

**FILE COPY**

REFERENCE AND TERMINOLOGY UNIT  
please return to room



NATIONS UNIES

ASSEMBLEE  
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/333  
18 mai 1990

FRANCAIS  
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES  
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-troisième session  
New York, 25 juin-6 juillet 1990

ECHANGE DE DONNEES INFORMATISEES

Etude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats  
par des moyens électroniques

Rapport du Secrétaire général

TABLE DES MATIERES

|                                                                                                                | <u>Paragraphes</u> | <u>Page</u> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|-------------|
| INTRODUCTION                                                                                                   | 1 - 9              | 3           |
| <u>Chapitre</u>                                                                                                |                    |             |
| I. L'EXIGENCE DE L'ECRIT                                                                                       | 10 - 47            | 5           |
| A. Généralités                                                                                                 | 10 - 14            | 5           |
| B. Etude comparée des législations européennes : l'étude TEDIS                                                 | 15 - 19            | 7           |
| 1. L'obligation d'établir, de délivrer, d'expédier ou<br>de conserver des documents sur supports papier signés | 20 - 28            | 8           |
| a) Application aux contrats                                                                                    | 21 - 25            | 8           |
| b) Mesure dans laquelle cette exigence constitue<br>un obstacle à la généralisation de l'EDI                   | 26 - 28            | 9           |
| 2. La preuve                                                                                                   | 29 - 41            | 10          |
| a) La preuve dans les pays de droit civil                                                                      | 30 - 35            | 10          |
| b) La preuve dans les pays de <u>common law</u>                                                                | 36 - 37            | 11          |
| c) La preuve en droit comptable et fiscal                                                                      | 38 - 41            | 11          |
| C. Le rapport de l'American Bar Association                                                                    | 42 - 47            | 12          |

TABLE DES MATIERES (suite)

|                                                                   | <u>Paragraphes</u> | <u>Page</u> |
|-------------------------------------------------------------------|--------------------|-------------|
| II. AUTRES QUESTIONS JURIDIQUES LIEES A LA FORMATION DES CONTRATS | 48 - 76            | 13          |
| A. Accusé de réception des messages                               | 48 - 49            | 13          |
| B. Authentification des messages                                  | 50 - 59            | 14          |
| C. Consentement, offre et acceptation                             | 60 - 64            | 16          |
| D. Conditions générales                                           | 65 - 68            | 17          |
| E. Date et lieu de la formation du contrat                        | 69 - 75            | 18          |
| F. Risque de défaut de communication                              | 76                 | 20          |
| III. REGLES ET ACCORDS DE COMMUNICATION                           | 77 - 89            | 20          |
| A. Les Règles UNCID                                               | 82 - 86            | 21          |
| B. Accords types de communication                                 | 87 - 89            | 22          |
| CONCLUSION                                                        | 90                 | 23          |

## INTRODUCTION

1. A sa dix-septième session, en 1984, la Commission a décidé d'inscrire à titre prioritaire à son programme de travail la question des incidences juridiques du traitement automatique des données sur les courants commerciaux internationaux 1/. Elle a pris cette décision après avoir examiné un rapport du Secrétaire général sur les aspects juridiques du traitement automatique des données 2/ qui exposait plusieurs problèmes juridiques, à savoir la valeur juridique des documents d'ordinateur, la nécessité d'un écrit, l'authentification, les conditions générales, la responsabilité et les connaissances.

2. A sa dix-huitième session, en 1985, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétariat sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (ci-après dénommé "rapport de 1985") 3/. Ce rapport concluait qu'à l'échelon mondial l'utilisation de données informatiques comme élément de preuve devant un tribunal posait moins de problèmes que l'on aurait pu le penser. Il notait que le fait que les documents doivent être signés, ou doivent être sur papier, constituait un obstacle juridique plus sérieux à l'utilisation des ordinateurs et des télécommunications d'ordinateur à ordinateur dans le commerce international. Après avoir examiné le rapport, la Commission a adopté la recommandation suivante :

"La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Notant que l'utilisation du traitement automatique de l'information est sur le point de devenir bien établie dans le monde dans de nombreux aspects du commerce national et international, ainsi que dans les services administratifs,

Notant aussi que les règles juridiques fondées sur des moyens de documenter le commerce international axés sur le papier et antérieurs au TAI risquent de faire obstacle à l'utilisation du TAI dans la mesure où elles induisent une insécurité juridique ou empêchent l'utilisation rationnelle du TAI lorsque celle-ci est néanmoins justifiée,

Notant en outre avec satisfaction les efforts déployés par le Conseil de l'Europe, le Conseil de coopération douanière et la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies en vue de surmonter les obstacles à l'utilisation du TAI dans le commerce international résultant de ces règles juridiques,

Considérant en même temps qu'il n'est pas nécessaire d'unifier les règles de la preuve en ce qui concerne l'utilisation des enregistrements informatiques dans le commerce international, l'expérience montrant que des différences marquées entre les règles de la preuve applicables au système de documentation sur papier n'ont jusqu'à présent eu aucun effet néfaste perceptible sur le développement du commerce international,

Considérant en outre que les progrès enregistrés dans l'utilisation du TAI rendent souhaitable, dans un certain nombre de systèmes juridiques, l'adaptation des règles juridiques existantes, compte dûment tenu, cependant, de la nécessité d'encourager l'emploi de techniques de TAI garantissant une fiabilité identique ou supérieure à celle de la documentation sur papier,

1. Recommande aux gouvernements :

a) De réexaminer les règles juridiques touchant l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve en justice afin d'éliminer les obstacles superflus à leur recevabilité, de s'assurer que ces règles sont compatibles avec les progrès techniques et de donner aux tribunaux les moyens leur permettant d'apprécier la fiabilité des données contenues dans ces enregistrements;

b) De réexaminer les règles juridiques en vertu desquelles certaines transactions commerciales ou certains documents ayant trait au commerce doivent être sous forme écrite, que cette forme écrite soit ou non une condition requise pour que la transaction ou le document soit valide ou s'impose aux parties, afin de faire en sorte que, le cas échéant, la transaction ou le document puissent être enregistrés et transmis sur support informatique;

c) De réexaminer l'exigence légale d'une signature manuscrite ou de toute autre méthode d'authentification sur papier pour les documents commerciaux afin de permettre, le cas échéant, l'utilisation de moyens électroniques d'authentification;

d) De réexaminer les règles juridiques selon lesquelles les documents à soumettre à l'administration doivent être présentés par écrit et doivent porter une signature manuscrite en vue d'autoriser, le cas échéant, leur présentation sur support informatique aux services administratifs qui ont acquis les équipements nécessaires et mis en place les procédures requises;

2. Recommande aux organisations internationales chargées d'élaborer des textes juridiques sur le commerce de tenir compte de la présente recommandation dans leurs travaux et, le cas échéant, d'envisager de modifier les textes juridiques en vigueur conformément à la présente recommandation 4/."

3. Cette recommandation a été approuvée par l'Assemblée générale au paragraphe 5 b) de sa résolution 40/71 du 11 décembre 1985, qui est libellé comme suit :

"L'Assemblée générale,

... Demande aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendra, conformément à la recommandation de la Commission, afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international; ..." 5/.

4. A ses dix-neuvième et vingtième sessions, en 1986 et 1987, la Commission était saisie de deux nouveaux rapports sur les aspects juridiques du traitement automatique de l'information 6/, qui décrivaient et analysaient les travaux des organisations internationales actives dans le domaine du traitement automatique de l'information.

5. A sa vingt et unième session (1988), la Commission a examiné la proposition tendant à ce que soit examinée la possibilité d'élaborer des principes juridiques applicables à la formation de contrats internationaux par des moyens électroniques, notamment au moyen d'écrans de visualisation. Il a été noté qu'il n'existait actuellement aucun régime juridique adéquat réglementant cette importante pratique de plus en plus répandue, et que des travaux dans ce domaine permettraient de combler les lacunes juridiques et de

réduire les aléas et les difficultés rencontrés dans la pratique. La Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude préliminaire sur la question 7/.

6. A la vingt-deuxième session (1989), il a été décidé qu'un rapport préliminaire serait soumis par le Secrétariat à la vingt-troisième session de la Commission 8/.

7. On notera que, dans les rapports précédemment soumis à la Commission et dans les rapports de la Commission elle-même, la question a été examinée sous l'appellation générale de "traitement automatique de l'information" (TAI), terme généralement utilisé pour décrire les applications commerciales de l'informatique. Ces dernières années, la terminologie a été modifiée et l'on utilise désormais l'expression "échange de données informatisées", notamment dans le contexte du transfert d'informations commerciales d'ordinateur à ordinateur au moyen de systèmes de télécommunication. Aussi le présent rapport utilise-t-il les termes "échange de données informatisées" ou son abréviation "EDI".

8. L'une des applications caractéristiques de l'EDI est l'échange de données commerciales dans une relation bilatérale entre partenaires commerciaux. Cet échange peut être assuré soit par une connexion directe entre les ordinateurs des parties, soit par l'intermédiaire de l'ordinateur d'un ou plusieurs tiers prestataires de services. L'une des caractéristiques de l'EDI est que les données communiquées sont structurées selon une présentation standard, ce qui permet aux données d'être échangées et d'être traitées par l'ordinateur qui les reçoit sans avoir à être ressaisies. Des normes internationales ayant été adoptées et étant de plus en plus souvent utilisées pour les architectures de réseaux informatiques et le format des messages EDI, les données peuvent être transmises quel que soit le matériel ou le logiciel utilisé au départ ou à l'arrivée.

9. Le présent rapport, qui constitue une étude préliminaire et non exhaustive sur la question, a trois objectifs : premièrement, mettre à jour certaines des informations données à propos du TAI dans le rapport de 1985; deuxièmement, décrire brièvement certains des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques; troisièmement, présenter certaines des solutions qui ont été ou qui sont actuellement mises au point pour rendre compatible l'EDI avec le droit des contrats. Lorsque cela se révèle nécessaire, le rapport examine en outre certains problèmes juridiques qui ne sont pas strictement liés à la formation des contrats. Par exemple, des questions telles que la forme des factures (voir les paragraphes 28 et 40 ci-dessous) se posent lors de l'exécution de contrats formés par des moyens électroniques. Néanmoins, elles doivent être traitées dans la présente étude, du fait de leurs incidences possibles sur la généralisation de l'EDI.

## I. L'EXIGENCE DE L'ECRIT

### A. Généralités

10. La législation de nombreux Etats exige que certaines transactions soient conclues par écrit. Dans le rapport de 1985, qui a conduit à l'adoption de la recommandation de la CNUDCI mentionnée ci-dessus, il était indiqué que l'exigence de l'écrit dans les législations nationales, ainsi que dans certaines conventions internationales relatives au droit commercial international, était l'un des principaux obstacles à la généralisation de

l'EDI. Certaines de ces législations nationales sont mentionnées dans le rapport de 1985 9/ et dans l'étude TEDIS (voir les paragraphes 32 à 41 ci-après).

11. En général, on notera que, lorsque l'exigence de l'écrit est énoncée dans le droit des contrats, elle peut avoir l'une des trois conséquences suivantes. Dans un premier cas, la présence d'un écrit est une condition de l'existence ou de la validité de l'acte juridique qu'il porte. Aussi l'absence d'un document écrit entraîne-t-elle la nullité de l'acte juridique. Dans un second cas, l'écrit est exigé par la loi à des fins de preuve. Un contrat valable peut alors être conclu par les parties sans qu'un écrit ne soit nécessaire, mais l'exécution du contrat est limitée par une règle générale selon laquelle l'existence et la teneur du contrat doivent être prouvées au moyen d'un écrit en cas de procédure judiciaire. Il peut y avoir des exceptions à cette règle (voir le paragraphe 32 ci-après). Dans un troisième cas, un écrit est nécessaire lorsque l'on souhaite obtenir des conséquences juridiques données allant au-delà d'une simple preuve de l'existence du contrat. C'est par exemple le cas de la lettre de transport aérien en vertu de la Convention de Varsovie de 1929 10/. Aux termes de ce texte, l'émission d'une lettre de transport aérien n'est pas une condition requise pour la conclusion d'un contrat de transport de marchandises, mais elle l'est si le transporteur souhaite pouvoir bénéficier des dispositions de la Convention relatives à la limitation de sa responsabilité. Cette règle sera modifiée lorsque le Protocole additionnel N° 4 de Montréal (1975) entrera en vigueur. En vertu de l'article III de ce Protocole, l'émission d'une lettre de transport aérien ne sera plus une condition requise pour que le transporteur puisse bénéficier des dispositions limitant sa responsabilité.

12. L'exigence de l'écrit est notamment justifiée par la volonté de réduire les litiges en veillant à ce qu'il y ait une preuve tangible de l'existence et de la teneur du contrat; d'aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion d'un contrat; de permettre à des tiers de pouvoir se fonder sur le document; et de faciliter les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires.

13. La question de savoir ce qu'est un "écrit" fait elle-même l'objet de controverses. Ce mot a été défini dans certains pays, généralement par référence au mode d'apposition sur le support plutôt qu'à la nature du support lui-même. Par exemple, en vertu de l'Interpretation Act 1978 du Royaume-Uni 11/, le mot "écrit" ("writing") englobe la dactylographie, l'impression, la lithographie, la photographie et d'autres modes de représentation ou de reproduction des mots sous une forme visible, alors que la section 1-201(46) du Code commercial uniforme des Etats-Unis dispose que le mot "écrit" ("written" ou "writing") englobe l'impression, la dactylographie ou toute autre réduction intentionnelle à une forme tangible. Chaque fois qu'une loi utilise le mot "écrit" sans le définir, on peut sans doute en déduire que le législateur considérerait initialement que cet écrit serait apposé sur une feuille de papier ou tout autre support matériel permettant la lecture directe des mots par des êtres humains.

14. La définition de l'écrit a souvent été étendue aux télégrammes ou aux messages télex, comme à l'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. A l'article 7-2 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, la définition de l'écrit a été en outre étendue aux "communications télex, télégrammes ou tout autre moyen de communication qui atteste l'existence [de la convention]". L'article 4-3 du projet de convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international dispose que "le document ... peut être émis sous toute forme qui assure la

préservation des renseignements y figurant". Une idée similaire est exprimée dans la définition de la "notification par écrit" à l'article 1-4 b) de la Convention d'UNIDROIT de 1988 sur l'affacturage international, selon laquelle l'écrit "comprend également les télégrammes, les télex, ainsi que tout autre moyen de télécommunication de nature à laisser une trace matérielle".

B. Etude comparée des législations européennes : l'étude TEDIS

15. En 1988, la Commission des Communautés européennes a commencé de mettre en oeuvre le programme TEDIS (Trade Electronic Data Interchange Systems) 12/, dont l'un des objectifs est la mise en place d'un cadre juridique approprié pour la généralisation de l'EDI dans les 12 Etats membres des Communautés européennes 13/. L'une des premières activités entreprises dans le cadre du volet juridique du programme TEDIS a été l'établissement d'une étude générale des obstacles juridiques au développement de l'EDI dans les 12 Etats membres des Communautés européennes, comme il avait été recommandé dans la résolution de 1985 de la CNUDCI. Les résultats de cette étude des législations nationales ont été publiés en français en 1989; la version anglaise devrait être publiée sous peu 14/. Une analyse similaire doit être effectuée dans un avenir proche à propos des lois nationales des Etats membres de l'Association européenne de libre-échange, qui participe maintenant au programme TEDIS. Cette étude devrait être publiée avant la fin de 1990. En outre, la Commission des Communautés européennes a demandé "l'élaboration d'un rapport d'analyse de l'impact de l'EDI sur la formation du contrat et formulant des propositions de réforme ou d'adaptation de la situation légale actuelle 15/".

16. Les conclusions de l'étude TEDIS, ainsi que les documents d'un séminaire juridique TEDIS-EDI organisé en juin 1989 16/, donnent une bonne idée de ce que l'on peut s'attendre à trouver dans la législation des Etats non couverts par l'étude, car les 12 Etats membres des Communautés européennes se rattachent à plusieurs grandes familles juridiques. Si les problèmes spécifiques peuvent différer d'un Etat à l'autre - et il peut se poser, dans des systèmes juridiques extérieurs à l'Europe, des problèmes qui ne sont pas mentionnés dans les divers rapports TEDIS - ces documents donnent toutefois une bonne indication des problèmes juridiques qui pourront se poser au fur et à mesure que se généralisera l'EDI. En particulier, ils donnent une idée des problèmes dont il faudra tenir compte dans tout processus d'unification régionale ou mondiale.

17. L'une des conclusions de l'étude 17/ est que, dans les Communautés européennes, aucun pays n'a encore pleinement adapté sa législation aux exigences et problèmes propres au développement de l'EDI. Selon l'étude, la législation la plus pertinente est une réglementation italienne traitant de l'organisation d'un service public de poste électronique et détermine les conditions dans lesquelles des documents transférés électroniquement par la voie de ce service public peuvent faire foi. Les autres lois examinées dans l'étude ne traitaient qu'indirectement de l'EDI. Les questions visées dans ces lois nationales étaient les suivantes :

- Les conditions dans lesquelles un enregistrement informatique peut être admis à titre de preuve en justice et recevoir la même force probante que les originaux dont il est présumé être la reproduction;
- La mesure dans laquelle une comptabilité peut être tenue sur un support informatique et les conditions dans lesquelles des documents ou informations servant de base à cette comptabilité peuvent être conservés uniquement sur support informatique;

- La possibilité de soumettre des déclarations fiscales ou douanières à l'aide de supports informatiques.

18. L'étude TEDIS précise que, bien que des efforts aient été faits à l'échelon national pour résoudre certains des problèmes liés à l'utilisation de l'EDI, plus précisément en ce qui concerne la valeur juridique des enregistrements informatiques, nombre d'autres problèmes, notamment ceux de la formation des contrats par des moyens électroniques, restent soumis aux règles traditionnelles. Ces règles devraient être interprétées, développées et actualisées par la jurisprudence ou la pratique administrative nationale afin d'être adaptées à l'EDI. Le futur rapport TEDIS sur la formation des contrats devrait donner une indication plus claire de la mesure dans laquelle les règles traditionnelles pourront rester appropriées dans le contexte de la généralisation de l'EDI.

19. L'étude TEDIS actuelle 18/ indique que les principaux obstacles juridiques au développement de l'EDI sont l'obligation d'établir, d'expédier ou de conserver des documents sur supports papier signés et les conditions juridiques liées à la preuve. Il s'agit là pour l'essentiel des conclusions qui avaient déjà été tirées, à propos des enregistrements informatiques, dans le rapport de 1985.

1. L'obligation d'établir, de délivrer, d'expédier ou de conserver des documents sur supports papier signés

20. Les raisons d'une telle obligation sont diverses, et la teneur de l'obligation elle-même varie considérablement d'un système juridique à l'autre.

a) Application aux contrats

21. Conformément au principe de l'autonomie de la volonté, qui est reconnu dans la plupart des systèmes juridiques, les parties peuvent conclure des contrats par tous les moyens dont elles conviennent. Si la forme choisie pour la formation du contrat - ou l'absence de forme - ne permet pas d'avoir une preuve matérielle de la volonté commune des parties de conclure un contrat, l'exécution du contrat pourra en être affectée, mais en général pas sa validité.

22. Par exception à ce principe, comme il est noté dans l'étude TEDIS, la plupart des systèmes juridiques établissent une distinction entre diverses catégories de contrats, dont certains ne sauraient être valablement conclus par des moyens électroniques, alors que d'autres pourraient l'être, mais se heurteraient à des problèmes particuliers dans le contexte de l'EDI.

23. Parmi ces exceptions, il existe, dans de nombreuses législations nationales, une catégorie de contrats dont la validité est fonction de l'accomplissement de telle ou telle formalité. Bien que plus abondante dans les pays de droit civil, cette catégorie n'est pas inconnue des systèmes de common law. Souvent, la formalité requise est la conclusion du contrat sous forme écrite. Certains contrats, tels que la vente d'immeubles ou la constitution d'une hypothèque immobilière, ou des baux immobiliers à long terme, peuvent être soumis à des formalités additionnelles telles que l'établissement d'un écrit notarié. En outre, dans certains cas, les contrats peuvent devoir être enregistrés auprès d'un organisme public. Pour certains autres contrats, la seule formalité requise consiste en la constitution d'un écrit, sans que la loi spécifie autrement la forme de l'écrit. Dans plusieurs pays de droit civil, cette catégorie englobe divers contrats, notamment



la vente de navires immatriculés, les hypothèques sur navires ou aéronefs et tous les contrats conclus pour l'utilisation de navires. Actuellement, comme peu de choses ont été faites par la plupart des autorités nationales pour permettre l'exécution de ces formalités requises par des moyens électroniques, ces contrats solennels ne sont pas compatibles avec l'EDI.

24. Dans les systèmes juridiques où l'écrit est exigé, cette exigence varie considérablement d'un droit national à l'autre. Certains actes juridiques doivent être écrits en vertu de la loi d'un ou plusieurs des 12 Etats, mais non en vertu de la loi d'autres Etats membres. Lorsque qu'une telle exigence est formulée, ce n'est pas nécessairement le même type d'écrit qui est requis par tous les droits nationaux; pour la formation de tel ou tel type de contrat, un simple écrit signé peut être requis à des fins de preuve dans un Etat, alors qu'un écrit notarié le sera à des fins de validité dans un autre.

25. Dans l'ensemble, l'étude TEDIS 19/ indique qu'un écrit est requis à des fins de validité :

- Chaque fois qu'il est nécessaire de rendre une opération opposable à des tiers. Dans ce cas, il est en général stipulé que l'écrit doit être authentifié ou enregistré auprès d'un organisme public;
- Chaque fois qu'un droit est incorporé à un titre ou à un effet de commerce et que la transmission de ce droit suppose la remise matérielle du titre ou effet;
- Chaque fois que le législateur a entendu protéger une partie à un contrat qui pourrait autrement se trouver dans une situation de faiblesse par rapport à l'autre partie contractuelle. Il s'agit par exemple de certains contrats de vente de marchandises à la consommation 20/.

b) Mesure dans laquelle cette exigence constitue un obstacle à l'EDI

26. L'exigence d'un écrit, au sens traditionnel, comme condition de la validité d'un acte juridique constitue évidemment un obstacle a priori absolu à la généralisation de l'EDI : aussi longtemps que cette exigence est maintenue, le recours à l'EDI pour conclure le contrat demeure exclu.

27. L'étude des systèmes juridiques des 12 Etats membres de la CEE fait apparaître qu'en fait les droits nationaux régissant les échanges de biens et de services ne sont pas très formalistes. Dans la pratique, la nécessité de créer des documents sur papier, ou de signer ou authentifier à la main des documents sur papier pour la formation d'un contrat, apparaît plus comme l'exception que la règle entre les partenaires commerciaux susceptibles d'être directement intéressés par le développement de l'EDI. Cela est dû en partie au fait que les règles relatives à la preuve en matière commerciale sont différentes des règles correspondantes en matière civile (voir les paragraphes 32 à 34 ci-après).

28. A l'exception des conditions spéciales liées à la preuve et à l'enregistrement à des fins fiscales ou réglementaires (voir les paragraphes 38 à 41 ci-après), aucune condition de forme n'est requise dans les Etats membres de la CEE pour conclure ou dresser la plupart des contrats commerciaux ou pour expédier des bons de commande, des conditions générales de vente, des factures ou des documents similaires.

## 2. La preuve

29. Pour ce qui est du droit de la preuve, l'étude TEDIS établit une distinction globale entre les règles appliquées aux procédures judiciaires dans les pays de droit civil et celles appliquées dans les pays de common law et les règles régissant la conservation de documents commerciaux à des fins fiscales et réglementaires.

### a) La preuve dans les pays de droit civil

30. L'étude TEDIS 21/ note que la généralisation de l'EDI se heurte à des obstacles dans les pays de droit civil en raison du caractère incertain de la valeur probante accordée à une copie, puisque tous les documents informatiques et sorties d'imprimante sont des copies d'un original, que cet original soit un document sur papier ou un message électronique.

31. Dans les cas où un original signé est requis dans les pays de droit civil, il s'agit de se ménager une preuve recevable en justice et une preuve à des fins comptables, fiscales ou réglementaires. Dans les deux cas, la preuve écrite doit être conservée et rester disponible durant l'ensemble de la période pendant laquelle une action peut être intentée, ou jusqu'à ce que les autorités ne soient plus habilitées à contester les faits en question.

32. Dans les pays où il existe une règle générale de droit civil (par opposition au droit commercial) selon laquelle une opération économique ne peut être prouvée devant la justice que par un écrit, il y a de nombreuses exceptions. Par exemple, en vertu de la loi de ces pays, un écrit n'est en général pas nécessaire pour les opérations portant sur des montants de faible importance. En outre, lorsqu'un document écrit, qui n'est pas le contrat lui-même, contient des indications substantielles quant à la teneur du contrat, il peut en général être admis comme preuve. Il peut y avoir une autre exception : le cas où il est impossible à une partie d'obtenir une preuve écrite du contrat 22/. On notera que l'obligation générale de constituer un écrit est considérée comme une obligation de droit civil relative à la preuve et non de droit commercial, car, dans ce domaine, la preuve d'un contrat peut être présentée à un tribunal par tout moyen.

33. En conséquence, l'exigence d'un écrit n'affecte pas l'EDI, tel qu'il est mis en pratique pour la plupart des contrats commerciaux. Puisque la détermination de la règle de preuve applicable dépend de la qualité du défendeur, la règle de droit civil s'applique lorsqu'une partie qui n'est pas un commerçant est le défendeur, alors que la règle de droit commercial s'applique lorsque le défendeur est un commerçant. Dans ce contexte, le fait que le demandeur soit commerçant ou non n'a pas d'importance.

34. Même lorsque la règle de droit civil s'applique, la condition d'une preuve écrite est considérée dans de nombreux pays comme non impérative. Il est donc en général possible aux parties de convenir au préalable que les contrats qu'elles concluront seront prouvés par des moyens autres que l'écrit.

35. L'étude TEDIS conclut ce qui suit :

"- Dans les Etats membres comme le Luxembourg où une législation spécifique a été adoptée visant à admettre un enregistrement informatique à titre de preuve en justice et à reconnaître à un tel enregistrement la même valeur probante que le document dont il est présumé être la reproduction, le droit de la preuve ne constitue plus un obstacle au développement du transfert électronique de données;

- Dans les autres Etats membres des Communautés où une réglementation spécifique fait défaut et où l'exigence d'un écrit ad probationem n'est pas considérée comme une disposition impérative, des expériences privées de transfert électronique de données ont été et sont en mesure de se développer par le recours à des conventions pouvant revêtir la forme d'un règlement général applicable à l'ensemble des opérations juridiques passées sur le réseau et contenant une clause relative à la preuve;
- Il ressort enfin de l'analyse des droits de la preuve dits "continentaux" que le principe même de l'écrit signé (instrumentum) requis pour faire preuve d'un acte juridique souffre de larges exceptions qui le rendent finalement très rarement applicable dans les transactions télématiques. L'exigence d'un écrit ad probationem ne poserait en conséquence des problèmes en droit continental que dans quelques rares domaines comme le crédit (en particulier à la consommation) et les assurances (une police qui n'a pas été convenue par écrit est généralement inopposable à l'assureur) 23/."

b) La preuve dans les pays de common law

36. L'étude TEDIS 24/ indique qu'en common law les règles de la preuve ayant des incidences directes sur l'EDI sont la règle de l'ouï-dire ("hearsay evidence rule") et la règle de l'original ("best evidence rule"). Selon la règle de l'ouï-dire, sous réserve de certaines exceptions, un document est irrecevable pour attester la véracité du contenu dudit document. Selon la règle de l'original, seuls des documents originaux sont en principe recevables 25/. Comme dans les pays de droit civil, il est en général convenu qu'une sortie d'imprimante n'est pas un original. Ces deux règles constitueraient sous leur forme originale une entrave majeure au développement de l'EDI. Pour surmonter ces obstacles, le Royaume-Uni a adopté en 1968 le Civil Evidence Act, dont la section 5 autorise expressément l'utilisation des sorties d'imprimante comme moyen de preuve.

37. L'étude TEDIS conclut, en ce qui concerne la question de la recevabilité, que, s'il n'y a pas d'obstacle majeur au développement de l'EDI dans des pays de droit civil et qu'il n'est donc pas nécessaire de modifier fondamentalement les règles applicables, il se pose dans les pays de common law des problèmes théoriques qui exigeraient l'adoption de lois permettant de répondre aux exigences de l'EDI.

c) La preuve en droit comptable et fiscal

38. Les conclusions de l'étude TEDIS 26/ sont très différentes en ce qui concerne l'exigence d'un écrit à des fins comptables ou fiscales.

39. Dans certains Etats membres, tel le Luxembourg, la législation a été revue de façon à admettre la tenue d'une comptabilité exclusivement par ordinateur, ainsi que la conservation sur des supports informatiques des documents ou informations servant de supports à cette comptabilité ou à la déclaration fiscale. Dans d'autres Etats, telle la Belgique, les difficultés liées à l'exigence d'un écrit ont été résolues par les pouvoirs publics grâce à l'adoption de tolérances administratives codifiées. Dans certains autres Etats membres, notamment l'Italie, la législation autorise la conclusion d'accords avec l'administration permettant l'une ou l'autre utilisation de l'ordinateur.

40. Dans certains Etats où aucune de ces solutions n'a été retenue, l'obligation de tenir une comptabilité par écrit, ou l'obligation de conserver la documentation comptable exclusivement sur des supports papier, constitue un

obstacle au développement de la formation ou de l'exécution des contrats par EDI. Par exemple, en droit danois, aucune règle générale ne détermine la forme d'une facture. Aussi une facture peut-elle être valablement transmise par la voie électronique. Toutefois, l'information dont elle est présumée être la preuve ne pourra être prise en considération sur le plan comptable et fiscal que si un original sur papier ou une copie certifiée conforme sur papier est conservé. En droit français, il existe dans la pratique une obligation similaire de fournir des factures écrites, du fait de la réglementation relative au contrôle des prix.

41. Dans la plupart des systèmes juridiques où les documents peuvent être conservés sur microfiche ou sur support informatique, les originaux sur papier doivent en général être conservés pendant un certain délai, et les documents informatiques doivent à tout moment être disponibles et pouvoir être reproduits sous forme lisible au moyen d'une imprimante. L'étude TEDIS ne précise pas si ces systèmes juridiques établissent une distinction entre une copie de la totalité du document (y compris, par exemple, les signatures manuscrites), obtenue sur la base d'un enregistrement numérique, et une simple reproduction de la teneur du document original obtenue par resaisie du texte.

C. Le rapport de l'American Bar Association 27/

42. Une étude a été entreprise en 1987 par l'Electronic Messaging Services Task Force, sous les auspices de l'American Bar Association (ABA) afin d'examiner les incidences du commerce électronique sur les principes fondamentaux du droit des contrats, ainsi que des questions juridiques connexes. Un premier rapport sur les messages électroniques a été publié en 1988 28/, et le rapport final sur les pratiques commerciales électroniques, incorporant un modèle d'accord d'échange de données informatisées entre partenaires commerciaux, accompagné d'un commentaire, a été publié en 1990. Le rapport final a été présenté à la communauté internationale des utilisateurs des techniques EDI lors de la trente et unième session du Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (Commission économique pour l'Europe) en mars 1990 29/. Ce rapport, qui est axé sur les questions juridiques liées aux contrats de vente dans le droit des Etats-Unis d'Amérique, s'attache à recenser et résoudre notamment les problèmes qui peuvent se poser dans les pays de common law ayant conservé l'exigence traditionnelle de l'écrit énoncée dans le Statute of Frauds. Le Statute of Frauds original de 1677 a été adopté au Royaume-Uni en vue de limiter les fraudes liées aux contrats à une époque où le droit de la preuve était embryonnaire. Entre autres règles relatives à la preuve, il disposait que certains types de contrats devaient être prouvés selon des formes prescrites, par écrit. Cette exigence, en ce qui concerne les contrats de vente de marchandises, est énoncée à la section 2-201 du Code commercial uniforme :

"Un contrat de vente de marchandises pour un prix d'au moins 500 dollars n'est pas exécutoire en l'absence d'un écrit permettant de déterminer qu'un contrat a été conclu entre les parties et signé par la partie de laquelle l'exécution est requise." (Traduction du Secrétariat)

43. Le rapport note également que les Etats-Unis ont ratifié la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises; aussi aucun écrit n'est-il requis pour les contrats de vente soumis à ladite convention.

44. Le rapport note en outre que la définition de l'écrit et de la signature peuvent revêtir une importance particulière (voir le paragraphe 13 ci-dessus). Les problèmes potentiels peuvent être résolus soit par une

convention mutuelle aux termes de laquelle, pour les communications EDI constituant une offre ou une acceptation de contrat, les parties n'invoqueront pas de moyen de défense fondé sur le Statute of Frauds, soit par une disposition spéciale de leur accord commercial aux termes de laquelle elles conviendront de considérer les communications EDI comme des messages "écrits" et "signés". Toutefois, l'une des principales conclusions du rapport est la suivante : même lorsque les utilisateurs d'EDI concluent des accords relatifs aux communications entre eux, ils traitent rarement des problèmes découlant du Statute of Frauds. Puisque actuellement ce sont avant tout des partenaires commerciaux ayant des relations à long terme qui recourent à l'EDI, le fait que le problème n'ait pas été traité ne semble pas avoir causé de graves problèmes, ou du moins ces problèmes n'ont pas eu de suite judiciaire. Toutefois, de tels problèmes risqueront de se poser lorsque l'EDI sera généralisé, dans un environnement plus ouvert.

45. Le rapport note également que, bien qu'un certain nombre d'exceptions à l'application du Statute of Frauds aient été admises par les tribunaux, il n'existe pas de jurisprudence en matière d'EDI. Après avoir analysé les pratiques commerciales, les auteurs du rapport concluent ce qui suit :

"Il s'agit de savoir si les enregistrements des communications EDI, auxquelles ont de plus en plus recours les entreprises commerciales elles-mêmes, sont compatibles avec la notion d'"écrit signé" du Code commercial uniforme et de la jurisprudence en la matière. Par ailleurs, vu le caractère répétitif du recours à l'EDI pour conclure des opérations commerciales et les efforts que doivent déployer les partenaires commerciaux pour organiser et gérer des systèmes de communication et des procédures de sécurité appropriées, la question est peut-être de savoir si l'un ou l'autre des partenaires commerciaux peut être empêché d'invoquer contre l'autre le Statute of Frauds pour éviter l'exécution du contrat principal de vente de marchandises. Plusieurs membres du Groupe de travail ont considéré que le Statute of Frauds n'empêcherait sans doute pas l'exécution dans l'un ou l'autre cas 30/."

46. Sur ce point, le rapport conclut qu'il est nécessaire que les partenaires commerciaux adoptent, sous une forme ou une autre, un accord bilatéral régissant leurs relations en matière d'EDI et veillent à ce que cet accord traite des problèmes découlant du Statute of Frauds.

47. Il est en outre noté dans le rapport que :

"Le fait que le Code commercial uniforme ne traite pas expressément de la communication électronique de données n'a été fatal ni à l'essor des pratiques commerciales électroniques, ni à la vitalité du Code lui-même... Toutefois, le fait qu'on soit encore loin d'une adéquation ... a eu des incidences sur la généralisation de l'EDI dans la pratique commerciale 31/".

Cette remarque vaut sans doute pour la plupart des législations nationales dans lesquelles diverses questions juridiques devront être réexaminées en vue de tenir compte de l'EDI.

## II. AUTRES QUESTIONS JURIDIQUES LIEES A LA FORMATION DES CONTRATS

### A. Accusé de réception des messages

48. L'EDI a pour caractéristique qu'après réception d'un message on peut, moyennant un coût négligeable, en accuser promptement et sûrement réception. Pour un coût légèrement plus élevé, résultant d'un traitement informatique

plus poussé, on peut s'assurer que le message a été reçu tel qu'il a été envoyé, sans erreur de transmission. Pour un coût encore plus élevé, on peut recourir à des techniques de codage grâce auxquelles on peut vérifier que le message n'a pas été altéré et s'assurer de l'identité de l'expéditeur (voir plus loin les paragraphes 55 et 56).

49. On trouve dans plusieurs des règlements et des accords types de communication élaborés récemment des dispositions spéciales encourageant l'utilisation systématique d'"accusés de réception fonctionnels" et de procédures de vérification. L'accusé de réception ne fait que confirmer que le message original est bien entre les mains du destinataire et ne doit pas être confondu avec une décision du destinataire entérinant le contenu du message. Néanmoins, l'accusé de réception permet d'éliminer nombre des problèmes qui se posent lorsque des contrats sont conclus à distance et dont on débat depuis longtemps.

#### B. Authentification des messages

50. Si une procédure d'authentification imposée par la loi doit être impérativement respectée, la méthode d'authentification requise par les parties peut consister en toute marque ou procédure convenue par elles qu'elles jugent suffisante pour pouvoir s'identifier mutuellement.

51. Dans la recommandation de la CNUDCI de 1985 (voir plus haut le paragraphe 2), l'exigence légale d'une signature autographe ou de toute autre méthode d'authentification sur papier était considérée comme faisant obstacle à l'EDI. Conformément à cette recommandation et à une recommandation de 1979 du Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international de la Commission économique pour l'Europe, où s'exprimaient des préoccupations similaires 32/, le groupe TEDIS, de la CEE, s'est fixé pour objectif d'obtenir l'élimination de l'exigence d'une signature autographe dans les législations nationales. Des efforts allant dans le même sens ont été entrepris dans un certain nombre d'autres pays.

52. Malgré ces efforts, la forme d'authentification la plus commune requise par les législations nationales demeure la signature, par laquelle on entend généralement l'apposition à la main par une personne de son nom ou de ses initiales. De plus en plus, les systèmes juridiques acceptent que les signatures qui doivent figurer sur certains documents, voire tous, soient apposées par divers moyens : tampons, symboles, fac-similés, perforations, ou tout autre moyen mécanique ou électronique. Cette tendance se manifeste tout particulièrement dans le droit régissant le transport de marchandises, où toutes les grandes conventions multilatérales exigeant la signature du document de transport permettent que cette signature soit apposée par d'autres moyens qu'à la main 33/.

53. Toutefois, on notera que, même si la signature autographe ou sa reproduction matérielle par des moyens mécaniques ou autres est une forme d'authentification courante, peu onéreuse et bien adaptée aux documents attestant des transactions et transmis entre les parties se connaissant, elle est loin d'être le moyen le plus efficace ou le plus sûr d'authentification 34/. Une signature autographe peut être contrefaite et un tampon peut être apposé par quiconque entre en sa possession. La personne s'en remettant aux documents ne dispose souvent ni des noms des personnes autorisées à signer, ni de spécimens de signatures permettant la comparaison. Cela est particulièrement vrai pour des documents utilisés à l'étranger, dans le cadre de transactions commerciales internationales. Même lorsqu'on dispose

d'un spécimen de la signature autorisée, seul un expert est en général à même de détecter une contrefaçon habile. Lorsqu'un grand nombre de documents sont traités, les signatures ne sont parfois même pas comparées, sauf pour les transactions les plus importantes.

54. Quelques techniques nouvelles ont été mises au point qui permettent d'authentifier les documents transmis électroniquement. En ce qui concerne l'identification des machines assurant la transmission, on emploie souvent pour les télex et les communications télématiques des procédures de confirmation et des clefs de contrôle afin de vérifier la source du message. Lorsque la cryptographie n'est pas interdite par la loi, on peut utiliser un algorithme pour le codage du texte dont la lecture nécessite l'utilisation de la clef de décodage correspondante. C'est le système qu'applique, par exemple, la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications SA (SWIFT), qui a adopté récemment un nouvel algorithme d'authentification. La clef secrète est, à dessein, si longue et l'algorithme suppose une telle mobilisation de moyens qu'ils découragent quiconque d'essayer toutes les combinaisons possibles 35/. On peut aussi utiliser des techniques combinant plusieurs clefs pour identifier l'opérateur de la machine expéditrice. Un texte faisant appel aux techniques modernes de cryptographie ne pourrait pas être décrypté par une personne non habilitée dans un délai raisonnable du point de vue commercial.

55. Plus généralement, s'agissant de l'identification de personnes dans un environnement EDI, les procédures de vérification peuvent s'appuyer sur un ou plusieurs des trois paramètres suivants : ce que sait l'opérateur (mots de passe, codes secrets), ce que l'opérateur détient (cartes à mémoire) ou ce qu'est l'opérateur (biométrie). La biométrie (c'est-à-dire, en l'occurrence, la mesure des caractéristiques physiques de l'opérateur) est la méthode la plus exacte. On dispose aujourd'hui de six techniques biométriques : l'analyse rétinienne, qui enregistre l'image rétinienne et la stocke sur microprocesseur; la dactyloscopie; la géométrie des mains, qui mesure, enregistre et compare la longueur des doigts, la translucidité de la peau, l'épaisseur de la main ou la forme de la paume; les appareils d'identification vocale, qui enregistrent les caractéristiques et les inflexions de la voix; les procédés de vérification de la signature, qui en décomposent les caractéristiques statiques ou dynamiques; la dynamométrie de la frappe dactylographique, qui permet l'identification grâce aux caractéristiques et au rythme de la frappe dactylographique. Tous ces procédés biométriques comparent des gabarits mémorisés à des échantillons ou relevés récents pour autoriser ou refuser l'accès aux mécanismes protégés 36/.

56. Les méthodes électroniques d'authentification faisant appel aux ordinateurs offrent un net avantage sur la comparaison visuelle de signatures autographes. La procédure est si rapide, tout en étant relativement peu onéreuse (sauf pour les techniques biométriques, qui sont encore trop coûteuses pour une utilisation commerciale généralisée), que les authentifications peuvent être systématiquement vérifiées et qu'il n'est plus nécessaire de restreindre la vérification aux transactions les plus importantes.

57. Un document transmis par télécommunication peut être confirmé ultérieurement par un écrit signé, comme il est d'usage pour les télégrammes et télex. Même si, dans de nombreux cas, cela peut être considéré comme contraire à la raison d'être de l'EDI, cette pratique semble répandue chez les utilisateurs de l'EDI 37/. Toutefois, deux parties qui envisagent de communiquer fréquemment par EDI peuvent s'accorder par écrit au préalable sur le mode de communication et les moyens utilisés pour authentifier les

documents. Il y a tout lieu de croire qu'un tel accord suffirait à permettre que l'enregistrement du message EDI soit utilisé comme élément de preuve. Les administrations pourraient elles aussi exiger que soit conclu un tel accord avant d'accepter des documents sous forme électronique, que ce soit par télécommunication ou par transmission manuelle d'un support informatique comme une disquette ou une bande magnétique.

58. La question fondamentale qui, à l'évidence, est au coeur de tous les problèmes d'admissibilité des données et de l'information transmises et traitées numériquement est celle de la fiabilité juridique de l'informatique et de la télématique.

"La 'fiabilité juridique' suppose en fait des 'normes d'une rigueur incontestable régissant l'autorisation, le contrôle de fonctionnement et d'accès et la gestion' de l'utilisation des systèmes informatiques et télématiques. L'autorisation suppose en outre des 'technologies et techniques exactes, précises et fiables d'identification, de vérification et d'authentification qui soient effectivement ou virtuellement aussi acceptables sur le plan légal que l'est la signature autographe tracée à l'encre sur le papier en raison de la confiance qu'elle inspire' 38/."

59. Toutefois, une grande incertitude demeure quant à la consécration légale de ces procédés dans les Etats où la signature est exigée par la loi pour tel ou tel document. Lorsque les tribunaux ou d'autres sources fiables n'ont pas interprété la loi de manière à assimiler les formes électroniques d'authentification à une "signature", il y a de fortes chances pour que cette incertitude ne puisse être balayée que par le législateur. A ce propos, on peut se demander dans quelle mesure le législateur, lorsqu'il permet ou exige expressément que l'authentification se fasse par EDI, devrait exiger que soit prouvée la conformité à un protocole EDI applicable, au moins en tant que condition permettant que s'établisse une présomption d'authenticité, la charge de la preuve incombant à la partie invoquant l'authenticité du message dans les cas où les conditions énoncées au protocole ne seraient pas remplies.

#### C. Consentement, offre et acceptation

60. L'expression de la volonté à distance au moyen de machines est depuis longtemps admise par la jurisprudence, au motif que ces machines sont placées sous la surveillance étroite d'êtres humains. On notera que la qualité de la communication qu'offre l'EDI est telle que les erreurs dans la transmission de messages ont toutes les chances d'être moins fréquentes qu'avec les modes de transmission conventionnels. Aussi le risque d'un écart entre le message expédié et le message reçu est-il probablement moindre lorsqu'on adopte l'EDI. Quant à la qualité de la transmission entre ordinateurs, le recours à un protocole d'application commun et structuré, tel qu'EDIFACT (Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport), est impératif si l'on veut que se généralise l'EDI au plan international (voir plus loin le paragraphe 79).

61. Contrairement aux diverses techniques traditionnelles de communication, comme la poste, le téléphone et le télex, l'EDI offre de nouvelles possibilités d'automatiser le processus de prise de décisions. Ainsi, l'ordinateur de l'acheteur peut être programmé pour envoyer des commandes dans certaines circonstances, et l'ordinateur du fournisseur peut être programmé pour donner suite aux commandes qu'il reçoit, sans la moindre intervention humaine. Une telle situation peut accroître le risque que, faute d'un contrôle direct exercé par les propriétaires des machines, un message soit



expédié et un contrat soit formé qui ne reflètent pas l'intention réelle d'une partie ou de plusieurs parties au moment de la formation du contrat. Pour la même raison, une telle situation accroît incontestablement le risque que, lorsqu'un message est créé qui ne reflète pas l'intention de l'expéditeur, cette erreur ne soit détectée ni par l'expéditeur, ni par le destinataire avant qu'il ne soit donné suite au contrat formé par erreur. Les conséquences d'une telle erreur dans la création d'un message peuvent donc être plus grandes avec l'EDI qu'avec les moyens traditionnels de communication.

62. En règle générale, nul ne peut être lié par un contrat auquel il n'a pas consenti. Toutefois, dans nombre de systèmes juridiques, le propriétaire d'un terminal peut, dans certains cas, être lié par des contrats auxquels il n'a pas personnellement consenti 39/, comme dans les exemples donnés dans le paragraphe précédent. Faute de dispositions contractuelles applicables en pareil cas, l'acheteur peut être obligé, sur le fondement de plusieurs motifs légaux, dont le risque qu'il a assumé en mettant en oeuvre un système d'achat automatisé et, selon certaines législations, la volonté apparente qui s'est exprimée dans le message 40/.

63. Si l'auteur d'une offre ou d'une acceptation contractuelles soutient qu'il y a disparité entre sa volonté apparente telle qu'elle se manifeste dans la transmission électronique et sa volonté réelle, certains systèmes juridiques prévoient des mécanismes qui l'autorisent à faire prévaloir sa volonté réelle en l'absence d'une faute ou d'une négligence de sa part. Il existe dans la plupart des systèmes juridiques des règles de droit régissant l'erreur qui, dans une certaine mesure, s'appliqueraient également en cas de manoeuvre frauduleuse, mais les législations nationales diffèrent considérablement sur le point de savoir si les conséquences de l'erreur doivent être assumées par la personne dont le message a été altéré (voir plus loin le paragraphe 76).

64. La diversité et la complexité des législations nationales en ce qui concerne l'expression et la validité du consentement dans la formation du contrat, ainsi que la révocabilité d'une offre, sont autant de raisons qui militent pour la conclusion par les parties d'un accord de communication traitant de cette question avant que ne s'établisse une relation fondée sur l'EDI, comme c'est parfois le cas pour les contrats de fourniture à flux tendus.

#### D. Conditions générales 41/

65. En ce qui concerne les conditions générales de vente, la principale difficulté tient à la mesure dans laquelle elles peuvent être opposées à l'autre partie contractante. Dans nombre de pays, les tribunaux se demanderont si l'on peut raisonnablement déduire du contexte que la partie à laquelle on oppose les conditions générales a eu la possibilité de s'informer de leur teneur ou si l'on peut considérer que ladite partie a expressément ou implicitement accepté de ne pas s'opposer à leur application partielle ou totale.

66. Dans certains systèmes juridiques,

"lorsque les partenaires commerciaux ont pour habitude de traiter sur la base de conditions standard connues, ces dernières peuvent être incorporées à chaque transaction par la pratique ou l'usage, sans qu'il y ait échange de documents à chaque transaction. Toutefois, plus cette relation commerciale se prolonge sans qu'il y ait échange de conditions commerciales formelles, plus le risque est grand d'un affaiblissement des bases sur lesquelles on peut déduire une telle incorporation 42/".

En tout état cause, pareil usage n'aurait pas cours pour une relation commerciale nouvelle entre des partenaires n'ayant pas "pour habitude" de traiter ensemble.

67. L'EDI n'est ni doté des moyens, ni même conçu pour transmettre toutes les clauses juridiques des conditions générales figurant au verso des bons de commande, accusés de réception et autres documents sur papier utilisés par les partenaires commerciaux. On peut pallier cette lacune en incorporant les conditions standard à un accord de communication liant les partenaires commerciaux. On a fait observer que :

"l'un des effets les plus salutaires que pourrait avoir l'introduction de l'EDI sur les pratiques commerciales serait l'obligation faite aux partenaires commerciaux d'élaborer des conditions commerciales mutuellement acceptables (et, partant, plus sûres) par la négociation, en connaissance de cause, de nouveaux accords cadres 43/".

68. Lorsque les parties ne peuvent pas s'accorder sur des conditions standard, elles pourront joindre leurs formulaires sur papier respectifs à l'accord de communication. Un tel accord pourra disposer

"que chaque jeu de commandes de l'acheteur sera réputé contenir les conditions énoncées au verso du formulaire de l'acheteur et que chaque accusé de réception de commandes émanant du vendeur sera réputé contenir les conditions du vendeur 44/".

Ainsi, des conditions standard divergentes seraient bien échangées par EDI. Grâce à ce procédé, les parties pourraient s'accorder sur les points principaux, mais cela n'éliminerait pas pour autant l'incertitude quant aux dispositions applicables des conditions générales, incertitude que l'on retrouve lorsque les parties échangent des formulaires traditionnels sur papier.

#### E. Date et lieu de la formation du contrat

69. Pour des raisons pratiques, les parties à un contrat ont intérêt à connaître, avec une relative certitude, le lieu et la date de la formation du contrat. Une fois le contrat formé, les parties sont liées par les obligations légales dont elles sont convenues, et le contrat peut commencer à produire ses effets. Dans les différents systèmes juridiques, on se fondera sur le moment où le contrat est formé pour déterminer certains points tels que le moment où l'auteur de l'offre n'est plus autorisé à retirer son offre, et le destinataire de l'offre son acceptation; le point de savoir si une loi entrée en vigueur pendant les négociations s'applique; le moment de la cession du titre et du transfert du risque de perte ou d'endommagement en cas de vente d'un bien identifié; le prix, lorsqu'il doit être déterminé en fonction du prix du marché au moment de la formation du contrat. Dans certains pays, le lieu où se forme le contrat peut aussi être un élément important lorsqu'il s'agit de déterminer les pratiques applicables, le tribunal compétent en cas de litige et la loi applicable en droit international privé 45/.

70. Lorsqu'on traite de la question de la formation du contrat, on opère, dans la plupart des systèmes, une distinction entre deux cas de figure : dans le premier cas, les parties sont en présence l'une de l'autre et en mesure de communiquer instantanément ou sans délai notable; dans le deuxième cas, les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, et les moyens de communication utilisés pour transmettre les offres, les acceptations, les modifications, les annulations et autres messages entraînent un délai entre l'expédition et la réception de ces messages.

71. Les contrats étant fondés sur le consentement mutuel des parties, dans de nombreux systèmes juridiques un contrat est formé lorsque les parties ont connaissance du consentement de l'autre; lorsque des parties communiquent par un moyen non instantané ou différé, tel que des écrits expédiés par voie postale, la partie qui reçoit un message ne peut pas s'assurer que la volonté de l'expéditeur au moment de l'expédition du message est toujours la même au moment de la réception. De même que ni l'une ni l'autre des parties ne peut s'assurer en temps opportun que la réception du message a bien eu lieu et que le message reçu n'est pas entaché d'erreur.

72. Deux grandes théories, chacune présentant une variante, sont utilisées pour régler ce problème auquel aucune solution pleinement satisfaisante n'a encore été apportée. La règle de la réception - et sa variante, la règle de l'information - énonce que le contrat est formé lorsque l'auteur de l'offre reçoit notification, ou est informé, du consentement du destinataire de l'offre. La règle de l'émission - et sa variante, la règle de l'expédition - énonce que le contrat est formé lorsque le destinataire de l'offre annonce ou envoie son acceptation à l'auteur de l'offre. Pour les documents écrits expédiés par voie postale, c'est la règle de l'expédition, sous une forme ou une autre, qui a été adoptée dans de nombreux systèmes juridiques 46/. On rappellera en outre que les articles 18 et 23 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises disposent que le contrat est formé au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.

73. Il est communément admis que, dans des circonstances normales, une communication téléphonique est suffisamment instantanée, fidèle et sûre pour qu'un contrat conclu par téléphone soit traité comme s'il l'avait été en présence des deux parties. De fait, tous les autres modes de communication peuvent aussi être classés par référence à ces trois mêmes critères : le degré d'instantanéité, la qualité du dialogue et la sécurité de la communication 47/.

74. Les moyens modernes de communication sont traités expressément par certains systèmes juridiques et y sont envisagés en fonction de leur degré d'instantanéité. Par exemple, la section 64 du "Restatement on Contracts (second)" américain expose que :

"le téléphone ou autre moyen de communication dans les deux sens instantanée ou quasi instantanée est régi par les principes applicables aux acceptations données lorsque les parties sont en présence l'une de l'autre".

Dans d'autres systèmes, la jurisprudence s'est intéressée au problème particulier des contrats formés par télex. Ainsi, on a pu dire que la transmission par télex étant instantanée, la règle de l'expédition ne devait pas s'appliquer à ces contrats 48/. Mais on a aussi suggéré que, lorsque la communication par télex n'était pas instantanée (comme, par exemple, lorsque le message est expédié en dehors des heures de travail ou la nuit, ou par le télescripteur d'un tiers), la date et le lieu de formation d'un contrat ainsi conclu ne pourraient être définis que par référence à l'intention des parties, en application de pratiques commerciales établies et, dans certains cas, par décision du juge quant à la répartition du risque, et non par l'application d'une règle universelle 49/.

75. La question de la date et du lieu de la formation d'un contrat EDI est signalée dans l'étude TEDIS comme étant celle à laquelle ont été apportées les solutions les plus diverses par les droits nationaux des pays de la CEE.

Cette même question est traitée dans le rapport de l'ABA et peut être considérée comme un des points importants devant être réglés par un accord de communication.

#### F. Risque de défaut de communication

76. La question de la détermination de la partie à qui incombe le risque de défaut de communication d'une offre, d'une acceptation ou de toute autre forme de message devant avoir une incidence juridique, tel que l'ordre de remettre des marchandises à un tiers, bien que n'étant pas directement liée à la formation des contrats, doit être traitée dans le cadre contractuel d'une relation EDI. La question de la responsabilité en cas de défaut de communication devrait être examinée dans le cadre des relations entre les parties qui échangent des messages et celles qui sont prestataires de services de communication.

### III. REGLES ET ACCORDS DE COMMUNICATION

77. En ce qui concerne le support papier, la plupart des questions fondamentales touchant le mode de communication sont assimilées depuis longtemps, même si elles n'ont pas toujours été réglées de manière identique dans tous les systèmes juridiques. Pour les télex et les télégrammes, il n'a pas été très difficile d'adapter les solutions mises au point pour les communications sur papier, même si les solutions retenues sont diverses.

78. L'EDI est suffisamment différent des autres modes de communication pour qu'un certain nombre de questions relatives à la nature de la communication même doivent être examinées par les parties qui envisagent de communiquer par EDI. Certaines de ces questions, d'ordre général, portent notamment sur l'existence d'un accord sur des normes communes pour les messages. Certaines autres questions soulevées par ce mode de communication tiennent à la nature particulière du contrat envisagé.

79. L'exigence d'un accord sur des normes communes ou compatibles pour les messages est aisément satisfaite dans le cas des groupements à accès réservé où les parties adhèrent à un organisme commun. On citera, par exemple, le réseau SWIFT pour les transferts de fonds interbancaires. Le règlement intérieur du réseau SWIFT définit les messages à structure normalisée qui doivent être utilisés, ainsi que des points tels que les horaires de fonctionnement des terminaux pour la réception des messages. Toutefois, l'exigence de normes communes est plus difficilement satisfaite lorsque les parties en communication n'appartiennent pas à de tels groupements. Soucieux de mettre au point de telles normes communes, le Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international a élaboré et continue à mettre au point les règles des Nations Unies concernant l'échange de données informatisées pour l'administration, le commerce et le transport (EDIFACT), qui sont définies ci-après :

"Elles se composent d'un ensemble de normes approuvées à l'échelon international, de répertoires et de directives pour l'échange électronique de données structurées, en particulier celles concernant le commerce des biens et services, entre systèmes informatiques indépendants.

Recommandées dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, ces règles sont approuvées et publiées par la CEE/ONU dans le Répertoire des Nations Unies pour l'échange de données commerciales (UNTDID) et sont tenues à jour selon des procédures agréées. L'UNTDID comprend :

- Les règles de syntaxe EDIFACT (ISO 9735);
- Les directives pour la conception de messages;
- Les directives pour l'application de la syntaxe;
- Le Répertoire des éléments de données EDIFACT (EDED) (qui fait partie de l'UNTDDED);
- La liste de codes EDIFACT (EDCL);
- Le Répertoire des éléments de données composites EDIFACT (EDCD);
- Le Répertoire des segments normalisés EDIFACT (EDSD);
- Le Répertoire des UNSM EDIFACT (EDMD);
- Les Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission (UNCID);
- Des notes explicatives selon que de besoin 50/."

80. Tant l'étude TEDIS que le rapport de l'ABA arrivent à la conclusion que, lorsque l'EDI est utilisé en dehors du cadre des groupements à accès réservé, les parties ont intérêt à conclure un accord de communication cadre, sous une forme ou une autre, dans lequel elles s'accordent sur la manière dont elles vont communiquer par EDI. De fait, nombreuses sont les initiatives prises dans le domaine juridique pour la promotion de l'EDI, qui entraînent la conclusion de tels accords.

81. L'existence d'un accord de communication suppose une relation préalable entre les parties en communication. C'est dans ce cadre commercial normal que l'on rencontre le plus souvent l'EDI à l'heure actuelle. Toutefois, cela implique une limitation de l'usage de tels accords dans des contextes véritablement ouverts.

#### A. Les Règles UNCID

82. La première initiative prise par les utilisateurs de l'EDI en vue d'harmoniser et d'unifier les pratiques en la matière a abouti à l'adoption des Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission (UNCID) par la Chambre de commerce internationale (CCI) en 1987 (publication N° 452 de la CCI, 1988). Les Règles UNCID ont été élaborées par un comité mixte spécial de la CCI, où la Commission économique pour l'Europe, le Conseil de coopération douanière, le Programme spécial de facilitation du commerce de la CNUCED, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Organisation internationale de normalisation (ISO), la Commission des Communautés européennes, le Comité européen des assurances, l'Organisation pour l'échange de données par télétransmission en Europe (ODETTE) et le secrétariat de la CNUDCI étaient représentés.

83. L'avant-projet des Règles UNCID avait pour ambition l'élaboration d'un accord de communication type, mais on s'est aperçu qu'en raison des exigences divergentes des groupements d'utilisateurs l'élaboration d'un accord de communication type était un objectif irréalisable à ce premier stade de développement des techniques EDI. On a donc décidé d'élaborer un ensemble réduit de règles non impératives, sur lesquelles les utilisateurs de l'EDI et les prestataires de services de communication pourraient fonder leurs accords de communication. Les Règles UNCID ont en outre été incorporées à EDIFACT (voir plus haut le paragraphe 79) dans le cadre du Répertoire des Nations Unies pour l'échange de données commerciales. Même si les Règles UNCID ne sont qu'une réalisation modeste, elles constituent néanmoins une étape considérable dans la définition d'un cadre juridique pour l'EDI, à la fois parce qu'elles constituent une base sur laquelle établir des accords de communication et parce qu'elles sont un premier pas vers l'édification d'une structure juridique plus ambitieuse.

84. Les Règles UNCID n'ont aucune incidence sur la teneur de l'accord principal. Elles visent à "faciliter l'échange de données commerciales par télétransmission, en mettant à la disposition des parties engagées dans cette transmission des règles de conduite acceptées par elles. Sauf stipulation contraire prévue dans ces règles, celles-ci ne s'appliquent pas au contenu des transferts de données commerciales" (art. premier).

85. Les Règles UNCID définissent certains éléments de la terminologie EDI (art. 2). Elles contiennent des dispositions invitant les parties à un protocole EDI à prendre soin de s'assurer de leur capacité à transmettre et à recevoir des messages corrects et complets (art. 5); à veiller à l'identification des parties tout au long du processus de transmission (art. 6); à donner accusé de réception des messages, sur demande (art. 7); à vérifier que les messages reçus sont complets (art. 8); à protéger en totalité ou en partie les données commerciales échangées (art. 9); à tenir un journal des transmissions et à stocker les données (art. 10).

86. La note d'introduction aux Règles UNCID indique qu'elles ne doivent être considérées que comme une base sur laquelle pourront être établis des accords. Y sont énoncés

"certains éléments qui devraient être pris en compte, en plus de l'UNCID, dans la rédaction d'un accord :

1. Il existe toujours un risque d'incident - qui doit supporter ce risque ? Chaque partie doit-elle supporter le sien ou est-il envisageable de reporter le risque sur l'assurance ou sur l'exploitant du réseau ?
2. Si le dommage est dû au manque de respect des règles par l'une des parties, quelles en seront les conséquences ? Il s'agit en partie d'une question de limitation de responsabilité. Il y aura aussi une incidence sur la situation des tiers.
3. Les règles sur le risque et la responsabilité doivent-elles être couvertes par des règles sur l'assurance ?
4. Doit-il y avoir des règles de temps, par exemple sur le délai pendant lequel les destinataires doivent traiter les données, etc. ?
5. Doit-il y avoir des règles sur le secret ou d'autres règles relatives au contenu des données échangées ?
6. Doit-il y avoir des règles de nature professionnelle - comme par exemple les règles bancaires de SWIFT ?
7. Doit-il y avoir des règles sur le codage ou autres mesures de sécurité ?
8. Doit-il y avoir des règles sur la 'signature' ?

Il semble également important d'avoir des règles sur le droit applicable et le règlement des différends 51/."

#### B. Accords types de communication

87. Suite à la publication des Règles UNCID, plusieurs accords types de communication ont été mis au point. On citera en particulier l'Accord standard d'échange de données de l'Association britannique d'EDI (UK-EDIA),

publié en mars 1988, et l'Accord type entre partenaires commerciaux de l'ABA, présenté lors de la trente et unième session du Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international en mars 1990 52/. Ces deux accords types couvrent un grand nombre de questions de fond identiques, mais chacun d'eux a été élaboré dans le cadre du droit interne du pays visé.

88. Le groupe TEDIS de la Commission des Communautés européennes a entamé l'élaboration d'un accord type de communication européen. Ce travail tient compte des accords types déjà élaborés, mais un certain nombre de changements sont envisagés afin qu'il soit tenu compte des usages et des impératifs légaux des 12 Etats membres des Communautés européennes.

89. Le projet de règles sur la cession électronique de titres sur des marchandises en transit, établi par le Comité maritime international (CMI) (Paris, 16 janvier 1990), constitue une approche sectorielle de l'EDI visant à en généraliser l'usage dans un contexte véritablement ouvert. Ce projet contient non seulement des dispositions de fond traitant de la question du remplacement du connaissance traditionnel par un message EDI, mais aussi des dispositions sur les problèmes de transmission. Ces dispositions sont inspirées des Règles UNCID et font fonction d'accord de communication.

#### CONCLUSION

90. La Commission voudra peut-être prier le Secrétariat de compléter le présent rapport préliminaire par un nouveau rapport, qui serait présenté à sa prochaine session et qui pourrait retracer les faits nouveaux intervenus dans d'autres organisations pendant l'année touchant les questions juridiques que pose l'EDI. Pourraient en outre y figurer des analyses des accords types de communication déjà élaborés ou en projet, sur la base desquelles on pourrait formuler une recommandation sur le point de savoir s'il faudrait un accord type à vocation universelle et, dans l'affirmative, s'il faudrait en confier l'élaboration à la Commission.

NOTES

- 1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément N° 17 (A/39/17), par. 136.
- 2/ A/CN.9/254.
- 3/ A/CN.9/265.
- 4/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément N° 17 (A/40/17), par. 360.
- 5/ Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 1985, vol. XVI, première partie, D (publication des Nations Unies, numéro de vente F.87.V.4).
- 6/ A/CN.9/279 et A/CN.9/292.
- 7/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément N° 17 (A/43/17), par. 46 et 47.
- 8/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément N° 17 (A/44/17), par. 289.
- 9/ Voir A/CN.9/265, annexe, question 11.
- 10/ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, 12 octobre 1929, art. 5 à 9.
- 11/ Interpretation Act 1978, Schedule 1.
- 12/ Journal officiel des Communautés européennes, L 285, 8 octobre 1987.
- 13/ Voir A/CN.9/292, par. 24 et 25.
- 14/ TEDIS - Situation juridique des Etats membres au regard du transfert électronique de données (Bruxelles, Commission des communautés européennes, 1989).
- 15/ Journal officiel des Communautés européennes, C 230, 7 septembre 1989.
- 16/ Séminaire juridique TEDIS-EDI (Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1989).
- 17/ TEDIS - Situation juridique... (voir note 14 supra), p. 251 et 252.
- 18/ Ibid., p. 254 et suiv.
- 19/ Ibid., p. 256 et 257.
- 20/ Par exemple, en vertu de certaines lois adoptées pour la protection des consommateurs, les ventes à paiement différé et les contrats de vente conclus au domicile de l'acheteur doivent être faits par écrit. Cette condition n'est en général pas imposée pour les contrats conclus par le biais de guichets automatiques de banque ou de terminaux point de vente.



- 21/ TEDIS - Situation juridique... (voir note 14 supra), p. 260.
- 22/ On trouvera un exemple d'une telle règle, et certaines exceptions, aux articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil français.
- 23/ TEDIS - Situation juridique... (voir note 14 supra), p. 263.
- 24/ Ibid., p. 265 et 266.
- 25/ Voir A/CN.9/265, par. 27 à 48.
- 26/ TEDIS - Situation juridique... (voir note 14 supra), p. 263 à 266.
- 27/ The Commercial Use of Electronic Data Interchange - A Report (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990). Sera publié dans The Business Lawyer, vol. 44 (1990).
- 28/ Electronic Messaging. A Report of the Ad Hoc Subcommittee on the Scope of the UCC (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1988).
- 29/ Voir TRADE/WP.4/GE.1/79, par. 37 et 38.
- 30/ The Commercial Use of EDI... (voir note 27 supra), p. 69 et 70.
- 31/ Ibid., p. 28 et 29.
- 32/ Voir TRADE/WP.4/INF.63; TD/B/FAL/INF.63; cité en outre dans le document A/CN.9/265, note 28.
- 33/ A/CN.9/225, par. 47.
- 34/ Voir le document A/CN.9/265, par. 49 à 58.
- 35/ SWIFT Newsletter, avril-mai 1990, p. 12.
- 36/ Stephen Castell, "The legal admissibility of computer generated evidence towards 'legally reliable' information and communications technology (IACT)", The Computer Law and Security Report, vol. 5, N° 2 (juillet-août 1989), p. 6 et suiv.
- 37/ The commercial use of EDI... (voir note 27 supra), p. 18.
- 38/ The APPEAL Study (appendix on evidence admissible in law), (Londres, Central Computer and Telecommunication Agency, British Treasury, 1988); cité par S. Castell (voir note 36 supra), p. 7 et 8.
- 39/ Pour l'examen des questions de consentement dans les contrats conclus par voie électronique, voir Ettore Giannantonio, Trasferimenti Elettronici dei Fondi e Autonomia Privata, (Milan, Giuffrè Editore, 1986).
- 40/ Bernard E. Amory, "EDI and the conclusion of contract", The TEDIS-EDI Legal Workshop (voir note 16 supra).
- 41/ Bradley Crawford, "Strategic legal planning for EDI", Canadian Business Law Journal, vol. 16, décembre 1989, p. 66 et suiv.
- 42/ Ibid., p. 69.

43/ Ibid., p. 70.

44/ Voir Benjamin Wright, EDI and American Law - A Practical Guide (Alexandria, Virginie, TDCC: The Electronic Data Interchange Association, 1989), p. 30.

45/ Bernard E. Amory, "EDI and the conclusion of contract", The TEDIS-EDI Legal Workshop (voir note 16 supra).

46/ En France, voir Cour de cassation, Req. 21 mars 1932 (Recueil Sirey, 1932.1.278); Com. 7 janvier 1981 (Bull. civ. IV. 11).

Au Royaume-Uni, où la règle normale est qu'une offre est acceptée par la communication de l'acceptation à l'auteur de l'offre, l'administration postale est considérée comme l'agent de l'auteur de l'offre aux fins de la communication de l'acceptation. Voir Entores, Ltd. v. Miles Far East Corp. (1955), All England Law Reports, p. 493.

Aux Etats-Unis, la section 63 du "Restatement on Contracts (second)" dispose qu'"à moins que l'offre n'en dispose autrement, une acceptation faite selon les modalités et par un moyen proposés dans l'offre est valable et complète la manifestation de l'accord mutuel dès qu'elle cesse d'être en la possession du destinataire de l'offre, qu'elle parvienne ou non à l'auteur de l'offre; ..."

47/ Voir Bernard E. Amory et Marc Schauss, EDI as a way to perform and conclude contracts, (document présenté à la conférence COMPAT 88 sur le commerce assisté par ordinateur, La Haye, 1988) et "Formación de contratos: comunicación de la oferta y de la aceptación al oferente", La validez de los contratos internacionales negociados por medios electrónicos (Madrid, Centro de estudios comerciales, Chambre de commerce et d'industrie de Madrid, 1988).

48/ Entores, Ltd. v. Miles Far East Corp. (voir note 46 supra), et Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl- und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH (1982), All England Law Reports, p. 293.

49/ Déclaration de Lord Wilberforce dans Brinkibon (note 48 supra), cité en outre par S. Harvey et J. Newman dans "Contracts by electronic mail: some issues explored", The Computer Law and Security Report, vol. 3, N° 6 (mars-avril 1988), p. 2.

50/ TRADE/WP.4/171, par. 15.

51/ UNCID, p. 10 et 11.

52/ TRADE/WP.4/R.652 et Corr.1.