ou l'administration si une présentation codifiée des monnaies est requise.

Recommandation No 10 « Codification des noms de navires » (« Codes for the Identification of Ships »), adoptée en février 1978 et complétée en 1996 et 1997. Domaine d'application : échanges d'informations entre les participants au commerce international, y compris les armateurs et les services portuaires. Les codes doivent être utilisés lors du traitement et de la transmission automatique de données.

Recommandation No 11 « Aspects documentaires du transport international de marchandises dangereuses » (« Documentary Aspects of the International Transport of Dangerous Goods »), deuxième édition, adoptée en février 1996. Sa révision est en cours. La Recommandation établit un ensemble d'éléments obligatoires des données à inclure dans les documents d'accompagnement lors des transports de marchandises dangereuses et contient les principales prescriptions à l'égard de l'élaboration d'un système harmonisé de marchandises dangereuses.

Recommandation No 12 « Mesures destinées à faciliter les procédures relatives aux documents de transport maritime » (« Measures to Facilitate Maritime Transport Documents Procedures »), adoptée en 1993 et complétée en 2001. Sa révision est en cours. Elle a pour but de simplifier de rationaliser et d'harmoniser les procédures et documents utilisés pour attester le contrat de transport par voie maritime.

Recommandation No 13 « Facilitation de certains problèmes juridiques que posent les procédures de dédouanement à l'importation » (« Facilitation of Identified Legal Problems in Import Clearance Procedures »), adoptée en mars 1979. Elle établit les éléments obligatoires des données à inclure dans les déclarations de marchandises importées ainsi que des prescriptions à l'égard de documents sur supports alternatifs en papier.

Recommandation No 14 « Authentification des documents commerciaux par des moyens autres que la signature » (« Authentication of Trade Documents by Means other than signature »), adoptée en mars 1979. Elle énumère les fonctions de la signature sur un document et établit les moyens éventuels d'authentification des documents de commerce extérieur lors d'un échange de données à distance.

Recommandation No 15 « Simplification des marques d'expédition » (« Simpler Shipping Marks »), adoptée en 1992 et complétée en 1999 et 2002. La Recommandation propose l'utilisation d'une marque d'expédition normalisée, 3 composée de quatre éléments dans une séquence préétablie, qui doit être apposée sur l'emballage et mentionnée dans les documents de déchargement.

Recommandation No 16 « Codes des ports et autres lieux LOCODE-ONU » (« UN/LOCODE Code for Ports and other Locations »), adoptée en 1996 et complétée en 1998. Elle établit un code alphabétique à cinq caractères pour abrégé les noms de lieux intéressant

le commerce international, par exemple, les noms de ports, d'aéroports, de terminaux intérieurs de fret et d'autres lieux où peut s'effectuer le dédouanement des marchandises.

Recommandation No 17 « PAYTERMS : abréviations pour les conditions de paiement » (« PAYTERMS. Abbreviations for Terms of Payment »), adoptée en septembre 1980-mars 1982. Elle fournit des abréviations pour certaines conditions de paiement à utiliser dans le cadre d'opérations commerciales internationales.

Recommandation No 18 « Mesures destinées à faciliter les procédures du commerce international » (« Facilitation Measures Related to International Trade Procedures »), adoptée en septembre 1982 (deuxième édition) et complétée en 2001 et 2002. Contient une synthèse de prescriptions à l'égard de documents utilisés dans les procédures de commerce extérieur.

Recommandation No 19 « Codes des modes de transport » (« Codes for Modes of Transport »), adoptée en mars 1981 et complétée en 2001 ; établit un code numérique à un chiffre pour la représentation des modes de transport dans des documents de commerce extérieur.

Recommandation No 20 « Codes des unités de mesure utilisées dans le commerce international » (« Codes for Units of Measure Used in International Trade »), adoptée en 2002. Établit des codes pour représenter les unités de longueur, de masse (poids), de volume et autres utilisées dans le commerce international.

Recommandation No 21 « Codes des types des passagers, de fret, des emballages et des matériaux d'emballage » (« Codes for Passengers, Types of Cargo, Packages and Packaging Materials »), adoptée en 1994 et complétée en 1996, 2001 et 2002. Sa révision se poursuit. Elle établit un système de codification numérique pour décrire l'apparence des marchandises, et pour représenter les noms d'emballages et des matériaux d'emballage dans les transports de commerce international.

Recommandation No 22 « Formule-cadre pour les instructions d'expédition normalisées » (« Layout Key for Standard Consignment Instructions »), adoptée en mars 1989. La recommandation contient une formule-cadre en vue de la mise au point d'un document normalisé à utiliser pour transmettre les instructions d'expédition de marchandises.

Recommandation No 23 « Code du prix du fret – FCC – Harmonisation de la description du prix du fret et des autres frais » (Fright Cost Code – FCC »), adoptée en 1990 et amendée en 2003. Elle prévoit un système de désignation à utiliser pour établir des descriptions harmonisées des prix du fret et des autres frais relatifs au mouvement international des marchandises. Elle s'applique chaque fois que de telles descriptions doivent être formulées en clair ou sous forme codée. 4

Recommandation No 24 « Codes indiquant le statut du commerce et du transport » (« Trade and Transport Status Code »), adoptée en septembre 1995 et amendée en 1996, 2000, 2001 et 2004. Prévoit un système de codification pour indiquer le statut du transport. Les représentations des codes prévus par cette recommandation sont destinées à être utilisées dans des systèmes manuels et/ou automatisés d'échange d'informations entre tous les acteurs qui interviennent dans le commerce international.

Recommandation No 25 « Utilisation de la norme des Nations Unies concernant l'échange de données informatisé pour l'administration, le commerce et le transport (EDIFACT-ONU) » (« Use of the UN Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport /UN/EDIFACT »/), adoptée en septembre 1995. Recommande une

action coordonnée des gouvernements en vue de promouvoir le système EDIFACT-ONU en tant que norme internationale unique pour l'échange de données informatisé entre les administrations publiques et les sociétés privées de tous les secteurs économiques à l'échelle mondiale. La recommandation est destinée à être utilisée au niveau national, régional et international.

Recommandation No 26 « Utilisation commerciale d'accords d'échange aux fins de l'échange de données informatisé » (« The Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic Data Interchange »), adoptée en septembre 1995. La recommandation encourage l'utilisation d'accords d'échange entre les parties commerciales ayant recours à l'échange de données informatisées dans le cadre d'une opération commerciale internationale. Elle vise les parties commerciales ayant recours à l'EDI et peut être utile pour les administrations s'occupant du contrôle, des statistiques et de la facilitation des procédures commerciales.

Recommandation No 27 « Inspection du bateau avant le chargement » (« Preshipment Inspection – PSI »), adoptée en 1999. L'objectif de cette Recommandation est de souligner la nécessité d'effectuer une inspection du bateau avant le chargement et d'établir les délais-limites pour l'exécution de ces inspections.

Recommandation No 28 « Codes des types des moyens de transports » (« Codes for Types of Means of Transport »). Deuxième édition, adoptée en septembre 2002. La Recommandation fournit un système de codage unique en vue de faciliter l'identification commune des types de moyens de transport entre toutes les parties intéressées par l'échange de cette information. La présente Recommandation devra être appliquée en parallèle avec la Recommandation 19 (Codes des modes de transport). Chaque fois que le code du type de moyen de transport est précisé, il conviendra de veiller à indiquer le code du mode de transport qui lui est associé de manière à garantir une interprétation correcte.

Recommandation No 31 « Accord de commerce électronique » (« Electronic Commerce Agreement »), adoptée en 2002. La Recommandation a pour objectif de contribuer à instaurer la confiance entre partenaires et de mettre à profit les enseignements tirés de l'utilisation de l'Accord d'échange pour l'EDI (Recommandation No 26 de la CEE).

Recommandation No 32 « Projet de Recommandation relative aux instruments d'autoréglementation du commerce électronique (Codes de conduite) » (« Draft Recommendation on E-Commerce Self-Regulatory Instruments (Codes of Conduct) »), adoptée en 2001. Le code de conduite représente un instrument d'autoréglementation pouvant être mis en œuvre conjointement avec d'autres moyens pour faciliter les transactions commerciales électroniques.

Recommandation No 33 « Recommandation Fenêtre unique » (« Single Window Recommendation »). Première édition adoptée en octobre 2004. Le but du régime « Fenêtre unique » est de faciliter et accélérer le flux d'informations entre les partenaires commerciaux et des organes d'État, ce qui est un gain concret pour tous les participants du commerce transfrontalier.

Source :

[http://www.danubecommission.org/uploads/doc/publication/CEFACT/FR/Recommandation EDI CEFACT.pdf](http://www.danubecommission.org/uploads/doc/publication/CEFACT/FR/Recommandation_EDI_CEFACT.pdf) (11/2017).

Annexe 6 : GUIDE : *CYBER SECURITE ÉVALUER ET PROTÉGER LE NAVIRE*

MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER

Source : DIRECTION DES AFFAIRES MARITIMES

Edition Septembre 2016

STUXNET, SHAMMOON, DUQU, DRAGONFLY (HAVEX), GAUSS, FLAME, SANDWORM, IRONGATE... cet inventaire à la Prévert correspond à un arsenal de cyber armes qui donne le frisson aux responsables en charge de la sécurité des systèmes de contrôle industriel (ICS). Bien connue désormais et découverte en juin 2010, la première cyber arme, STUXNET, a détruit partiellement le programme nucléaire Iranien. Par la suite, les dérivés de cette nouvelle arme technologique ont œuvré en détruisant 30.000 ordinateurs de la compagnie pétrolière SAUDI ARAMCO. Cette course à l'armement numérique a fait prendre conscience de la réalité des menaces de cyber sabotage, de cyber terrorisme et de cyber espionnage. Dès lors, on peut raisonnablement se poser la question de la vulnérabilité numérique du navire. La prise de contrôle à distance d'un pétrolier est-elle envisageable ? Fiction ? Réalité ? Jusqu'à présent, seules les infrastructures terrestres, maritimes et portuaires semblaient concernées. En 2011, le port d'Anvers détecte une anomalie de son système de gestion des conteneurs. L'enquête conclura au « cyber-escamotage » de plusieurs conteneurs en provenance d'Amérique latine. Le navire est un moyen de transport parmi tant d'autres, longtemps réputé à l'écart des connections de la toile. Est-il pour autant totalement étanche au « triangle de motivation » de la cyber menace : vol d'argent, vol de données sensible, activisme/acte de terrorisme ? La Direction des Affaires Maritimes (DAM) a souhaité, il y a un an, analyser la vulnérabilité du navire à la menace numérique. Ce document issu de l'exploitation des données recueillies lors d'une enquête menée à bord de 68 navires, ne vous apportera pas l'outil ultime de haute technologie contre un acte de cybercriminalité. Néanmoins, cette étude indique les grands axes à suivre pour mettre en place une gestion de la sécurité des systèmes d'informations et de communications à bord du navire. Reprenant les bonnes pratiques constatées, ces propositions permettront d'améliorer la gestion de la sécurité et de la sûreté à bord du navire, conformément aux directives de l'OMI, et en particulier la récente circulaire MSC.1/Circ.1526 du 01 juin 2016 – para 1.1.8. Je vous invite à prendre en main ces recommandations afin de préserver votre navire et notre environnement contre un acte de malveillance numérique.

Thierry COQUIL

Directeur des Affaires Maritimes

MEEM/DGITM/DAM/MSN / REV01 - Sébastien LE VEY

A- LE NAVIRE DANS LE CYBER ESPACE

Début mars 2016, la société VERIZON spécialisée dans la conception, construction et analyse de réseaux fournit son bilan 2016 concernant l'analyse de 100 000 incidents, incluant l'analyse de 2260 compromissions de données dans 82 pays. Ce rapport illustre deux

scénarios intéressants. L'un concerne la manipulation mystérieuse et inexplicée d'automates contrôlant le processus de traitement d'une station d'eau. L'autre décrit un acte de malveillance contre une compagnie maritime. Les pirates se sont introduits par un « webshell » dans le réseau de la compagnie et établissent la liste des marchandises précieuses transportés à bord de navire. Dès lors, il ne restait plus qu'à envoyer une équipe à bord de navires pour récupérer les marchandises bien réelles. Le groupe criminel a commis plusieurs erreurs, ce qui a permis à la société VERIZON d'identifier la menace. La compagnie maritime a depuis renforcé ses mesures de sécurité, y compris l'exécution d'analyses de vulnérabilité de routine de ses applications, pour faire face à de futures attaques numériques. Cette dernière illustration démontre que le monde maritime n'est désormais plus totalement à l'abri d'un acte de malveillance via son système de gestion d'information. Cette menace s'amplifiera-t-elle avec la généralisation de mise en place de mouchard sur les conteneurs à forte valeur ajoutée (Société Traxens) ? Il est désormais important de prendre la mesure de cette menace et y faire face.

A1- LA NUMERISATION DU MONDE MARITIME

Avant toute chose, il apparaît nécessaire de rappeler le contexte de ce type de transport. La mer est aujourd'hui un maillon essentiel et incontournable pour nos échanges économiques. Chaque pays est désormais interdépendant des échanges qui s'effectuent principalement par voie maritime. Près de 50 000 navires et un million de marins participent à cet échange mondial. Dans ce contexte d'échanges, le domaine du numérique n'a pas cessé de croître depuis 25 ans à bord du navire de commerce. Le monde informatique est désormais omniprésent à bord.

Cette technologie régle les moyens de communication, la conduite et les moyens de gestion de la cargaison du navire. Cette transformation technologique du navire de commerce en a modifié sa gestion. Désormais les échanges sont quotidiens entre le navire, la compagnie, le port, l'agent maritime... Le navire ne bénéficie plus d'un niveau de sécurité informatique de type « air wall » consistant à l'isoler physiquement de tout réseau informatique. Le navire s'intègre naturellement dans cette toile planétaire du réseau des réseaux.

Notre navire est désormais devenu un ensemble complexe de systèmes industriels. La conduite de ces systèmes n'est malheureusement pas exempte de défauts numériques. Les systèmes embarqués peuvent ainsi être la clé d'entrée d'un acte de malveillance.

Ces simples constats démontrent que le navire peut être vulnérable à un acte de malveillance qui peut porter sur :

- **l'atteinte à l'image de la compagnie du navire** (acte d'intelligence économique offensive),
- **le cyber espionnage commercial du navire** (10% des attaques mondiales),
- **le cyber sabotage du navire,**
- **la cybercriminalité** (Deux tiers des attaques dans le monde).

Bien que les actes de malveillances restent à ce jour très limités contre un navire, il convient cependant de le protéger. Protéger le navire consiste à préserver les moyens opérationnels et organisationnels de ce type de transport. L'objectif final vise à garantir qu'aucun acte de malveillance ne puisse mettre en péril la conduite et l'exploitation du navire.

A2- VULNERABILITES SPECIFIQUES DU NAVIRE

Ces 3 dernières années, les systèmes de positionnement automatique et par satellite, le système de cartographie ECDIS (Electronic Charts Display Information System), le système d'enregistrement des données (Voyage Data Recorder) ont fait l'objet d'analyses. Ces dernières ont révélé plusieurs failles numériques à corriger. Plusieurs équipements apparaissent ainsi sensibles à une cyber-attaque.

B- ENQUETE SUR LA CYBERSECURITE DU NAVIRE

Pour mettre en place une démarche de sécurité des systèmes d'information du navire, il est important de pouvoir identifier correctement les valeurs et les biens à protéger afin de lutter de manière efficace. Ceci implique une approche rigoureuse en fonction du type de navire et de son exploitation.

A ce jour, seul le code international pour la sûreté des navires et des installations portuaires (code ISPS) définit une recommandation en matière de gestion des procédés informatiques. Ce code précise que la vulnérabilité du système informatique devrait faire l'objet d'une évaluation dans le cadre de la sûreté du navire afin de disposer de mesures adaptées à une quelconque menace. Évaluer le niveau de menace, est par conséquent essentiel pour mettre en place des outils de lutte efficace.

C'est dans ce cadre que la DAM a mis en place une démarche d'évaluation du niveau de la cyber sécurité du navire. Cette dernière est déterminée au travers d'une enquête menée sur une année à bord des navires sous pavillon français et d'un audit navire réalisé par l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI).

B1- NATURE DE L'ENQUETE

La prise en compte des secteurs vitaux du navire et des mesures d'hygiène de base de la sécurité des systèmes d'information du navire ont conduit à définir 9 rubriques :

- (1) Généralités sur la gestion SSI du navire,
- (2) Localisation des systèmes d'information à bord du navire,
- (3) Protections des échanges d'informations avec l'extérieur,
- (4) Gestion des mots de passe,
- (5) Mise à jour et changement de logiciels,
- (6) Définitions des utilisateurs,
- (7) Sauvegardes régulières des données,
- (8) Incidents SSI,
- (9) Contrôle des activités SSI du navire

Ces 9 rubriques proposent un ensemble de 34 questions fermées qui permettent un traitement direct et simple des réponses. **Cette enquête a été conduite à bord de 68 navires sous pavillon français disposant d'une certification en matière de sûreté. Ces navires représentent 26 compagnies françaises.**

B2- ANALYSE DE L'ENQUETE

Extrait de l'analyse :

D'une manière générale, cette enquête fait apparaître que les compagnies françaises s'appuient d'une part sur un service interne pour gérer le système d'information du navire et d'autre part disposent d'une politique compagnie en matière de gestion du système d'information. Cependant, il convient de noter que cette politique est d'une manière générale très incomplète au regard des deux éléments suivants :

- le responsable à bord du navire n'est défini que dans 62% des cas (commandant, chef mécanicien, officier « électronicien », commissaire),
- la cartographie de la liste matérielle et logicielle du navire n'est répertoriée que dans 59% des cas,

Le point sensible de cette rubrique fait apparaître que seulement 32% des navires sondés ont fait l'objet d'une évaluation des risques du système d'information du navire. La nature de cette évaluation n'a pas fait l'objet d'une analyse pour les 20 navires ayant répondu positivement à cette question.

Enfin, en complément, il convient de préciser que près de 79% des navires sondés réalisent une télémaintenance entre la terre et le navire.

LOCALISATION DES SYSTEMES D'INFORMATION A BORD DU NAVIRE :

A de rares exceptions l'ensemble des systèmes d'information du navire sont localisés dans la zone d'accès restreinte du navire : zone définie au niveau du plan de sûreté du navire.

PROTECTION DES ECHANGES D'INFORMATIONS AVEC L'EXTERIEUR :

Extrait de l'analyse :

Cette rubrique permet de distinguer 4 éléments :

- Le premier fait apparaître qu'un tiers des navires sondés disposent d'une connexion internet sur les systèmes d'information critiques (réseaux liées à la navigation, la propulsion, la gestion de l'énergie du navire, la gestion de la cargaison). Ces systèmes vitaux disposent dans les deux tiers des cas d'un moyen de connexion direct via un port USB (Questions C10/C11 n'apparaissant pas sur le graphique).
- Le second point porte sur la gestion des analyses de données. 91% des navires sondés disposent d'un logiciel antivirus permettant l'analyse de données réseaux et de données externes via un port USB. Les données téléchargées ne sont pas exécutées automatiquement dans 84% des cas.
- Le troisième point confirme la présence de système WIFI à bord des navires (75% des navires sondés). Ce système n'est malheureusement pas toujours sécurisé.
- Enfin le quatrième élément à retenir dans cette rubrique porte sur le fait que **dans 69% des cas, il est possible de relier un équipement personnel aux réseaux du navire.**

HYGIENE INFORMATIQUE (MOTS DE PASSE, ACCES, LOGICIEL, SAUVEGARDE) :

Extrait de l'analyse :

Les rubriques 4 à 7 de l'enquête permettent d'illustrer la gestion des systèmes d'information du navire par l'équipage. Les points positifs de cette rubrique portent sur l'utilisation quasiment systématique de mots de passe d'accès à un réseau, la mise à jour régulière des logiciels du navire et l'archivage de données. Cette gestion est très largement supportée par le service informatique de la compagnie. Cependant, en décryptant de plus près cette partie, il apparaît les points sensibles suivants :

- Gestion des mots de passe : **la fréquence de son changement et son format ne sont pas adaptés**. Seulement dans 18% des cas, le mot de passe est changé avec une fréquence variant entre 6 mois et 3 ans. Ces mots de passe ne sont complexes dans 47% des cas.
- Les logiciels utilisés à bord des navires sondés sont mis à jour régulièrement. Les mises à jour sur le site officiel éditeur sont réalisées dans un cas sur deux.
- **La gestion des droits d'accès à bord du navire apparaît plus préoccupante et faiblement maîtrisée**. Seulement dans 22% des cas, l'accès à Internet ou la consultation des messages électroniques depuis un compte administrateur est impossible. De plus, près d'un navire sur deux dispose d'un compte anonyme ayant accès aux réseaux.
- Enfin, l'archivage de données est réalisé suivant une fréquence variable en fonction des compagnies : quotidienne à mensuelle. Il est à noter que l'utilisation d'une plateforme d'archivage de type « cloud » reste très rare à ce jour : 10% des navires sondés déclarent utiliser ce mode d'archivage de données navire.

INCIDENTS ET CONTROLE DES ACTIVITES SSI DU NAVIRE :

Extrait de l'analyse :

Cette dernière rubrique illustre le fait que très peu de navires témoignent d'avoir fait l'objet d'un acte de malveillance. Seulement deux navires ont déclaré avoir eu à traiter la gestion d'un virus sur le réseau de l'informatique de gestion. Néanmoins, cette information reste à titre d'information car un navire a pu faire l'objet d'une attaque sans en avoir eu connaissance. L'enseignement principal de cette rubrique porte sur le fait que les compagnies françaises semblent sensibilisées à la gestion d'un acte de malveillance. Les mesures sont bien évidemment perfectibles. Néanmoins, l'idée de reprise en main du navire est prise en considération. Ainsi :

- 62 % des navires sondés disposent d'un plan de continuité en cas de dégradation du système d'information du navire.
- Dans 76 % des cas, il est nécessaire de rechercher la cause de l'incident.

Les axes d'amélioration sont à rechercher au niveau de la surveillance d'une activité anormale du système de gestion d'information du navire et de la mise en place d'un système d'autocontrôle de l'activité des systèmes d'informations à bord du navire. L'enquête fait apparaître que ces contrôles sont réalisés dans 60 % des cas. Le service informatique de la compagnie est généralement en charge de ces contrôles ou audits de sécurité du système d'information du navire.

C- OUTILS DE PROTECTION DU NAVIRE

La sécurité du système d'information est fondée sur 3 principes : la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité. Ces deux derniers points sont des éléments clés pour la gestion du navire. Ainsi, quel que soit l'acte de malveillance délibéré, il convient avant tout d'assurer la conduite du navire : assurer cette conduite par la définition des réseaux critiques à bord du navire. Ces réseaux correspondent aux définitions suivantes :

- ✓ **Réseaux critiques** : les réseaux liés à la navigation, la propulsion, la gestion de l'énergie du navire, la gestion des marchandises, la gestion des passagers et la gestion des alarmes devraient être classés « critique »,
- ✓ **Réseaux non contrôlés** : ces réseaux ne font pas l'objet d'une surveillance de sécurité de la part du navire ou de la compagnie (Réseau WIFI d'un navire à passagers). Il est néanmoins nécessaire de vérifier le cloisonnement des différents réseaux du navire.

Les outils à mettre en œuvre dans le cadre de la protection de la sécurité de l'information à bord du navire sont de trois ordres : les outils technologiques, les outils de gestion et la formation.

C1- OUTILS TECHNOLOGIQUES

Les outils technologiques doivent répondre à 4 engagements en matière d'hygiène de l'informatique :

- gérer l'architecture réseau,
- gérer les authentifications et autorisations d'accès,
- gérer le changement et la mise à jour de la sécurité des systèmes d'information,
- durcir les configurations,

La protection des données à bord d'un navire de la marine marchande ne réclame pas une approche du même niveau que celle requise par un navire de combat. La stratégie d'une cyber protection efficace du navire civil peut donc faire appel à des moyens simples et peu onéreux présents sur le marché. La combinaison des outils technologiques à mettre en place peut être la suivante :

- **Antivirus** : ce système ne correspond pas à la protection absolue. Néanmoins, ce système est un pré-requis qui doit être mis à jour afin de disposer de la signature des « malware » identifiés.
- **Pare-feu** : cet outil permet d'autoriser uniquement les flux légitimes à transiter sur le réseau. La première démarche d'un pirate numérique sera de détecter des cibles potentielles. Si toutes les portes sont fermées, l'adresse ne sera pas traitée : l'ordinateur est donc invisible aux pirates.
- **VPN (Virtual Private Network ou Réseau Privé Virtuel)** : une connexion VPN est aussi appelée connexion « tunnel ». Ce système crée une enveloppe de protection pour toutes les informations transitant par son intermédiaire. En complément, le VPN masque l'adresse des ordinateurs connectés et les remplace par celles de serveurs intermédiaires.
- **Anti-spyware** : certains programmes espions ne sont pas considérés comme des virus. Ces derniers passent donc au travers de l'antivirus. Il convient d'associer ces 2 types de programmes pour protéger correctement le système. Un antivirus contient généralement un dispositif anti-spyware.

- **Logiciel de chiffrement de messagerie** : ce dispositif peu coûteux permet de rendre illisible le message même s'il est intercepté.
- **IDS (Intrusion Detection System)** : ces outils permettent de détecter les attaques/intrusions du réseau sur lequel il est placé. C'est un outil complémentaire aux firewall, scanners de failles et anti virus. Une alarme remonte dès lors qu'une activité liée à un comportement ou une signature anormale est détecté sur les réseaux et système.
- **NAS (Network Attached Storage)** : ce système permet d'archiver les données et de stocker sur un volume centralisé pour des clients du réseau. L'archive des données permet d'envisager la reprise en main du système en cas d'acte de malveillance.

C2- OUTILS DE GESTION

Les outils de gestion à mettre en place devraient utiliser les règles de certification internationale. Pour un navire, ces règles sont encadrées par les codes ISM (gestion de la sécurité) et ISPS (gestion de la sûreté). En référence à ces deux codes, le manuel de gestion de la sécurité inclut des références à la sécurité des systèmes d'information à bord du navire. Cependant, ces références sont généralement très basiques. Quant au plan de sûreté, il correspond à une approche purement physique de la sécurité des systèmes d'information du bord. Le plan de sûreté du navire et le manuel de la gestion de la sécurité sont les documents appropriés pour y inclure les références de gestion de la cyber sécurité :

- la politique de cyber sécurité de la compagnie,
- la gestion d'incident issue d'un acte de malveillance : reprise du navire,
- l'autocontrôle ou audit du système d'information du navire,
- la sauvegarde des données,
- la gestion des transactions (échanges) entre l'opérateur et la machine, entre les interconnexions machine/machine et entre le navire et les intervenants extérieurs. Ce dernier aspect est essentiel car un cyber attaquant s'appuiera plus facilement sur un intervenant extérieur pour contourner les mesures mises en place par la compagnie.

D- LA NECESSITE D'ELEVER LE NIVEAU DE PROTECTION

Au fil des années, les navires sont devenus de plus en plus dépendants de leur système informatique embarqué. Le recueil des éléments de cette étude permet d'établir trois enseignements :

- Le premier porte sur la nécessité de « sacraliser » les systèmes industriels à bord du navire.
- Le second enseignement porte sur le besoin d'élever le niveau de protection du système d'information du navire en disposant d'outils systèmes adaptés à l'exploitation du navire et d'un système de gestion permettant de faire face à une cyber attaque.
- Enfin le troisième enseignement concerne le besoin de disposer de marins sensibilisés à cette menace. Ils pourront ainsi mieux détecter une incohérence système. Cette approche est désormais possible au travers d'un guide conjointement rédigé par l'ANSSI et la DAM (« *Guide des bonnes pratiques de sécurité informatique à bord des navires* » – Edition octobre 2016). **La cause première des attaques est liée à**

l'attaquant. Il est cependant à noter que le facteur humain joue la plupart du temps un rôle clé dans le fait qu'une attaque réussisse ou non.

D1- SACRALISER LE SYSTEME INDUSTRIEL DU NAVIRE

Fonctionnant auparavant en architecture fermée, les systèmes de contrôle et d'acquisition de données (SCADA) utilisés à bord du navire sont désormais potentiellement connectés à internet. Ces systèmes industriels resteront par définition basés sur des technologies qui n'évolueront que très peu après leurs constructions. Ces systèmes sont par conséquent vulnérables. **Il est donc fondamental de cloisonner ces systèmes et d'éviter les interconnexions avec d'autres systèmes de gestion du navire.** Les interconnexions sont une source de vulnérabilités. Afin de réduire le risque d'un acte de malveillance sur le système industriel du navire, il convient d'intégrer les notions suivantes (Guide « *le risque industriel à bord du navire* » – Edition janvier 2017) :

- **Évaluer le risque** : cette analyse est le point de départ de toute démarche de cyber sécurité. Les systèmes doivent faire l'objet d'une analyse méthodique. Cette évaluation sera revue régulièrement,
- **Cartographier l'installation du navire** : cette illustration du système permet d'une part d'évaluer rapidement l'impact d'un acte de malveillance et d'autre part de contribuer à la résolution des incidents,
- **Contrôler** : Les autocontrôles ou audits internes permettent de vérifier régulièrement le système, le niveau effectif de cyber sécurité du navire. Ce contrôle doit statuer également sur la gestion des intervenants extérieurs,
- **Surveillance du système** : cette veille permet de prévenir la menace. Cette conduite doit s'assurer de la surveillance d'une intrusion au niveau du système,
- **Plan de continuité** : Le plan d'urgence du navire et de la compagnie doivent répondre à l'ensemble des scénarios d'incident entraînant un arrêt ou une dégradation d'une activité critique identifiée au niveau de l'évaluation des risques.
- **Télémaintenance** : Des procédures claires et des moyens de protection doivent être mis en place pour encadrer ce type d'opérations. La politique de la compagnie devrait définir le cadre de cette maintenance à distance.

D2- RECOMMANDATIONS AFIN D'ELEVER LE NIVEAU DE CYBERSECURITE DU NAVIRE

En février 2016, la Direction des Affaires Maritimes a transmis à l'Organisation Maritime Internationale (OMI) une soumission traitant des éléments sur la cyber sécurité appliqués au navire. Cette soumission a permis de participer activement aux travaux du comité MSC96. La circulaire MSC.1/Circ.1526 du 01 juin 2016 précise désormais le besoin de s'appuyer sur les codes déjà établies par l'OMI pour gérer la cyber sécurité du navire. Élever le niveau de cyber sécurité du navire consiste à appliquer un ensemble de règles qui conduise à intégrer la gestion des systèmes industriels du navire, la gestion des outils technologiques, la formation des marins et des procédures intégrées au niveau des codes déjà établis par l'OMI. **Les**

recommandations suivantes peuvent servir de fil conducteur aux compagnies pour élever ce niveau de protection. Les lignes directrices à suivre devraient être les 7 suivantes :

R1 : Réaliser une évaluation de la sécurité des systèmes d'information du navire.

Cette évaluation peut s'appuyer sur les directives sur la cyber sécurité à bord des navires de BIMCO, la norme ISO/CEI 27001 sur les technologies de l'information, le cadre NIST du National Institute of Standards and Technology des États-Unis, la norme NF EN 31010, le guide du DNVGL-RP-0496 ou autre. Cette évaluation devrait statuer au moins sur :

- la cartographie logicielle et matérielle du navire,
- la définition des éléments sensibles du navire,
- la gestion des vulnérabilités systèmes.

R2 : Rédiger une politique compagnie des systèmes d'information du navire.

Cette politique devrait définir au moins :

- le responsable SSI du navire,
- le contrôle des accès, les mesures de sécurité SI (hygiène),
- le contrôle de la gestion des enregistrements, le contrôle « fort » de la télémaintenance et des échanges d'informations,
- les grandes lignes d'un plan garantissant la continuité opérationnelle du navire,
- préparation aux situations dangereuses : cellule de crise, utilisation d'un SOC (Security Operation Center),
- Faire référence au paragraphe 2.3 de la circulaire de l'OMI MSC.1/Circ.1526 du 01 juin 2016.

R 3 : Appliquer des mesures d'hygiène en matière de gestion des systèmes d'information du navire. Ces mesures doivent porter sur la gestion :

- des droits d'accès, gestion des privilèges, archivage des données,
- des mots de passe, sécurisation de la messagerie,
- de formation et de campagne de sensibilisation,
- du changement et mise à jour des logiciels du navire.

R 4 : Appliquer un contrôle des échanges des systèmes d'information du navire. Il convient de rédiger une procédure qui précise la définition d'accès aux équipements sensible du navire :

- Cette procédure définit le mode d'accès à ces systèmes (USB,CD, PC...),
- Les agents autorisés à accéder à ces systèmes,
- Les opérations qui nécessitent ces accès (maintenance, remplacement, intégration),
- La traçabilité de ces accès,
- Limiter les connections WIFI lors des opérations sensibles du navire (approches, gestion des opérations sensibles définis au niveau de la politique SSI de la compagnie),
- Proscrire les appareils sans fil ou utiliser un système de chiffrement (clavier, souris... systèmes vulnérables par ondes radio (*Keysniffer*)),
- Proscrire les outils informatiques non référencés et à plus forte raison connectés au réseau (Shadows IT).

R 5 : Mettre en place un plan de continuité de fonctionnement après un incident. Il convient de rédiger une procédure qui précise les éléments suivants :

- Définir les éléments sensibles (Résultat de l'évaluation SSI du navire),
- Système permettant de prendre le relais du système hors service,
- Description du mode opératoire de reprise du système hors service,
- Isoler le système défectueux.
- Définir une fréquence d'essais du plan de continuité,
- Définir une fréquence de restauration des données archivées,

R 6 : Contrôler et gérer les incidents de systèmes d'information du navire :

- Réaliser un contrôle de l'activité des systèmes d'information du navire,
- Assurer la surveillance,
- Analyser des activités anormales sur le système de gestion du navire.

R 7 : Appliquer les mesures de protections physiques des systèmes d'information du navire. Il convient de privilégier les Zones d'Accès Restreinte du navire pour installer les systèmes d'informations du navire.

D3- METTRE EN OEUVRE LES RECOMMANDATIONS

Les points critiques.

L'analyse des données de l'enquête fait apparaître que les compagnies françaises ont pris en compte la gestion de la sécurité des systèmes d'informations au travers d'une politique et d'une protection physique de ces systèmes. En revanche, il apparaît que l'évaluation des risques des systèmes d'informations reste marginale. Cette évaluation est pourtant la base de toute action à mener dans le cadre de la mise en place de la cyber sécurité à bord du navire. Cette action permet de réduire la criticité relative à la gestion des 4 domaines suivants :

- Mesures d'**hygiène** informatique à appliquer à bord du navire,
- **Échanges** avec les opérateurs extérieurs au navire,
- **Continuité** opérationnelle du navire,
- **Contrôle** des activités malveillantes vers le navire

Il convient d'alerter les compagnies sur la nécessité de réaliser une évaluation de ces risques afin de renforcer les contre-mesures pour faire face à un acte de malveillance numérique. Il est à noter que cette évaluation est obligatoire pour le pavillon français en référence au Règlement européen CE725/2004 article 3.5. Cet article impose l'application de l'article B8.3 du code ISPS : *Une SSA (Ship Security Assessment) devrait porter sur les éléments ci-après à bord ou à l'intérieur du navire : .1-sûreté physique; .2-intégrité structurelle; .3-systèmes de protection individuelle; .4-procédures générales; .5-systèmes de radio et télécommunications, y compris les systèmes et réseaux informatiques, .6- autres zones qui, si elles subissent des dommages ou sont utilisées par un observateur illicite,*

présentent un risque pour les personnes, les biens ou les opérations à bord du navire ou à l'intérieur d'une installation portuaire.

Cette évaluation est approuvée par l'autorité du pavillon dans le cadre de l'approbation du plan de sûreté du navire.

La mise en place de la cyber sécurité à bord du navire.

La mise en place de mesures de sécurité des systèmes d'informations à bord du navire devrait s'appuyer sur le principe de la roue de DEMING. La méthode comporte quatre étapes, chacune entraînant l'autre, et vise à établir un cercle vertueux au travers des 4 actions suivantes :

- Plan : **Préparer**, planifier,
- Do : Développer, **réaliser**, mettre en œuvre,
- Check : **Contrôler**, vérifier,
- Act : Agir, **ajuster**, réagir.

En application de cette méthode et en référence au paragraphe 2.5 de la circulaire de l'OMI MSC.1/Circ.1526 du 01 juin 2016, les 7 recommandations permet de renforcer le niveau de cyber sécurité du navire.

D4- QUEL AVENIR POUR LA CYBERSECURITE DU NAVIRE

La problématique de la cyber sécurité du navire est posée.

Le navire est relié à la toile. Les systèmes embarqués peuvent comporter des défauts. La menace est relativement faible à ce jour. Les systèmes technologiques et de gestion adaptés au navire existent. Le monde du « shipping » a posé un premier jalon de directives. Tout est donc en place pour protéger les 50 000 navires. Comme nous l'avons vu, l'acte de malveillance numérique à l'encontre du navire reste marginal à ce jour. Alors pourquoi protéger le navire ? La nécessité de mettre en place des mesures de sécurisation n'améliore pas la gestion de l'exploitation du navire et oblige cependant à investir dans un domaine qui ne rapporte pas ! Le résultat de l'équation paraît simple, à quoi bon investir dans la cyber sécurité du navire.

Il faut cependant garder à l'esprit que la non prise en compte de cette menace à bord du navire pourrait être catastrophique et coûter bien plus chère qu'un investissement dans ce domaine. Imaginez les conséquences d'une cyber attaque sur un porte-conteneurs de 19 000 boîtes dont la valeur marchande peut atteindre 4 milliard de dollars !

Quel que soit le mode de pensée, ce type de menace est désormais incontournable pour le monde maritime : plus les navires se numérisent, plus ils sont exposés. Par conséquent, il est essentiel de sensibiliser les armateurs. Il est essentiel également d'accompagner les armateurs pour concrétiser la mise en place d'outils de gestion, d'outils technologiques et d'une formation adaptée. Cette enquête illustre les moyens disponibles pour répondre à ce risque qui n'a rien de marginal.

Maintenant, jusqu'où accompagner le pavillon français ?

Cette frontière est fonction de l'évaluation de la menace. Si cette dernière correspond à la gestion de virus paralysant temporairement la cartographie électronique du navire, l'équipage devrait pouvoir y faire face avec des procédures adaptées au navire. Si cette menace prend la forme d'une cyber arme sophistiquée dormante utilisant des failles système de type « ODay » ou d'un malware de type « air gap », il est évident que ni l'équipage, ni le support informatique de la compagnie pourra y faire face ! Ce genre d'arme fait pourtant partie de la panoplie des outils à disposition de groupes criminels, de groupes terroristes ou d'États. En complément, n'oublions pas que le navire représente une excellente vitrine médiatique. Dans ce contexte, on peut raisonnablement s'interroger sur le besoin de disposer d'une « cyber flotte maritime stratégique ». A l'image de nos approvisionnements stratégiques qui imposent un quota de navires, on peut s'interroger sur le besoin pour la France de disposer d'un ensemble de navires garantissant un niveau d'exigence en matière de cyber sécurité au travers d'une labellisation permettant d'assurer nos approvisionnements stratégiques. La France n'est pas à l'abri d'une cyber attaque en représailles à un choix fait par notre nation. : « ***Les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ils ne voient la nécessité que dans la crise*** » (Jean MONNET).

Source : direction des affaires maritimes édition septembre 2016
<https://omi.delegfrance.org/Cybersecurite-maritime> (12/2017)

Annexe 7 : LETTRE D'INFORMATION DE LA CHAMBRE ARBITRALE MARITIME DE PARIS : CYBER-SÉCURITÉ ET TRANSPORT MARITIME

Il y a quelques semaines, un hebdomadaire à grand tirage titrait : “La nouvelle cyber-guerre mondiale – Le jour où Internet s’arrêtera”. Le grand public a désormais conscience que des individus voire un État étranger puissent s’introduire dans un système informatique, en piller les données ou en contrôler le fonctionnement. L’industrie maritime sait qu’elle n’est pas à l’abri de cette menace. En 2011, des malfaiteurs pirataient les systèmes informatiques de plusieurs sociétés opérant sur le port d’Anvers afin de pouvoir contrôler les déplacements de certains containers chargés de marchandise sensible (<https://goo.gl/WbA3CH>). Depuis, les initiatives visant à faire prendre conscience aux compagnies maritimes de l’importance de la cyber-sécurité se sont multipliées, tant de la part de l’industrie que des pouvoirs publics. Dans un tel contexte, il est important de se demander comment le droit appréhendera ce nouveau risque et quelles responsabilités pourraient en découler.

▪ La cyber-conscience

On a coutume d’enseigner que le droit maritime est un droit de commerçants, né de la pratique. Face à l’émergence d’une cyber-criminalité, l’industrie a su réagir en créant une “soft law”, reprise dans une “hard law” constituée par des textes réglementaires d’origine nationale ou internationale. L’administration française (la Direction des Affaires Maritimes et l’Agence Nationale pour la Sécurité de Systèmes d’Information) vient d’éditer guides : “Cyber-sécurité – évaluer et protéger le navire”(<https://goo.gl/OWmf2N>), “Guide des bonnes pratiques de sécurité à bord des navires” (<https://goo.gl/kSprgG> et “Cyber-sécurité – renforcer la protection des systèmes industriels du navire” (<https://goo.gl/yv5EN9>). Ces guides insistent auprès des compagnies maritimes et des équipages sur le respect de “l’hygiène informatique” ou encore sur la mise en place “d’outils de sécurisation” simples destinés à identifier le cyber-risque et en limiter ses conséquences, comme changer périodiquement les mots de passe ou s’assurer de l’étanchéité des réseaux informatiques. Parallèlement à ces guides, l’arrêté du 23 novembre 1987 relatif à la sécurité des navires a été modifié à la fin de l’année 2016. Désormais il prévoit dans sa division 130 (“Délivrance des titres de sécurité”) que l’évaluation de sûreté du navire devra traiter : “des dispositions relatives à la cyber-sécurité du navire”. Ainsi l’évaluation de sûreté devra prendre en compte “la cartographie logicielle” et la gestion des “vulnérabilités système”. La prise en compte réglementaire de la cyber-sécurité se retrouvait déjà dans le Code ISPS aux termes duquel les navires devaient faire l’objet d’une évaluation de sûreté portant sur leurs différents éléments dont “les systèmes de réseaux informatiques” (partie B, règle 8.3). Pourtant, et en dépit de ce texte précurseur, la prise de conscience par les acteurs du monde maritime de la cyber-sécurité est relativement récente. En février 2016, le BIMCO, de concert avec d’autres associations professionnelles, publiait des “Guidelines on cyber-security on board ships” (<https://goo.gl/MK25jM>) auxquelles l’OMI a fait référence dans une circulaire de l’OMI prise du 1er juin 2016, intitulée “Interim guidelines on maritime cyber-security management” (<https://goo.gl/Bdqpfh>). Enfin, la

Directive européenne 2016/1148 du 6 juillet 2016 concernant les mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux prévoit que les États devront adopter une stratégie nationale en matière de sécurité des réseaux et des systèmes informatiques (<https://goo.gl/3ZZtVc>). Les opérateurs de “services essentiels” devront prendre les mesures “techniques et organisationnelles” nécessaires pour gérer les risques qui menacent la sécurité des réseaux et des systèmes qu’ils utilisent dans leur activité. Les entreprises de transport maritime sont justement considérées comme des entreprises fournissant un service essentiel. Pour être complet il faut évoquer la position de certaines sociétés de classification, par exemple, la société ABS a publié plusieurs volumes de règles sur l’application des principes de cyber-sécurité aux opérations maritimes et offshore, la prise en compte de la cyber-sécurité pour les industries maritimes et offshore, des notes sur l’intégrité des données, sur la vérification des systèmes de logiciels et également sur certains standards que doivent respecter les fournisseurs de logiciels.

▪ La cyber-navigabilité

Le fréteur doit mettre à disposition de l’affréteur un navire en bon état de navigabilité ; le transporteur maritime pourra voir sa responsabilité engagée vis-à-vis des intérêts cargaison s’il n’a pas fait diligence pour mettre son bâtiment en état de navigabilité au départ. Un navire dont le système informatique ou l’équipage contreviendrait aux exigences évoquées plus haut en matière de cyber-sécurité pourrait-il être considéré comme innavigable ? A cette question, la doctrine semble avoir répondu de manière positive. Les professeurs P. Bonassies et C. Scapel indiquent ainsi dans la dernière édition de leur traité de droit maritime que : “le problème (...) se posera de plus en plus, de la sécurité informatique (cyber-sécurité) du navire affrété. Un navire dont les systèmes informatiques ne sont pas protégés peut voir sa navigabilité contestée” (p.764). Cette analyse rejoint la conception large de la notion de navigabilité qui prévaut dans la jurisprudence tant arbitrale que judiciaire.

Dans une sentence n° 768 du 31 mars 1990 les arbitres de la Chambre arbitrale maritime de Paris ont jugé que : “entendue dans son sens large, la navigabilité concerne autant la composition de l’équipage que l’état technique du navire”. Dans le même sens ils ont jugé dans une sentence n° 950 du 15 octobre 1996 que : “...le fréteur [doit prendre] toutes dispositions pour que ce transport puisse s’exécuter dans les conditions de sécurité absolue s’agissant là de l’obligation de navigabilité entendue au sens large”. Il a été jugé à de nombreuses reprises que le navire dont les installations frigorifiques ne fonctionnaient pas, ou même dont le thermomètre était inexact n’était pas navigable. De même, la défaillance du système informatique, et en particulier la “non-utilisation de l’ordinateur de bord”, fut soulevée par l’affréteur à temps d’un porte-conteneurs qui avait perdu une partie de sa marchandise au cours de différentes traversées pour soutenir l’incompétence de l’équipage dans la procédure ayant donné lieu à la sentence n° 1105 du 14 janvier 2005. Les tribunaux judiciaires semblent même avoir une conception encore plus large comme en témoigne un récent arrêt “Western Island” où la Cour d’appel de Paris a considéré au vu d’une charte-partie GENCON qu’un navire n’était pas navigable dès lors que la cargaison, en dépit de sa nature, avait été positionnée à proximité d’une zone de chaleur. Un équipement informatique déficient, qui ne serait pas équipé d’un “firewall” ou d’un antivirus à jour pourrait être traité

de la même façon qu'un équipement frigorifique défaillant qui serait incapable de maintenir la chaîne du froid. De même, un logiciel qui serait incapable de positionner de manière satisfaisante les marchandises dans les cales du navire en tenant compte de leur nature, pourrait être pris en compte pour caractériser l'innavigabilité du navire d'autant plus que le défaut d'un ordinateur de bord peut difficilement être considéré comme une cause exonératoire de responsabilité. Dans un arrêt du 1er octobre 1993, le "Ville du Havre", le transporteur soutenait que le dérèglement affectant l'ordinateur de pilotage automatique du navire était assimilable à un vice caché excluant sa responsabilité. Cet argument fut rejeté par la Cour d'appel de Paris.

▪ Les cyber-responsabilités

Le Code pénal punit le responsable d'une attaque dirigée contre des systèmes informatiques. Si dans certaines affaires, les enquêteurs ont pu retrouver la trace du délinquant à l'étranger et si des condamnations ont pu être prononcées par les tribunaux, en pratique l'armateur d'un navire pourra difficilement être indemnisé directement par le responsable d'une cyber-attaque qui entraînerait la perte d'une cargaison, voire celle du navire. La victime pourrait donc être tentée de se retourner contre le tiers qui, du fait du piratage, a reçu des instructions causant un dommage. Dans le cas où la banque de l'affrèteur recevrait un faux ordre de virement portant sur un fret imaginaire, la "fraude au président" que les anglais appellent la "friday afternoon fraud", l'affrèteur pourrait rechercher la responsabilité de sa banque. La Cour de cassation a retenu une telle responsabilité dans un arrêt du 18 janvier 2017 rejetant un pourvoi contre une décision du juge de proximité de Lille ayant jugé que la banque devait prouver la négligence de son client victime d'un virement non-autorisé. La victime pourrait également se retourner contre le prestataire en charge de la mise en place ou de la maintenance du système informatique à bord du navire. Le prestataire qui livre et entretient le système est débiteur d'une obligation de conseil. Il est garant des vices cachés pouvant affecter le matériel qu'il fournit. Le concepteur d'un progiciel doit livrer un matériel conforme à ce qui était prévu et sans anomalies. Tout comme la présence d'un virus, le risque d'un piratage informatique ne peut être raisonnablement considéré comme un événement de force majeure imprévisible. Il n'en demeure pas moins que si la responsabilité du prestataire peut être engagée, il faudra souvent prendre en compte l'éventuelle faute de la victime, comme l'illustre un arrêt rendu en 2014 par la Cour d'appel de Colmar. La victime d'un acte de piratage informatique reprochait à son prestataire de ne pas avoir pu restaurer les données effacées compte tenu d'une absence de sauvegarde intégrale des données présentes sur son serveur. La Cour d'appel a considéré qu'outre les fautes du prestataire, il y avait eu une négligence de la victime, qui n'avait vérifié ni la capacité du système de sauvegarde, ni la

bonne réalisation desdites sauvegardes. Du fait de cette combinaison des fautes, la Cour d'appel a considéré que la faute commise par le prestataire informatique était constitutive d'une perte de chance, à savoir celle qu'aurait eue la victime de pouvoir adapter le matériel avant le sinistre. Le prestataire n'a été condamné à indemniser la victime qu'à hauteur du tiers du préjudice subi.

Sébastien LOOTGIETER

Avocat associé

Cabinet VILLENEAU Rohart Simon & associés

Source : Gazette de la chambre N ° 43 -Printemps 2017 www.arbitrage.org.

Comité éditorial : Philippe DELEBECQUE - Claude GOUSSOT - Jean-Yves Thomas - Michel LEPARQUIER Éditeur : Philippe DELEBECQUE

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

AMMAR D., «*Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve des technologique* » RDT civ. 1993, p. 499.

ANCEL B. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} éd., grands arrêts, Dalloz, Paris, 2001, 820 p.

ANCEL (P.), RIVIER (M. C.), «*Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*», Études Juridiques n° 10, Paris : Économica, 2004, 348 p.

AUDIT B., *Droit international privé*, 4^{ème} éd., collection droit civil, Economica, Paris, 2006, 930 p.

AUDIT (B.), «*Droit international privé*», 6^{ème} éd, Paris : Économica, 2010, 1013 p.

ATIAS (C.), «*Le contentieux contractuel*», 4^{ème} éd, Aix-en-Provence : PUAP, 2008, 331 p.

ATIAS (C.), «*Le contrat dans le contentieux judiciaire*», 5^{ème} éd, Litec, 2010, 300 p.

BENABENT. A., *Droit des contrats civils, spéciaux et commerciaux*, Domat, Droit privé 11 édition, p.344.

BLAISE J.B, *Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution*, 7^e édition, LGDJ, coll. « Manuel », 2015.

BONASSIES P. et SCAPEL C., *Traité de droit maritime*, LGDJ, Paris, 2006, 878 p.

BOURNONVILLE, *l'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 332.

BONNEAU TH., *Droit bancaire*, LGDJ, 11^e éd., 2015.

BOYER A., *Le droit maritime*, "que sais-je" n°1252, PUF, Paris, 1967, 128 p.

CARREAU D., *Droit international*, études internationales, Pédone, Paris, 1999, 662 p.

CHATILLON (S.), «*Droit des affaires internationales*», 4^{ème} éd, Vuibert, 2005, 385 p.

CAVARE L., *droit international public positif*, T II, 3^e éd. Paris, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1969.

BENABENT (A.), «*Les contrats spéciaux civils et commerciaux*», Montchrestien, 7^{ème} édition, 2006, 694 p.

CLAVIER J-P. et LUCAS F-X., *Droit commercial*, Champs Université, Flammarion, 2003, 371 p.

COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *contrats civils et commerciaux*, 10^e édition, Dalloz, coll. « Précis », 2015.

DANJON D., *Traité de droit maritime*, 2^e éd. Sirey, 1926, n° 815.

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica Recherches Juridiques, Paris, 2002, 477 p.

DUTILLEUR (F. C.), DELEBECQUE (P.), «*Contrats civils et commerciaux*», 8^{ème} éd, Dalloz, 2007, 996 p.

ENCINAS DE MUNAGORRI R. et LHUILIER G., *Introduction au droit*, Champs Université, Flammarion, 2002, 361 p.

FOUCHARD P. GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial*
FAUCHOUX, V., *Droit de l'internet*. Paris, Litec, 2007 *international*, Litec, Paris, 1996, 1225 p.

FÉRAL-SCHUHL, Ch., *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'Internet*. 4^{ème} Ed. Paris, Dalloz, 2006. 732 p.

GAUDEMET-TALLON (H.), «*Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*», 4^{ème} éd, LGDJ, 2010, 750 p.

GAVALDA CH., et STOUFFLET J., *Droit bancaire*, LexisNexis, 9^e éd., 2015.

GAVALDA C. et LUCAS DE LEYSSAC C., *L'arbitrage*, connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1993, 100 p.

GHESTIN J., BILLIAU M., et LOISEAU G., *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.

GOUILLOUD M-R., *Droit maritime*, 2^e éd., Paris Pedone, 1993, n° 530.

GOURION P-A. et PEYNARD G., *Droit du commerce international*, 2^{ème} édition, systèmes, LGDJ, Paris, 1997, 205 p.

GUILLIE (R.), VINCENT (J.) et all, «*Lexique des Termes Juridiques*», 19^{ème} éd. Paris : Dalloz, 2012, 174 p.

GUILLIEN R. VINCENT J. (sous la direction de GUINCHARD S. et MONTAGNIER G.), *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2005, 662 p.

GUTMANN D., *Droit international privé*, cours Dalloz série droit privé, Dalloz, Paris, 1999, 287 p.

HART H. L. A., *Le concept de droit*, droit, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, 257 p.

HEUZE (V.), «*Traité des contrats : la vente internationale de marchandises*», LGDJ, 2000, 604 p.

JACQUET J-M. et DELEBECQUE P., *Droit du commerce international*, 3ème édition, cours Dalloz série droit privé, Dalloz, Paris, 2002, 500 p.

JACQUET (J. M.), DEBELECQUE (P.), CORNELOUP (S.), «*Droit du commerce international*», 2ème édition, Précis Dalloz, 2010, p. 361.

JACQUET JEAN-MICHEL et PH. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Dalloz Paris, 3ème éd. 2002, n° 7, p. 5.

JESTAZ P., *Les sources du droit*, Connaissances du droit, Dalloz, Paris, 2005, 158 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, collection philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, 496 p.

KELSEN, H., *théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, 1vol. 517 p

KELSEN, H., *théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, 1vol. 367 p

KENFACK H., *Droit du commerce international*, mémento, Dalloz, Paris, 2002, 156 p.

KHAIRALLAH, G., *les sûretés mobilières en droit international privé*, Paris, Economica, 1984, 323 p.

LE BARS, Benoît, *Droit des sociétés et de l'arbitrage international Pratique en droit de l'OHADA*.- Paris : Joly édition, 2011, p. 556.

LAGARDE, P., *Droit international privé*. Tome II, 7^e ed., Paris, LGDJ, 1963, 1vol. (692 p)
Lamy Droit de l'informatique, Cahiers Lamy du droit de l'informatique, Supplément au N°37 - Mai 1992 (C), p.2 -9.

LARRIEU, JACQUES, *Droit de l'internet*. Paris, Ellipses, 2005. 157 p.

LE BAYON A. *Dictionnaire de droit maritime*, collect. Didact droit, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

LINANT DE BELLEFONDS, XAVIER, *Pratique du droit de l'informatique : logiciels, systèmes, internet*. Paris, Delmas, 2007. 416 p.

LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., *Droit international privé*, 7ème édition, précis droit privé, Dalloz, Paris, 2001, 832 p.

LOUSSOUARN Y. et BREDIN J-D., *Droit du commerce international*, , Sirey, Paris, 1969,

696 p.

LUCCIONI Jean, « Platon et la mer », *Revue des études anciennes*, 1959, v 61, n° 1 p. 15-47.

MATTOUT J-P., *Droit bancaire international, Banque*, 3^e éd. 2004 p. 259 s.

MAYER P. et HEUZE V., *Droit international privé*, 8^{ème} édition, Domat droit public, Montchrestien, Paris, 2004, 784 p.

MESTRE J. et PANCRAZI M. E., *Droit commercial*, 26^{ème} édition, manuel, LGDJ, Paris, 2003, 1055 p.

MESTRE J., PANCRAZI M-E., ISABELLE A-G., MERLAND L., NANCY T-V., *Droit commercial droit interne et aspects de droit international*, LGDJ, 29^e éd., 2012, n° 1181.

MONEGER F., *Droit international privé*, 2^{ème} édition, objectif droit, Litec, Paris, 2003, 268 p.

MOUSSERON J-M., FABRE R., RAYNARD J., PIERRE J-L., *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 1997, 517 p.

PANCRACIO, J-P., *Droit de la mer*, Paris Dalloz, 2010, 1 vol. 520 p.

PETIT B., *Droit commercial*, 3^{ème} édition, objectif droit, Litec, Paris, 2005, 153 p.

REMOND-GOUILLOUD M., *Droit maritime*, 2^{ème} édition, études internationales, Pédone, Paris, 1993, 498 p.

RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, manuel, LGDJ, Paris, 2002, 1098 p.

RIPERT, G., *Traité de droit maritime*, Arthur Rousseau éditeur Tome 2, Paris, 1914.

RIPERT G., *Droit maritime, tome II*, 4^{ème} édition, Rousseau et compagnie, 1952, 963 p.

RIPERT, G. *Traité de droit commercial*, Paris : LGDJ, 2004, 1323 p.

RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial, tome II*, 13^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1992, 1288 p.

RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit des Affaires : Tome 1 : Du droit commercial au droit économique*, vol, 1, 20^e édition, 2016, par L. Vogel. Tome : 2, *les sociétés commerciales*, 21^e édition, 2014, par M. Germain et V. Magnier.

RIMBAUD, ALEXIS, *Le juge pénal et l'expertise numérique : révolutions au Palais*. Paris, Dalloz, 2007. 200 p.

ROBLOT, *les effets de commerces*, Sirey, 1975, n°4.

RODIERE R, *Introduction au droit comparé*, 1^{ère} édition, précis Dalloz, Dalloz, Paris, 1979, 161 p.

RODIERE R., *Traité général de droit maritime*, Dalloz, Paris, 1968, introduction 711p. et Tome II 472 p.

RODIERE R. et DU PONTAVICE E., *Droit maritime, 11ème édition*, précis Dalloz, Paris, 1991, 495 p.

RODIERE R., MERCADAL, B., « *Droit des transports terrestres et aériens* », Paris 1990, édition Dalloz, p. 2.

SANTULLI (C.), « *Droit du contentieux international* », Paris : Montchrestien, 2005, 584 p.

SERIAUX A., *Le droit naturel*, que sais-je ?, PUF, Paris, 1993, 126 p.

TERRE F., *les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2009, n° 588.

THIREAU J-L., *Introduction historique au droit*, Champs Université, Flammarion, Paris, 2001, 386 p.

VERGES E. ; VIAL G. LECLERC O., « *Droit de la preuve* », PUF, 1^{er} éd. 2015, n° 516.

VERHEYDEN N. - JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier 1991, p. 194, n° 396.

VIALARD A., *Droit maritime, droit fondamental, droit commercial*, PUF, Paris, 1997, 503 p.

VIVANT, MICHEL, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*. Paris, Lamy, 2006. 1964 p.

WHAL A., *Traité théorique et pratique des titres au porteur*, éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1891, n° 273, p. 211.

OUVRAGES SPÉCIALISÉS

AANIO, A. *Le relationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Paris : LGDJ, 1992, 303 p.

AUDIC Olivia, *les fonctions du document en droit privé*, LGDJ, institut André Tunc, EJA, 2004, 505 p.

ABALLEA, Thierry, « *Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?* », Recueil Dalloz, n° 31/71729 septembre 2004.

ACAS, R., BARQUISSAU, E., BOULVERT, Y-M., *Objets connectés : la nouvelle révolution numérique*, St-Herblain ENI, cop. 2016, 1 vol. 190 p.

AGOSTI, Pascal, « *le régime juridique des actes authentiques électronique* » www.caprioli-avocat.com, octobre 2005.

AMMAR D., « *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve des technologique* » RDT civ. 1993, p. 499.

AMMAR D., « *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve des technologique* » RDT civ. 1993, p. 499.

AMAURY B., POULET, Y., « *Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique* » Revue Internationale de droit comparé, 1985, vol. 37, p.331-352.

ANCEL, Bertrand, LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands Arrêts, 4^e éd., Dalloz.

ANTOINE, Mireille, GOBERT, Didier, « *la directive européenne sur la signature électronique : vers la sécurisation des transactions sur internet* », Journal des Tribunaux-Droit Européen, n° 68, p.73-75, 2000.

AUDIT, M. *Droit du commerce international et des investissements étrangers*/ Sylvain Bollé, Pierre Caillé, Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso éd., DL 2014, 1vol. 764p

AUZON, O. *Le droit des internautes à l'ère de l'économie numérique*, Héricy : ed. du Puits fleuri, 2009, 391 p.

AYEWOUADAN, A. *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles : Larcier, 2012, 392 p.

ALTER M., *Droit des transports terrestres, aériens, maritimes internes et internationaux*, mémentos Dalloz, Dalloz, Paris, 1984, 180 p.

AMORY et THUNIS, « *Les transactions internationales assistées par ordinateur* » in comité Européen Lex Informatica Mercatoriaque, 1997, p. 84

ASSONITIS G., *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED*, 1^{ère} édition, publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève, éditions PUF, Paris, 1991, 309 p.

BAILET, T., *Architecture logicielle : pour une approche organisationnelle, fonctionnelle et technique*, (2^e Ed), St-Herblain, Edition ENI, cop. 2016, 1 vol. 474 p.

BALPE Jean-Pierre, « *hypertexte et littérature* », dans les objets hypertextuels, London, ISTE, 2015, p. 99-119.

BANTMAN Patrick, « *Le concept de réseau* », VST - Vie sociale et traitements 1/2004 (n° 81), p. 18-19.

BAUCHET P., *Les transports mondiaux, instrument de domination*, Economica, Paris, 1998, 304 p.

BAUCHET P., *Le transport international dans l'économie mondiale*, Economica, Paris, 1998, 569 p.

BECET (J. M.), REZENTHEL (R.), «*Dictionnaire juridique des ports maritimes et de l'environnement littoral*», édition PUR, 2004, 367 p.

BENSOUSSAN, A. *informatique et libertés*, [2^e édition], 2010, Levallois : F. Lefebvre, 2010, 966 p.

BENSOUSSAN, A. *informatique Télécoms internet : réglementations, contrats, fiscalité, communications électroniques*, Levallois-Perret : F. Lefebvre, 2004, 973 p.

BENSOUSSAN, A. *Le commerce électronique : aspects juridiques*, Paris : Hermès, 1998, 126 p.

BENSOUSSAN, A., *Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique : Aspects juridiques et solutions techniques*, Gaz. Pal., 17 -18 juillet 1991.

BERR, C. *Le droit douanier et national*, 6^e édition, Paris : éconómica, DL 2004, 1 vol. 613 p.

BERGEL J.-L., « *A la recherche des concepts émergents en droit* », *Recueil Dalloz*, 2012 p. 1567.

BISMUTHY, « *Droit de l'informatique- élément de droit à l'usage des informaticiens* », l'Harmattan 2014, p. 237.

BITAN, H., *Droit et expert du numérique : créations immatérielles : données personnelles : e-réputation droit à l'oubli, neutralité : responsabilité civile et pénale*, Rueil-Malmaison : Wolter Kluwer : Lamy 2016, 1 vol. (649 p)

BONASSIES, P, *Le connaissance. Évolution historique et perspective*, Annales I.M.T.M. 1984, Edisud,

BONNEAU T., *Droit bancaire*, 10^e édition, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2013.

BOYER, B., *Dictionnaire de la cybersécurité et des réseaux*, Paris, Nuvis, 2015, cop. 1 vol. 412 p.

BEGUIN J., *L'arbitrage commercial international*, collection de droit comparé, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, 279 p.

BELLAYER-ROILLE A., *Le transport maritime et les politiques de sécurité de l'union européenne*, Publication du centre de recherches européennes, série études, éditions Apogée,

Rennes, 2000, 476 p.

BOISSON PH., «*Politiques et droit de la sécurité maritime*», édition Bureau Veritas, Paris 1998, 670 p.

BONNECASE J., *Traité de droit commercial maritime*, Recueil Sirey, Paris, 1922 et 1923, 760 p.

BRIERE C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, tome 347, LGDJ, Paris, 2001, 426 p.

CACHARD, O. *La régulation internationale du marché électronique*, Paris : LGDJ, DL 2002, p. 5 s.

CACHARD O., *Formalisme et dématérialisation du connaissance, Droit de l'informatique et des télécoms*, 1998/, Doctrine, p. 24-30.

CACHARD O., *Code maritime, droit international et droits européens*, Codes Larcier thématiques, 2006 Bruxelles, 341 p.

CAPRIOLI E. et Renaud SORIEUL, "*Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales*", J.D.I., 1997. p. 386 et s.

CAPRIOLI E., « *L'archivage électronique* », JCP éd. G 2009 n°38.

CARABIBER C., *l'arbitrage international de droit privé*, Paris, LGDJ, 1960.

CARBONE, P. *Les collections électroniques, une nouvelle politique documentaires*, Paris : éd. du Cercle de la librairie, DL 2009. 311 p.

CARPENTIER, J-F., *La sécurité informatique dans la petite entreprise : état de l'art et bonnes pratiques*, Saint-Herblain ENI, cop. 2016, 1 vol. 444 p.

CHAMOUX, F. *La preuve dans les affaires*, Litec, 1979.

CHAPUT Y, et Marie-Danielle SCHODERMEIER, « *Effets de commerce* » Paris, PUF, 1998 p. 214.

CHAUMER J., *Gestion électronique de document*. In CACALY, Serge et al ; Dictionnaire encyclopédique de l'information et de la documentation. Nouvelle éd. Paris : Nathan, 2001. P.250-252.

CHENNOUFI, R. *Droit et méthode chez Hans Kelsen*, Tunis Faculté des sciences humaine et sociales de Tunis, 1995.350 p.

CHRISTOPHE ALBIGE, Philippe Blachèr, Rémy Cabrillac... [et al.], *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, sous la direction de Rémy Cbrillac [7^e édition], Paris : lexisNexis, impr. 2015, 543 p., 2016.

COHET F.-CORDEY, *la valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, RTD civ. 1996, p. 819.

CORBIER I., *la notion d'armateur*, PUF 1999, Préface de G. RÉMOND. P. 312.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, P.U.F., 1987.

CORNU G., « *la définition dans la loi* » in *Mélanges Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77.

CLAY TH., *l'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, n° 206, p. 169.

CHATAIL (C.), « *Guide des procédures douanières* », édition Lamy 2012, en ligne, <http://lamyline.lamy.fr.doc-distant.univ-lille2.fr>

COQUELET M. L., *Entreprise en difficulté. Instrument de paiement et de crédit*, 5^e édition, Dalloz, coll. « HyperCours », 2015.

CREMEUX M., *le secret des affaires*, in *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978, n° 18.

CZIAN M., A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e édition, LexisNexis/Litec, coll. « Manuel », 2015.

DAVALLON Jean et Yves Jeanneret, « *la fausse évidence du lien hypertexte* » *communication et langages*, n° 140-1, 2004, p.43-54.

DEBOURG Claire, *les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, LGDJ, 2012, p.224 n° 258.

DELEBECQUE, P., *Droit maritime*, Paris, Dalloz, 2014, (896 p)

DEMNRAR, T. *Le multimédia et le droit*, (2^e édition, revue et cor.), Paris, Hermès, 1998. 602 p

DEMOULIN M., « *l'archivage électronique et le droit : entre obligation et précaution. In l'archivage électronique et le droit* ». Larcier, 2012, p.18-19.

DEPREZ, P. *Les contrats de l'internet et du multimédia*, Paris : Edition Dixit, 2000. 227 p

DERAGLINI CH. et ORTSCHIEDT JE. *Droit de l'arbitrage interne et international*, éd. Monchrestien, lextenso, 2013, p. 502, n° 598.

DRAETTA U., *Internet et commerce électronique en droit internationale des affaires*, p. 25.

DEVYS, C. *Du sceau numérique ... à la signature numérique*, Rev. Franç. De compta. n°242, Février 1993

DIONE, A., *Le droit douanier, le commerce électronique et la dématérialisation*, Harmattan (2015), 297 p.

DOISE, D., *Crédits documentaires*, in Lamy, *Contrats Internationaux*, T. 7, 10ème division, 1994.

DREATTA, U. *Internet et commerce électronique : en droit international des affaires*, Paris : Forum européen de la communication ; Bruxelles : Bruylant, 2003. P. 227.

DUBOUT, E., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A Pedone, 2010, 336 p.

DU MARAIS, B., *L'administration électronique*, Paris, ENA, 2004, 211-379 p.

DUFLOT F., « l'interopérabilité dans tous ses états », in S. LACOUR, *la sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, l'Harmattan, 2007, p. 239 et s.

DUFOUR, A., internet, (11^e édition refondue), Paris, P.U.F., 2012, 127 p.

DUPUY, R., *Le droit international*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je ?, 6ème éd., 1982.

DAHAN M., *La pratique française du droit du commerce international*, l'exportateur, les éditions du CFCE, Paris, 1992, 706 p.

DANJON D., *Traité de droit maritime*, LGDJ, Paris, tome I et II, 1910 et 1912, 655 p. et 797 p.

DECHAUME (J.) et VENTURELLI (W.), « *Gestion des procédures douanières* », édition SEPEC, 2011, 257 p.

DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais Paris, 1998, 201 p.

DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, Paris, 304 p.

DEMOGUE R., *L'unification internationale du droit privé (leçons faites à la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires)*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1927, 204 p.

DEMOULIN M., *L'archivage électronique et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 13-35.

DELVAL (P.), « *Le marché mondial du faux : Crimes et contrefaçons* », édition CNRS, 2010, 278 p.

DOMINICE C., *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, recueil d'études, publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève, éditions PUF, Paris, 1997, 513 p.

ERDMENGER J., *Vers une politique des transports pour l'Europe*, collection Europe, éditions Labor, RTL édition, Fernand Nathan, Bruxelles, 1984, 182 p.

ESMEIN, P., AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 6^e éd., 1958.

FOUCHARD P., GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, 1225 p.

FRAIKIN G., *Traité de la responsabilité du transporteur maritime*, bibliothèque de droit maritime, XIII, LGDJ, Paris, 1957, 464 p.

FALQUE PIERROTIN, Isabelle, THERY, Jean-François, *Internet et les réseaux numériques, la documentation Française*, Paris, 1996.

FAUCHOUX, V., *Le droit de l'internet : contrats et usages*, Paris, Litec, 2008, 351 p.

FAUCHOUX, V., DEPREZ, P., *Le droit de l'internet, lois, contrats, usages*, Litec professionnels, Communication et commerce électronique.

FERAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit : le droit à l'épreuve de l'internet*, (6^e édition, à jour au 15 juillet 2010), Paris, Dalloz, 2010, 1100 p.

FERAL-SCHUHL, C., VINAY, M., *L'entreprise, l'informatique et le droit : gestion des relations avec les partenaires en informatique*, Paris, Nathan, 1992, 287 p.

FORGERON, J., *Le logiciel et le droit : propriété, protection, licence, depuis la loi du 10 mai 1994*, Paris, Hermès, 1994, 266 p.

FOUCHARD PH., *L'arbitrage commercial international*, Vol. III, Paris, Dalloz, 1965, p.14.

FOUCHARD PH. , Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, « *les clauses compromissaires par référence* », *Traité de l'arbitrage commercial international*, n° 491 et s.

FREDRIK R. BULL, « *Droit et informatique* » *L'hermine et la puce*, Masson Paris Milan Barcelone Bonn, 1992, p.213.

FROCHOT, D., *Le droit de l'information : guide pratique*, (2^e édition), Paris, Archimag, 2006, 48 p.

GAVALDA Ch., et STOUFFLET J., *Droit bancaire*, LexisNexis, 9^e éd., 2015.

GOBERT D. et E. MONTERO, « *L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique* », *J.T.*, 2001, n° 6000, p. 127.

GARO PH., « *l'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique* » Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, 588.p.

GAUDRAT P., « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-cadre) », dans F. GALLOUÉDEC- GENUYS (dir.), *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 172.

GAUDEMET, E., *théorie générale des obligations*, Paris, Dalloz, 2004, 1 vol., 508 p.

GAURION, P., *le droit de l'internet dans l'entreprise*, Paris, LGDJ, 2003, 156 p.

GAUTRAIS, Vincent, *droit du commerce électronique*, Montréal, éd., Thémis, 2002, p. 11.

GEOUFFRE, P., *les conflits de lois en matière de nullités : du droit interne français au droit international privé*, Paris, Dalloz, 1967, 270 p.

GHESTIN J., LOISEAU G., et SERINET Y. M., *la formation du contrat*, Tome 1. *Le contrat-le consentement*, LGDJ, 4^e éd., p. 1438.

GOUILLOUD, R., *Droit maritime*, Paris, éd. Pedone, 1988, v. n°553.

GOUTAL, J., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, 1 vol. 340 p.

GOUTAY PH., et DEBUSSY A. *Droit et patrimoine*, Lamyline n°82, mais 2000.

GRYNBAUM L., « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation », Dalloz. 2003, p. 1706.

GRYNBAUM L., C. Le GOFFIC, L-M. HAIDARA, *Droit des activités numériques*, éd. 1, Dalloz 2014, p.24 n° 31.

HEUZE, « la vente internationale de marchandises », *Droit uniforme*, Paris, LGDJ, Février 2000, p. 54.

HEUZE V. et GHESTIN J. (éditeur scientifique), *Traité des contrats, la vente internationale de marchandises : droit uniforme*, LGDJ, Paris, 2000, 604 p. Institut International pour l'unification du droit privé, *L'unification du droit (aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé 1953-1955)*, éditions Unidroit, Rome, 1956, 555 p.

HOUTCIEFF D., *Droit commercial, actes de commerces, commerçant, fond de commerce, instrument de paiement et de crédit*, 3^e édition, Sirey, coll. « université », 2011.

HUET J., "Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange)", Dalloz, 1991, p. 181-191.

HUET J., *le commerce électronique, le droit du multimédia- de la télématique à l'internet*, Paris, les éd. du téléphone, p. 228-229.

JACQUET J-M., *Le contrat international*, 2ème édition, connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1999, 136 p.

JACQUEMIN, H., *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, DL, cop. 2016.

JARROSSON Ch., « *le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001* », JCPG 2001, I, 333.

JASINSKI, P., *L'échange de données informatisées et le crédit documentaire*, Banque 1991.

JASINSKI, P., *Les nouveaux incoterms et le crédit documentaire*, Banque 1990.

JEAN-BAPTISTE, M., *créer et exploiter un commerce électronique*, Paris, Litec, 1998, 1vol. 192 p.

JOLIVET (E.) « *Les Incoterms-Étude d'une norme du commerce international* », Paris, Litec, 2004, 260 p.

KANE (K. A.), « *Droit portuaire en Afrique : Aspects juridiques de la gestion et de l'exploitation portuaires au Sénégal* », édition l'Harmattan 2012, 318 p.

KASSIS A., *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, Paris, 1984, p. 524.

KASSIS, Antoine, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international - le droit français en question*, Paris, L'Harmattan, 2006, 574 p.

KHAN Philippe, *la vente commerciale internationale*, Paris, Librairie Sirey, 1961.

KOULOURIS M., *Les aspects récents du droit international en matière des transports maritimes internationaux (coopération internationale)*, relations maritimes internationales, imprimerie Chromotipotechniki, Athènes, 1973, 142 p.

KAYSER, P., *la protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, 3^e éd., Aix-en-Provence, Presse universitaire d'Aix-Marseille ; Paris Economica, 1995, 605 p.

LANGLOIS, M., GASCH, S., *Le commerce électronique B to B : de l'EDI à l'internet*, Paris, Dunod, internet professionnel, 2001, 289 p.

LAPRADELLE DE A. et NIBOYET J-P., *Répertoire de droit international (11 vol.)*, librairie du recueil Sirey, Paris, tome I, 1929.

LARDY P., *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Bibliothèque de droit international, tome 36, LGDJ, Paris, 1966, 279 p.

LARRIEU J., « *Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? – Contribution à l'étude juridique des*

notions d'écriture et de signature », Cahier. Lamy Droit de l'informatique, 1988, H, p. 13, n° 19.

LATINA, M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris, LGDJ, 2009, 1 vol. 581 p.

LEGICOM, *la régularisation des données personnelles* [Jean Frayssinet, Jérôme Huet, Sophie Nerbonne... et al.] Paris : Victoire, DL 2009, 155.p, n°42.

LEPAGE, A., *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet : droits de l'internaute, liberté d'expression sur internet, responsabilité*, Paris, Litec, 2002, 1 vol. (328 p)
Les nouvelles Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, C.J.F.E. 1993, n°5.

LIBCHABER R., *le recodification du droit des biens*, in le Code civil 1804-2004 – livre du Bicentenaire Dalloz-Litec, 2004, p. 297.

LINANT DE BELLEFONDS, « *la signature électronique et les tiers certificateurs dans les opération du commerce extérieur* » Expertise, févr. 2000, p. 18 s.

LINANT, B. X., *Le droit du commerce électronique*, Paris, P.U.F., 2005, 127 p.

LOUSSOUAM, Y., BREDIN, J-D., *Droit du commerce international*, Paris, Sirey, 1969, 1 vol. (1036 p).

LUCAS, A., DEVEZE, J., *Droit de l'informatique et de l'internet*, Paris, P.U.F., 2001, 1vol. 748 p.

LIMPIENS J., *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel (extrait de la Revue internationale de droit comparé)*, Imprimerie moderne, Agen, 1964, 26 p.

MAJOROS F., *Les conventions internationales en matière de droit privé (abrégé théorique et traité pratique)*, 2 tomes, éditions A. Pédone, Paris, 1980, 567 p.

MALASSIGNE V., *les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, éd. Dalloz, 2016, n° 48.

MARAIS G., *Les transports internationaux de marchandises par mer et la jurisprudence en droit comparé (loi du 9 avril 1936)*, LGDJ, Paris, 1949, 289 p.

MARTIN D., *le droit réel se prête aussi à la mobilisation par voie de titre : il peut s'agir de la propriété*, Lamyline D. 1993, chr., p. 21.

MAISL, H., *Le droit des données publiques*, Paris, LGDJ, 1996, 167 p.

MAJDANSKI, D., *La signature et les mentions manuscrites dans les contrats*, Bordeaux, Presse Universitaire de Bordeaux, 2000, (293 p).

MESTRE J. et M. E. PANCRAZI, *Droit commercial, droit interne et aspect de droit international*, 29^e édition, LGDJ, coll. « Manuel », 2012. J.M.L.C., vol. 14, n°4, October, 1983, p.465 -511 et Part II, J.M.L.C., vol. 15, n°1, January, 1984,

MAO, B., SAINTOURENS, T., *Cyber fragiles : enquête sur les dangers de nos vies connectées*, Paris, Tallandier, DL 2016, cop. 1 vol. (303 p).

MARNOT, B., *Les grands ports de commerce français et la mondialisation au XIXe siècle (1815-1914)*, Paris, PUPS, 2011, 589 p.

MAS, F., *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, LGDJ, 2005, 442 p.

MAZEAUD, D., *L'immatériel*, Journées espagnoles (du 19 au 23 mai 2014, à Barcelone et Madrid), Bruxelles, Bruylant ; Saint-Germain-en-Laye, LB2V, 2015, 1vol. (1168 p).

MAZEAUD, D., *La preuve*, Bruxelles, Bruylant ; Saint-Germain-en-Laye, LB2V, 2015, 1 vol. (1072 p).

MIGLIETTI, C., *Les données au cœur de la transformation numérique*, Paris, CIGREF, Nuvis, DL 2016, 1 vol. (121 p).

NICOLLE, R., *Le droit maritime français et le droit de disposition*, Bulletin des Transports, n°2387 du 20 juin 1990.

NILSON, A. Le projet de connaissance EDI du BIMCO, Symposium "EDI et les transports, Pratiques actuelles et développements futurs, C.C.I., Paris, 18 juin 1991.

MONTAS, A., *Droit maritime*, Paris, Vuibert, DL 2015, cop. 2015, 1 vol. (281 p).

MOUGENOT, Dominique, *Droit des obligations, la preuve*, 3^e éd., Larcier, 2002.

MELLOULI S., *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, Centre d'études, de recherches et de publications, Tunis, 1993, 379 p.

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, droit éthique société, PUF, Paris, 1998, p. 25.

OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria (contribution à l'étude d'un ordre juridique anational)*, bibliothèque de droit privé, tome 224, LGDJ, Paris, 1992, 506 p.

OSSAMA, F., *les nouvelles technologies de l'information : Enjeux pour l'Afrique subsaharienne*, (Études Africaines), Ed. L'Harmattan, 2001, p. 128.

PANNEAU A., « *La forme et la preuve du contrat électronique* » in J. ROCHFELD, l'acquis communautaire. Le contrat électronique, *Économica* 2010, p. 256 s.

PARANCE B., *La possession des biens incorporels*, Thèse Paris I, 2003, n° 73 et s., p. 73 et s.

PIETTE-COUDOL, Thierry, *Échange électronique, certification et sécurité*, Collection maîtriser droit@Litec, Litec.

PILLOU, J-F., *Tout sur les systèmes d'information : grandes, moyennes et petites entreprises*, (3^e Ed), Paris, Dunod, 2016, 1vol. (139 p).

PONTAVICE, E. *L'informatique et les documents du commerce extérieur*, Rev. Française de Comptabilité 1979.

PONTAVICE, E. et CORDIER, P., *Transport & Affrètement maritimes*, Paris, éd. Delmas, 2ème éd.1990.

PONTAVICE, E. *Le connaissance et l'informatique*, Annales I.M.T.M. 1985, Edisud.

PONTAVICE, E. *L'informatique et les connaissances*, D.M.F. 1983, Le connaissance et l'informatique. Publication n°500 de la C.C.I., pour le connaissance, la L.T.M., le D.T.M. et le connaissance de charte –partie.

POUDRET J-F , S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, spéc. N° 538-441, p. 493-495.

PRAX, J-Y. LARCHER, S., *La gestion Électronique Documentaire*. Paris : Dunod, 2004. P.52.

PERES, E. (rapporteur), « *Les données numériques un enjeu d'éducation et de citoyenneté, les éditions des journaux officiels* », (Avis du Conseil économique, social et environnemental), 2015, p. 12.

PUIGELIER (C.), «*La preuve*», Études Juridiques n° 19, Paris : Économica, 2004, 246 p.

PINEAU (J.), «*Le contrat de transport terrestre, maritime, aérien*», édition Thémis, 1986, 166 p.

PUTZEYS J., *Les ventes internationales et les transports. Les nouveaux incoterms*, Bruylant Académia, Bruxelles, 1992, 52 p.

RACINE J.-B., « *les dérives procédurales de l'arbitrage* », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *les transformations de la régulation juridique*, paris, LGDJ, 1998, p. 229 et s.

RACINE J-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, bibliothèque de droit privé, tome 309, LGDJ, Paris, 1999, 613 p.

RAMBERG, J., *Guide des Incoterms 1990*, Paris, I.C.C. Publication n°461/90, 1991.

RENAUT, A., *Qu'est-ce que le droit ?*, Paris, J. Vrin, 1992, 126 p.

REYGROBELLET A., *Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés*, R.T.D. com, 1999, n° 24, p. 314.

RÉZENTHEL R., 2001. *Vers une meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public*. AJDA, 2001, p. 1025.

SCAPEL C. et BONNAUD J., *Les conventions internationales sur le transport des marchandises : mer, fer, route, air (textes réunis et présentés par)*, Pratic Export, les éditions du commerce international, 1992, 112 p.

SCAPEL, Christian, « *E-ticket obligatoire* », Revue de droit commercial, maritime et aérien et des transports, avril-mai-juin 2008, n° 2, p. 73.

SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une approche critique*, Namur, CRID ; Bruxelles, BRUYLANT, Paris, LGDJ, 2005, 1 vol. 671 p.

SORIEUL Administrateur principal au secrétariat de la CNUDCI « *convergences entre la CNUDCI et l'OHADA* » in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, éd. Bruylant 2000. P. 43-49.

TASSEL, Y., *contrat* : Aix-en Provence, 28 octobre 1993 (navire Chang Ping), *Pierre BONASSIES, Le droit positif français en 1993*, D.M.F. 1994, n°78.

TERRE, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *les obligations droit civil*, Précis Dalloz, 10^e éd.

TETLEY, W., *Waybills: The Modern Contract of Carriage of Goods by Sea*, Part I,

THIEFFRY, P., *Le commerce électronique : droit international et européen*, Paris, Litec, 2002, 1 vol. 277 p.

THIERY, Patrick, *commerce électronique : droit international et européen*, Litec, collection jurisclasser droit@litec, 2002.

TJOUE, Alex-François, *Les rapport entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*.- Lille : ANRT, 2006. p. 420.

TOURE, P. *Audit des normes applicables à la cybercriminalité*, acte du séminaire, informatique et libertés.

TRAHAN, A. M, *les principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, RJT, Vol 36, n° 2.

TROUCHAUD, P., *La cybersécurité au-delà de la technologie : comment mieux gérer ses risques pour mieux investir*, Paris, Odile Jacob, 2016 ? 1 vol. (179 p).

TRUDEL P, *Quel droit et quelle régulation ?* Sociologie et société Vol XXXII. 2, p.192.

TRUDEL, P. *L'identification et la certification dans le commerce électronique : droit, sécurité, audit et technologie*, Cowansville, Québec, éditions Y. Balais, 1996, 270 p.

TYNAIRE, A, *Le Sea- Way bill ou le droit maritime en question*, Communication présentée à l'A.F.D.M. (séance du 2 juillet 1987), D.M.F. 1988 ; *La "lettre de transport maritime" ou le "complexe documentaire"*, D.M.F. 1988.

TYNAIRE, A. *La lettre de transport maritime ou le serpent de mer*, B.T. n°2164 du 11 octobre 1985.

TYNAIRE, A., *La fraude maritime et le connaissance*, D.M.F. 1983.

VALLANSAN Jocelyne, *livraison et adhésion du destinataire au contrat de transport*, L.P.A., 29 avril 1994, p. 11.

VERBIEST, T., *Le nouveau droit du commerce électronique : la loi pour la confiance dans l'économie numérique la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2005, 234 p.

VIALARD A., *collection droit fondamental droit commercial*, PUF, p. 384.

VIGOUREUX, P., *Cryptographie : libertés individuelles et codes secrets*, Paris : Ellipses, 2016, 1 vol. (256 p).

VIRILIO, P., *La bombe informatique*, Paris, Galilée, cop. 1998, 1vol. (159 p).

VERHEYDEN- J. N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier 1991, p. 194, n° 396.

WAGUE, H. G., *Le transporteur de fait : contribution à la théorie du transport*, [S.I.], [s.n.], 2008, 1vol. 438 f.

WERY, Etienne, « *Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique ?* », 16 octobre 2000, Droit Nouvelles Technologies, www.droit-technologie.com.

WILHELMSSON, T., *Consumer law in the information society*, the Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2001, 403 p

CHRONIQUES ET ARTICLES

ASTURC, P. « *L'Encyclopédie* » et le progrès des sciences et techniques, Paris : P.U.F, 1952, 236 p, (articles publiés dans la revue d'histoire des sciences été réunis à l'occasion du bicentenaire de l'Encyclopédie).

ACHARD R., *Le symposium sur l'arbitrage maritime international : une présentation de l'objet et du fonctionnement de l'organisation internationale d'arbitrage maritime (OIAM)*, JMM, n° 3203, 07/05/1981, p. 1068 et 1069.

AMMAR D., *L'office du juge et le droit international privé*, Revue de jurisprudence commerciale, 1999, p. 246-259.

ANCEL M., *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?*, in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1184 p. , p. 1-12.

ANSELMEK P., *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen in "Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg"*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 33-66.

ARRADON F., *L'incorporation des clauses de charte-partie dans les connaissements*, DMF n° 653, 2004, p. 883-889.

ARRADON F., *L'arbitrage maritime : le point de vue du praticien*, DMF mai 2007, spécial arbitrage, p. 389-397.

ARRADON F., *Arbitrage international à Paris et arbitrage à Paris selon la loi française*, DMF n° 646, 2004, p. 231-240.

AUDIT B., *L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles*, in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p. , p. 15-29.

AUDIT B., *Qualification et droit international privé*, Revue française de théorie juridique, n°18 : "la qualification", 1993, p. 55-65.

AUDIT (M.), «*Qui du tribunal arbitral ou tribunaux étatiques est compétent pour connaître de la validité d'un contrat d'arbitrage*», note sous Paris Pôle 1, Ch. 1, le 6 janvier 2001 et Tribunal de grande instance de Paris, le 22 septembre 2010, Revue de l'Arbitrage n° 1, 2011.

BAUCHET P., *Réflexions sur l'intervention de l'État dans le transport maritime et aérien international*, annales IMTM, 1985, p. 159-169.

BELLEFONDS, De Xavier LINANT (1991), *Le nouveau droit des EDI*, Paris, Ed. Parques, p. 107.

BERAUDO J-P., *Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international*, JCP, éd. G doctrine I 3482, 1995, p. 189-194.

BERGEL J-L., *Méthodes de coordination des textes et droit des transports*, SCAPEL n°1 (spécial 70ème anniversaire), 1994, p. 13-22.

BERNIE (M.), «*Avarie commune : procédure indépendante de l'avarie particulière, effet sur le contrat de transport et droit applicable aux frais de réexpédition des marchandises*», DMF no 710, 2010, p. 25-34.

BOISSON PH. , «*La sûreté des navires et la prévention des actes de terrorisme dans le domaine maritime* », Le DMF, n° 640, Spécial saisie, Septembre 2003, p.723.

BOKALLI (V. E.), «*L'avarie commune : réflexion critique sur une institution traditionnelle du droit maritime*», DMF n° 559, 1996, p. 355-368.

BOLLEE S., *la clause compromissoire et le droit commun des conventions*, Rev., arb. 2005, p. 917.

BOLLEE S., *Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt The front comor de la Chambre des Lords)*, Revue de l'arbitrage 2007, n° 2, p. 223-248.

BONASSIES, P., *Le droit positif français en 1993*, D.M.F. 1994, n°77.

BONASSIES, P. *Droit maritime*, (2^e édition), Paris : LDGJ, 2010, 946 p.

BONASSIES, P., « *La loi maritime du doyen Rodière doit-elle être réformée ?* », DMF, octobre 2009, p. 809.

BONASSIES P., *Institutions judiciaires, Arbitrage, Clause compromissoire*, DMF Hors série n°6 : "le droit positif français en 2001", 2002, p. 10 et 11.

BONASSIES P., *Arbitrage et droit communautaire*, in Mélanges en hommage à Jean Boulouis : "l'Europe et le droit", éditions Dalloz, Paris, 1991, 556 p. , p. 21-33.

BONNAUD J., *Un incident à la livraison : le défaut de présentation du connaissance*, SCAPEL, 2002, octobre, novembre, décembre, p. 133-138.

BRUNAT L., BT, 1982, p. 186, DMF, expert, Lamy transport, tome 2, 2015.

BRUNET A et OHLMANN J-C., *Le droit de la concurrence instrument de restauration de la libre volonté contractuelle*, in études offertes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg : "le rôle de la volonté dans les actes juridiques", éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 935 p., p.129-155.

BRYGO A., *le mot information en informatique et liberté, étude terminologique*, Bulletin de l'EPI (Enseignement Public et Informatique) n° 67, Association EPI, p 78.

CACHARD, Olivier, « *le connaissance électronique : document au registre informatique, Approche des difficultés liées à la dématérialisation* », www.lexmaritima.net

CACHARD (O.), « *La clause said to contain et le trafic conteneurisé* », acte de colloque franco-belge, juillet-août 2013, DMF no 749, pages 612-618.

CAPRIOLI, E. *Aspects juridiques du concept d'EDITERMS*, D.I.T. 1994, n°1.

CAPRIOLI, E. *Ébauche d'un cadre juridique pour l'introduction de l'EDI dans les crédits documentaires*, Banque & Droit 1991, Septembre Octobre.

CAPRIOLI, E. *Écrit et preuve électroniques dans la loi n°2000-230 du 13 mars 2000*, JCP, éd. E, Cah. Dr. Entrep., n°2, année 2000.

CAPRIOLI, E. *Le crédit documentaire : évolution et perspectives*, Paris, LITEC, Bibl. dr. entr. t. 27, Avant propos Jean -Pierre Sortais, préface Renaud de Bottini, 1992, n°492.

CAPRIOLI, E. *Signature électronique et dématérialisation*, LexisNexis, 2014.

CACHARD O. , *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, Revue de l'arbitrage, 2006, n° 4, p. 893-908.

CARBONNEAU T. E., *Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, RIDC n°4, 1984, p. 727-781.

CASSIA P., *La sécurité juridique un "nouveau" principe général du droit aux multiples facettes*, D, partie Chronique, 2006, p. 1190-1195.

CHAO A., *Clause Paramount, quand la loi française interfère...*, Bull. des transports n°2593, 19/12/1994, p. 899-902.

CHARLES-LE-BIHAN D. et LEBULLENGER J., *Les accords bilatéraux au regard du droit communautaire*, in J. Lebullenger et D. Le Morvan (dir.), "La communauté européenne et la mer". (Actes du colloque de Brest, octobre 1998), Economica, 1990, 427 p., p. 601-619.

CHAUVEAU P., *La Convention sur les connaissements mise en accusation*, ADMA, tome I, 1974, p. 7-18.

CHAUVEAU P., *L'unification du Droit maritime et le CMI*, RTD Com, 1963, p. 737-757
Chronique sous la responsabilité d'Isabelle BON-GARCIN, *Les transports, contrats et responsabilité*, JCP, éd Aff. N°40, 2001, p. 1570-1577.

DELAUME G. R., *L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux*, JDI (Clunet) n°3, 1984, p. 521-547.

CLAY (T.), «*Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*», Recueil Dalloz n° 44, 2009, p. 2959-2970.

DELEBECQUE (Ph.), «*La responsabilité du chargeur dans ses relations avec le transporteur : le point de vue français*», DMF n° 689, 2008, p. 112-116.

DELEBECQUE (Ph.), «*Droit de la preuve*», Recueil Dalloz n° 40, 2010, p. 2671-2681.

DELEBECQUE (Ph.), «*La Convention sur le contrat du transport international entièrement ou partiellement par mer : dernières précisions*», DMF n° 696, 2008, p. 787-790.

DELEBECQUE (Ph.), «*L'évolution du transport maritime : brèves remarques*», DMF n° 699, 2009, p. 16-21.

DELEBECQUE (Ph.), BONASSIES (P.), «*La livraison, un moment essentiel dans le contrat*», DMF HS n° 14, 2010, p. 75-80.

DELEBECQUE P., *Le projet CNUDCI sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer : derniers pas avant une adoption ?* DMF n° 685, 2007, p. 771-778.

DELEBECQUE P., *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, DMF n° 673, 2006, p. 691-699.

DELEBECQUE P., *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer (après la session de Vienne de novembre 2006)*, DMF n° 680, 2007, p. 291-299.

DELEBECQUE P., *Vente internationale et transport maritime*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 460 p., p. 349-359.

DELEBECQUE P., « *anti-suit injunction* » et arbitrage : *quels remèdes*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 12, 2006, p. 2 et 3.

DELEBECQUE P., *Contrats de service : quelle qualification ?*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 4, printemps 2004, p. 2-4.

DELEBECQUE PH., « *Droit maritime et régime général des obligations* », DMF 2005 n°633.

DELVOLVE J-L., *L'influence des conventions internationales sur le droit français de l'arbitrage*, in études offertes à Alain Plantey : l'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis, éditions A. Pédone, Paris, 1995, 371 p., p. 95-103.

DERAINS Y., *L'application cumulative par l'arbitrage des systèmes de conflit de lois intéressés au litige*, Revue de l'arbitrage, 1972, p. 99-121.

DIALLO I. K., *Conflits de lois et conflits de conventions dans le transport international de marchandises par mer*, DMF, 1988, p. 643-655.

DIERYCK C., *Les Incoterms thèmes et réflexions*, in Jacques Putzeys : "les ventes internationales et les transports, les nouveaux Incoterms", séminaire de droit des transports, Université Catholique de Louvain, éd. Bruylant, Bruxelles, 1992.

DROSS W., *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence)*, D, Chronique, 2006, p. 472-476.

DU PONTAVICE E., *Conventions internationales et droit interne (les conventions internationales en matière de transport maritime ou aérien étendent-elles leur objet aux relations internes ou ne gouvernent-elles que les relations internationales ?)*, ADMA, tome V, 1980, p. 17-85.

DU PONTAVICE E., *Termes des chartes-parties*, DMF n°350, 1978, p. 75-85.

DU PONTAVICE E., *Observations sur la distinction entre contrat de transport de marchandises par mer*, ADMA tome IX, 1987, p. 11-39.

EISEMANN F., *Le Règlement CCI-CMI du Comité international d'arbitrage maritime*, DMF, 1980, p. 195-199.

EL OUALI A., *La sentence internationale directement applicable*, in Mélanges offerts à Paul Reuter : "Le droit international : unité et diversité", éditions A. Pédone, Paris, 1981, 584 p, p. 269-292.

ELHOUEISS J-L., *L'élément d'extranéité préalable en droit international privé*, JDI, 2003, p. 39-85.

FEDI L., «*La nouvelle codification des incoterms 2010 : entre simplification et rationalisation de la vente maritime internationale*», DMF n° 724, 2011, p. 303-313.

FEDI L., *La dématérialisation du connaissance maritime : utopie ou réalité du XXI^e siècle*, Mélange en l'honneur de C. SCAPEL, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2013.

FORIER P., *Les lacunes du droit*, in "les problèmes des lacunes du droit" Etudes Chaim Perelman, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1967, p. 9-29.

FOUCHARD PH., «*la laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001* », Rev. arb. 2001.

FOUCHARD P., *Les usages, l'arbitre et le juge (à propos de quelques récents arrêts français)*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 67-87.

FOUCHARD P., *Le règlement d'arbitrage (les travaux de la CNUDCI)*, JDI (Clunet), n°4, 1979, p. 816-845.

FOUCHARD P., *La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, JDI (Clunet) n°1, 1987, p. 861-885.

FRAIKIN G. ET BOQUET A., *Les clauses des connaissances attribuant compétence à un tribunal étranger sont-elles encore valables ?*, DMF, 1980, p. 520-522.

FRAIKIN G. ET LAFAGE G-H., *Le transport sous connaissance en droit français*, in "le transport maritime sous connaissance à l'heure du marché commun", ouvrage sous la direction de M. De Juglart et P. De La Pradelle, Bibliothèque de droit maritime, fluvial aérien et spatial, LGDJ, Paris, 1966, 474 p, p. 165-241.

GARO P., *Du commerce électronique. Lois-types internationales, directives européennes, droit français, problématique et perspectives en transport maritime et systèmes existant*, SCAPEL, 2003, p. 147-158.

GAUDEMET-TALLON H., *Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres*, in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1184 p. , p.531-568.

GAUDEMET-TALLON H., *Convention de Rome du 19 juin 1980*, Jurisclasseur Europe, 1996, fascicule 3199-3205.

GERVAIS A., *Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international*, AFDI, éditions du CNRS, 1965, p. 13-39.

GHESTIN J., *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Christian*.

GOVARE J-P., *Les difficultés d'adoption et d'application des conventions maritimes internationales*, JMM n°1417, 13/02/1947, p. 214-220.

GOBERT D. et MONTERO E., *l'ouverture de la preuve littéral aux écrits sous forme électronique*, journal des tribunaux, 17 fév. 2001, p. 122 s.

GRAVESON R. H., *L'étendue du domaine de l'unification du droit*, Revue internationale de droit comparé, 1964, p. 5-12.

GRESSOT-LEGER S., *Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ?*, JDI, 2003, p. 767-790.

GOUVERNAL E., « *les chaînes de transport maritime et le choix des ports : quel avenir pour les ports français ? Un éclairage des enquêtes chargeurs* », journal de la marine marchande, 15/09/2000.

GUPTA R., « Avant-propos » in *Incoterms® 2010*, p. 128.

HAYDEN Matt, « *Les réseaux* », Paris, Campus Press, 1999, p. 24-56.

HUET A., *Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé*, in études offertes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg : "le rôle de la volonté dans les actes juridiques", éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 935 p. , p .501-516.

HUET A., *Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales, en droit international privé français*, JDI (Clunet) n°1, 1988, p. 5-35.

JACQUET J-M., *Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats (à propos de l'ouvrage de V. Heuzé : La réglementation française des contrats internationaux)*, JDI (Clunet) n°1, 1991, p. 679-689.

JAMBU-MERLIN R., *Contrats commerciaux, contrats de transport, contrats d'affrètement et de transport maritime*, Jurisclasseur droit international, 1978, fasc. 565.

JARROSSON C., *Arbitrage et juridiction*, Revue française de théorie juridique, n°9 : la fonction de juger", 1989, p. 107-117.

JAQUET J. M., « *Avons-nous besoin de la jurisprudence arbitrale?* », Revue de l'arbitrale 2010, n° 3, 445 p.

JUHEL, M. H., préface à l'ouvrage de J. GROSDIDIER de MATONS, « *facilitation du commerce et du transport en Afrique Subsaharienne : un recueil des instruments juridiques internationaux* » document de travail, SSATTP n° 73F, mai 2004.

KAHN P., *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, JDI (Clunet) n°1, 1989, p. 305-327.

KAHN P., *L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi*, in "l'hypothèse du non droit" contributions extraites du XXX ème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Université de Liège, 1978, 324 p. , p. 231-267.

KAKU M. , *Vision. Comment la science va révolutionner le 21^e siècle*, Albin Michel, 1999.

KEUTGEN G., *Propos sur le statut de l'arbitre*, Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 1092 p. , p.921-952.

LARRIEU J., « *Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?* – Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », Cahier. Lamy Droit de l'informatique, 1988, H, p. 13, n° 19.

LEMYRE, *le guide juridique du commerçant électronique*, Paris, Litec, 2001, p. 93.

Le NABASQUE H. et A. REYGROBELLET, *L'inscription en compte de valeurs mobilières*, Revue de droit bancaire et bourse, juillet/août 2000, n° 70, p. 272.

NDENDE, M., *la construction du droit des transports maritime en Afrique*, RCTAM, n° 1, 2004, p.91.

NGNINTEDEM J-C., *la réglementation du transport en zone CEMAC : un modèle d'intégration sous régionale*, cahier juridique et politique FSJP, Université de NGAOUNDÉRE, DMF, 2008-1, p. 164.

KESSEDJIAN C. «*Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage*», Revue de l'arbitrale 2009, n° 4, 699 p.

LOPUSKI J., «*Contrats maritimes internationaux et le problème de la liberté contractuelle*», DMF 1983, p. 337-358.

MONTAS A., «*Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie*», DMF 691, 2008, p. 307-314.

MIRIBEL S., «*Nouveau point sur le code des transports et exposé sur la "théorie générale des contrats" et les contrats maritimes*», DMF n° 725, 2011, p. 468-472.

NGNINTEDEM, J-C., *la réglementation du transport en zone CEMAC : un modèle d'intégration sous régionale*, cahier juridique et politique FSJP, Université de Ngaoundéré, DMF, 2008-1, p. 164.

NGUENE NTEPPE J., «*La nouvelle Convention des Nations Unies dite "Règles de Rotterdam"*, et le défi de la construction d'un nouvel ordre maritime international.», Revue Africaine des Affaires Maritimes et des Transports n°3, janvier 2011, p. 33-49.

ODIER F., «*La responsabilité du chargeur dans ses relations avec la douane : le point de vue français*», DMF n° 689, 2008, p. 171-174.

OUDOT, PACAL, «*L'internet et la responsabilité civile*». Gazette du palais, 31 octobre 2007, n° 304, p. 2-6.

PANNIER J., «*La preuve en matière douanière*», Recueil Dalloz n° 23, 2009, p. 1552-1556.

PERES E., (rapporteur), «*les données numériques un enjeu d'éducation et de citoyenneté* », les éditions des journaux officiels, (Avis du Conseil économique, social et environnemental), 2015, p. 12

POLERE P., «*Précisions sur les conséquences de l'absence de réserves en droit maritime*», en ligne, <http://www.fortunes-de-mer.com>.

PORTALIS J-E. M., exposé des motifs, devant le corps législatif, Discours préliminaire du premier projet de code civil t. VI, p. 87, n° 77. Lamy Droit et patrimoine n° 82, 2000.

PUECH J., «*les différentes fonctions du crédit documentaire selon les nouvelles règles et usances de 1983*, Rv., jurisp., com., n° spécial, fev., 1985, «*les opérations internationales de banque* », p. 18.

QUEMENER M. , «*Les preuves pénales à l'heure du numérique* » Les annonces de la Seine, 28 avril 2014, n° 20, p. 12.

RENÉ DAVID, *Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « lex mercatoria »*, in *new directions in international trade law*, Unidroit, Rome 9-15/09/1976, Oceana Publications 1977, p. 13 et 14.

REZENTHEL R., «*Une nouvelle stratégie pour le développement des grands ports maritimes français*», DMF n° 698, 2008, p. 1060-1066.

RODIERE R., «*Navire et navigation maritime* », DMF 1975, p. 323.

SANA-CHAILLE DE NERE S., «*Transport maritime et lois de police étrangère*», DMF n° 714, 2010, p. 389-399.

SCHMIDT-SZALEWSKI, JOANNA, «*L'internet ou l'illusion libertaire* ». Dans *Études offertes au Doyen Philippe Simler*. Paris, Dalloz : Litec, 2006. p. 803-821.

TANENBAUM A., «*réseaux, architectures, protocoles, applications* », Inter-Edition, introduction au réseau informatique, MIAGE, 2007.

TASSEL Y., *Les documents maritimes autres que le connaissance*, in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, Paris, 1995, 427 p. , p. 399-417.

TASSEL Y., «*Le manifeste de la cargaison et les connaissances de transport saisis par le droit pénal et le droit douanier*», DMF n° 686, 2007, p. 887-899.

TASSEL Y., «*Les indications portées au connaissement sont opposables à l'entrepreneur de manutention par le transporteur maritime*», DMF n° 642, 2003, en ligne, Lamy Transport Tome 2, <http://lamyline.lamy.fr.docdistant.univ-lille2.fr>

TINAYRE A., *La lettre de transport maritime ou le complexe documentaire*, DMF 1988, 344.

TINAYRE A., *Avènement de la "L.T.M." (Lettre de transport maritime)*, Bull. des transports, n°2396, 26/09/1990, p. 571-573.

W. TETLEY, «*Contre-lettres d'indemnité et lettres de garantie* », DMF 1988 p. 275-276.

BIBLIOGRAPHIE ANGLAISE

COLE S.D., *the Hague Rules 1921 explained*, Londres, F. Effingham Wilson 1992, p. 9

KNAUTH A. W., *the American law of ocean bills of lading*, Baltimore, American Maritime Cases, Inc. 1953, 4e éd., p. 133 et s.

SCHMITTHOFF G.M. , *the export trade*, Londres, Stevens and Son, 1957, 4^e éd., p. 306

SCRUTTON T.E, *charte-party and bills of lading*, Londres, Sweet and Maxwell, 1964, 17e éd., sect. XIII, art. , 3, p. 413.

THÈSES

AZEBAZE, M. S., «*Le contrat d'affrètement maritime : évolution et perspectives* » thèse de doctorat, droit privé, (sous la direction de DELEBECQUE Philippe), Paris 1, 2009, 1vol. 503 p.

BRANELLEC G. «*La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer : contribution à l'étude de l'uniformité du droit* », thèse de doctorat en droit, université de Bretagne occidentale, 2007, 641 p.

BADAWI EL, L., *les mutations du droit sous l'influence du commerce électronique*, (thèse de doctorat), S.I., 2007, 924 p.

SOISSON N., *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, thèse pour le doctorat d'État en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992, 2 tomes : 653 p.

DIALLO I. Kh., *Les conflits de lois en matière de transport international de marchandises par mer*, thèse pour le doctorat d'État en droit, Université de Paris II, 1987, 415 p.

DUCLOS J., *l'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, thèse Rennes, éd. 1984, n°148, p.177.

FAYZI CHAKAB G. N, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978)*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut de droit de la paix et du développement, 1999, 412 p.

GUILLEMARD S., thèse, *le droit international privé face au contrat de vente cyberspaciales*, p. 471 s.

MEFIRO, O., *vers la maîtrise spatiale de la circulation des flux de marchandise dans les PED : le cas du Cameroun*, Thèse, Université Aix-Marseille II, 1989, p. 3.

SAVATIER R., *le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525 ;
FLOUR Y., *l'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse Paris II, 1977.

TREBULLE F.-G., *L'émission de valeurs mobilières par les sociétés par actions*, Thèse Paris I, Ed Economica, 2002 n° 742, p. 521.

SOUTY, C., *La vente à distance*, thèse de doctorat de droit privé, S.I, S.N, 2000, 448 p.

MEMOIRES

AURIBAUT F., *Les clauses du connaissement relatives à la responsabilité du transporteur maritime*, mémoire pour le DESS de droit maritime et des transports, Université de droit et des sciences d'Aix-Marseille, 1992-1993, 80 p.

CHAILLE DE NERE D., *Le projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport multimodal transmaritime*, mémoire pour le DESS de droit maritime et droit des transport, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2004, 85 p.

FAGUERET V., *«Informatisation portuaire»*, mémoire de Master II, Université d'Aix en Provence, 2008, 72 p.

KOST DE SÈVRES N., *«Le consentement à la convention d'arbitrage commercial international, évolution et développements récents en droit québécois et en droit international»*, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, mémoire présenté pour l'obtention du grade Maître en droit (LLM.), décembre 2005, 164 p.

KONTOS A., *La loi applicable aux contrats de transport international de marchandises par mer*, mémoire pour le DEA droit international privé et du commerce international, Université de Paris II, 1998, 76 p.

LEMARIE A., *«La force majeure en droit du contrat de transport maritime de marchandises»*, mémoire de Master II, Université d'Aix en Provence, 2007, 127 p.

LINCOLN J., *«La loi applicable au contrat de transport maritime»*, mémoire Master II, Université d'Aix en Provence, 2007, 108 p.

SOURCES ELECTRONIQUES

Cabinet d'avocats Caprioli, <http://www.caprioli-avocats.com>

Chambre arbitrale maritime de Paris, <http://www.arbitrage-maritime.org.fr>

Comité Maritime International, <http://www.comitemaritime.org>

Commentaire sur la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969,
<http://www.stoessel.ch>

Commission des Nations unies pour le droit commercial international, <http://www.unctad.org>

Cour de cassation, <http://www.courdecassation.fr>

Commission Nationale Informatique et Liberté, (CNIL)

http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/textes/CNIL-78-17_definitive-annotee.pdf

Sur la Lex Electronica, <http://www.lex-electronica.org>

Loi informatique et liberté, <http://www.legifrance.gouv.fr> Notes techniques de règlement des litiges en ligne 2016

http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/odr/2016Technical_notes.html

NOTES DE JURISPRUDENCE

Aix-en-Provence, 21 octobre 1988 (Sté Sylvan Shipping et autre contre Sté Sibac), D.M.F. 1991, p.169 - 174 ; D.M.F. 1990, p.

Rouen, 2ème ch. civ. 14 octobre 1993, D.M.F. 1994, p.381 s. note J.-C. BUHLER, sur l'opposabilité d'une clause compromissoire au tiers -porteur d'un connaissance de charte-partie. En matière de signature informatique : Cass. civ. 8 novembre 1989, Bull. civ. I, n°342 ; D. 1990, note. Christian GAVALDA; J.C.P. 1990, éd. G, II, 21576, obs. Georges VIRASSAMY; D. 1990, som. com. obs. Jérôme HUET ; D. 1991, som. com. obs. Michel VASSEUR.

CA Versailles, 12° ch., 31 Mai 2001, n° 98/04056, Kertainer c/ Navigation et transport et a., BTL 2001, p. 728, précisant en outre que les énonciations qu'il comporte l'emporte sur tout autre preuve extrinsèque.

Cass. Com. Société Bishop Rock Marine c. Société CAM. 30 octobre 1989, DMF, n° 507 juillet 1991.

CONVENTIONS

Convention de Vienne *sur le droit des traités*, 23 mai 1969.

Convention des Nations unies *sur le transport de marchandises par mer*, 30 mars 1978 (Règles de Hambourg).

Convention de Bruxelles *pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*, 25 août 1924 (Règles de La Haye).

Convention de Bruxelles *pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance* modifiée par le Protocole du 23 février 1968 (Règles de La Haye et de Visby).

Convention de Bruxelles *pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance* modifiée par le Protocole du 23 février 1968 et le Protocole du 21 décembre 1979.

Convention de Rome *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980.

Convention des Nations Unies sur les ventes internationales de marchandise 11 avril 1980.

Convention des Nations Unies *sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux* New York 2005.

Convention *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* New York, 1958.

Convention des Nations Unies *sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer* règle de Rotterdam New York, 2008.

TEXTES INTERNATIONAUX

Loi type de CNUDCI *sur l'arbitrage commerciale international* 1985 avec les amendements adoptés en 2006.

Loi type de la CNUDCI *sur les documents transférables électroniques* 2017.

Loi type de la CNUDCI *sur les signatures électroniques* 2001.

Loi type de la CNUDCI *sur le commerce électronique* 1996.

Règlement de la CNDIC *sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* (date d'entrée en vigueur avril 2014)

TEXTES DE DROIT COMMUNAUTAIRE ET INTERNE

Directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données*.

Directive 97/7/CE du parlement et du conseil, du 20 mai 1997, *concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur* (commerce électronique)

Décret n°2002-997 du 16 juillet 2002 *relatif à l'obligation mise à la charge des fournisseurs de prestations de cryptologie*.

France : Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

France : Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*.

France : Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 *pour une République numérique*.

France : loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*.

France : Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 *sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes*.

Règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014 *sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur*.

Règlement (CE) n° 593/2008 du parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Rome I), publié au JO L.177 du 04/07/2008 p. 06.

Maroc : Dahir n° 1-07-129 du kaada 14 28 (30 novembre 2007) *portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques*. Bulletin Officiel N° 5584- 25 Kaada 1428 (6-12-2007)

Sénégal : Loi n° 2008-11 *sur la cybercriminalité*

Sénégal : Loi n° 2008-12 *sur la protection des données à caractère personnel*

Sénégal : Loi n° 2008-41 du 20 aout 2008 *sur la cryptologie*

Sénégal : Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures* (1), J.O. du 17 février 2015 p. 2961. J.O. n° 62 du 14 mars 2000

Sénégal : Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 *relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*.

Sénégal : Loi n°2008-10 portant *loi d'orientation sur la société de l'information* (LOSI)

DOCUMENTS ET PUBLICATIONS INTERNATIONALES

BUFFET-DELMAS, Xavier, LIARD, Bertrand « *l'achèvement du cadre juridique de la signature électronique sécurisée* ». C.M. La Conférence de Paris II, 34^{ème} Conférence Internationale du Comité Maritime International, Paris, 24-29 juin 1990

C.M.I., Colloque de Venise des 30 mai au 2 juin 1983 *sur les connaissements* C.N.U.D.C.I., Doc. n° A/CN. 9/387 du 17 novembre 1993 et A/CN. 9/390 du 12 avril 1994. En principe, les travaux s'orientent vers une loi –modèle comprenant 15 articles.

Conseil Économique et Social des Nations Unies, « *Suppression des obstacles juridiques à l'introduction des systèmes d'échanges de données et sur les expéditions de marchandises* », TRADE/W.P.4/GE.2/R.103, 24 juillet 1976.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Conférence de révision de la convention des Nations unies relative à un code de conduite des conférences maritimes*, 18/06/1991. TD/CODE.2/12.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED, *Le rôle du transport dans le commerce entre pays en développement*, 03/08/1992. UNCTAD/SHIP/640.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Conférence de révision de la convention des Nations unies relative à un code de conduite des conférences maritimes : rapport de la conférence de révision*, 11/07/1991. TD/CODE. 2/13.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, Commission Économique pour l'Europe des Nations unies, *Informations sur la facilitation du commerce : adoption des règles uniformes du CMI relatives aux lettres de transport maritime*, 09/07/1991. TD/B/FAL/INF.116.

Commission des Nations unies pour le droit commercial international, Groupe de travail sur le transport (groupe III), *Le projet de Convention sur le transport maritime de marchandises*, du 6 au 17/10/2003.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Le commerce maritime mondial vers une croissance soutenue*, janvier-avril 1992, n°13.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED (sur les travaux du Conseil du commerce et du développement et de la Commission des transports maritimes), *Incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg et de la Convention des Nations unies sur le transport multimodal international de marchandises*, 10/11/1989. TD/B/C.4/315 (part II).

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED (sur les travaux du Conseil du commerce et du développement et de la Commission des transports maritimes), *Évolution des transports maritimes mondiaux : déséquilibre entre l'offre et la demande dans les transports maritimes mondiaux*, 28/03/1990. TD/B/C.4/333.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED (sur les travaux du Conseil du commerce et du développement et de la Commission des transports maritimes), *Étude sur les transports maritimes*.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Évolution des activités de la CNUCED dans le domaine des transports maritimes et des services connexes*, mars-avril 1995, n°31.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, conseil du commerce, commission des transports maritimes, *Rapport sur les incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg (2ème partie)*, 15/12/1987. TD/B/C.4/313.

.

INDEX

Les numéros renvoient aux pages

A

absence de réserve · 183
actes de commerces · 168, 531
agents maritimes · 145
arbitrage · 347
arbitrage via Internet · 392

C

certificat numérique · 110
circuit administratif · 174
circuit commercial · 173
circuit informationnel · 110, 188
circuit physique · 174
clause · 440
clé confidentielle · 47, 366
commerce électronique · 23, 24, 31, 34, 76, 80, 81, 83,
87, 88, 100, 102, 113, 140, 164, 165, 167, 168, 169,
193, 195, 197, 199, 202, 203, 209, 220, 225, 226, 227,
229, 238, 240, 284, 300, 307, 332, 334, 335, 336, 337,
339, 340, 341, 347, 359, 368, 369, 371, 374, 375, 408,
461, 466, 468
confiance · 317
connaissance · 179
connaissance négociable · 18, 21, 22, 31, 37, 38, 41,
49, 50, 152, 181, 246, 247, 249, 260, 262, 265, 268,
271, 274, 278, 311, 363, 405, 449, 455, 459, 460, 467,
468, 477, 481, 484, 485, 487, 494
consentement · 202
contenu informationnel · 115, 144, 149, 171, 172, 182,
187, 190, 191, 192, 206, 209, 215, 288, 289, 303, 306,
326, 400, 410, 420, 456, 457, 463, 468
contrat de transport · 221
contrat électronique · 21, 22, 23, 24, 31, 41, 46, 77, 96,
106, 111, 192, 200, 203, 220, 225, 232, 233, 235, 236,
237, 239, 290, 380, 406, 465, 534

contrôle · 36, 47, 104, 111, 112, 115, 118, 120, 126, 127,
129, 131, 132, 137, 138, 141, 147, 168, 172, 174, 197,
217, 225, 257, 261, 273, 285, 288, 344, 353, 354, 357,
365, 366, 385, 400, 419, 422, 424, 427, 428, 437, 468
convention d'arbitrage · 411
conventions sur la preuve · 296
courrier électronique · 459
crédit documentaire · 31, 49, 81, 85, 93, 147, 150, 151,
152, 153, 172, 180, 185, 231, 248, 252, 254, 255, 256,
257, 258, 259, 260, 301, 366, 430, 431, 433, 434, 453,
477, 479, 492, 540, 545
cryptologie · 99, 111, 155, 156, 162, 164, 364, 371, 428,
550

D

déclaration inexacte · 439
document · 94
document dérivé · 97
Droit
maritime, commercial · 10
droit du commerce maritime · 10, 14, 16, 19, 34, 235

E

échange · 78
échanges de données · 36
échanges informatisés · 78
e-commerce
commerce électronique · 45
écrit signé
signature · 27, 208, 329
équivalence fonctionnelle · 209
établissements de crédit · 150

F

falsification du connaissance · 458

faux connaissance · 457
faux punissable · 458
fonction première des documents · 41
fonctions équivalentes · 210
format · 106
format électronique · 33, 139, 203
formation des contrats · 10, 37, 74, 196
forme · 403
formule-cadre · 214
fournisseurs d'accès · 159
fret · 222

G

garantie autonome · 432
gestion électronique des documents · 105
guichet · 119
guichet unique · 118

I

incorporation · 311
incorporation du droit au titre · 312
incorporation par référence · 200, 201, 203, 238, 457
incorporation par référence désigne · 199
incoterms maritimes · 31
information · 88
informationnel · 149
informatisation du manifeste. · 353
infractions · 324
intégrité · 306

L

l'archivage · 27, 101, 102, 103, 104, 128, 207, 238, 316,
317, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 468, 508, 528
l'EDI · 83
L'entrepôt douanier · 125
l'ordinateur · 82
la célérité du commerce · 36, 359
la copie numérique · 3, 26, 28, 97, 330

la définition du terme commercial. · 19
La dématérialisation peut être · 25
La *donnée* · 87
la formation du contrat *classique* · 21
la juridiction compétente · 41
La notion d'original
origine · 27
la notion de dématérialisation · 17
la preuve électronique · 37, 45, 291, 306, 333, 336, 410
la prise en charge · 21, 25, 86, 93, 127, 146, 150, 179,
180, 232, 249, 266, 289, 421, 423, 429, 430, 435, 436,
437, 438, 442, 494
langage électronique · 101
le choix de la loi applicable · 23
le contrat conclu via Internet · 23
Le contrat de transport maritime · 19
Le document · 205
Le document de transport · 20
Le droit de la mer · 10
Le guichet unique · 39, 118, 121, 122
douane · 39
Le transit · 132
les contrats à distance · 24
liasse unique · 177
lieu de formation du contrat · 445
limites structurelles · 41
l'incorporation par référence · 204
livraison · 449
logiciel · 109

M

mandataire réceptionnaire · 28
transitaire · 28
message électronique · 24, 51, 110, 131, 232, 236, 238,
248, 292, 331, 337, 373, 401, 459, 460, 462, 463, 464,
482, 485, 487, 495
Modèle de données · 213
monnaie électronique · 152

N

neutralité des supports · 301
neutralité technologique · 303
NVOCC · 156

O

original · 94

P

possession · 263, 314
procédés d'authentification · 33
processus contractuel via Internet · 22

R

rapport fondamental · 268
réception · 436
régimes douaniers · 124
représentation · 302
réseau · 87
réserves · 423
risque · 112
risque contractuel · 430

S

saisie
 biens incorporels · 271
sécurité informatique · 115
segments · 196
sentence étrangère · 415
sentences arbitrales · 383

signature électronique · 3, 17, 25, 26, 28, 37, 43, 44, 45,
 46, 100, 101, 104, 110, 111, 136, 141, 153, 163, 207,
 263, 272, 284, 286, 288, 289, 290, 292, 293, 294, 295,
 296, 317, 326, 329, 333, 337, 338, 368, 369, 372, 373,
 402, 407, 418, 419, 462, 463, 466, 525, 533, 550
standardisation des documents · 33, 46, 48, 210, 213,
 335
support de l'écrit · 3, 27, 28, 466
support de l'écriture électronique · 107

T

titre représentatif · 28, 34, 38, 41, 54, 181, 182, 261, 262,
 300, 301, 302, 306, 307, 308, 310, 311, 448, 449, 461
transport · 142
transport maritime · 19, 20, 22, 25, 31, 32, 48, 49, 81, 89,
 117, 134, 137, 141, 166, 167, 168, 169, 175, 177, 178,
 181, 183, 184, 193, 198, 203, 220, 224, 228, 233, 235,
 254, 263, 270, 342, 345, 355, 356, 361, 363, 364, 375,
 405, 408, 409, 416, 426, 435, 436, 441, 442, 445, 448,
 462, 471, 484

U

un droit non autonome · 14
Une donnée · 86
uniformisation · 345
usurpation · 319
usurpation d'identité numérique · 320

V

valeur financière · 310
valeur juridique d'un document · 303
valeur mobilière du connaissance · 266
vente · 309

GLOSSAIRE INFORMATIQUE

Acrobat reader

Logiciel gratuit de la société Adobe permettant de visualiser des fichiers au format .pdf (Portable Document Format). Ce format garantit une homogénéité de présentation entre l'écran de l'ordinateur et la copie papier que vous sortez à l'imprimante. De plus, il permet de figer les données au sein du document ce qui rend les modifications plus difficiles. Ce format est très courant sur Internet et notamment pour les formulaires administratifs de l'État

Administrateur système

Personne physique ayant tous les droits sur la gestion de l'ordinateur. L'administrateur peut installer/désinstaller des logiciels, les configurer et déclarer d'autres utilisateurs de la même machine.

Adresse électronique.

Aussi appelée adresse de "courriel", "courrier électronique", "mail", "E-mail". Désigne une identité unique sur l'Internet par laquelle son propriétaire peut envoyer et recevoir des messages électroniques. Une adresse électronique ne contient jamais d'espace, pas plus que de majuscule et comprend toujours une arobase "@". Les seules ponctuations admises dans une adresse électronique sont «-», "_" et ".". Exemple : prenom.nom@messagerie.fr.

Adresse IP (Internet Protocol)

Identifiant unique attribué à tout ordinateur sur le réseau. Pour les particuliers, elle est fournie par votre fournisseur d'accès (F.A.I.) de manière permanente (IP statique) ou bien plus généralement à la volée (IP dynamique) en fonction des besoins. Exemple d'adresse IP : 192.168.1.1

Adresse URL (Uniform Resource Locator)

Adresse unique attribuée à une page sur Internet. Elle se compose du protocole (http://, https:// ou ftp://), du nom de domaine (ex: www.jeanboulanger.com) et de la page en elle-même (/lexique/index.html). L'URL se lit dans la barre d'adresse de votre navigateur.

ADSL

Acronyme anglo-saxon de Asymetric Digital Subscriber Line. Désigne généralement une connexion Internet Haut Débit (> 512 kb/s). C'est une ligne numérique asymétrique dont le débit descendant (download) est plus élevé que le débit montant (upload). Technologie de communication exploitant la largeur de bande non utilisée par les communications vocales sur les lignes téléphoniques standard afin de transmettre des données.

Alphanumérique

Désigne la nomenclature des caractères de votre clavier, chiffres et lettres confondus. Un classement alphanumérique place toujours les chiffres de 0 à 9 devant les lettres de A à Z.

Annuaire

Sur Internet, désigne des outils permettant de rechercher l'information non pas par mots clés (voir Moteur) mais par thématiques. Ces thématiques sont classées de manière ontologique (principe des encyclopédies) allant du général au particulier. Si l'interrogation d'un annuaire est automatisée, il n'en reste pas moins que le classement de l'information est effectué par des personnes humaines aussi appelées cyberdocumentalistes.

Voir : <http://www.google.fr/dirhp?hl=fr>.

Antivirus

Se dit d'un logiciel qui contrôle tous les fichiers entrants et sortants d'un ordinateur. Il agit comme une sentinelle qui bloque tous les nuisibles identifiés par la société éditrice du logiciel antivirus. Un bon antivirus est donc celui qui met sa liste des nuisibles à jour le plus fréquemment possible. Il existe de nombreux antivirus mais Avast est certainement l'un des meilleurs. Il est gratuit pour les particuliers et en français.

Application

Aussi appelée Programme ou Logiciel. Désigne une entité informatique du domaine du software (pas d'existence solide) exécutée à la demande de l'utilisateur par le système d'exploitation dans un but précis. Ainsi parle-t-on d'application de traitement de texte, de traitement d'images etc.

Arobase ou at

Probablement issu de la contraction de "a rond bas", désigne un caractère de votre clavier utilisé dans les adresses de courrier électronique "@". L'arobase se tape en appuyant simultanément sur la touche Alt Gr (à droite de la barre d'espace) et la touche "à" de votre clavier alphabétique. Il sépare le nom d'utilisateur du serveur hébergeant le courrier électronique de cet abonné.

Backup ou Sauvegarde

Mot anglais désignant à la fois l'action et le résultat de la copie de fichiers de son disque dur sur un support externe (disquette, CD, DVD, clé USB, disque dur externe...) en vue d'en conserver une archive réutilisable.

Barre d'adresse

Barre située dans votre navigateur Internet ou dans l'Explorateur Windows, vous indiquant l'adresse unique de l'endroit où vous vous trouvez. Sur Internet, elle contient l'adresse URL. Dans l'Explorateur Windows ou le Poste de travail, elle indique le chemin complet qui mène à un fichier, ex : "E:\Jean_Pro\CSC Versailles\Support de cours".

Base de données ou Database

C'est une façon organisée de stocker une information de manière à pouvoir l'utiliser et la modifier simplement. L'information est dissociée de sa mise en forme, elle est compilée à l'état brut.

Binaire

Est dit binaire tout élément qui n'existe qu'en deux états : 1 ou 0, vrai ou faux. On parle de langage binaire ou de fichier binaire.

Bit ou Binary digit

C'est la plus petite unité de mesure de la quantité d'information numérique. 8 bits = 1 octet.

Cci ou Copie Conforme Invisible

Dans votre courriel, correspond au(x) destinataire(s) invisible(s) de votre message. Quels que soient les destinataires principaux et secondaires visibles (A et Cc) de votre message, ceux-ci ignoreront que les destinataires placés en Cci ont reçu le même message.

Champ

Ce terme est notamment utilisé sur Internet. Il désigne une zone réservée à la saisie d'une information ou d'une requête dans un formulaire. Par exemple, le champ "Téléphone" signifie la zone où vous taperez votre numéro de téléphone dans un formulaire de renseignements. On parle de champ de recherche notamment dans un moteur.

Clic

Bruit émis suite à la pression du doigt sur un bouton de votre souris. On parle de simple clic, double clic (toujours sur la touche gauche de votre souris) et de clic droit.

Client

Fait référence au rôle joué par un ordinateur ou un logiciel dans une communication réseau. Par opposition au serveur, le client est l'ordinateur qui demande la consultation d'une page, le serveur est la machine qui envoie la page demandée. On parle de relation client/serveur.

Compresser

Action, par le biais d'un logiciel adéquat, de compacter la taille d'un fichier ou d'un dossier avec peu ou pas d'incidence sur la qualité de l'information. Les formats de fichiers compressés les plus connus sont .zip ou .rar.

Cookies

Terme anglo-saxon faisant référence au type de fichiers écrits par un serveur Internet lors de la navigation sur un site web. Certains sites utilisent les cookies pour suivre votre itinéraire au sein des pages du site de manière à vous proposer un contenu ciblé lors d'une prochaine visite. Les cookies sont des fichiers inoffensifs qui, en aucun cas, ne contiennent d'informations personnelles. Si toutefois il vous prenait l'envie de les supprimer vous trouverez une fonction adéquate dans le menu "Outils > Options Internet" de votre navigateur.

Copier-coller

Opération par laquelle on fait transiter de l'information par le presse-papier pour la recopier dans un autre endroit. Le copier-coller peut s'exécuter de plusieurs manières. Voici la plus simple : 1. sélectionnez l'élément à copier (caractère, mot, ligne, phrase, paragraphe, page,

texte, image, son, vidéo, fichier, dossier) 2. dans la barre des menus, cliquez sur "Edition > Copier " (peut être remplacé par Ctrl + C) 3. cliquez à l'endroit où vous souhaitez recopier l'élément 4. Dans la barre des menus, cliquez sur "Edition > Coller " (peut être remplacé par Ctrl + V)

Couper-coller

Opération par laquelle on fait transiter de l'information par le presse-papier pour la déplacer dans un autre endroit. A la fin de l'opération, l'information a disparu de son endroit initial (différent du copier-coller). Le couper-coller peut s'exécuter de plusieurs manières. Voici la plus simple : 1. sélectionnez l'élément à couper (caractère, mot, ligne, phrase, paragraphe, page, texte, image, son, vidéo, fichier, dossier) 2. dans la barre des menus, cliquez sur "Edition > Couper " (peut être remplacé par Ctrl + X) 3. cliquez à l'endroit où vous souhaitez déplacer l'élément 4. dans la barre des menus, cliquez sur "Edition > Coller " (peut être remplacé par Ctrl + V)

Courriel

Aussi appelé courrier électronique, mail, E-mail, ce terme générique désigne à la fois l'adresse électronique, le logiciel et l'action par lesquels un internaute envoie des messages à ses correspondants sur Internet.

DNS ou Domaine Name System

Serveur web spécialisé dont la fonction est d'établir la correspondance entre une adresse URL et une adresse IP.

.doc

C'est l'extension par défaut des fichiers créés par le logiciel de traitement de texte Microsoft Word. Si vous êtes amenés à échanger un tel fichier avec des personnes travaillant sur d'autres plateformes ou sur d'autres logiciels que Word, il est préférable d'enregistrer le fichier en .rtf (format universel).

Document

Apparenté au fichier, le document se distingue de ce dernier en ce qu'il n'a pas encore d'existence sur le disque dur. Il est stocké dans cette mémoire fugace qu'est la RAM (voir Barrette de mémoire) et disparaîtra entièrement de l'ordinateur une fois le logiciel fermé si l'on refuse l'enregistrement.

Données ou Data

Généralement employé au pluriel, désigne tout type d'information stockée sur un support informatique. Un fichier et une base de données ne contiennent que cela.

Double-clic

Action de faire deux impulsions successives sur le bouton gauche de la souris. Il n'y a pas de double-clic avec le bouton droit. L'intervalle de temps entre les deux impulsions doit être

assez court. Toutefois, la vitesse de votre double-clic peut se paramétrer dans Démarrer > Panneau de configuration > Souris.

Dossier ou Répertoire

Le dossier est au fichier ce que le classeur est à la feuille. Contrairement au fichier (contenu), le dossier est un réceptacle dont le seul rôle est de contenir un ou plusieurs fichiers rassemblés sous une même étiquette. Il ne sert qu'à organiser et ranger les fichiers dans l'ordinateur pour mieux s'y retrouver. L'icône par défaut associée à un dossier est un rectangle jaune (jusqu'à Windows XP, tout au moins). Un dossier se compose généralement de fichiers mais il peut également contenir un ou plusieurs dossier(s). On parle alors de dossier parent et dossier enfant ou plus communément de dossier et sous-dossier. Ce ne sont là que des considérations hiérarchiques dans la mesure où dossier et sous-dossier ont les mêmes propriétés et la même apparence graphique.

E-commerce (E = Electronique)

Terme désignant toute transaction commerciale réalisée par Internet. La vente par Internet est assimilée à une vente par correspondance et à ce titre le commerçant -aussi appelé cyber-marchand -doit vous proposer un délai de rétractation de 7 jours à partir de la réception de la marchandise. Durant ce délai, vous avez tout loisir de lui retourner le produit sans aucune justification et de vous faire rembourser. Par ailleurs, une transaction par Internet suppose souvent mais pas exclusivement un paiement en ligne par carte bancaire. Dans ce cadre, la connexion avec le cyber-marchand ou à défaut sa banque doit être sécurisée le temps de la transaction bancaire. Le protocole `http://` devient alors `https://` et vous verrez apparaître un petit cadenas dans la barre d'état de votre navigateur. En tout état de cause, il est recommandé de lire les Conditions Générales de Vente (CGV) du cyber-marchand avant d'acheter.

Extranet

Méthode de communication interentreprises ou entreprise/client utilisant le réseau Internet. Un extranet est généralement sécurisé soit par une ligne dédiée, soit par l'accès ouvert aux seuls détenteurs d'un identifiant et d'un mot de passe.

FAI ou Fournisseur d'Accès Internet

Opérateur qui, moyennant un abonnement, vous ouvre un accès à Internet. Il existe principalement deux types d'accès à Internet : par la prise téléphonique de votre logement ou bien par une connexion spécifique au câble (nécessite une intervention dans votre logement). Avec le temps, les fournisseurs d'accès ont enrichi leurs offres et vous proposent aujourd'hui des services multiplay (Internet haut débit, téléphonie illimitée et télévision). Une connexion ADSL (voir ce terme) présuppose l'acquisition ou la location d'un modem haut débit proposé lors de l'abonnement. Les offres multiplay nécessitent la mise en place de modems spécifiques appelés aussi Box.

Fichier

Un fichier est un ensemble autonome de données que vous voulez conserver. C'est un document qui a une existence réelle sur le disque dur, c'est à dire qu'il a été enregistré en lui

spécifiant un "nom de fichier", un "type" (voir Format) et un "emplacement de stockage" sur le disque dur. Le type ou format est ce qui permet d'associer le fichier avec le logiciel depuis lequel il a été créé ; il est spécifié automatiquement par le logiciel au moment de l'enregistrement. On parlera de fichier texte, de fichier son, de fichier image ou vidéo etc. Tant que vous ne le supprimez pas, un fichier demeure sur votre disque dur. Il peut à tout moment être modifié, corrigé ou enrichi sous réserve d'enregistrer les modifications ainsi opérées.

Format

Le format d'un fichier, c'est la nature intrinsèque qui permet de différencier par exemple un fichier de traitement de texte d'un fichier image. A chaque format de fichier est associée une extension ; c'est le petit suffixe de trois ou quatre caractères précédé d'un point, à la fin du nom du fichier. Par exemple, "toto.rtf" ou "titi.jpeg" ou encore "tutu.zip". Si vous renommez un fichier, il ne faut en aucun cas modifier son extension sans quoi votre fichier risque de devenir inexploitable. Pour pallier ce problème, le système Windows désactive par défaut l'affichage des extensions.

Hacker

To hack signifie faire effraction dans ... Le hacker est un pirate informatique qui cherche à s'introduire dans un système dans le but de nuire ou de bénéficier de la reconnaissance de ses pairs.

HTML ou HyperText Markup Language

C'est le langage premier d'Internet où information et mise en forme sont imbriquées. Une page HTML est structurée par le biais de balises de description parmi lesquelles on trouve des balises hypertextes permettant, moyennant un clic sur le lien correspondant, de naviguer de page en page.

HTTP ou HyperText Transfer Protocol

C'est le protocole qui permet de consulter des pages web (HTML) par le biais de votre navigateur Internet. Il précède nécessairement toute URL dans la barre d'adresse de votre navigateur et se matérialise ainsi : http:// . Ce protocole se transforme en protocole sécurisé (https ://) lorsque vous consultez un serveur sécurisé, par exemple votre compte bancaire en ligne ou lorsque vous procédez au règlement en ligne d'un achat réalisé sur Internet.

Identifiant ou Login

Ensemble de caractères composé de lettre(s) et/ou de chiffre(s) servant à vous identifier au moment de la consultation d'une page à accès réservé. Il vous est alors demandé de saisir l'identifiant et le mot de passe dans les champs correspondants. La possession du couple identifiant/mot de passe présuppose l'inscription au préalable auprès du service que vous souhaitez consulter. Voir Session.

Intranet

Réseau utilisant la même technologie et les mêmes protocoles qu'Internet mais dont la diffusion est privée, généralement limitée à une entreprise.

IP ou Internet Protocol

Protocole utilisé par Internet pour établir l'interconnexion des ordinateurs sur le réseau. Voir adresse IP.

Lien ou lien hypertexte

Objet (texte, image ...) d'une page web destiné à vous renvoyer sur un autre contenu (procédé hypertexte). Le lien est souvent mis en valeur de façon explicite de manière à éviter toute ambiguïté. Il est souvent souligné et à son survol, la flèche de la souris se transforme en main repliée avec l'index pointant vers l'avant. Un clic gauche de la souris vous emmène sur une autre page ou bien ouvre une nouvelle fenêtre.

Page

Le terme est souvent employé en informatique mais il ne désigne pas toujours la même chose. Dans un logiciel de traitement de texte, une page est au format A4. La page peut être en format portrait (21*29,7 cm) ou paysage (29,7*21cm), selon l'orientation définie dans le menu "Fichier > mise en page". Dans un tableur, on parle plus volontiers de feuille, celle-ci pouvant dépasser largement le format A4. Au moment de l'impression, il convient de sélectionner la zone à imprimer puis de choisir la fonctionnalité "Fichier > zone d'impression > définir". Enfin, il faudra choisir un aperçu avant impression pour avoir l'exact reflet de la manière dont le document sera imprimé avec les éventuels sauts de page. Il en va de même sur Internet avec ce qu'on appelle improprement une page web car cette dernière une fois imprimée peut atteindre plusieurs pages A4. Il convient là aussi d'utiliser l'aperçu avant impression de votre navigateur avant d'imprimer : "Fichier > aperçu avant impression".

Pièce jointe

Tout fichier informatique, sans aucune exception, peut-être envoyé en pièce jointe à un message électronique. Par convention, les pièces jointes sont souvent symbolisées par un trombone. Il convient de ne pas dépasser 10 Mo de pièce(s) jointe(s) par message. Dans le cas contraire, il faudra répartir les pièces jointes en plusieurs envois. Assurez-vous, au préalable, que votre correspondant dispose bien du logiciel pour ouvrir la pièce jointe. Sinon, indiquez-lui l'adresse URL où il peut télécharger le programme (de préférence gratuit) pour lire votre fichier joint. Enfin, n'oubliez pas que les pièces jointes peuvent contenir des virus -et non pas les messages en eux-mêmes -et que votre antivirus les filtrera dès leur arrivée sur votre machine. N'ouvrez pas des pièces jointes douteuses émanant d'expéditeurs inconnus.

Police ou Police de caractères ou Font

C'est la représentation esthétique d'une écriture sur votre ordinateur. Les polices les plus couramment utilisées sont Arial, Courier, Helvetica, Times New Roman, Verdana. N'utilisez pas de police trop marginale dans le cas de transmission du fichier vers une autre machine, un ordinateur non équipé ne pourra pas l'afficher avec l'effet souhaité mais optera pour une police

standard. Sous Windows, le répertoire contenant vos polices se situe dans "C:\WINDOWS\Fonts".

Serveur

Dans la relation client/serveur, c'est un ordinateur au sein du réseau dont la fonction est d'être à l'écoute des requêtes provenant du réseau et de les honorer. Cet ordinateur est équipé d'un logiciel spécifique pour répondre à ces requêtes. Par abus de langage, désigne également le site Internet que cet ordinateur héberge (ex: le serveur de la SNCF).

Webmail

Possibilité de consulter sa messagerie électronique, généralement gratuite, depuis n'importe quel ordinateur au monde connecté à Internet. La consultation se fait via un navigateur Internet et moyennant un accès réservé (saisie de l'identifiant et de mot de passe). Le webmail se différencie du logiciel de messagerie qui est installé sur votre machine (Outlook, Outlook Express, Thunderbird, Mail) en ce que l'ordinateur ne garde aucune trace des messages après la consultation d'un webmail. D'autre part, les possibilités de personnalisation du logiciel et de mise en forme des messages sont moindres dans un webmail.

Source :

http://jeanboulanger.com/lexique/Lexique_Informatique.pdf (11/2017)

Table des abréviations..... 9

INTRODUCTION 11

SECTION 1 : Un droit du transport maritime de marchandise	14
Paragraphe 1 : définition et cadre juridique	15
a. Le cadre institutionnel du commerce maritime	18
b. Les rapports entre le commerce maritime et le transport maritime	19
Paragraphe 2 : le contrat de transport de marchandises par mer : un instrument juridique .	21
a. Le contrat électronique : conditions de formation	22
b. La dématérialisation des documents du commerce maritime	26
c. Les statistiques de la dématérialisation	30
d. L'EDI validé par les Incoterms.....	31
e. La dématérialisation du contrat de transport de marchandises par route	34
SECTION 2 : La spécificité du droit maritime face à la complexité du commerce électronique : problématique	35
Paragraphe 1 : Choix du sujet et justification	36
Paragraphe 2 : La problématique de la dématérialisation	37
SECTION 3 : L'état de la dématérialisation et ses limites	39
Paragraphe 1 : Généralités sur le guichet unique	40
Paragraphe 2 : Les limites à la dématérialisation	41
a. Les limites juridiques de la dématérialisation des documents	42
b. Les limites structurelles	43
c. Les limites psychologiques	44
SECTION 4 : L'état de la dématérialisation sur le plan international : le rôle des acteurs du commerce maritime et la solution proposée par l'OMD et la CNUDCI	46
Paragraphe 1 : La dématérialisation tentée par les acteurs du commerce maritime	48
Paragraphe 2 : La standardisation des documents électroniques	49
SECTION 5 : Typologie des documents utilisés par les agents maritimes et les transitaires dans le cadre des opérations du commerce international	52
Paragraphe 1 : les documents commerciaux et les documents de transport	52
1. Les documents de liaison entre les opérateurs du commerce maritime	53
2. Les documents usuels utilisés en transport maritime	55
3. La charte partie un document spécifique.....	57
i. Exemples de charte-partie.....	61
ii. Variantes du contrat d'affrètement.....	62
Paragraphe 2 : les documents portuaires, les documents douaniers et les documents de bord.	62
1. Les documents au service des opérations portuaires	62

2. Les documents douaniers	63
3. Les documents de bord	65
a) Les documents des gens de mer	68
b) La problématique des documents d'identité à données biométriques	69
SECTION 6 : Méthodologie et plan de la thèse	70
Paragraphe 1 : méthodologie	70
Paragraphe 2 : plan de la thèse	72

PREMIÈRE PARTIE : L'ESSOR DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DU COMMERCE MARITIME 74

TITRE I : DE L'ÉVOLUTION TECHNOLOGIQUE DES PRATIQUES DU COMMERCE MARITIME INTERNATIONAL..... 77

SOUS TITRE I : le fonctionnement des échanges de documents informatisés : de l'échange physique à
l'échange numérique..... 79

CHAPITRE I : la dématérialisation des documents du transport maritime..... 81

SECTION I : les mécanismes de création des documents électroniques 83

Paragraphe 1 : la notion d'échange de données informatisées 84

A- L'approche technique : l'utilisation des données informatisées 84

 a. La notion de données informatiques..... 87

 b. L'échange de données dans le réseau informatique..... 88

 c. Généralité sur les échanges entre ordinateurs..... 89

B. L'approche théorique : le champ d'application des échanges de données..... 91

Paragraphe 2 : l'interconnexion via le réseau informatique 92

SECTION II : la détermination des documents dématérialisés 93

Paragraphe 1 : les formats originaux des documents 95

Paragraphe 2 : les formats dérivés des documents dématérialisés 98

CHAPITRE II : Les mécanismes à la base de la conception technique des documents 100

SECTION 1 : Le mécanisme d'authentification des documents électroniques..... 100

Paragraphe 1 : le mécanisme de la signature numérique..... 101

 a. Le langage informatique 102

 1- La distinction entre l'archivage et le stockage des documents 103

 2- La gestion électronique des documents..... 106

 b- L'architecture du support de l'écriture électronique 108

 1- Le fondement technique..... 109

 2- Les systèmes d'exploitation..... 110

Paragraphe 2 : le concept de certificat électronique dans quelques États 111

SECTION 2 : la conservation de l'intégrité des informations documentaires	113
Paragraphe 1 : la sûreté des données dans les systèmes informatiques	114
Paragraphe 2 : la sécurité dans les transferts de documents dématérialisés	116
CHAPITRE III : les systèmes de gestion des documents dématérialisés : le guichet unique.....	119
SECTION 1 : les catégories de guichet unique	120
Paragraphe 1 : les modèles Européens de guichet unique	121
Paragraphe 2 : les modèles Africains de guichet unique	123
SECTION 2 : les régimes douaniers et la dématérialisation	125
Paragraphe 1 : La dématérialisation et le régime de l'entrepôt sous douane	126
A. La circulation des documents numérisés et le franchissement des marchandises de la	
frontière	127
B. La manipulation des marchandises stockées et l'enregistrement des documents dans	
le système informatique.....	131
Paragraphe 2 : Les régimes du transit et la dématérialisation des documents	133
A- La situation géographique et la garantie financière du régime de transit	135
B- Les échanges de documents numérisés dans le cadre du régime douanier du transit.	138
SOUS TITRE II : Le processus d'élaboration des documents électroniques : du formalisme physique au	
formalisme électronique	143
CHAPITRE I : Les auteurs liés à l'émission des documents dématérialisés.....	144
SECTION 1 : L'agent maritime, le commissionnaire et le transitaire : émetteurs primitifs de	
documents.....	144
Paragraphe 1 : la préparation des documents par l'agent maritime, le transitaire et le	
commissionnaire	145
Paragraphe 2 : le contenu des documents du commerce maritime international	149
SECTION 2 : le rôle des établissements financiers dans la production des documents.....	150
Paragraphe 1 : l'acceptation des documents dématérialisés pour l'octroi du crédit	
documentaire	151
Paragraphe 2 : les modes de paiement et la dématérialisation	153
CHAPITRE II : les nouveaux acteurs dans le commerce maritime international	156
SECTION 1 : les NVOCC et les acteurs du réseau informatique	157
Paragraphe 1 : les Non Vessel Operating Common Carrier (NVOCC)	157
Paragraphe 2 : les acteurs du réseau informatique	159
a. Les fournisseurs d'accès et d'hébergement	159
b. Les prestataires de service de cryptologie	162
SECTION 2 : les activités dématérialisées.....	165
Paragraphe 1 : les services à travers internet	166
Paragraphe 2 : les activités commerciales sur Internet	169
CHAPITRE III : L'environnement technique et perfectible de la dématérialisation	172

SECTION 1 : les circuits documentaires dans les opérations d'importation	172
Paragraphe 1 : le processus d'émission des documents électroniques dans le cadre des opérations d'import	173
A- Les formalités d'import et de dédouanement électronique	174
B- La dématérialisation des documents dans le circuit Administratif	175
Paragraphe 2 : présentation de quelques documents du commerce maritime	176
A- Les documents de transport maritime	178
1- Le connaissance un document historique complexe	179
2- La lettre de transport maritime (LTM)	184
B- Les autres documents du commerce maritime	186
SECTION 2 : l'interconnexion informationnelle entre les documents	187
Paragraphe 1 : les circuits informationnels et le cadre juridique communautaire	188
TITRE II : ...A l'évolution juridique des documents de transport	194
SOUS TITRE I : le cadre juridique et institutionnel de la dématérialisation	196
CHAPITRE I : Les documents électroniques dans le cadre des conventions internationales	198
SECTION 1 : L'analyse des dispositions de la Loi type de 1996 et des Règles de Rotterdam	199
Paragraphe 1 : La segmentation du contenu informatif des messages de données	199
A- Le référencement électronique	200
B- Le principe d'intégralité de l'information contractuelle	203
Paragraphe 2 : la valeur juridique des documents dématérialisés et le principe d'équivalence fonctionnelle	206
A- La valeur juridique du document électronique	206
B- Le principe d'équivalence fonctionnelle	209
SECTION 2 : La standardisation des documents électroniques	212
Paragraphe 1 : le modèle de système d'information de l'OMD	212
Paragraphe 2 : L'analyse du concept de formule-cadre des Nations Unies	215
CHAPITRE II : Les pratiques contractuelles maritimes dans le commerce électronique	220
SECTION 1 : L'adaptation de la procédure contractuelle maritime à la procédure électronique	221
Paragraphe 1 : la phase de contractualisation	222
A. La phase de réservation de fret sur internet : le booking	223
B. Le rôle des FAI dans Les rapports contractuels entre chargeurs et transporteur	225
Paragraphe 2 : le devoir d'information et de confidentialité	228
A- L'obligation d'information dans la procédure contractuelle	229
B- L'obligation de confidentialité	231
SECTION 2 : la communication d'intention ou notification	233
Paragraphe 1 : la notification dans l' EDI	233

Paragraphe 2 : La note de chargement dématérialisée	234
CHAPITRE III : les conditions de formation et d'exécution des contrats dématérialisés.....	236
SECTION 1 : Le consensualisme dans le processus contractuel électronique	237
Paragraphe 1 : le domaine de l'échange des consentements.....	237
Paragraphe 2 : la formation et la confirmation du contrat par l'écrit électronique	238
Le contrat se forme par l'échange de consentement, mais en matière de contrat électronique l'écrit est exigé (a). Aussi le lieu d'émission du contrat ne doit pas être négligé (b).	238
a. la formation du contrat électronique	238
b. le lieu d'émission du contrat électronique.....	239
SECTION 2 : l'exécution du contrat électronique et le transfert des documents contractuels ..	242
Paragraphe 1 : l'exécution de l'obligation principale	242
Paragraphe 2 : le transfert du contrat électronique : validité et opposabilité aux tiers	243
SOUS-TITRE II : La dématérialisation du connaissance négociable	248
CHAPITRE I : Le connaissance négociable : un document ambivalent	249
SECTION 1 : Le connaissance un document à valeur juridique complexe	250
Paragraphe 1 : le connaissance un document de transport	251
Paragraphe 2 : le connaissance : un quasi effet de commerce	253
SECTION 2 : le rapprochement entre le connaissance et le crédit documentaire	255
Paragraphe 1 : le connaissance dans la vente internationale de marchandise	257
Paragraphe 2 : la conformité des documents par rapport aux stipulations de la lettre de crédit.....	258
CHAPITRE II : le connaissance négociable : un document potentiellement dématérialisable	262
SECTION 1 : la situation juridique du connaissance négociable : une créance ?	263
Paragraphe 1 : le connaissance négociable : un titre à ordre ou au porteur	264
Paragraphe 2 : la valeur mobilière du connaissance : la saisie du B/L électronique ?.....	267
a. La valeur mobilière du connaissance : les droits du porteur envers le transporteur	267
b. La saisie conservatoire du B/L et de la cargaison : la saisie du connaissance électronique ?	270
SECTION 2 : la notion de partie contrôlante et le transfert du droit de contrôle	274
Paragraphe 1 : Une cession du droit de contrôle par le transfert du document.....	274
Paragraphe 2 : le régime de la cession du document et ses conséquences	277
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	281
 DEUXIEME PARTIE.....	282

L'ARTICULATION DE LA DÉMATÉRIALISATION DES DOCUMENTS DU COMMERCE MARITIME AVEC LES EXIGENCES DE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET INFORMATIQUE.....282

TITRE I : la sécurisation des échanges de documents dématérialisés 284

SOUS-TITRE I : Vers une sécurité juridique dans les contrats conclus via Internet	285
CHAPITRE I : La fin des failles juridiques sur les transactions électroniques	286
SECTION 1 : la sécurité juridique : l'ordre normatif des gouvernements.....	286
Paragraphe 1 : la qualification juridique : le critère formel et le critère de fiabilité	287
Paragraphe 2 : la reconnaissance de la signature électronique	290
SECTION 2 : vers une égalité parfaite de l'écrit électronique avec l'écrit sur papier	292
Paragraphe 1 : l'acceptation du mail comme preuve littérale	293
Paragraphe 2 : la convention de preuve.....	296
CHAPITRE II : le connaissance dématérialisé : vers une reconnaissance juridique universelle de la négociabilité du titre représentatif de la marchandise	301
SECTION 1 : La neutralité technique et médiatique dans la conception des lois : l'indifférence des supports	302
Paragraphe 1 : l'indifférence des supports au regard de la loi	302
Paragraphe 2 : l'égalité des supports : le développement d'un rapport de confiance envers le document électronique.....	305
SECTION II : titre représentatif et titre de propriété de la marchandise : deux fonctions adaptables au document électronique	308
Paragraphe 1 : la représentation des marchandises : l'incorporation du droit au titre	309
Paragraphe 2 : Une négociabilité émancipée de la forme corporelle du titre	313
CHAPITRE III : La protection des données numériques : gage de confiance dans le commerce électronique	318
SECTION 1 : la confidentialité de l'information : corollaire de la confiance dans les échanges électroniques.....	319
Paragraphe 1 : l'usurpation d'identité sur Internet face à la circulation du connaissance	319
Paragraphe 2 : la répression des infractions liées à la circulation des documents électroniques	323
SECTION 2 : l'archivage du document électronique : une mesure de protection des données .	326
Paragraphe 1 : le régime juridique de l'archivage des documents électroniques	327
Paragraphe 2 : la fonction probatoire de l'archivage.....	330
SOUS-TITRE II : la dématérialisation des documents dans les espaces UEMOA, CEDEAO, OHADA.....	333
CHAPITRE I : La concrétisation de la dématérialisation dans quelques États de l'Afrique de l'Ouest	334
SECTION 1 : L'intérêt de la dématérialisation pour le développement économique : le cadre juridique établi par les institutions communautaires.....	334

Paragraphe 1 : la constante évolution du commerce électronique : l'amélioration de la performance des moyens techniques et juridiques en Afrique de l'ouest.....	335
Paragraphe 2 : le cadre juridique du commerce électronique entre l'Europe et l'Afrique....	338
SECTION 2 : vers une harmonisation effective des pratiques du commerce électronique en Afrique de l'ouest : le palliatif de l'absence de règles uniformes en droit des transports maritime	342
Paragraphe 1 : d'abord une uniformisation par la voie contractuelle.....	343
Paragraphe 2 : ...ensuite l'uniformisation des pratiques par la voie arbitrale	346
CHAPITRE II : La réglementation portuaire en Afrique et le commerce électronique	351
SECTION 1 : la refonte de l'architecture juridique en la matière : l'informatisation des places portuaires	351
Paragraphe 1 : la nécessité d'ouvrir le système informatique portuaire aux opérateurs économiques	352
Paragraphe 2 : la dématérialisation du procédé de saisie des manifestes électroniques dans les ports africains	354
SECTION 2 : la circulation des marchandises corollaire de la circulation de l'information entre les ports	356
Paragraphe 1 : l'échange d'information entre les ports africains	357
Paragraphe 2 : l'échange de documents et d'informations entre partenaires portuaires	360
CHAPITRE III : Les systèmes expérimentaux de dématérialisation des documents et leurs conséquences en Afrique de l'Ouest	363
SECTION 1 : les projets internationaux de dématérialisation des documents de transport maritime	364
Paragraphe 1 : Les systèmes proposés par les conventions internationales	364
Paragraphe 2 : les projets proposés par les armateurs.....	366
SECTION 2 : les projets Européens et Africains de dématérialisation	369
Paragraphe 1 : le modèle communautaire européen	370
Paragraphe 2 : La dématérialisation dans les États Africains	372
 TITRE II : le traitement des nouveaux contentieux liés à l'informatisation des documents	376
SOUS-TITRE I : le règlement amiable des litiges du transport maritime et la numérisation des documents	378
CHAPITRE I : Les sources du droit international de l'arbitrage : le cyberspace face au droit international privé	380
SECTION 1 : les conventions internationales : les règlements d'arbitrage	382
Paragraphe 1 : l'exécution des sentences arbitrales au niveau international	384
Paragraphe 2 : le comportement de l'arbitre face au droit national	387
SECTION 2 : les sources communautaires : l'arbitrage en ligne une utopie ou une réalité ?	389

Paragraphe 1 : Les sources communautaires	390
Paragraphe 2 : l'arbitrage international via Internet : possible pour les litiges concernant les contrats de vente, mais improbable pour les litiges découlant du contrat de transport maritime	393
CHAPITRE II : la preuve de la convention arbitrale et l'écrit électronique	397
SECTION 1 : la clause arbitrale écrite ou référenciée dans le contrat principal	398
Paragraphe 1 : les incidents relatifs à la clause compromissoire : le formalisme atténué, l'acceptation de la clause par les tiers	398
Paragraphe 2 : les difficultés de production de la preuve dans la procédure d'arbitrage	402
SECTION 2 : l'exigence ou non d'un écrit en matière de convention d'arbitrage international	404
Paragraphe 1 : Une absence de forme basée sur le consensualisme contractuel	404
Paragraphe 2 : l'écrit : expression du consentement par voie électronique	407
CHAPITRE III : Le contentieux de l'exécution du contrat de vente et d'affrètement de navire	410
SECTION 1 : l'exécution du contrat de vente d'un navire et l'arbitrage	411
Paragraphe 1 : la convention d'arbitrage : la clause de renvoi	413
Paragraphe 2 : le pouvoir juridictionnel de l'arbitre et la sentence	415
SECTION 2 : les litiges en matière de contrat électronique d'affrètement	417
Paragraphe 1 : la convention d'arbitrage face au contrat de transport et d'affrètement	418
Paragraphe 2 : la validité de la convention d'arbitrage	420
SOUS-TITRE II : Le contentieux de l'exécution du contrat de transport maritime appliqué aux échanges électroniques	422
CHAPITRE I : L'expression des réserves par le transporteur : période et formes	423
SECTION 1 : les réserves ante et post transport maritime et les précautions d'usage	423
Paragraphe 1 : des réserves précises et motivées	424
Paragraphe 2 :Inscrites au connaissance	428
SECTION 2 : le connaissance sans réserve et la lettre de garantie	430
Paragraphe 1 : Un risque contractuel	431
Paragraphe 2 : Une garantie personnelle non accessoire	433
Chapitre II : Le contentieux de la prise en charge des marchandises	436
SECTION 1 : La théorie de la réception des marchandises	437
Paragraphe 1 : L'obligation de présentation et de réception	437
Paragraphe 2 : L'atténuation de l'obligation de réception par le transporteur	439
SECTION 2 : Les clauses inhérentes à la prise en charge et à la loi applicable	441
Paragraphe 1 : Les clauses de chargement et de déchargement	441
Paragraphe 2 : La clause Paramount insérée dans le connaissance électronique	444
CHAPITRE III : Vers le déclin de la livraison sans connaissance : l'avènement du connaissance électronique	447
SECTION 1 : la présentation tardive du connaissance papier	449

Paragraphe 1 : Le principe : la livraison des marchandises contre remise du Connaissance	449
Paragraphe 2 : L'expédient à la livraison sans connaissance.....	453
SECTION 2 : La production automatique du connaissance électronique	456
Paragraphe 1 : Le courrier électronique comme moyen de circulation du connaissance ..	457
a- Les difficultés inhérentes à la circulation du connaissance : le faux en matière d'écriture électronique	457
b- L'alternative à l'échange physique du connaissance : l'échange par courriel	460
Paragraphe 2 : l'intégrité de son contenu et l'identification de son auteur	463
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	466
CONCLUSION GÉNÉRALE	467
ANNEX.....	473
Annex 1: Mediterranean Shipping Company SA c/. Glencore International [2017] EWCA Civ 365 (in the court of appeal)	473
Annexe 2 : MESURES DESTINÉES À FACILITER LES PROCÉDURES RELATIVES AUX DOCUMENTS DE TRANSPORT MARITIME.....	476
Annexes 3 : LISTE DES CONVENTIONS MARITIMES	490
Annexe 4 : LISTE DES DENOMINATIONS DE DOCUMENTS COMMERCIAUX AVEC LEUR IDENTIFICATEUR NUMERIQUE ET LA DESCRIPTION DE LEUR FONCTION.....	492
Annexe 5 : LISTE DES RECOMMANDATIONS DE LA COMMISSION ECONOMIQUE POUR L'EUROPE : L'ONU TRAITANT DE L'ECHANGE DE DONNEES INFORMATISEES.....	501
Annexe 6 : GUIDE : <i>CYBER SECURITE ÉVALUER ET PROTÉGER LE NAVIRE</i> 505	
Annexe 7 : LETTRE D'INFORMATION DE LA CHAMBRE ARBITRALE MARITIME DE PARIS : CYBER-SÉCURITÉ ET TRANSPORT MARITIME	517

BIBLIOGRAPHIE	521
INDEX	554
GLOSSAIRE INFORMATIQUE	557