L'adaptation du droit des transports maritimes au droit du commerce électronique

Philippe GARO

Docteur en droit - Directeur de Mc Leans

Arbitre maritime Chambre arbitrale maritime de Paris

Intervention du 17/10/2013 à l'AFDM

Monsieur Le Président,

Mesdames, Messieurs,

Le sujet présenté aujourd'hui est vaste et il a la particularité d'évoluer très vite.

Toutefois, lorsque nous avons échangé le président Boisson et moi-même sur le thème d'aujourd'hui, nous avons évoqué le fait que depuis les interventions et écrits visionnaires du Pr. Du Pontavice, à la fin des années 70 et au début des années 80, très peu d'ouvrages ou d'articles de doctrine ont traité de la dématérialisation et du droit du commerce électronique dans le cadre du droit maritime.

Et pourtant les choses ont beaucoup évolué depuis 35 ans.

1 – Propos Généraux sur la présence de l'informatique dans le shipping à bord des navires ou dans les ports ou sur les terminaux.

De nos jours, dire que l'informatique a maintenant une place incontournable dans le shipping est quasiment devenu une lapalissade.

Je citerai quelques exemples :

- ECDIS (Electronic Chart Display and Information System)
- pour la sécurité de la navigation : les « Vessel Trafic Monitoring / Management & Information » (VTMIS) pour lesquels il existe d'ailleurs une directive européenne de 2002 (Dir 2002/59 EC)
- les Vessel Trafic System dit VTS systèmes de surveillance et de gestion des trafics maritimes dans les ports qui permettent aussi d'intégrer ces ports dans les « systèmes paperless » avec notamment ce qu'on appelle les plate-formes portuaires.
- En France, je citerai le travail qui fut effectué par la Sous-Direction des Systèmes d'Information maritimes (dite « SDSI ») de la Direction des Affaires Maritimes et des Gens de Mer (DAMGM). Son rôle fut de concevoir et de mettre « en œuvre des systèmes d'information nationaux et internationaux » et de veiller « à la cohérence des données correspondantes notamment pour la gestion des personnels navigants, pour le contrôle des navires, pour la sécurité des navires et de la navigation, pour le contrôle des pêches maritimes et des cultures marines » .

Il convient de mettre en avant que le système « EQUASIS » fut le résultat d'une initiative de la DAMGM à la suite de laquelle la Commission Européenne et cinq administrations maritimes signèrent, en décembre 1999, l'accord par lequel elles s'engageaient à créer « EQUASIS ».

- En fait, dès 1998, l'Observatoire Economique et Statistique des Transports (OEST) soulignait qu' « un nouvel éclairage des fonctions portuaires (s'imposait) avec l'irruption des technologies de communication et le développement des échanges internationaux » et il était mis en avant

l'existence d'un lien direct « entre la maîtrise de la circulation de la marchandise et celle de la circulation de l'information ».

- Le transport conteneurisé va favoriser l'émergence de standards informatisés avec notamment la standardisation du procédé de saisie du plan de chargement proposé ; ceci fut proposé dès 1987 par la SMDG (Shipplanning Message Development Group) qui créa le message « BAPLIE » (Bayplan/stowage plan occupied and empty locations message) qui apparut en 1991 et qui reposait sur l'Echange de Données Informatisées (EDI) à la norme EDIFACT/ONU. BAPLIE est devenu le standard de référence dans le monde de la conteneurisation.

Les trois niveaux d'informatisation décelés en 1998 par l'OEST sont aujourd'hui la base des systèmes informatiques maritimes existant à savoir :

1 – l'informatisation de la place portuaire proprement dite

2 – l'ouverture du système informatique portuaire aux agents économiques extérieurs au port

3 – l'échange d'informations entre les ports (autorités portuaires et opérateurs portuaires)

L'OEST le souligna en 1991 : les ports devenaient des « carrefours de flux d'informations » ;

Les ports sont aujourd'hui de véritables points de concentration de flux électroniques d'informations.

En 2005, on estimait que 200 millions de messages de plans de chargement ainsi que 100 millions de messages de mouvements de conteneurs étaient échangés par an dans le monde et que 80% du volume des marchandises dangereuses et polluantes transportées par voie maritime étaient traitées par EDI.

- Les contraintes réglementaires ont également favorisé le développement de l'EDI en maritime ; ces contraintes sont liées à la sureté (ISPS – International Ship and Port Facility Security), à la traçabilité des cargaisons transportées ainsi qu'au contrôle du mouvement des matières dangereuses et polluantes dans le cadre par exemple des CSI (Container Security Initiative) ou du SCM (Integrated Supply Chain Management).

Il s'agit ainsi soit de lutter contre le terrorisme, soit de travailler dans le cadre du développement durable ou encore de protéger l'environnement.

- Il fut aussi opéré une dissociation entre le suivi du navire et le suivi des marchandises, ce qui favorisa la création des « Cargo Community System » (CCS). C'est un suivi physique, documentaire, administratif et douanier des marchandises. On France on citera le système AP+.

- Il existe aussi de nos jours les portails maritimes mis en place par les compagnies maritimes de transport conteneurisés pour offrir des services en lignes à leurs clients pour les calendriers des appareillages, les tarifs, les demandes de réservation de fret, les connaissements, les systèmes de localisation et de suivi des cargaisons ainsi que pour les paiements.

Ces portails visent une optimisation en temps et en coûts par l'utilisation de procédures standardisées en proposant des points de connexion uniques aux chargeurs dans le cadre de l'organisation d'un transport. Nous pouvons citer comme portails INTTRA, GT-NEXUS ou encore CARGOSMART.

- Il existe également les guichets uniques ou « single window » lesquels furent créés pour faciliter les démarches à l'importation et l'exportation de marchandises entre les acteurs économiques et les autorités administratives des pays concernés. Il s'agit ici de transmettre plus rapidement et plus efficacement l'information aux organismes publics.

La Commission Economique pour l'Europe des Nations Unies a donné une définition théorique des guichets uniques :

Ce sont des « Systèmes permettant aux opérateurs commerciaux de fournir l'information à un seul organisme pour satisfaire à toutes les prescriptions règlementaires liées à l'importation ou à l'exportation ».

Ainsi, Au cours de toutes ces années au cours desquelles l'informatisation déferlé sur le monde, a déferlé dans les échanges mondiaux en général et dans le transport maritime en particulier, le droit a également su évoluer.

2 – L'évolution Juridique :

Nous allons constater qu'entre le début des premiers travaux de la CNUDCI au début des années 90 et l'aboutissement aux textes de droit positif que nous connaissons aujourd'hui, il ne se sera écoulé que très peu d'années démontrant ainsi un grand pouvoir d'adaptation de l'outil juridique au phénomène de l'informatique laquelle se développe et évolue extrêmement rapidement.

Il y a encore 20 ans, il n'existait aucun texte évoquant l'internet ou le commerce électronique. Cette situation valait au réseau, à l'époque, d'être perçu par beaucoup comme une sorte de Far West juridique, un « secteur en friche » où tout était encore possible. Pour certains auteurs, nous devions même faire face à une situation dans laquelle il n'y avait « ni le vide, ni le plein mais l'enfer ! »

2a – La Lex Electronica

Il fut d'abord souhaité l'instauration d'une « Lex Electronica ». En effet, pour certains, les règles de droit existantes ne pouvaient pas s'adapter au commerce électronique.

Cette doctrine de la « Lex Electronica » était basée sur les usages qui seraient, selon ses concepteurs, mieux adaptés au commerce électronique en raison de la lenteur et des difficultés d'élaboration des textes qui deviendraient vite obsolètes en raison des développements rapides des technologies de l'information et de la communication (TIC). Il faut avouer que cette doctrine visait à bâtir un ensemble réglementaire et fiscal cohérent sur un schéma se rapprochant très fortement de celui des Etats-Unis. Ce n'était nullement un hasard ! Il est inutile de rappeler que ce pays a sur son territoire des sociétés comme APPLE, MICROSOFT, DELL, HP, etc. ; dès lors cette « Lex Electronica » semblait fortement teintée de tentative d'hégémonie juridique des USA s'appuyant sur une hégémonie économique déjà existante !

Il apparut ainsi très vite qu'il ne pouvait pas être laissé libre cours à une autorégulation au risque de voir une hégémonie commerciale s'installer sans véritable contrôle.

En fait, c'est la CNUDCI qui a joué un rôle primordial dans le processus de consécration juridique du commerce électronique.

Le travail de la CNUDCI fut effectué en prenant en compte le fait qu'il ne fallait pas créer un nouveau droit pour le commerce électronique (la fameuse « Lex Electronica »), mais, au contraire, qu'il fallait trouver des concepts qui permettraient d'adapter le droit – international ou national - qui reposait, dans le monde, sur le système papier.

Cette initiative fut particulièrement heureuse : elle mit fin à la tentative d'instauration de la « Lex Electronica ».

2b - Les Lois Types de la CNUDCI

La CNUDCI rédigea deux lois-types :

La loi-type sur le commerce électronique de 1996

La loi-type sur les signatures électroniques en 2000. (nb les signatures électroniques sont des systèmes de sécurité liés au domaine de la cryptologie et d'une de ses émanations, la cryptographie, qui vise à l'authentification pour permettre au destinataire du message d'en vérifier la provenance).

La CNUDCI ne procéda à aucune révolution : elle n'inventa aucun concept, elle a redéfini les concepts existant dans l'univers du papier.

La loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 énonça deux principes fondamentaux :

1 - la neutralité technique et médiatique du support : il ne peut pas exister de discrimination et de disparité de traitement entre les documents sur support électronique et ceux sur support papier (art.5). Ils seront tous les deux valables et ils auront la même valeur légale et la même force exécutoire.

2 – L'équivalence fonctionnelle : c'est une approche nouvelle et fondamentale pour le développement du droit du commerce électronique, à savoir l'équivalence fonctionnelle entre le support papier et le support électronique, approche basée sur l'analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence classique de document papier (écrit, original, signature).

Par ailleurs, les travaux de la CNUDCI portèrent aussi sur les questions liées aux titres de propriété et à la négociabilité ce qui l'amena à travailler sur le connaissement maritime ; Cette étude entraina l'adoption par le groupe de travail d'un projet de dispositions concernant les contrats de transport de marchandises qui faisaient intervenir des messages électroniques de données.

Ces dispositions figurent dans la loi-type sur le commerce électronique de 1996.

Un des points qui fut mis en avant était qu'il fallait créer un équivalent fonctionnel qui reproduirait l'unicité du connaissement papier, élément essentiel de ce titre qu'est le connaissement qui permettrait à son titulaire « de disposer de la cargaison (…) par des moyens électroniques tout en protégeant le transporteur du risque de livraison à une personne autre que le destinataire ».

Pour les conditions générales qui figurent au verso des connaissements, le groupe de travail étudia la question de l'incorporation par référence. Cette notion fut retenue par la loi-type de 19956 et elle en constitue un de ses éléments fondamentaux.

Ainsi, considérant qu'il existait une certaine urgence pour établir un cadre juridique pouvant faciliter l'usage de communications électroniques dans le transport de marchandises, les rédacteurs de la loi-type rédigèrent deux articles (les articles 16 et 17) dont les dispositions sont réputées pouvoir concerner les documents de transport en général et, en particulier, les connaissements négociables et non négociables.

La loi-type, en ses articles 16 et 17, constitue la première rédaction d'un texte qui pouvait s'appliquer à un connaissement qui serait ainsi pleinement dématérialisé.

Dans ce contexte de la loi-type, et ce dès 1996, il n'est plus mis en doute que le connaissement puisse s'adapter à la dématérialisation grâce au principe clé qui est celui de l'équivalence fonctionnelle.

La loi-type de 1996 a ainsi ouvert une voie mieux balisée pour la dématérialisation des documents de transport, au sein desquels figure le connaissement maritime.

La voie était ainsi ouverte qui mènera au document électronique de transport maritime auquel il sera fait référence dans le texte des Règles de Rotterdam.

Mais avant d'abord le futur que constitue les Règles de Rotterdam, je rappellerai rapidement qu'il existe en Europe deux directives et, d'une manière plus développée, j'exposerai la situation de la France, notre pays possédant maintenant un ensemble législatif sur le droit du commerce électronique.

2c - Les Directives européennes

En Europe, deux grandes directives furent rédigées :

la directive n° 1999/93 /CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE n° L 13 du 19 janvier 2000)

et la directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique (JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000).

Ces textes s'inscrivent dans le mouvement initié par la CNUDCI.

2d – La France

Il existe maintenant deux grands textes codifiés du droit du commerce électronique :

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 (JO n° 62, 14 mars 2000, p.3968)

et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dite "LEN" ou "LECN" (JO n° 143, 22 juin 2004, p.11168).

La loi de 2000 est la transposition de la directive européenne de 1999.

Elle va reprendre les grands principes élaborés dès la loi-type sur le commerce électronique à savoir la neutralité médiatique et l'équivalence fonctionnelle. La loi de 2000 modifia dans le Code Civil la section 1 relative à la preuve du chapitre IV intitulé « de la preuve des obligations et de celle du paiement ».

La loi de 2004 donne la 1ère définition en droit français du commerce électronique :

« activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».

La primauté exclusive du support papier a maintenant définitivement disparu en droit français.

Le système de la preuve fut adapté à l'aide des deux textes de 2000 et 2004 alors qu'il n'avait pas évolué depuis la rédaction du Code Civil.

L'article 1316 du code dispose désormais 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, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. ».

La loi affirme ainsi l'indépendance de l'écrit par rapport à son support mais également par rapport au mode de transmission ce qui est une référence au principe de la neutralité technique et médiatique.

Quant au principe de l'équivalence fonctionnelle, il se retrouve dans les termes de **l'article 1316-1** :

« 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. »

Deux conditions sont toutefois énoncées dans l'article 1316-1 ce qui se justifie par le fait qu'une dimension technique liée au support numérique fut introduite :

1ère condition : la personne dont il émane doit pouvoir être clairement identifiée

2ème condition : la conservation de l'écrit sous forme électronique doit être faite d'une telle manière que l'intégrité de l'écrit électronique puisse être garantie, ce qui implique l'existence d'un degré de fiabilité important du document.

Ces deux conditions constituent aussi la transposition légale des termes de la décision de la chambre commerciale de la cour de cassation du 2 décembre 1997 sur la télécopie qui avait énoncé, à une époque où il n'existait pas de cadre juridique en la matière, que l'écrit pouvait être « établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées ».

Quant à **l'article 1316-3**, il énonce clairement :

« L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

Le droit du commerce électronique est maintenant inscrit dans notre droit interne.

Il n'est pas figé :

- ⇨ La jurisprudence évolue. Une 1ère décision (publiée) a été rendue le 14 février 2013 par la cour d'appel de Nancy sur la preuve et la signature électronique dans le cadre d'un crédit à la consommation.
- ⇨ Les textes vont également évoluer ; il existe par exemple un projet de règlement européen relatif à l'identification électronique et aux services de confiance qui a pour objectif de poser un cadre contraignant aux états européens pour permettre la reconnaissance mutuelle des échanges et services numériques. Dans ce projet figure notamment deux innovations :

Avec cette évolution du droit du commerce électronique, l'utilisation affirmée de l'informatique dans le shipping et cette volonté de dématérialiser la documentation du transport, il est maintenant permis de se poser la question de savoir comment le droit maritime va s'adapter.

3 – L'adaptation du droit maritime

Le point qui achoppe depuis des années est la dématérialisation du document central du transport maritime : le connaissement.

En effet, l'utilisation du connaissement dépend d'une conception liée au monde du papier.

Dès lors comment conjuguer une pratique très informatisée avec un document – le connaissement - intrinsèquement conçu par la pratique et par le droit maritime pour une utilisation papier ?

Le connaissement a trois fonctions :

1 – Reçu de la marchandise mise à bord

2 – Preuve du contrat de transport

3 – Titre représentatif de la cargaison.

En fait, pour sa dématérialisation, le connaissement posa un problème comme titre représentatif de la marchandise.

- En fait, ses deux premières fonctions (reçu de la marchandise et preuve du contrat de transport) ne posent aucun problème quant à une telle dématérialisation.

Un connaissement dématérialisé peut toujours demeurer sans problème particulier la preuve de l'existence d'un contrat de transport et, dans un contexte dématérialisé, les textes sur la preuve en droit du commerce électronique constituent maintenant une base juridique solide.

En tant que reçu de la cargaison, la dématérialisation du connaissement ne pose pas plus de problème.

Il est en effet parfaitement possible d'intégrer dans un message de données les mentions du connaissement telles que l'identification des parties, le nom du navire, l'état et le conditionnement de la cargaison, le nombre de colis et / ou le poids de la cargaison ou encore les ports de chargement et de déchargement, et d'envoyer ensuite ce message de données au chargeur pour certifier de la mise à bord d'une cargaison.

Il pourrait se poser la problématique des réserves au connaissement, réserves que le transporteur maritime a l'obligation de mentionner si, par exemple, la cargaison chargée est endommagée ou en nombre insuffisant par rapport aux quantités annoncées et mentionnées au connaissement ou sur le document de transport.

Cependant, l'apposition de réserves sur un connaissement ou tout autre document de transport maritime est devenue une vue de l'esprit.

En effet, nous avons assisté ces dernières années à une aseptisation de la documentation transport : les documents doivent être nets de réserves sous peine d'être refusés s'ils ne sont pas « clean on board ».

Il en est ainsi, par exemple, dans le cas d'un crédit documentaire, car tout connaissement sur lequel des réserves seraient apposées, sera bloqué dans le circuit bancaire.

- La troisième fonction confine au particularisme du connaissement, symbole de la possession de la marchandise.

Le connaissement est le titre représentatif de la marchandise ; le détenteur du connaissement a la possession de la cargaison qui peut être transférée en cours de transport maritime entre différentes parties quand le connaissement est à ordre par le système de l'endossement.

Ce « process » dénote de la grande confiance que les opérateurs apportent au document en lui-même car seul le dernier détenteur du connaissement original pourra l'accomplir en le remettant à la compagnie maritime pour prendre livraison de la cargaison mentionnée sur le document.

Toutes ces opérations sont assez lourdes, elles sont lentes et elles mobilisent beaucoup d'acteurs : les banques, les agents maritimes, etc.

Il peut aussi arriver que les marchandises arrivent avant le connaissement au port de destination ce qui peut engendrer un retard ou des difficultés à la livraison.

Le connaissement fut dès lors considéré comme un document lourd à manier notamment dans le domaine de la ligne régulière de transports conteneurisés.

La position visant ainsi à considérer que l'informatique ne pouvait pas s'appliquer au connaissement devint presque un axiome qui engendra un certain délaissement de ce document par la pratique et la création d'autres documents plus faciles à manipuler en raison certes de la diminution du temps de transport mais aussi plus facilement utilisables dans un univers dématérialisé comme, par exemple la lettre de transport maritime ou « sea waybill », laquelle ne possède pas cette 3ème fonction.

3a – Les tentatives pour dématérialiser le connaissement :

Depuis des décennies, différents systèmes ont été lancés pour tenter de dématérialiser le connaissement avec en toile de fond un groupe de texte anciens régissant le transport maritime (Convention de 1924, Protocole de 1968, Règles de Hambourg de 1978). Dans ce dernier texte, il y est fait une petite référence à l'informatique dans l'article 14-3 qui dit ceci : « La signature apposée sur le connaissement peut être manuscrite, imprimée en fac-similé, appliquée par perforation ou par tampon, se présenter sous forme de symbole ou être portée par tout autre moyen mécanique ou électronique, si le procédé n'est pas incompatible avec la loi du pays où le connaissement est émis ».

En France, le Code des transports ne contient pas de dispositions relatives aux documents de transport maritime dématérialisés.

Devant ces textes mal adaptés à l'évolution informatique, le CMI, tout en ne voulant pas créer des règles remplaçant les règles applicables en matière de connaissement, édicta même en 1990 un ensemble de huit règles non contraignantes en adoptant lors de sa XXXIVème Conférence internationale à Paris, qui s'est tenue du 24 au 29 juin 1990, les Règles uniformes relatives aux lettres de transport maritime.

En parallèle, il fut lancé différents systèmes tendant à dématérialiser le connaissement, tous ces systèmes – sauf un, le dernier en date, ESS, nous y reviendrons –ayant été lancés à une époque où la législation sur le droit du commerce électronique n'existait pas.

Il fallait donc construire des systèmes qui pouvaient ensuite évoluer sans se heurter en quelque sorte au cadre juridique existant et qui était entièrement dédiés au système papier.

Nous en citerons 4, deux qui ont fait long feu et deux qui existent encore de nos jours avec des implications extrêmement importantes :

- « **Cargo Key Receipt System** » :

Ce système fut un échec :

- ⇨ en raison du coût de transmission des données facturés par les banques (100USD), coût que personne ne voulait supporter,
- ⇨ car le personnel des banques n'était pas formé au système,
- ⇨ les chargeur ne furent pas du tout convaincus par l'efficacité du système et sa sécurisation.

- « **SeaDocs Registry** » :

Ce fut un projet développé par la Chase Manhattan Bank et INTERTANKO (association des propriétaires de tankers) pour protéger les victimes des altérations de connaissements papiers dans le commerce du pétrole mais le projet concernait tous les types de cargaison. Le but était d'éviter toute circulation matérielle du connaissement ce qui supprimait aussi toutes les difficultés liées à la présentation du connaissement à destination ; Ce fut également un échec car les chargeurs ou clients du système ne voulaient pas communiquer à une banque certaines informations de leur business.

- Le système « **BOLERO** » (Bill of Lading for Europe – lancement du projet en 1994) qui existe encore de nos jours.

Son but était :

- de supprimer la masse de papier générée par le commerce mondial en la remplaçant par des messages électroniques échangés dans un univers sécurisé le tout étant regroupé au sein d'une structure légale liant les différents utilisateurs du système.
- de créer un environnement électronique total qui pourrait offrir une alternative valable aux documents utilisés dans le commerce international en remplaçant complètement le support papier par un support dématérialisé sous formes de messages électroniques échangés dans un environnement sécurisé et en ayant tous les acteurs de BOLERO regroupés au sein d'une structure légale.

Le système est très complexe ; Il s'agissait aussi d'un travail visant à reproduire électroniquement le connaissement négociable avec des mesures de sécurité très élaborées, le système reposant sur un registre central géré par une autorité neutre, par lequel passe tous les échanges entre les membres de BOLERO, le registre central stockant sous forme de données informatiques toutes les transactions commerciales et tous les transports de cargaisons, la base légale d'un « Bolero B/L » reposant sur le « Bolero Rule Book » qui retient le cœur du concept des connaissements traditionnels mais en les adaptant pour l'environnement « paperless ».

Pour BOLERO, leur « eBL » est un équivalent dématérialisé du connaissement papier. Dans le concept BOLERO, l' « eBL » est la combinaison, d'une part, d'une application dénommée « Title Registry » qui est un stockage et un programme qui gère le transfert des droits liés du connaissement et, d'autre part, d'un document informatique qui contient des données relatives au « eBL ».

Ce « eBL » ne peut avoir qu'un seul porteur mais il doit y avoir un porteur de ce « eBL » à tout moment. Cette détention informatique est pour BOLERO l'équivalent de la possession d'un connaissement papier.

BOLERO évolue en système fermé. Il faut signer un contrat pour y adhérer et pour pouvoir rentrer dans le système qui devient le mode de fonctionnement exclusif de dématérialisation des documents de transport.

BOLERO a maintenant engagé une approche plus pragmatique qui est de créer un rapprochement avec les systèmes informatiques existant des transporteurs maritimes plutôt que de forcer ceux-ci à venir se raccrocher en quelque sorte à une plate-forme unique.

- Nous soulignerons enfin l'existence d'un dernier système qui s'appelle **ESS pour Electronic Shipping Solutions paperless system** ». L'ESS est un produit qui propose aussi de remplacer la documentation papier par des documents électroniques dénommés "eDocs". Ce système utilise une interface « B2B » pour l'échange sécurisé (cryptographie et authentification) de « eDocs » dans le cadre de l' « ESS-Databridge ». Les procédés requis pour les documents papiers sont remplacés par des « web-based electronic documents » (grâce au service « CargoDocs ») qui ne se borne pas à remplacer le connaissement par un document de transport électronique (dénommé « eBL ») mais également les manifestes, les certificats d'origine, les reçus d'échantillons du Capitaine, les certificats de quantité et de qualité, etc.

Les deux derniers systèmes (BOLERO et ESS) sont en place de nos jours et il convient maintenant de noter un point important qui est la position des assureurs des armateurs et transporteurs maritimes, connus sous le nom de P&I Clubs, à propos des documents de transport dématérialisés.

4 - La position des P&I Clubs :

Ces organismes couvrant 90% de la flotte de commerce mondiale en responsabilité professionnelle, leur position est donc fondamentale pour l'utilisation, par les armateurs mondiaux des documents de transport dématérialisés.

En effet, les armateurs ne peuvent pas prendre le risque de se retrouver sans couverture d'assurances pour l'unique raison d'utilisation de connaissements ou de documents électroniques de transport.

Les P&I Clubs ont souligné leur inquiétude à propos des systèmes de dématérialisation documentaire du connaissement qui ne seraient pas universellement reconnus comme assurant correctement les trois fonctions du connaissement.

En conséquence, les armateurs seront couverts par leurs clubs en cas d'utilisation de connaissements électroniques à la condition que la responsabilité engagée l'ait également été en cas d'utilisation d'un connaissement papier. Autrement dit, le dommage ne doit pas résulter ou être la conséquence de l'utilisation de connaissements électroniques.

Dans l'hypothèse où la responsabilité de l'armateur surviendrait en raison de l'utilisation d'un connaissement électronique au lieu d'un connaissement papier, la couverture est à la discrétion de l'assureur sauf si le système de commerce électronique a été approuvé par le Groupe International des P&I Clubs.

Les deux systèmes qui ont été approuvés par les P&I Clubs sont BOLERO et ESS.

Les hypothèses de risque sont par exemple des systèmes qui ne transfèrerait pas correctement les droits sur la cargaison ce qui pourrait amener des procès à propos de la propriété de la cargaison ou de la non-livraison de celle-ci au vrai destinataire. Un autre exemple est celui d'un système qui ne se référerait pas correctement aux Conventions internationales de transport de marchandises (Convention de Bruxelles ou Règles de Hambourg), ce qui aurait pour conséquence de na pas pouvoir soulever un cas excepté exonératoire de responsabilité ou encore une limitation de responsabilité prévus par ces textes.

Cette situation est actuellement un sérieux frein à l'utilisation de connaissement dématérialisé en système ouvert ou avec d'autres systèmes « paperless trading » ou encore avec des systèmes informatiques de compagnies maritimes.

Cependant, il existe des perspectives très grandes quant à l'utilisation de documents de transport dématérialisés recouvrant les trois fonctions du connaissement – et notamment la 3ème fonction - car, comme il le fut pertinemment souligné dès 1997 par le Professeur Olivier Cachard, « un formalisme électronique qui garantirait au titulaire d'un document électronique **la sécurité** d'être le seul à pouvoir entrer en possession des marchandises permettrait de surmonter l'obstacle traditionnel tiré de la négociabilité ».

Il s'agirait donc d'utiliser des systèmes informatiques fiables techniquement et légalement par l'obtention, par exemple, de certificat de qualification ou d'un prestataire de service de certification électronique (PSCE) qui existe déjà notamment pour les signatures électroniques.

5 – Les perspectives

Quelles sont d'une manière générale les perspectives à l'heure actuelle ?

Les textes qui gouvernent le transport maritime international sont des textes qui ont pour référence le document papier.

Cependant, les perspectives sont très positives car le droit du commerce électronique a beaucoup évolué ces dernières années et de nombreux pays se dotent maintenant de législations spécifiques reconnaissant la valeur équivalente d'un document dématérialisé par rapport à un document papier.

Ce point est important car lorsqu'il s'est agi dans les années 80 / 90, au siècle dernier, de penser ou de concevoir la dématérialisation du connaissement, il n'existait aucun cadre juridique.

La CNUDCI a joué un rôle d'une extrême importance dans l'élaboration d'un droit du commerce électronique avec notamment ses deux lois-types sur le commerce électronique de 1966 et celle sur la signature électronique de 2001.

La loi-type de 1996 consacra deux grands principes, d'une part, la non-discrimination juridique vis-à-vis des messages électroniques qui se traduit par la neutralité technique et médiatique, c'est-à-dire la neutralité du support (papier ou électronique) et, d'autre part, l'approche dite de l'équivalent fonctionnel par laquelle la loi-type tend à redéfinir les concepts existant dans l'univers du papier pour les adapter à l'univers électronique.

Certes, les lois-types n'ont pas la force d'une convention internationale et il revient donc aux Etats d'en retenir leurs dispositions et de les introduire dans leur droit national.

La loi-type de 1996 et de 2001 de la CNUDCI ont inspiré de nombreuses législations comme par exemple les directives européennes de 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques et de 2000 sur le commerce électronique.

Avec ce nouveau cadre légal, l'écrit en lui-même ne se confond plus désormais et uniquement avec le document papier mais également avec le document électronique qui est devenu son équivalent absolu.

Ces mouvements législatifs sur le droit du commerce électronique et les signatures électroniques permettent d'envisager la mise en place du connaissement électronique ou, pour reprendre le vocable des futures Règles de Rotterdam, du document de transport électronique négociable ou non-négociable.

Il est à mon sens déjà possible d'adapter les dispositions du texte de la convention originaire de 1924 dans les pays disposant de législations sur le commerce électronique.

Certes, la position des assureurs des armateurs ne favorise pas pleinement, en l'état, la mise en place universelle du document de transport maritime électronique négociable ou non-négociable du fait qu'ils ne reconnaissent que deux systèmes permettant l'utilisation d' « electronic bill of lading » ; toutefois, ils ont précisé qu'ils n'empêchaient pas l'utilisation de ces « electronic Bills of lading » à la condition que toute réclamation ou procès à l'encontre de leurs assurés sur la base d'un transport dans le cadre duquel un « eB/L » aurait été émis ne mette pas en cause la responsabilité de l'armateur du fait de l'utilisation d'un « eB/L ». Cette possibilité de non-couverture ne favorise donc pas une utilisation sans réserve des documents de transport électroniques en maritime.

La donne pourrait changer avec la rentrée en vigueur des Règles de Rotterdam de 2008 qui ne font plus référence au connaissement mais qui utilisent le vocable « document de transport » et qui intègrent pleinement la notion de document électronique.

Elles font référence au document électronique de transport négociable ou non négociable (art.1er-18) et elles définissent le document électronique de transport comme « 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, qui :

A – constate la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu du contrat de transport ; et

B – constate ou contient le contrat de transport ».

Les Règles disposent que l'utilisation de documents électroniques de transport devra faire partie intégrante du contrat de transport conclu entre le transporteur et le chargeur. Les dispositions contractuelles devront décrire la méthode utilisée, d'une part, pour l'émission du document en faveur du porteur envisagé et, d'autre part, pour le transfert du document. Par ailleurs, il devra être fait référence aux moyens qui permettront d'assurer que le document conservera son intégrité puis à la façon dont le porteur pourra démontrer qu'il a la qualité de porteur.

Elles n'utilisent plus le terme « possession » de la marchandise mais celui de « contrôle exclusif » ce qui supprime, dans l'idée, la dimension physique ; il conviendra dès lors à celui qui détiendra les droits sur la marchandise d'avoir seulement le contrôle exclusif de la cargaison par des moyens appropriés et sûrs.

Nous soulignerons enfin le travail très important qui est en cours, depuis 2009, au sein du groupe de travail IV « Commerce Electronique » de la CNUDCI à propos de l'utilisation des « electronic transferable records ». Le résultat de ces travaux devrait faciliter l'utilisation des documents électroniques de transport tels que ceux dont il est fait état dans les Règles de Rotterdam

Ces Règles de Rotterdam constituent l'encadrement juridique futur du transport maritime de lignes régulières.

En ce qui concerne le tramping, cette partie du transport maritime relatif à des transports sous charte-partie, les connaissements de charte-partie continueront à être soumis aux dispositions antérieures.

Dans tous les cas, aujourd'hui, rien n'interdit d'ores et déjà aux Etats ayant un corpus de textes régissant le droit du commerce électronique d'adapter leur droit maritime pour l'utilisation de documents électroniques de transport négociables ou non négociables.

Je vous remercie de votre attention.

Philippe GARO