



NATIONS UNIES  
ASSEMBLEE  
GENERALE



Distr. GENERALE

A/CN.9/373  
9 mars 1993FRANCAIS  
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES NATIONS UNIES  
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Vingt-sixième session  
Vienne, 5-23 juillet 1993

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES ECHANGES DE DONNEES INFORMATISEES  
SUR LES TRAVAUX DE SA VINGT-CINQUIEME SESSION  
(New York, 4-15 janvier 1993)

## TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 9	3
<u>Chapitres</u>		
I. DELIBERATIONS ET DECISIONS	10	4
II. PORTEE ET FORME DES REGLES UNIFORMES	11 - 34	5
A. Champ d'application quant au fond	11 - 33	5
1. La notion d'EDI	11 - 20	5
2. Opérations nationales et internationales	21 - 28	7
3. Opérations impliquant des consommateurs	29 - 33	9
B. Forme des règles uniformes	34	9
III. DEFINITIONS ET DISPOSITIONS GENERALES	35 - 43	10
A. Définitions	35 - 36	10
1. Parties à une opération d'EDI	35	10
2. EDI, message EDI et autres termes	36	10
B. Dispositions générales	37 - 43	10
1. Autonomie des parties en vertu des règles uniformes	37	10
2. Interprétation des règles uniformes	38 - 42	10
3. Arbitrage et conflits de lois	43	11

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
IV. CONDITIONS DE FORME	44 - 108	11
A. Observations préliminaires	44 - 49	11
1. Relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques	45 - 48	11
2. Opérations faisant intervenir des conditions de forme particulières	49	12
B. Equivalent fonctionnel de l'"écrit"	50 - 62	13
1. L'exigence légale de l'écrit	50 - 61	13
2. Définition contractuelle de l'écrit	62	17
C. Authentification des messages EDI	63 - 76	17
D. Exigence d'un original	77 - 96	21
1. Equivalent fonctionnel	77 - 91	21
2. Règles contractuelles	92 - 96	23
E. Force probante des messages EDI	97 - 108	24
1. Admissibilité des moyens de preuve produits par EDI	97 - 101	24
2. Valeur probante des enregistrements produits par EDI	102	25
3. Règles contractuelles	103 - 108	25
V. OBLIGATIONS DES PARTIES	109 - 125	26
A. Obligations de l'expéditeur d'un message	109 - 115	26
B. Obligations découlant de la transmission	116 - 125	28
1. Accusé de réception fonctionnel	116 - 122	28
2. Enregistrement des opérations	123 - 125	30
VI. FORMATION DES CONTRATS	126 - 147	30
A. Consentement, offre et acceptation	126 - 133	30
B. Moment de la formation du contrat	134 - 143	31
C. Lieu de formation du contrat	144 - 146	33
D. Conditions générales	147	33
VII. RESPONSABILITE ET RISQUE	148 - 152	34
VIII. AUTRES QUESTIONS QUI POURRAIENT ETRES TRAITÉES	153	34

## INTRODUCTION

1. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission a estimé que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants à mesure que ce type d'échanges se développerait, et que la Commission devrait par conséquent entreprendre des travaux dans ce domaine. La Commission est convenue que le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail 1/.

2. Comme suite à cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session à l'identification et à l'examen des problèmes juridiques découlant du développement de l'EDI. Dans le rapport sur les travaux de cette session, le Groupe de travail a estimé que l'examen des questions juridiques liées au développement de l'EDI avait fait apparaître que, pour certaines de ces questions, le mieux serait d'élaborer des dispositions législatives (A/CN.9/360, par. 129). Pour ce qui est de l'élaboration possible d'un accord type de communication d'application universelle pour le commerce international, le Groupe de travail était convenu que, du moins pour le moment, il n'était pas nécessaire que la Commission élabore un tel accord. Toutefois, le Groupe de travail a noté que, conformément à l'approche souple recommandée à la Commission en ce qui concerne la forme que revêtirait l'instrument qui serait élaboré, il se pourrait que, dans certains cas, l'élaboration de clauses contractuelles types soit considérée comme un moyen approprié de traiter certaines questions (ibid., par. 132). Le Groupe de travail a réaffirmé que les organisations internationales actives dans ce domaine devraient coopérer étroitement. Il a été convenu que la Commission, vu le caractère universel de sa composition, et son mandat en général, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devrait jouer un rôle particulièrement actif en la matière (ibid., par. 133).

3. A sa vingt-cinquième session, en 1992, la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail des paiements internationaux sur les travaux de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360). La Commission est convenue que, comme l'avait indiqué le Groupe de travail, la nécessité s'imposait d'examiner plus avant les aspects juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. De même, comme l'avait suggéré le Groupe de travail, si, pour certaines questions, le mieux était d'élaborer des dispositions législatives, pour d'autres en revanche, il serait sans doute plus approprié de mettre au point des clauses contractuelles types. Après en avoir débattu, la Commission a fait siennes les recommandations contenues dans le rapport du Groupe de travail (ibid., par. 129 à 133) et a chargé le Groupe de travail des paiements internationaux, qu'elle a rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, du soin d'élaborer des règles juridiques relatives à l'EDI 2/.

---

1/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-quatrième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Supplément N° 17 (A/46/17), par. 314 à 317.

2/ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-cinquième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément N° 17 (A/47/17), par. 140 à 148.

4. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, composé de tous les Etats membres de la Commission, a tenu sa vingt-cinquième session à New York du 4 au 15 janvier 1993. Ont assisté à la session les Etats membres du Groupe de travail suivants : Allemagne, Arabie saoudite, Autriche, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chine, Costa Rica, Danemark, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan, Thaïlande et Uruguay.

5. Ont assisté à la session les observateurs des Etats suivants : Australie, Bolivie, Brésil, Côte d'Ivoire, Finlande, Indonésie, Israël, Micronésie (Etats fédérés de), Pakistan, Philippines, Roumanie, Suède, Suisse et Venezuela.

6. Ont assisté à la session les observateurs des organisations internationales suivantes : Commission économique pour l'Europe (CEE), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Communauté européenne, Conférence de La Haye sur le droit international privé, Centre d'arbitrage commercial international du Caire, Fédération des banques européennes, Association internationale des ports (AIP), Chambre de commerce internationale, Société de télécommunications interbancaires mondiales et Assemblée mondiale des petites et moyennes entreprises.

7. Le Groupe de travail a élu le bureau ci-après :

Président : M. José María Abascal Zamora (Mexique);

Rapporteur : M. Essam Ramadan (Egypte).

8. Le Groupe de travail a été saisi d'une note dans laquelle le Secrétariat présentait l'ébauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) (A/CN.9/WG.IV/WP.55).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Election du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Ebauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI).
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

#### I. DELIBERATIONS ET DECISIONS

10. Le Groupe de travail a étudié les questions abordées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.55). Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont consignées dans les chapitres II à VIII ci-après. Le Secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces délibérations et conclusions, une première série de projets d'articles, avec différentes variantes, sur les questions abordées.

## II. PORTEE ET FORME DES REGLES UNIFORMES

### A. Champ d'application quant au fond

#### 1. La notion d'EDI

11. Le Groupe de travail a repris sa discussion générale sur la notion de l'EDI, discussion qui, faute de temps, n'avait pu être conclue lors de la session précédente, après avoir achevé son premier examen des problèmes juridiques en jeu.

12. D'emblée, le Groupe de travail a confirmé la décision prise à sa session précédente, à savoir qu'en traitant la question dont il était saisi, le Groupe de travail aurait de l'EDI une conception large, couvrant toute une série d'utilisations de l'EDI liées au commerce que l'on pouvait désigner de manière générale par la formule "commerce électronique" (voir A/CN.9/360, par. 28 et 29) bien que d'autres termes descriptifs aient été proposés. On a rappelé qu'au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de "commerce électronique" figuraient les moyens de transmission ci-après, qui font appel à des techniques électroniques : communication par EDI définie de manière restrictive, comme la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard); transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives; transmission par voie électronique de textes librement formatés. On a également noté que, dans certains cas, la notion de "commerce électronique" pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie.

13. On a donné des exemples de cas où une information numérique communiquée au départ sous la forme d'un message EDI normalisé pourrait, à un point donné de la chaîne de communication établie entre l'expéditeur et le destinataire, être transmise sous la forme d'un message télex créé par un ordinateur ou sous la forme d'une télécopie d'une sortie d'imprimante. D'une manière générale, on a estimé que de telles situations devraient être visées par les règles uniformes, les usagers ayant besoin d'un ensemble de règles cohérentes régissant diverses techniques de communication qui pourraient être interchangeables dans la pratique. D'une manière plus générale, on a admis qu'en principe, aucune technique de communication ne devrait être exclue du champ d'application des règles uniformes, celles-ci devant tenir compte des faits nouveaux pouvant se produire dans ce domaine.

14. Des vues divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si le Groupe de travail devrait s'attacher, avant même d'examiner le contenu des règles uniformes, à définir d'une manière plus explicite le champ d'application desdites règles et, à cet effet, s'efforcer de définir le terme "EDI". Selon un avis, cette démarche était nécessaire, si l'on entendait définir les hypothèses de travail sur la base desquelles le Groupe de travail poursuivrait son examen. On a signalé qu'une définition de l'EDI permettrait de délimiter le champ d'application des règles uniformes, car s'agissant de certaines méthodes de communication combinant la transmission électronique de données "dématérialisées" et un support papier (par exemple le télex et la télécopie), on pouvait se demander si l'EDI était bien, dans tous les cas, le contexte approprié. On a appuyé l'idée d'adopter comme hypothèse de travail une définition de l'EDI incluant expressément le télex et la télécopie.

15. Selon un autre avis, il ne convenait pas d'inclure expressément dans le champ d'application des règles uniformes le télex et la télécopie, car ces moyens de communication étaient en partie tributaires du papier. Il a été

indiqué que le Groupe de travail devrait s'attacher avant toute chose à fixer des règles tenant compte des problèmes juridiques liés à l'utilisation de l'informatique. On a convenu dans l'ensemble que l'élaboration des règles uniformes ne devrait pas amener le Groupe de travail à entreprendre une révision générale des nombreuses règles faisant partie des systèmes juridiques nationaux et liées à l'utilisation du papier.

16. On a noté que les participants aux échanges internationaux avaient de plus en plus recours à la technique de la télécopie (appelée également téléfax) pour transmettre des images de documents sur papier. On a noté également qu'en raison des différences techniques entre la télécopie et l'envoi de données numériques d'ordinateur à ordinateur, il y avait aussi des différences au niveau, par exemple, des méthodes d'authentification et des possibilités de découvrir les erreurs de transmission. Compte tenu de ces différences, on a émis l'avis que des règles spéciales applicables à la télécopie pourraient être nécessaires. Le Secrétariat a été prié d'étudier, lorsqu'il élaborerait des projets de dispositions pour les règles uniformes, si des dispositions spéciales étaient nécessaires pour certains aspects de la télécopie.

17. S'agissant du champ d'application des règles uniformes, on a également soutenu que le Groupe de travail devrait axer ses travaux non pas sur les différentes techniques de communication à retenir dans la définition de l'EDI, mais sur les fonctions assurées par l'utilisation du papier ou d'un support autre que le papier traditionnel, sans avoir à se préoccuper de savoir si les données en question étaient communiquées sous la forme d'un message ou stockées sous la forme d'un document mécanographique, et qu'il devrait fixer les conditions auxquelles il serait possible d'attribuer aux données reproduites sur un support autre que le papier la même valeur juridique que celle reconnue aux données reproduites sur le papier traditionnel. On a estimé d'une manière générale qu'en axant les travaux sur la fonction plutôt qu'en s'attachant à répertorier et définir les différentes techniques utilisées pour communiquer et stocker les données, on tiendrait mieux compte de la nécessité de proposer des règles uniformes qui ne soient pas liées à un moment précis de l'évolution technique. Les règles uniformes pouvaient donc être décrites comme "neutres" quant à la technique de communication.

18. Après examen, le Groupe de travail a décidé de s'en tenir à la conception générale de l'EDI (ou "commerce électronique") susmentionnée afin de délimiter la portée de ses travaux et la teneur des règles uniformes, et d'en donner une définition concrète à un stade ultérieur.

19. En ce qui concerne la terminologie à utiliser dans les règles uniformes, on a estimé que le Groupe de travail devrait essayer de retenir un dénominateur commun pour la description générale des différentes techniques de communication auxquelles les règles uniformes pourraient s'appliquer. On a indiqué que, suite à l'adoption de la notion large de "commerce électronique", le fait de continuer d'utiliser le terme "EDI" pourrait induire en erreur. On a rappelé que presque toutes les définitions de l'EDI actuellement utilisées ou proposées parmi les usagers de l'EDI (voir A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 9) limitaient l'EDI aux communications entre ordinateurs et aux données transmises selon un format standard. Il fallait donc envisager d'adopter une nouvelle terminologie reflétant plus exactement l'ampleur et la diversité des questions qui devraient faire l'objet des règles uniformes.

20. Plusieurs expressions ont été proposées pour remplacer le terme "EDI". L'idée d'utiliser l'expression "commerce électronique", qui aurait l'avantage d'être suffisamment large pour englober toutes les techniques de communication

existantes, a recueilli un certain appui. On a cependant fait observer que la référence à des techniques "électroniques" pourrait se révéler indûment restrictive, car l'évolution technique pourrait aboutir à la mise au point de moyens de transmission optiques ou d'autres moyens non électroniques. On a également proposé, et cette suggestion a recueilli un certain appui, d'introduire la notion d'"information numérique". On a cependant fait remarquer que cette notion pourrait se révéler indûment large, les communications téléphoniques pouvant également être définies comme la transmission d'une information numérique. D'autres suggestions ont également recueilli un certain appui, notamment celles visant à adopter une formulation fondée sur l'expression "commerce sans papier" ou faisant allusion à la "dématérialisation" des données. Toutefois, on a fait remarquer que l'EDI, sous sa forme actuelle, n'entraînerait vraisemblablement pas la disparition totale des documents sur papier. D'une manière générale, on a estimé qu'il ne serait peut-être pas indiqué d'abandonner le terme "EDI", qui en était venu à désigner communément l'utilisation d'ordinateurs pour la transmission de données commerciales par la voie des télécommunications, indépendamment du point de savoir si des définitions techniques plus étroites de l'EDI étaient également utilisées.

## 2. Opérations nationales et internationales

21. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les règles uniformes devaient avoir une portée limitée aux opérations internationales ou si elles devaient englober à la fois les opérations internationales et les opérations nationales.

22. Selon un point de vue, les règles uniformes ne devaient pas se limiter aux opérations internationales. Cela était notamment justifié par le fait que les considérations générales qui sous-tendaient l'établissement des règles uniformes et leur contenu étaient les mêmes pour les opérations internationales et les opérations nationales. En particulier, l'objet des règles uniformes était d'offrir une garantie juridique aux parties qui choisissaient d'enregistrer leurs opérations sous forme électronique, et il n'y avait aucune raison de limiter cette garantie aux enregistrements concernant le commerce international. Les entreprises qui recouraient à l'EDI employaient généralement le même matériel technique et les mêmes procédures pour créer, transmettre et stocker les informations dans le commerce interne et le commerce international; ces entreprises avaient ainsi intérêt à ce que toutes les informations soient traitées de la même manière. En outre, il serait difficile d'établir un critère clair et fonctionnel pour distinguer les opérations nationales des opérations internationales. On pouvait par exemple considérer un enregistrement EDI comme une opération interne s'il était produit, transmis et stocké dans un seul Etat; néanmoins, si cet enregistrement devait être pris en considération pour le règlement d'un litige dans un Etat étranger, l'inapplicabilité des règles uniformes pourrait entraîner des difficultés quant à son utilisation dans l'Etat en question. On a avancé que la coexistence de deux séries de règles pour le commerce électronique national et international entraverait le commerce international en suscitant des incertitudes profondes pour les usagers. On a ajouté que, si les règles uniformes se présentaient sous la forme d'une loi type, un Etat pourrait limiter l'applicabilité de certaines dispositions aux opérations internationales s'il le jugeait approprié.

23. Selon un autre point de vue, les règles uniformes devaient être limitées aux opérations internationales puisque leur objet était de faciliter le commerce international. On a fait valoir que les lois nationales sur

certaines questions relatives à l'EDI (par exemple les questions relatives à la preuve) étaient trop diverses pour permettre une uniformisation totale du droit et que les Etats seraient probablement plus enclins à accepter des dispositions unifiées si celles-ci ne se substituaient pas entièrement aux règles régissant les relations internes. On a répondu à cela qu'il était peu probable qu'un conflit surgisse entre les règles uniformes et les réglementations nationales relatives à l'EDI interne puisqu'un petit nombre d'Etats seulement avaient élaboré des règles dans ce domaine. On a fait remarquer que, si les règles prenaient la forme d'une loi type traitant du commerce international, elles pourraient être appliquées au plan national si les Etats le souhaitaient.

24. Dans la mesure où il y avait convergence entre les principes législatifs qui sous-tendaient l'EDI international et ceux qui s'appliquaient aux opérations nationales, le Groupe de travail a provisoirement jugé plus prudent, une fois que les règles unifiées concernant l'EDI international seraient établies et qu'elles se seraient révélées satisfaisantes dans la pratique, de laisser aux Etats le soin d'étendre le régime unifié à l'EDI interne. On a fait valoir par ailleurs que la Commission mettait traditionnellement l'accent sur les règles qui facilitaient le commerce international et que le projet actuel devrait se conformer à cette tradition.

25. En ce qui concerne le critère employé pour la définition des opérations internationales, certains membres se sont déclarés favorables à une caractérisation fondée sur le fait que l'expéditeur et le destinataire du message se trouvaient dans des Etats différents. On pouvait également envisager une définition souple selon laquelle une opération serait considérée comme internationale si le message EDI ou son objet concernait plusieurs pays ou si le message EDI avait une incidence sur le commerce international; on a rappelé au Groupe de travail que certains Etats avaient adopté cette formule souple pour établir une distinction entre les arbitrages internationaux et les arbitrages nationaux.

#### Le message : objet principal des règles uniformes

26. Dans le cadre de la discussion consacrée à l'EDI national et international, le Groupe de travail a examiné la question de l'objet des règles uniformes. Il a été généralement convenu que c'étaient les messages EDI qui devaient constituer l'axe initial de ces règles et non les opérations ou les contrats qui résultaient de l'échange des messages EDI. Si les règles uniformes englobaient les opérations ou les contrats, cela entraînerait l'adoption de règles spéciales relatives aux contrats parallèlement au droit contractuel traditionnel, ce qui n'était pas souhaitable. On a néanmoins constaté que, dans la mesure où les règles uniformes traiteraient de l'utilisation de l'EDI pour la formation de contrats, il faudrait peut-être évoquer certains aspects des opérations auxquelles les messages étaient liés.

27. En ce qui concerne les messages EDI qui devaient constituer l'objet des règles uniformes, plusieurs suggestions ont été faites. Ces messages devaient être définis de façon très générale comme comprenant, outre les communications échangées entre les parties, les enregistrements établis par une partie mais qui n'étaient pas transmis à une autre partie, par exemple à cause d'une erreur ou d'une interruption des télécommunications ou parce que l'enregistrement devait être réservé à la partie qui l'avait créé. On a suggéré que, comme la notion de message était plus générale, il valait peut-être mieux utiliser dans les règles uniformes le terme "enregistrement" qui englobait à la fois les messages et les données qui n'avaient pas été transmises par les parties.

28. En ce qui concerne les types de messages à inclure, on a fait valoir que les règles uniformes ne devaient pas simplement valider les messages EDI qui exprimaient une volonté chez les parties d'être liées mais qu'elles devaient englober des messages très divers pouvant prendre une signification juridique pour les parties. Il pouvait s'agir par exemple de communications précédant la signature de contrats, de diverses notifications ou demandes présentées durant l'exécution des contrats, et de demandes d'indemnisation résultant de la rupture de contrats.

### 3. Opérations impliquant des consommateurs

29. Le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que les règles uniformes ne devraient pas traiter des questions spéciales ayant trait à la protection des consommateurs.

30. Selon une opinion, il pourrait être précisé dans les règles uniformes que celles-ci ne s'appliquent pas aux messages qui émanent d'une partie n'agissant pas dans le cadre d'une opération commerciale ou aux messages adressés à une personne qui ne concernent pas les opérations commerciales du destinataire.

31. Selon l'opinion qui a prévalu, toutefois, les règles uniformes devraient s'appliquer à tous les messages, y compris les messages émanant des consommateurs ou destinés à ceux-ci, mais il faudrait bien préciser qu'elles n'ont pas pour objet de déroger en aucune façon à la législation relative à la protection des consommateurs. On a signalé que les règles uniformes elles-mêmes auraient probablement pour effet d'améliorer la situation des consommateurs en introduisant une plus grande certitude juridique dans leurs opérations et qu'en plus de cet élément positif, elles devraient ouvrir la voie à une législation garantissant une protection spéciale aux consommateurs.

32. Selon les tenants de l'opinion qui a prévalu, les règles uniformes ne devraient pas définir les opérations-consommateurs. En effet, cela ne serait pas approprié puisqu'il avait été convenu que les règles uniformes seraient axées sur les messages ou enregistrements EDI et non pas sur les contrats ou autres obligations qui justifiaient l'envoi des messages ou le stockage des données. Sur le point de savoir s'il convenait d'indiquer dans le corps des règles uniformes ou dans une note de bas de page figurant dans le texte de celles-ci que des règles uniformes n'avaient pas pour objet de déroger en aucune façon à la législation relative à la protection des consommateurs, on a estimé dans l'ensemble qu'en l'absence d'une définition des opérations-consommateurs, il serait préférable d'insérer une note de bas de page.

33. On a fait observer qu'il fallait être attentif au fait que les parties à une opération commerciale souhaiteraient probablement savoir avec un certain degré de certitude quand un message EDI ou une opération étaient régis par une loi spéciale en matière de protection des consommateurs. On a également noté que des lois spéciales ayant trait aux consommateurs pouvaient non seulement conférer à ces derniers des droits spéciaux, mais également leur imposer des obligations ou règles spéciales de comportement.

### B. Forme des règles uniformes

34. Le Groupe de travail a convenu de partir de l'hypothèse de travail que les règles uniformes devraient revêtir la forme de dispositions légales. Il a cependant différé sa décision finale quant à la forme concrète que ces dispositions légales devraient revêtir.

### III. DEFINITIONS ET DISPOSITIONS GENERALES

#### A. Définitions

##### 1. Parties à une opération d'EDI

35. Les règles uniformes devant être axées sur les messages EDI, on a estimé qu'elles devraient peut-être contenir une définition de l'expéditeur et du destinataire du message et, selon la teneur des règles à élaborer, éventuellement aussi d'autres parties, telle la partie qui a créé ou stocké un message ou la tierce partie qui a fourni, en ce qui concerne le message, des services représentant une valeur ajoutée. S'agissant des fournisseurs de services tiers, on a fait observer qu'eu égard à la grande diversité des services qu'ils offraient, toute définition de ces fournisseurs ne pourrait être que très générale, ce qui réduirait son utilité.

##### 2. EDI, message EDI et autres termes

36. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait reporté sa décision quant à la définition de l'EDI (voir par. 18 ci-dessus). Il a également estimé qu'il faudrait peut-être envisager en temps opportun d'introduire dans les règles uniformes la définition d'autres termes.

#### B. Dispositions générales

##### 1. Autonomie des parties en vertu des règles uniformes

37. Le Groupe de travail a estimé dans l'ensemble que les règles uniformes devraient reconnaître en général l'autonomie des parties. Toutefois, eu égard à la politique des gouvernements et à la nécessité de veiller à l'équité des relations dans l'EDI, le Groupe de travail a également convenu d'examiner la nécessité, lorsqu'il formulerait les dispositions des règles uniformes, de limiter la liberté des parties de déroger par convention à une disposition. On a fait observer que, dans la mesure où les règles uniformes traiteraient des relations entre les réseaux EDI et les utilisateurs de leurs services, il pourrait se révéler nécessaire de protéger les intérêts des parties se trouvant dans une position de négociation moins favorable.

##### 2. Interprétation des règles uniformes

38. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir s'il fallait insérer dans les règles uniformes une règle, calquée sur l'alinéa 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée Convention des Nations Unies sur les ventes), prévoyant qu'il faudrait tenir compte, dans l'interprétation des règles uniformes, de leur caractère international et de la nécessité d'en promouvoir une application uniforme, et une règle, calquée sur l'alinéa 2 de l'article 7 de ladite Convention, prévoyant que les questions concernant les matières régies par les règles uniformes et qui n'étaient pas expressément tranchées par elles devraient être réglées selon les principes généraux dont elles s'inspiraient.

39. Selon certains, des dispositions calquées sur l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes pourraient être utiles si les règles uniformes devaient revêtir la forme d'une convention. En revanche, au cas où elles prendraient la forme d'une loi type, l'idée de ne pas insérer de

telles dispositions a reçu un appui considérable. On a dit qu'une loi type exigeait une certaine souplesse dans l'application de ses dispositions et que ces règles d'interprétation seraient incompatibles avec une telle souplesse.

40. Selon une autre opinion, une loi type dans le domaine de l'EDI ayant pour objectif d'unifier et d'harmoniser les lois nationales, il conviendrait, pour souligner cet objectif, de rappeler aux utilisateurs des lois fondées sur la loi type le caractère international de celle-ci et la nécessité d'en promouvoir une interprétation uniforme. On a ajouté que le libellé de la règle d'interprétation pourrait être conçu de façon à ne pas exclure la possibilité pour un Etat de déroger à la loi type.

41. Le Groupe de travail a également examiné le point de savoir si les règles uniformes devaient prévoir des normes pour l'interprétation des actes ou déclarations des participants à l'EDI. Il a examiné les normes proposées ci-après, conçues sur le modèle de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les ventes : 1) l'intention de la partie, lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention; 2) le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie aurait donné à cette déclaration dans les mêmes circonstances.

42. Pour justifier l'opposition à l'insertion de telles normes d'interprétation dans les règles uniformes, on a fait valoir que leur application susciterait des difficultés et des incertitudes. En particulier, une règle relative à l'interprétation de l'intention d'une partie pouvait susciter des difficultés lorsque l'intention était exprimée par l'intermédiaire d'un ordinateur ou d'un autre dispositif automatique dont le fonctionnement n'était pas tributaire d'une intervention directe de l'homme. Selon d'autres opinions, le Groupe de travail devrait examiner pareilles normes d'interprétation ultérieurement, si l'on décidait que les règles uniformes doivent aborder la question de la formation des contrats par l'intermédiaire de l'EDI.

### 3. Arbitrage et conflits de lois

43. Le Groupe de travail a convenu de réexaminer ces questions à un stade plus avancé de ses discussions.

## IV. CONDITIONS DE FORME

### A. Observations préliminaires

44. Avant d'entamer une discussion générale quant à la manière dont les conditions de forme applicables pourraient être rendues compatibles avec l'EDI, le Groupe de travail a examiné différentes questions susceptibles d'avoir des incidences sur la portée des règles uniformes.

#### 1. Relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques

45. Le Groupe de travail a examiné la possibilité d'établir une distinction entre l'admissibilité des messages EDI dans une procédure d'arbitrage commercial ou une procédure judiciaire et l'acceptation et l'utilisation de ces messages par des autorités administratives.

46. En faveur de l'adoption d'une telle distinction, l'avis a été exprimé que les règles uniformes ne devraient pas traiter des conditions de forme obligatoires qui pourraient être imposées aux sociétés et aux particuliers au regard des règlements administratifs ou des lois (par exemple des lois fiscales ou des lois sur les opérations de bourse, des lois sur la supervision des opérations bancaires, etc.). Il a été rappelé qu'à sa précédente session, le Groupe de travail avait décidé qu'il ne serait pas approprié, dans le cadre du programme d'activité de la Commission, de recommander des modifications des règles administratives à l'échelon national. Dans le même temps, il avait été noté que des recommandations visant à surmonter les obstacles à l'utilisation de l'EDI à l'échelon international pourraient contribuer à faciliter la suppression de ces obstacles dans le domaine administratif (A/CN.9/360, par. 52).

47. Selon un autre point de vue, il ne serait pas approprié d'établir une distinction de portée générale entre les conditions de forme régissant l'admissibilité des messages EDI dans une procédure d'arbitrage commercial ou une procédure judiciaire et les conditions de forme applicables à l'acceptation et à l'utilisation de ces messages dans le domaine administratif. Il a été déclaré que, dans un certain nombre de cas, les deux types de conditions visaient les mêmes objectifs. Par exemple, les exigences concernant l'utilisation par les autorités publiques d'enregistrements informatiques comme moyens de preuve à des fins comptables et fiscales ne devraient pas être artificiellement dissociées des exigences concernant l'acceptabilité des enregistrements informatiques comme moyens de preuve par les tribunaux. Il a été déclaré que, conformément à l'"approche fonctionnelle" sur laquelle le Groupe de travail s'était mis d'accord lors de sa précédente session, les règles uniformes devraient définir les conditions dans lesquelles on pourrait en toute sécurité utiliser des données informatisées à la place de données sur papier. A cet égard, il ne semblait pas y avoir de difficulté à reconnaître qu'un tel équivalent fonctionnel de l'écrit pourrait être utilisé non seulement entre les usagers privés de l'EDI ainsi qu'en cas de litige, mais également dans les relations entre les usagers de l'EDI et les autorités publiques.

48. Après avoir examiné la question, le Groupe de travail a estimé que les diverses vues exprimées n'étaient pas incompatibles. Il a été convenu que, si les règles uniformes ne devaient pas traiter expressément des situations dans lesquelles une condition de forme était prescrite par une autorité administrative pour des raisons de politique générale, en revanche, le domaine des relations entre les usagers de l'EDI et les pouvoirs publics ne devrait pas être exclu du champ d'application des règles uniformes. Toutefois, il a également été convenu que l'adoption d'une telle approche intégrée de l'admissibilité des données informatisées en tant que moyens de preuve ne devrait pas engendrer la présomption selon laquelle les autorités publiques appliqueraient et exploiteraient les technologies EDI si leur coût devait être supérieur aux fonds qu'ils étaient disposés à déboursier.

## 2. Opérations faisant intervenir des conditions de forme particulières

49. Le Groupe de travail a convenu que les règles uniformes n'avaient pas pour objet de traiter des opérations pour lesquelles, dans divers pays, une certaine forme d'authentification ou d'immatriculation était requise. Il pouvait s'agir par exemple des opérations suivantes : vente de biens immobiliers ou de biens mobiliers immatriculés tels que des aéronefs et navires. Il a été entendu que les règles uniformes devraient mettre l'accent sur les relations commerciales concernant l'échange de biens et de services.

B. Equivalent fonctionnel de l'"écrit"

1. L'exigence légale de l'écrit

50. Le Groupe de travail a estimé qu'il conviendrait d'adopter une approche "fondée sur l'équivalence fonctionnelle" en ce qui concerne l'exigence faisant obligation à l'heure actuelle de présenter les données par écrit. La vue a été exprimée que le Groupe de travail devrait définir les fonctions essentielles traditionnellement assurées par l'écrit, en vue d'établir les conditions dans lesquelles les messages EDI seraient réputés remplir ces fonctions et se verraient donc reconnaître la même valeur légale que les documents écrits.

51. Il a été rappelé qu'à sa précédente session, le Groupe de travail avait estimé que l'écrit avait les fonctions suivantes : 1) fournir un document lisible par tous; 2) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération; 3) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte; 4) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; et 5) assurer que le document se présentait sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux (A/CN.9/360, par. 42). En outre, on avait suggéré que l'écrit pouvait également remplir les fonctions suivantes : 6) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention; 7) permettre un stockage aisé des données sous une forme tangible; 8) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 9) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un écrit était requis aux fins de validité.

52. Etant donné les suggestions susmentionnées, une mise en garde a été lancée contre l'adoption d'une conception excessivement vaste des fonctions remplies par l'écrit. Il a été déclaré que l'exigence actuelle selon laquelle les données devaient être présentées par écrit, tout en ne mettant généralement pas l'accent sur les fonctions devant être assurées par l'écrit, combinait souvent l'exigence de l'écrit avec des concepts qui en étaient distincts comme, par exemple, la signature. On s'est généralement accordé à reconnaître que, si l'on adoptait une approche fonctionnelle, il faudrait garder à l'esprit que l'exigence de l'écrit devait être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme, qui prévoyait des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits. L'exigence selon laquelle les données doivent être présentées par écrit (décrite comme l'"exigence minimum") ne devait donc pas être confondue avec des exigences plus strictes comme la production d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte légal authentifié". Par exemple, un document écrit qui ne serait ni daté ni signé, et dont l'auteur ne serait pas identifié dans le document écrit ou ne serait identifié que par un simple en-tête, serait considéré comme un écrit quand bien même il n'aurait peut-être qu'une force probante négligeable en l'absence d'autres éléments de preuve (par exemple un témoignage) quant à l'auteur du document. On a aussi noté que la notion d'inaltérabilité ne devait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au crayon pourrait néanmoins être considéré comme un écrit selon certaines définitions légales. En règle générale, on a jugé que des notions

telles que "élément de preuve" et "intention manifestée par les parties de se lier entre elles" devraient être rattachées aux questions de nature plus générale concernant la fiabilité et l'authentification des données et ne devraient pas intervenir dans la définition d'un "écrit". En outre, on s'est demandé si les règles uniformes devraient être axées sur l'"intention" des parties. On a également estimé, dans l'ensemble, qu'il fallait établir une distinction entre, d'une part, l'acceptabilité des données en tant qu'éléments de preuve et, d'autre part, la force probante de ces données ou la valeur de preuve s'y attachant.

53. A ce propos, il a été noté que certaines techniques électroniques pouvaient remplir certaines fonctions assurées par les documents sur support papier avec une plus grande fiabilité et rapidité, notamment en ce qui concerne l'identification de la source et le contenu des données. Néanmoins, on a généralement admis que l'adoption de l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle ne devrait pas avoir pour conséquence d'imposer aux usagers de l'EDI des normes de sécurité plus strictes (avec l'augmentation des coûts qui en résulterait) que pour les supports papier.

54. Au sujet de la méthode à suivre pour définir l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle pour les documents sur support papier, deux propositions ont été faites. L'une d'elles consistait à élargir la définition de l'"écrit" aux techniques EDI. Il a été proposé que la définition suivante de l'écrit serve de base aux discussions :

"Par 'écrit', on désigne notamment les télégrammes, messages télex ou autres moyens de communication qui assurent la préservation des renseignements y figurant et peuvent être reproduits sous une forme tangible."

55. Cette définition, qui a été accueillie favorablement, pourrait éventuellement être affinée en y ajoutant la possibilité de reproduire les données sous une forme lisible par l'homme ou sous toute autre forme requise par la loi applicable.

56. Toutefois, l'opinion a été exprimée qu'il ne serait pas approprié d'adopter pour l'usage général une définition de l'écrit qui serait trop large par rapport à ce que l'on entend généralement par "écrit". L'adoption d'une définition élargie pourrait ainsi avoir pour conséquence fâcheuse de valider la dématérialisation des instruments pour lesquels les Etats désireraient peut-être maintenir le support papier. Des exemples ont été donnés sur l'utilisation du papier pour l'émission de chèques et de titres. Il a donc été proposé d'examiner plusieurs définitions au cas par cas en fonction des différentes situations où la présentation de données sous forme écrite est requise par la loi. Il a été noté qu'une telle démarche pourrait susciter des difficultés pratiques en raison du grand nombre de cas à considérer.

57. Une autre solution consisterait à élaborer une nouvelle définition qui énoncerait les conditions à remplir, lorsque la loi exige de présenter un document écrit, pour que cette exigence puisse être considérée comme satisfaite. Le texte suivant a été proposé :

"Dans les situations juridiques où un 'écrit' est requis, on doit entendre par écrit toute inscription sur un support quelconque apte à transmettre dans leur intégralité les informations contenues dans l'inscription, qui doivent pouvoir être reproduites sous une forme lisible par l'homme."

58. Cette proposition a été accueillie favorablement. Il a toutefois été proposé de l'affiner en ajoutant que les données devraient être enregistrées ou transmises intentionnellement. Il a également été proposé que la référence à "un support quelconque" soit interprétée comme excluant le papier et qu'il soit stipulé que les systèmes informatiques concernés devraient être entretenus de manière adéquate.

59. Selon une autre proposition, il faudrait disposer que, sauf convention contraire des parties, toute forme d'enregistrement électronique d'une information serait réputée être un équivalent fonctionnel de l'écrit, à condition qu'elle puisse être reproduite sous une forme visible et intelligible (ou tangible et lisible) et qu'elle puisse être préservée en tant qu'enregistrement.

60. Une autre proposition a été formulée en vue d'adopter les dispositions suivantes :

"1. Aux fins du présent article, les expressions ci-après ont le sens suivant :

a) 'Système d'information' : un ordinateur ou tout autre procédé technique par lequel l'information peut être enregistrée, traitée ou communiquée;

b) 'Emetteur originaire' : la personne par laquelle l'enregistrement des informations est authentifié ou, lorsque cet enregistrement n'est pas authentifié,

i) Dans le cas d'un enregistrement établi pour le compte d'une autre personne, la personne pour le compte de laquelle l'enregistrement a été établi;

ii) Dans tout autre cas, la personne par laquelle l'enregistrement a été établi; et

c) 'Règle de droit pertinente' : toute règle de droit (y compris une disposition contractuelle) qui

i) Régleme les modes de communication entre personnes de différents pays, la nature de l'enregistrement de ces communications ou les conditions dans lesquelles cet enregistrement peut être conservé; ou

ii) Stipule certaines conséquences découlant du mode de communication, la nature de l'enregistrement ou les conditions dans lesquelles cet enregistrement est conservé.

2. S'agissant d'une quelconque règle de droit exigeant un document écrit ou un document écrit portant une signature manuscrite (ou authentifié d'une autre manière), ou qui stipule certaines conséquences découlant de l'existence de ce document, un enregistrement qui, bien que n'étant pas un écrit et ne portant pas de signature manuscrite, se présente comme étant une représentation fidèle et complète des informations contenues dans le document écrit (s'il existe), sera suffisant si les conditions énumérées au paragraphe 3 ci-dessous sont remplies.

3. Les conditions visées au paragraphe 2 ci-dessus sont les suivantes :

- a) L'émetteur originaire de toutes les informations qui composent l'enregistrement est la personne par laquelle le document écrit aurait été authentifié ou par laquelle ou au nom de laquelle le document écrit aurait été composé;
- b) L'identité de l'émetteur originaire de l'information est dûment authentifiée;
- c) L'information qui compose l'enregistrement est enregistrée et stockée dans un système informatique qui :
  - i) Enregistre la date à laquelle et l'ordre dans lequel il consigne l'information;
  - ii) Est capable de produire un relevé lisible indiquant la date et l'ordre de l'enregistrement; et
  - iii) Fonctionne correctement au moment où l'information est censée avoir été enregistrée et stockée;
- d) Le relevé lisible de la date à laquelle et de l'ordre dans lequel l'information a été enregistrée :
  - i) Est certifié par la personne responsable de la production du relevé comme indiquant avec exactitude la date et l'ordre consignés par le système informatique; et
  - ii) Correspond à l'heure à laquelle le document écrit, auquel l'enregistrement est censé correspondre, aurait été créé ou (si elle est ultérieure) signé ou authentifié;
- e) Toutes les mesures voulues ont été prises par l'émetteur originaire de l'information et la ou les personnes responsables du fonctionnement du système informatique où celle-ci est enregistrée pour s'assurer que l'information n'a à aucun moment pu être altérée lors de la transmission ou de l'enregistrement ou bien ultérieurement; et
- f) Le système informatique qui a enregistré l'information est capable de produire un relevé lisible de l'information contenue dans l'enregistrement, authentifiant l'identité de l'émetteur originaire de l'information.

4. Aux fins de l'alinéa b) du paragraphe 3 ci-dessus, l'identité de l'émetteur originaire de l'information est dûment authentifiée si les procédures d'authentification permettent d'établir dans ces circonstances que l'authentification est absolument ou essentiellement fiable.

5. Lorsqu'une règle de droit mentionnée au paragraphe 2 ci-dessus découle uniquement d'une disposition contractuelle, les parties au contrat peuvent s'accorder sur une méthode d'authentification différente de celle visée au paragraphe 4 ci-dessus, aux fins de leurs rapports juridiques mutuels.

6. Aux fins de l'alinéa c) iii) du paragraphe 3 ci-dessus, le système informatique est présumé, sauf preuve du contraire, avoir fonctionné correctement au moment de l'enregistrement.

7. Sous réserve des paragraphes précédents, aux fins de toute règle de droit qui impose que l'information soit communiquée ou enregistrée sous une forme lisible ou prévoit certaines conséquences liées à la communication ou à l'enregistrement de l'information sous une telle forme, il suffit qu'un relevé lisible de l'information puisse être produit par le système informatique auquel l'information a été communiquée ou par lequel celle-ci a été enregistrée.

8. Le présent article n'a pas d'incidence sur une quelconque règle de droit :

a) Portant sur la création ou l'aliénation d'un titre quelconque de propriété (meuble ou immeuble, tangible ou intangible) ou d'un intérêt y afférent; ou

b) Imposant ou prévoyant certaines conséquences liées au respect de formalités autres que celles visées au paragraphe 1 ci-dessus."

61. La formule retenue dans cette proposition, selon laquelle, plutôt que de tenter de donner une définition générale de l'écrit, les règles uniformes décriraient les conditions nécessaires pour que les données informatiques aient une valeur légale, a été favorablement accueillie. On a toutefois fait valoir que les définitions étaient trop complexes et traitaient de questions sortant du cadre de la définition de l'équivalent fonctionnel de l'"écrit". L'avis a également été exprimé que la proposition imposerait des conditions trop strictes qui risqueraient d'entraver l'utilisation de l'EDI. Il a été déclaré que la disposition définissant l'équivalent fonctionnel de l'"écrit" devait être concise et que les règles supplémentaires concernant la force probante et l'admissibilité des messages EDI devaient faire l'objet d'autres dispositions des règles uniformes.

## 2. Définition contractuelle de l'écrit

62. On s'est généralement accordé à penser que les règles uniformes devraient contenir une disposition visant à éliminer les doutes pouvant subsister dans certains systèmes juridiques quant à la validité de définitions de l'écrit convenues par les parties. Toutefois, il a également été convenu que cette validation des accords privés devrait être rédigée de telle sorte que les Etats puissent limiter la liberté donnée aux parties pour certains types particuliers de documents. D'aucuns ont également estimé que, puisque le but des règles uniformes était d'établir des règles légales validant l'utilisation de l'EDI, les définitions de l'"écrit" convenues entre les parties perdraient de leur utilité avec l'adoption des règles uniformes.

## C. Authentification des messages EDI

63. Afin de déterminer s'il était possible de trouver un équivalent fonctionnel de la "signature" pour les messages EDI, le Groupe de travail a passé en revue les fonctions remplies par la signature dans les échanges sur papier. Il est dans l'ensemble convenu que la signature manuscrite remplissait notamment les fonctions suivantes : identifier une personne; apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à

l'acte de signer; associer cette personne à la teneur d'un document. On a noté que la signature pouvait en outre remplir diverses autres fonctions, selon la nature du document. Par exemple, elle pouvait attester l'intention d'une partie d'être liée par le contrat qu'elle avait signé; l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte; l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document écrit par quelqu'un d'autre; le fait qu'une personne s'était rendue en un lieu donné, à une heure donnée.

64. On a noté qu'outre la signature manuscrite traditionnelle, il existait divers types de procédures, parfois aussi appelées "signatures", qui apportaient divers degrés de certitude : par exemple, dans certains pays, au-dessus d'un certain montant, les contrats de vente de marchandises devaient être "signés" pour que leur exécution puisse être exigée en justice. Toutefois, dans ce contexte, la notion de signature était élargie de sorte qu'un cachet, une signature dactylographiée ou un en-tête pouvaient suffire pour satisfaire à cette règle. A l'autre extrême, il existait des cas où était exigée, en sus de la signature manuscrite traditionnelle, une procédure de sécurité comme la certification de la signature par des témoins.

65. On a émis l'avis qu'il pourrait être souhaitable de mettre au point des équivalents fonctionnels des divers types et niveaux de signature actuellement utilisés. De la sorte, la certitude quant au degré de reconnaissance juridique pouvant être escompté des divers types d'authentification utilisés dans les échanges de données informatisées à la place des "signatures" s'en trouverait renforcée. Toutefois, une bonne partie des participants a estimé que, la notion de signature étant intimement liée au support papier, il n'y avait peut-être pas de solutions techniques permettant de retrouver dans un contexte sans support matériel l'équivalent de tous les types et de toutes les utilisations actuels de la "signature". On a de plus fait observer qu'en cherchant à réglementer les normes et procédures à utiliser pour remplacer tels ou tels types de "signatures", on risquait de voir les règles uniformes bientôt dépassées par l'évolution des techniques.

66. Comme autre solution, on a suggéré d'inclure dans les règles uniformes une disposition qui énoncerait les conditions générales dans lesquelles les messages EDI seraient réputés authentifiés avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature entravant actuellement le commerce électronique. Diverses suggestions ont été faites quant aux éventuelles distinctions à ne pas oublier lorsqu'on élaborerait une telle disposition générale. Il a en outre été proposé que le Groupe de travail traite séparément de la question de l'authentification et de celle de la signature.

67. On a notamment suggéré de distinguer les situations dans lesquelles les parties à une opération d'EDI étaient liées par un accord de communication de celles dans lesquelles les parties n'avaient aucune relation contractuelle préalable concernant le recours à l'EDI. Dans le premier cas, les messages seraient considérés comme authentiques dès lors que les parties seraient convenues d'une méthode d'authentification commercialement raisonnable et qu'elles s'y seraient conformées. Dans le deuxième cas, le message serait considéré comme authentique dès lors qu'il aurait été authentifié par une méthode commercialement raisonnable eu égard aux circonstances. Pour déterminer si une méthode d'authentification était commercialement raisonnable, il faudrait notamment prendre en compte les facteurs ci-après : 1) le statut et la taille économique relative des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles

effectuaient entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; et 8) tout autre facteur pertinent.

68. Des participants se sont prononcés en faveur de cette suggestion qui, selon eux, avait le mérite d'offrir des critères d'authentification suffisamment souples pour satisfaire les besoins des usagers. On a toutefois objecté qu'il ne fallait pas restreindre la liberté contractuelle des parties de convenir de n'importe quelle méthode d'authentification, même si la méthode convenue pouvait être jugée déraisonnable au regard de critères objectifs. On a également émis l'avis que, dans la pratique, la question de l'authentification s'inscrivait généralement dans le cadre de la relation entre les parties à une opération d'EDI et des prestataires de services tiers qui mettaient divers niveaux possibles d'authentification à la disposition de celles-ci. On a répliqué que la notion d'authentification "commercialement raisonnable" était utile en ce qu'elle fournissait une norme minimale d'authentification à satisfaire en l'absence d'autres exigences résultant de dispositions contractuelles ou de textes réglementaires. Dans le même temps, on a exprimé l'avis qu'une telle norme minimale devait laisser les Etats libres de rendre obligatoires certaines conditions de forme pour tel ou tel type d'opération.

69. Pour ce qui est de la référence à une authentification "commercialement raisonnable", des exemples ont été donnés de situations (impliquant soit des partenaires commerciaux ayant une relation commerciale suivie, soit des parties n'ayant aucune relation contractuelle préalable) dans lesquelles les méthodes d'authentification utilisées dans la pratique pourraient être jugées déraisonnables d'un point de vue objectif. On a noté que, de même, s'agissant des échanges sur papier, certaines méthodes d'authentification actuellement utilisées pourraient être considérées comme déraisonnables d'un point de vue commercial. On a émis l'avis que si elles devaient encourager l'utilisation généralisée de procédures d'authentification pour l'échange de données informatisées, les règles uniformes devaient éviter de poser, en matière d'authentification, des règles plus strictes que pour les échanges sur papier.

70. L'objectivité d'un critère faisant appel à la notion d'authentification "commercialement raisonnable" a également été contestée. On a déclaré que le recours à cette notion risquait d'accroître l'incertitude quant aux méthodes d'authentification qui seraient considérées comme acceptables dans une juridiction donnée. On a en outre fait valoir que le mot "commercialement" risquait d'établir abusivement une dichotomie entre les utilisations "commerciales" de l'EDI et d'autres utilisations professionnelles faites de l'EDI par des parties qui, dans certaines juridictions, ne seraient pas considérées comme exerçant une activité "commerciale" (par exemple certaines catégories de professions libérales).

71. Après délibération, le Groupe de travail est généralement convenu qu'un message devant être authentifié ne devait pas se voir refuser valeur légale du simple fait qu'il n'était pas authentifié ou qu'il n'était pas authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier. Pour ce qui est des questions de preuve, le Groupe de travail est également convenu que la force probante d'un message pourrait être fonction non seulement de l'utilisation de telle ou telle méthode d'authentification, mais également d'autres éléments (par exemple la preuve testimoniale).

72. On a émis l'avis qu'il serait utile de fixer une norme minimale d'authentification pour les messages EDI qui pourraient être échangés en l'absence de relations contractuelles préalables. On a également déclaré que même si les parties pratiquaient l'EDI dans le cadre d'un accord de communication, il pourrait être utile que les règles uniformes donnent une indication de ce qui pourrait constituer une méthode appropriée d'authentification. Selon un autre point de vue, toutefois, la question de l'authentification devait être laissée entièrement à la discrétion des parties.

73. Divers avis ont été émis sur le point de savoir si les règles uniformes devraient énoncer les conséquences de l'adoption de la forme d'authentification prescrite ou convenue. Selon un avis, si une méthode raisonnable d'authentification avait été appliquée, le message serait considéré comme liant l'expéditeur présumé. Selon un autre avis, l'authentification d'un message vaudrait, à moins que les parties n'en aient convenu ou que la loi n'en dispose autrement, présomption sauf preuve contraire de l'authenticité de sa teneur. On a objecté que de telles solutions risquaient d'imposer une charge excessive à l'expéditeur présumé d'un message qui ne devait ni être lié par le contenu d'un message falsifié ni être tenu de rapporter la preuve que le message n'émanait pas de lui.

74. On a fait observer qu'il pourrait être utile, lors de l'élaboration de règles uniformes sur la question de l'authentification, de ne pas perdre de vue la distinction entre l'authentification d'un message pour ce qui est de sa source (c'est-à-dire l'identité de l'expéditeur) et pour ce qui est de sa teneur.

75. Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne la définition de l'"authentification", notamment "le procédé d'attestation de la source et de la teneur du message" et "le procédé par lequel une intention est consignée dans un message".

76. La disposition suivante a également été proposée :

"1. Lorsque la signature d'une personne est requise aux fins d'une règle de droit, toute méthode d'identification supposée avoir été utilisée par cette personne ou au nom de cette personne constitue une authentification suffisante à cette fin en lieu et place de la signature si elle est suffisante pour constituer une preuve substantielle du fait que cette personne avait l'intention d'approuver la teneur de l'information ayant fait l'objet de l'authentification.

2. Lorsque la signature d'une personne est requise à des fins autres que celles d'une règle de droit (qu'elle soit ou non requise par un accord), toute méthode d'authentification supposée avoir été utilisée par cette personne ou au nom de cette personne en lieu et place de la signature est considérée comme une authentification suffisante à cette fin si elle peut constituer une preuve suffisante, dans toutes les circonstances se rattachant à l'enregistrement ou à la communication de l'information ayant fait l'objet de l'authentification, du fait que la personne avait l'intention d'approuver la teneur de cette information.

3. L'application du paragraphe 2 ci-dessus peut être exclue par tout engagement ou accord ayant valeur légale."

Selon un avis, cette proposition ne traitait pas des conditions de forme liées à la signature.

D. Exigence d'un original

1. Equivalent fonctionnel

77. Le Groupe de travail a noté qu'un certain nombre de législations nationales exigeaient, dans différents contextes, la présentation d'un original sur papier et que de telles règles faisaient obstacle au recours à l'EDI.

78. Durant l'examen des solutions possibles pour lever cet obstacle, le Groupe de travail a établi une distinction entre deux types d'exigences d'un original. Dans le premier type entraient les règles de la preuve selon lesquelles lorsqu'un écrit devait être produit à l'appui d'une prétention, le document original était exigé car il constituait la meilleure preuve ainsi que les règles concernant certains documents (par exemple, les factures) qui, pour des raisons de contrôle administratif, devaient être conservés et présentés sous leur forme originale. Le second type concernait des documents qui attestaient un droit ou un titre (par exemple les connaissements, les récépissés d'entrepôt et les effets de commerce); pour obtenir ou transférer le droit ou titre attesté par ces documents, il était nécessaire d'obtenir ou de transférer la possession d'un document original.

79. Le Groupe de travail est convenu que ces deux types d'exigences opposaient des obstacles de type différent au recours à l'EDI et que toutes dispositions législatives devraient traiter ces obstacles séparément. Le Groupe de travail a axé son débat sur le premier type d'exigence. Pour ce qui est du second type, il fallait étudier plus avant la question pour déterminer si des dispositions législatives étaient nécessaires et quelles solutions elles pourraient apporter.

80. On a proposé de régler la question de l'original au moyen d'une disposition allant dans le sens de la disposition ci-après :

"Un message émis par des moyens électroniques sur un support quelconque sera considéré comme un original doté de la même valeur probante que s'il était rédigé sur papier si les conditions suivantes sont respectées : la qualité d'original est attribuée au message par l'émetteur originaire de l'information; le message est signé et horodaté; il est accepté comme original de façon implicite ou explicite par l'accusé de réception du destinataire."

81. Diverses observations ont été faites concernant la disposition proposée. On a notamment fait remarquer que sa portée se limitait aux messages et qu'il faudrait l'élargir de façon à englober les enregistrements, que les parties se soient ou non communiqué un enregistrement.

82. On a noté qu'il était préférable de ne pas lier la disposition à telle ou telle technique ou tel ou tel moyen, mais on a néanmoins estimé que l'expression "sur un support quelconque", qui pouvait englober par exemple les messages adressés par téléphone, avait une portée trop large.

83. A propos de l'exigence de la "signature", on a fait observer que la technique de la "signature" d'enregistrements informatiques était fondamentalement différente de celle de la signature de documents sur support papier, que le degré de sécurité apporté par une authentification informatique dépendait de la méthode utilisée et que la disposition ne donnait aucune

indication quant au degré de sécurité que devait apporter l'authentification informatique. On a fait observer que certaines formes de ce dernier type d'authentification apportaient au moins la même, sinon une meilleure, sécurité que les signatures sur support papier.

84. On a noté que le texte proposé ne résolvait pas la question de savoir quand et comment il serait indiqué qu'on avait affaire à un original, en particulier dans la situation où le message ou l'enregistrement était par la suite modifié et où seule la version modifiée était désignée comme original.

85. On a également déclaré qu'il ne fallait pas confondre le fait pour le destinataire d'"accuser réception" du message et de souscrire à son contenu. On a émis l'avis qu'il serait plus clair, au lieu de parler d'accusé de réception, de dire que le destinataire reconnaissait le caractère original du message. Selon une autre opinion, la reconnaissance juridique d'un message EDI comme étant l'équivalent d'un original papier ne devait pas être dans tous les cas subordonnée à l'acceptation du destinataire.

86. On a également fait observer que la condition énoncée dans la disposition proposée était plus contraignante que celles imposées pour les communications sur papier, car elle exigeait les équivalents fonctionnels de la signature, une indication de l'heure et de la date, un accusé de réception et la qualité d'original.

87. On a émis l'avis que la notion d'original ne valait que pour les documents traditionnels sur support papier et qu'étant donné la façon dont les enregistrements informatiques étaient créés, conservés et communiqués, on ne pouvait pas parler d'original. Cela étant, les règles uniformes devraient, au lieu de poser la fiction d'un enregistrement informatique qui devrait être considéré comme un original, disposer que dans les cas où la loi exigeait la présentation d'un original, cette exigence était satisfaite si certaines conditions étaient remplies. Une autre solution, qui a été suggérée, consisterait à disposer que les enregistrements EDI ne devaient pas être exclus comme modes de preuve du simple fait que la production d'un original était exigée. On a fait observer qu'une telle disposition, qui réglait le problème de l'admissibilité des enregistrements informatiques, laisserait entier celui de la force probante de ces enregistrements.

88. On a fait valoir que si un original était exigé c'était pour avoir l'assurance que les informations figurant sur le document étaient fiables et que, dès lors qu'on prévoyait d'admettre un équivalent fonctionnel de l'original, il fallait également traiter de la question de la fiabilité et de la gestion du système informatique utilisé pour créer ou communiquer le message. A cet égard, on a suggéré d'inclure dans les règles uniformes une disposition prévoyant que la règle de l'original serait satisfaite si les conditions ci-après étaient réunies : a) l'auteur du message pouvait être identifié de façon fiable, et b) on pouvait avoir l'assurance que le message reçu était bien le message qui avait été adressé.

89. On a fait observer que, s'agissant des communications sur support papier, certaines législations nationales acceptaient également les documents non signés et non datés. En posant de telles conditions pour les messages EDI, on risquait donc d'imposer des charges supplémentaires et superflues aux participants à ce mode de communication.

90. On a fait observer que, dans la pratique, les parties pouvaient authentifier et désigner comme originaux plusieurs exemplaires d'un document et qu'il serait utile de prévoir une pratique analogue pour l'EDI. Il a été déclaré que l'original était en général le premier enregistrement dans le temps et que le premier enregistrement dont on pouvait attendre raisonnablement qu'il soit disponible dans le cas de l'EDI devrait satisfaire aux critères d'originalité.

91. La disposition suivante a également été proposée :

"1. Lorsqu'il est nécessaire aux fins de toute règle de droit ou à des fins de preuve qu'un enregistrement soit un document original,

a) Lorsqu'il existe deux enregistrements contenant des informations identiques et authentifiés comme il convient par la même personne, l'enregistrement créé et authentifié en premier est présumé être l'enregistrement pertinent; et

b) Lorsqu'il existe deux enregistrements authentifiés par la même personne mais contenant des informations qui diffèrent de quelque manière que ce soit, chacun est présumé être un enregistrement pertinent de l'information qu'il contient.

2. Un enregistrement pertinent aux fins du paragraphe 1 ci-dessus est réputé satisfaire aux exigences de la règle de droit en question et avoir la même force probante qu'un enregistrement original.

3. Le paragraphe 1 ci-dessus ne s'applique pas s'il apparaît qu'un autre enregistrement contenant des informations identiques et authentifié comme il convient par la même personne est l'original ou a été créé et authentifié à une date antérieure."

## 2. Règles contractuelles

92. Une bonne partie des participants au Groupe de travail était favorable à ce que les règles uniformes reconnaissent expressément aux parties le droit de convenir qu'un message EDI devait être considéré comme un original ou qu'un message EDI devait être admissible comme preuve lorsqu'un original était exigé. On a toutefois estimé que sur ce point, l'autonomie des parties ne devait pas être étendue aux documents attestant un droit ou un titre qui avait été acquis et transféré par l'acquisition et le transfert de la possession du document original (voir les paragraphes 2 et 3 ci-dessus).

93. On a émis l'avis que s'il était utile de reconnaître l'autonomie des parties, il était encore plus souhaitable de poser des règles claires qui réduiraient la nécessité pour les parties de passer entre elles des conventions pour régler la question de l'original.

94. On a émis l'avis que les parties devraient être en mesure d'inclure de telles conventions concernant les originaux dans l'accord de communication, qui portait sur la méthode de communication électronique entre les parties ou dans l'enregistrement donnant corps au contrat conclu par voie d'EDI.

95. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de l'effet qu'aurait sur un tiers une convention entre les parties concernant les originaux. On a émis l'avis que si en principe une telle convention ne valait qu'à l'égard des

parties, les tiers devraient aussi pouvoir l'invoquer pour faire admettre un message EDI comme preuve. En revanche, on a estimé qu'une telle convention ne pourrait pas être opposée à un tiers qui déciderait de faire jouer la règle exigeant la production de l'original.

96. On a émis l'avis que la disposition reconnaissant l'autonomie des parties devrait être rédigée de façon à ne pas toucher aux restrictions générales de l'autonomie des parties prévues par les législations nationales.

E. Force probante des messages EDI

1. Admissibilité des moyens de preuve produits par EDI

97. Le Groupe de travail, rappelant son débat à sa vingt-quatrième session (A/CN.9/360, par. 44 à 52), a noté que, dans certaines juridictions, l'admissibilité des enregistrements EDI ne se heurtait à aucun obstacle juridique et que les juridictions en question n'éprouvaient pas la nécessité de réglementer l'admissibilité des moyens de preuve produits par EDI. Cependant, le Groupe de travail a également noté que des obstacles juridiques à l'admissibilité des enregistrements informatiques comme moyens de preuve dans les procédures judiciaires ou arbitrales existaient dans un certain nombre de juridictions. Un exemple illustrant tout particulièrement ce type d'obstacle était constitué par la règle des témoignages indirects ("hearsay") qui existe dans les pays de common law (ibid., par. 46).

98. Beaucoup ont été favorables à l'idée d'incorporer aux règles uniformes une disposition qui énoncerait que les enregistrements EDI sont des moyens de preuve admissibles, afin de supprimer les obstacles tels que ceux qui découlent de la règle du hearsay. Ils estimaient que ce type d'obstacle constituait une entrave à l'utilisation de l'EDI dans le commerce international. Il a été suggéré de clairement établir, dans la disposition proposée, que les moyens de preuve produits par ordinateur, pour être admissibles, devaient être présentés sous une forme "tangibile" ou "lisible par l'oeil humain".

99. Selon un autre point de vue, un enregistrement EDI devrait être déclaré admissible à condition que l'on puisse démontrer qu'il avait été produit et archivé de manière sûre. D'autres encore ont fait valoir que la question de l'admissibilité des moyens de preuve, qui ne se posait que dans une certaine catégorie de systèmes juridiques, y avait été réglée de différentes manières qui ne se prêtaient pas à l'uniformisation. Par contre, les pays où il existait des restrictions quant à l'admissibilité des moyens de preuve produits par ordinateur devaient eux-mêmes modifier ces restrictions au vu de l'évolution de la définition des équivalents fonctionnels de l'écrit et de la signature. On s'est demandé si cette solution permettrait vraiment d'aplanir les obstacles au commerce électronique.

100. Il a été noté que l'admissibilité d'enregistrements EDI produits dans un réseau d'ordinateurs posait des problèmes particuliers, surtout si le réseau comprenait des unités centrales situées dans des Etats différents. Il pourrait être difficile ou coûteux, s'il fallait faire la preuve que toutes les unités centrales d'un réseau étaient en bon état et sûres, d'établir l'admissibilité des enregistrements.

101. Le Groupe de travail s'est accordé provisoirement à penser que, si une règle devait instaurer l'admissibilité des enregistrements EDI, elle devrait être sans incidence sur les règles existantes en matière de charge de la preuve et sur la condition que constituait la pertinence d'un enregistrement fourni comme moyen de preuve.

## 2. Valeur probante des enregistrements produits par EDI

102. Le Groupe de travail a généralement estimé qu'il n'était ni possible ni souhaitable de réglementer de façon détaillée l'évaluation de la valeur probante des enregistrements EDI. Il a jugé préférable de laisser l'évaluation des moyens de preuve produits par EDI à la discrétion du juge du fait. Il a néanmoins estimé qu'il serait utile de donner des orientations en la matière et d'incorporer aux règles uniformes certains éléments à prendre en compte lors de l'évaluation des moyens de preuve électroniques. Il s'agissait d'aider le juge du fait dans sa tâche d'évaluation des moyens de preuve électroniques et d'accroître leur fiabilité, sans toutefois déroger au principe selon lequel il appartient au juge du fait d'évaluer les preuves à la lumière des circonstances de l'espèce. Les critères suivants ont été retenus comme pouvant être incorporés aux règles uniformes : la méthode de saisie des données; la fiabilité des mesures de protection contre toute altération des données; la qualité de la maintenance du système informatique; et les méthodes utilisées pour authentifier les messages EDI.

## 3. Règles contractuelles

103. Il a été mentionné que plusieurs organisations nationales et internationales avaient établi ou établissaient des accords types régissant notamment la question de l'admissibilité et de la valeur des moyens de preuve produits par EDI. D'aucuns se sont déclarés favorables à la validation de ces accords types en incluant une disposition à cet effet dans les règles uniformes.

104. Le Groupe de travail est convenu que l'autonomie des parties devait être reconnue tout en faisant observer que, dans ce domaine, cette autonomie était soumise à certaines restrictions, dont l'obligation de respecter le principe de l'égalité des parties, la latitude dont les tribunaux doivent disposer lorsqu'ils établissent les circonstances dans lesquelles un litige s'est produit et le principe selon lequel un accord ne doit pas léser des tiers.

105. D'aucuns ont pensé que ces restrictions, qui pouvaient varier d'un système juridique à l'autre, étaient inhérentes à la notion d'autonomie des parties et qu'il n'était pas nécessaire que les règles uniformes en rendent compte ou tentent de les harmoniser.

106. D'autres ont estimé que, puisque les législations applicables en matière de preuve reposaient sur des principes fondamentaux d'équité et d'ordre public, les règles uniformes devaient expressément énoncer que l'autonomie des parties était subordonnée à l'ordre public.

107. D'autres encore ont considéré que, s'agissant des restrictions à l'autonomie des parties, il était souhaitable que les règles uniformes offrent un degré minimum de sécurité, ce qui n'était pas garanti par la simple mention de l'ordre public. On a également déclaré qu'il importait de distinguer l'admissibilité à l'égard de tiers.

108. Enfin, selon un avis ayant pour objet de permettre aux tribunaux arbitraux et judiciaires de valider l'utilisation de systèmes EDI établis par convention privée, les règles uniformes devraient disposer que l'autonomie des parties en matière de preuve est reconnue dans toute la mesure permise par la loi applicable. A l'appui de cet avis, on a fait valoir la nécessité de promouvoir les échanges internationaux et de favoriser une interprétation harmonisée des règles uniformes.

## V. OBLIGATIONS DES PARTIES

### A. Obligations de l'expéditeur d'un message

109. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir s'il fallait inclure dans les règles uniformes une disposition précisant dans quelles conditions l'expéditeur d'un message était lié par le contenu du message.

110. Au cours de ce débat, il a été fait référence aux paragraphes 1 à 4 de l'article 5 de la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, où sont précisés les cas dans lesquels l'expéditeur est lié par un ordre de paiement émis par lui ou en son nom. Les quatre premiers paragraphes de l'article 5 sont libellés comme suit :

#### "Article 5

##### Obligations de l'expéditeur

1. L'expéditeur est lié par un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement s'ils ont été émis par lui ou par toute autre personne qui avait le pouvoir de le lier.
2. Lorsqu'un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement doit faire l'objet d'une authentification autrement que par une simple comparaison de signatures, un expéditeur apparent qui n'est pas lié en application du paragraphe 1 est néanmoins lié :
  - a) Si l'authentification est, compte tenu des circonstances, une méthode commercialement raisonnable de protection contre les ordres de paiement non autorisés; et
  - b) Si la banque réceptrice a respecté la procédure d'authentification.
3. Les parties ne sont pas autorisées à convenir qu'un expéditeur apparent est lié en application du paragraphe 2 si, compte tenu des circonstances, l'authentification n'est pas commercialement raisonnable.
4. Un expéditeur apparent n'est toutefois pas lié en application du paragraphe 2 s'il prouve que l'ordre de paiement qu'a reçu la banque réceptrice résulte des actes d'une personne qui n'est ni
  - a) Un employé ou ancien employé de l'expéditeur apparent; ni
  - b) Une personne qui, de par sa relation avec l'expéditeur apparent, a eu accès à la procédure d'authentification.

La phrase qui précède ne s'applique pas si la banque réceptrice prouve que l'ordre de paiement résulte des actes d'une personne qui a eu accès à la procédure d'authentification par la faute de l'expéditeur apparent."

111. Selon une opinion, il existait de bonnes raisons de préciser dans les règles uniformes la question de savoir à quel moment l'expéditeur ou l'expéditeur apparent seraient liés par le contenu d'un message. On a proposé d'inclure dans les règles uniformes une disposition, calquée sur le modèle du paragraphe 1 de l'article 5 de la loi type, selon laquelle, si la procédure

d'authentification des messages a été respectée, l'expéditeur est lié par le contenu d'un message si celui-ci a été expédié par lui ou par une autre personne qui avait le pouvoir de le lier. Des dispositions complémentaires, dont le contenu aurait à être examiné, devraient préciser quand le destinataire d'un message qui n'avait aucune raison de douter de l'authenticité du message était en droit de considérer que le message liait l'expéditeur apparent.

112. Il a été indiqué que, si nombre de messages EDI n'avaient pas pour objet de lier contractuellement l'expéditeur, quantité d'autres messages EDI avaient pour objet de créer une obligation liant l'expéditeur, et que, dans ce dernier cas, il fallait permettre au destinataire de savoir avec un certain degré de certitude qu'il pouvait ajouter foi au message reçu et y donner suite. On a fait valoir en outre que la disposition proposée, qui était intimement liée à la procédure d'authentification et aux mesures de protection, ne manquerait pas d'inciter les participants à l'EDI à respecter et à améliorer ces procédures. On a ajouté que, s'agissant de certitude, il faudrait dûment examiner les obligations du destinataire du message et de toute autre tierce partie qui fournissait des services en vue de la transmission du message.

113. Selon une autre opinion, la question de savoir si l'expéditeur ou l'expéditeur apparent étaient liés par un message ne relevait pas des règles uniformes, car elle avait trait à la transaction visée et non aux procédures de communication. Il a été fait observer qu'on ne pouvait se fonder sur le fait que la loi type sur les virements internationaux contenait une disposition relative à ce point pour inclure une disposition analogue dans les règles uniformes, car les deux textes concernaient des sujets différents. La loi type avait trait aux contrats ayant pour objet des virements, indépendamment de la méthode utilisée pour transmettre des ordres de paiements, alors que les règles uniformes étaient, elles, axées sur l'EDI en tant que méthode de communication et ne se préoccupaient pas de savoir si les messages EDI avaient pour objet de créer des obligations contractuelles.

114. On a fait observer que, hormis les cas où des messages EDI ayant force obligatoire étaient échangés entre des parties en l'absence d'un accord sur l'échange de messages, les messages EDI devant avoir force obligatoire étaient en général échangés entre des parties qui avaient conclu un accord au préalable en vue de la conclusion de contrats par EDI. Selon une opinion, il n'était guère nécessaire que la disposition en question traite des messages envoyés dans le cadre d'un accord antérieur, la question du risque en cas de messages non autorisés pouvant être tranchée sur la base dudit accord et du droit applicable à celui-ci. A l'inverse, on a soutenu qu'il n'était pas certain que l'accord et le droit applicable en l'espèce offrent une solution claire ou harmonisée sur le plan international; il fallait donc résoudre la question en incluant dans les règles uniformes une disposition harmonisée. Quant aux messages échangés entre des parties n'ayant pas conclu un accord au préalable, on a dit que la question devrait être réglée selon le principe général qu'une personne ne peut être liée par un message que si celui-ci a été envoyé par elle-même ou par une personne qu'elle a habilitée à cet effet.

115. Selon une opinion, étant donné qu'un message EDI pouvait poursuivre des objectifs différents, il serait peut-être préférable de ne pas parler dans les règles uniformes d'un message ayant force obligatoire et de se contenter de dire que l'expéditeur apparent était censé être l'expéditeur du message lorsque certaines conditions étaient réunies. Il a été avancé qu'il s'agissait essentiellement d'un problème de sécurité et d'utilisation de techniques telles que l'accusé de réception fonctionnel. Selon une autre

opinion, compte tenu du fait que tous les messages n'avaient pas pour objet de créer une obligation, la disposition pourrait ne s'appliquer qu'aux seuls messages ayant pour objet de lier l'expéditeur. Selon une autre opinion encore, lorsque le destinataire d'un message respectait la procédure d'authentification et les règles de protection et n'avait aucune raison de douter de l'authenticité du message, les règles uniformes devraient établir la présomption que le message émane de l'expéditeur apparent, ce dernier devant cependant avoir la possibilité de réfuter cette présomption.

## B. Obligations découlant de la transmission

### 1. Accusé de réception fonctionnel

116. On s'est accordé à reconnaître qu'une règle éventuelle devrait énoncer clairement qu'un accusé de réception fonctionnel, qui a simplement pour objet d'indiquer que le message a bien été reçu, ne visait pas à donner un effet légal quelconque à la conclusion possible de contrats au moyen de communications EDI. En aucun cas, sauf si les parties conviennent expressément du contraire, ne devra-t-on confondre accusé de réception par le destinataire et accord sur le contenu du message.

117. Diverses opinions ont été exprimées quant à la question de savoir si les règles uniformes devraient prévoir l'obligation statutaire de produire des accusés de réception fonctionnels en l'absence d'un accord entre les parties. Un accueil favorable a été réservé à l'opinion selon laquelle, par principe, les règles uniformes ne devraient pas créer une obligation d'accuser réception, pas plus qu'elles ne doivent imposer l'utilisation de telle ou telle procédure de sécurité plus raffinée. Il a été noté que l'utilisation d'accusés de réception relevait essentiellement d'une décision d'affaires devant être prise par les parties à une opération d'EDI. A cet égard, il a été suggéré que les accusés de réception fonctionnels étaient comparables à du courrier expédié en recommandé. On a fait observer que, s'agissant de certaines catégories de messages, l'utilisation, ne serait-ce que de la procédure simple et relativement peu coûteuse que constituait la production d'un accusé de réception fonctionnel, pouvait être considérée comme par trop encombrante et coûteuse.

118. Selon une autre vue, les règles uniformes devraient prévoir l'obligation de produire des accusés de réception fonctionnels pour tous les messages reçus, sauf si les parties conviennent expressément du contraire. On a fait observer que l'une des fonctions importantes des règles uniformes serait d'inciter les parties à exploiter la capacité unique des techniques d'EDI d'offrir une certitude immédiate quant à la réception d'un message. On a également fait observer que les systèmes d'EDI étaient généralement assortis de mécanismes prévoyant l'utilisation automatique d'accusés de réception des messages, ce qui permettait d'établir des accusés de réception très rapidement et à faible coût.

119. Le Groupe de travail a discuté du contenu possible d'un régime juridique des accusés de réception fonctionnels. De l'avis général, indépendamment de la question de savoir si les règles uniformes devaient prescrire des obligations statutaires, il faudrait prévoir l'application de règles par défaut dans tous les cas où la production d'accusés de réception fonctionnels était requise pour des messages individuels échangés entre des parties qui n'étaient pas liées par un accord de communication ou dans les cas où des

vérifications étaient envoyées même si elles n'avaient pas été demandées. Le Groupe de travail a examiné la proposition ci-après comme base de discussion :

"Sauf convention contraire,

- i) Toute partie peut demander à la partie qui reçoit le message qu'elle en accuse réception;
- ii) L'accusé de réception est donné dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai d'un jour ouvrable suivant le jour de réception du message;
- iii) Le destinataire d'une telle demande ne peut donner suite au message reçu que lorsqu'il en a accusé réception;
- iv) Lorsque l'expéditeur ne reçoit pas d'accusé de réception dans les délais prévus, il peut considérer le message comme nul et non avenu lorsqu'il en avise l'expéditeur."

120. En ce qui concerne les conséquences sanctionnant la non-production d'un accusé de réception requis, la proposition susmentionnée a reçu un accueil favorable. Il a été fait observer que cette proposition ménageait à juste titre la possibilité d'accuser réception d'un message par des moyens autres que la production d'un accusé de réception fonctionnel. Il a également été fait observer que cette proposition permettait d'établir un équilibre entre les droits et les obligations de l'expéditeur et du destinataire. Toutefois, d'aucuns ont craint qu'une disposition s'inspirant du texte proposé n'entraîne des résultats non désirables, par exemple au cas où on l'interpréterait à tort comme signifiant qu'un message contenant l'acceptation d'une offre pouvait être révoqué après avoir été reçu ou qu'un message ne pouvait être révoqué, qu'un accusé de réception ait été reçu ou non. Par ailleurs, la crainte a été exprimée qu'une telle disposition ne constitue la base d'une action en dommages-intérêts découlant de la non-production d'un accusé de réception fonctionnel.

121. Il a été proposé que, au lieu de mettre l'accent sur la non-production d'un accusé de réception requis, les règles uniformes énoncent les conséquences de la production d'un tel accusé de réception, par exemple en décidant que la production d'un accusé de réception fonctionnel constituerait une preuve concluante ou créerait la présomption que le message avait bien été reçu. On a toutefois fait observer qu'une telle règle serait susceptible d'avoir des incidences sur les règles concernant la charge de la preuve. Selon une autre proposition, il fallait disposer que le destinataire n'était pas tenu d'accuser réception d'un message, mais n'était toutefois pas habilité à donner suite au message si un accusé de réception est requis. Selon une autre proposition encore, il fallait disposer que le défaut d'accusé de réception pourrait être pris en compte pour déterminer si le destinataire était habilité à se fonder sur un message; mais une telle disposition n'empêcherait pas l'expéditeur d'indiquer - ou les parties de convenir - qu'un message serait sans effet tant qu'un accusé de réception n'aurait pas été reçu.

122. S'agissant des délais à prévoir pour la production de l'accusé de réception, on s'est accordé à reconnaître que, compte tenu des diverses expectations des parties, des diverses pratiques industrielles et commerciales et des diverses solutions techniques possibles, il ne serait pas approprié de prescrire un délai précis. Le simple fait d'indiquer que l'accusé de réception devait être donné dans les meilleurs délais a été jugé suffisant.

## 2. Enregistrement des opérations

123. Il a été proposé de faire figurer dans les règles uniformes une disposition reconnaissant l'acceptabilité de l'archivage des enregistrements EDI sous des formes autres que le papier. Il a été proposé que les règles uniformes disposent que la conservation des données par d'autres moyens que le papier ou la microfiche soient réputées équivalant à la conservation assurée par ces supports, pour autant que les fonctions d'inaltérabilité, de durabilité, de permanence de la visibilité, en tant que de besoin, soient remplies.

124. Certains se sont prononcés contre une telle disposition, dont ils considéraient qu'elle constituerait une ingérence dans la réglementation nationale concernant la tenue des dossiers. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il serait souhaitable d'établir une telle règle, qui se bornerait exclusivement à valider l'archivage d'enregistrements sous forme électronique ou sous une forme analogue, dans la mesure où cette règle offrirait la possibilité de réduire le coût de l'archivage des dossiers. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé nécessaire d'étudier, du point de vue des autorités de tutelle, la question du coût de l'équipement nécessaire pour rendre lisibles les données ainsi archivées.

125. Selon une autre proposition, il faudrait disposer dans les règles uniformes que l'obligation d'archivage, pour des raisons légales ou conventionnelles, devrait s'aligner sur une durée harmonisée incompressible de six ans. Au-delà de cette durée, la preuve du message archivé pourrait être faite par tous moyens. Une telle règle, qui traiterait des questions de savoir quels enregistrements devaient être archivés et pendant quelle durée ils devaient l'être, n'a reçu aucun appui. Ces questions relevaient des organes nationaux de tutelle et il n'était donc pas approprié d'en traiter dans les règles uniformes.

## VI. FORMATION DES CONTRATS

### A. Consentement, offre et acceptation

126. On a fait observer que les parties qui, dans le cadre de relations commerciales, échangeaient des messages EDI concluaient généralement un "accord-cadre" dans lequel elles réglaient diverses questions relatives à la conclusion des contrats, notamment celle de la forme du contrat et les éléments requis pour l'expression du consentement des parties. Celles-ci pouvaient régler ces questions dans l'accord-cadre pour éliminer toute incertitude que laisserait à leurs yeux subsister l'application des règles générales du droit des contrats dans un contexte EDI.

127. On a émis l'avis que l'un des objectifs des règles uniformes serait de valider la pratique consistant à conclure de tels accords-cadres, dans la mesure où ils étaient compatibles avec les principes d'ordre public de l'Etat concerné.

128. Pour ce qui est des clauses des accords-cadres relatives à la forme du contrat, le Groupe de travail a rappelé son débat sur les définitions contractuelles de l'écrit (voir par. 62 ci-dessus). Le Groupe de travail a estimé que s'il était souhaitable en principe de valider ces clauses, les Etats ne souhaiteraient peut-être pas laisser totalement libre cours à l'autonomie des parties pour ce qui est de la forme de certains types de contrats, et qu'il faudrait donc que la disposition des règles uniformes

qui validerait ces clauses soit subordonnée aux règles impératives ou de l'ordre public de l'Etat concerné. On a toutefois noté que subordonner simplement l'autonomie des parties dans ce domaine aux règles impératives ou à l'ordre public laisserait subsister trop d'incertitudes quant à la validité de ces clauses et que les limitations apportées à l'autonomie des parties dans ce domaine devraient être formulées avec plus de précision.

129. S'agissant des clauses des accords-cadres régissant le consentement nécessaire pour la formation des contrats, le Groupe de travail s'est penché sur les cas où les ordinateurs des parties étaient programmés de façon à procéder automatiquement aux offres et aux acceptations. Le Groupe de travail a également rappelé le débat qu'il avait eu à la précédente session sur ce genre de formation "automatique" des contrats (A/CN.9/360, par. 83 à 85).

130. On a exprimé l'avis que les règles actuellement en vigueur du droit des contrats laissaient les parties libres d'avoir recours à ce type d'échange automatique de messages pour conclure des contrats et qu'elles leur laissaient également toute latitude pour régler dans un accord-cadre des questions telles que le moment où un contrat serait réputé avoir été conclu. Il a été avancé que l'inclusion dans les règles uniformes d'une disposition sur ce genre de formation automatique des contrats était superflue.

131. Selon un autre point de vue, en revanche, il serait utile d'éliminer les doutes qui pouvaient exister quant aux effets juridiques de la formation automatisée de contrats en traitant expressément cette question dans les règles uniformes. Ce point de vue était partagé par certains de ceux qui estimaient que, puisque les ordinateurs programmés pour procéder automatiquement aux offres et acceptations de contrats ne faisaient que donner effet à des décisions humaines délibérées, une telle utilisation des ordinateurs devrait normalement être acceptable.

132. Dans le cas où un ordinateur, par suite, par exemple, d'une erreur non intentionnelle dans sa programmation, génère un message qui n'était en fait pas voulu, les conséquences devaient être supportées par la ou les parties responsables de la programmation de l'ordinateur.

133. On a toutefois objecté qu'il était risqué de laisser aux programmes informatiques toute liberté de déclencher automatiquement des offres et acceptations de contrats et que certaines législations nationales exigeaient une approbation humaine pour qu'un contrat soit réputé conclu.

#### B. Moment de la formation du contrat

134. L'inclusion dans les règles uniformes d'une disposition relative au moment de la formation d'un contrat par message EDI a emporté l'adhésion.

135. Selon un point de vue, une telle disposition devrait se borner à définir le moment où les messages EDI devaient perdre effet ou le moment où ils devaient être réputés reçus. Une telle approche offrirait, dans le cas où le message en question était une acceptation d'offre de contrat, une base pour déterminer le moment de la conclusion du contrat par référence aux règles générales relatives à la formation des contrats. Cette approche avait, a-t-on dit, le mérite de ne pas empiéter sur les règles générales du droit des contrats ou de faire double emploi avec elles. Elle présenterait en outre l'avantage de la clarté pour tous les messages EDI et non pas seulement pour ceux qui constituaient l'acceptation d'une offre de contrat.

136. Selon un autre point de vue, les règles uniformes devaient répondre directement à la question de savoir à quel moment un contrat par EDI devait être réputé conclu. Pour les tenants de cette approche, celle-ci était nécessaire pour éviter toute incertitude sur l'une des questions les plus cruciales de l'EDI.

137. S'agissant du moment où un message prenait effet (ou était réputé reçu), ou du moment où un contrat par EDI était réputé conclu, plusieurs solutions ont été mentionnées : lorsque le message (ou l'acceptation d'une offre de contrat) entrait dans le système informatique du destinataire; lorsque le message (ou l'acceptation) était mis à la disposition du système d'information; lorsque le message (ou l'acceptation) atteignait le système d'information; lorsque le message (ou l'acceptation) entrait dans le système informatique du destinataire et y était enregistré; lorsque le message (ou l'acceptation) était mis à la disposition du système d'information du destinataire interprétant et traitant le message; lorsque le message (ou l'acceptation) était enregistré sur le système informatique directement contrôlé par le destinataire de telle sorte qu'il pouvait être extrait; ou lorsque le message (ou l'acceptation) atteignait le destinataire.

138. La notion de "mise à disposition" du message contenant l'acceptation d'une offre de contrat a été jugée peu claire. On lui a en outre reproché de s'écarter apparemment de la règle applicable en droit général des contrats, et plus particulièrement de la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies sur les ventes selon laquelle l'acceptation d'une offre prenait effet au moment où l'indication d'acquiescement parvenait à l'auteur de l'offre. Il a été noté que certaines situations liées à l'EDI, qui seraient traitées dans la loi uniforme, seraient aussi régies par la Convention des Nations Unies sur les ventes et que la coexistence de règles différentes sur la formation des contrats pourrait être source d'incertitudes.

139. Pour ce qui est des expressions "entre dans" ou "atteint le système informatique ou d'information" ou des expressions analogues, on a fait observer que, lorsque le destinataire ne recevait pas les messages individuellement mais par lots, le moment où les données étaient entrées dans le système d'information du destinataire et le moment où celui-ci pouvait en fait les utiliser ne coïncidaient pas.

#### Caractère non impératif de la disposition

140. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions concernant la prise d'effet du message EDI ou le moment de l'acceptation d'une offre de contrat ne devaient pas être impérative.

141. Des points de vue différents ont été avancés quant à la façon dont le caractère non impératif de la disposition devait être exprimé. Selon un point de vue, les règles uniformes devraient préciser expressément que la disposition était subordonnée aux règles découlant de la pratique dans la branche ou des usages commerciaux ou, dans le même ordre d'idées, comporter une définition de la "convention des parties", référence étant faite à la possibilité qu'une telle convention puisse ressortir implicitement d'un mode d'action, d'une pratique ou d'un usage de la profession.

142. Aux tenants de ce point de vue, on a objecté qu'il n'appartenait pas aux règles uniformes de résoudre la question de l'applicabilité des usages commerciaux ou des règles découlant de la pratique d'une branche. Il était

préférable d'indiquer que la disposition en question était subordonnée à l'autonomie des parties en utilisant une expression du genre "sauf convention contraire des parties", ou en faisant référence aux "usages commerciaux acceptés par les parties", ce qui ferait de l'applicabilité des usages ou pratiques commerciales une question d'interprétation.

143. On a fait observer que la question de l'applicabilité des usages était traitée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. On a également fait observer que la plupart des systèmes juridiques admettaient qu'une partie soit autorisée à rapporter la preuve de l'existence d'un usage ou d'une pratique donné pour ne pas avoir à se soumettre à une règle non impérative en contradiction avec cet usage ou cette pratique.

#### C. Lieu de formation du contrat

144. Selon un point de vue, il n'était pas nécessaire que les règles uniformes traitent de la question du lieu où le contrat était réputé avoir été conclu. On a fait valoir que cette question relevait de la loi régissant l'opération sous-jacente, sur laquelle les règles uniformes ne devaient pas empiéter. On a également fait valoir que dans la mesure où les règles uniformes devaient retenir la règle de la réception pour la détermination du moment de la formation du contrat (voir par. 134 à 143 ci-dessus), cette règle serait suffisante pour permettre de déterminer où le contrat était réputé avoir été conclu.

145. Selon une autre opinion, étant donné les implications que pouvait avoir le lieu de formation du contrat (juridiction compétente, obligations fiscales, ou loi applicable), il était souhaitable que les règles uniformes éclaircissent la question. On a suggéré, avant d'élaborer la disposition pertinente, de passer en revue les pratiques commerciales et les solutions adoptées dans les accords d'échange de données informatisées.

146. Il a été convenu que toute disposition sur le lieu de formation du contrat devrait être subordonnée à l'autonomie des parties. Quant à la teneur de la disposition, on a émis l'avis que le lieu à retenir était celui où l'acceptation de l'offre de contrat était reçue par le système informatique de l'auteur de l'offre. On a objecté à l'encontre de cette position que le système informatique d'une partie pouvait très bien être installé dans un Etat autre que celui de son établissement commercial, et que le contrat pouvait n'avoir aucun rapport avec l'Etat où le système informatique était situé. Selon un autre avis, le contrat devait être réputé avoir été conclu là où la partie qui recevait l'acceptation de l'offre avait son établissement commercial. On a toutefois objecté qu'une telle solution serait source d'incertitude puisqu'une partie pouvait avoir plusieurs établissements commerciaux, et qu'on ne savait pas nécessairement lequel devait être retenu.

#### D. Conditions générales

147. Le Groupe de travail est convenu de reporter l'examen de cette question à un stade ultérieur de ses travaux (voir A/CN.9/WG.IV/WP.55, par. 109 à 113).

## VII. RESPONSABILITE ET RISQUE

148. On a émis l'avis que s'agissant de la responsabilité et du risque, une place particulière devait être accordée au principe de l'autonomie des parties. Les règles uniformes devaient notamment donner aux parties utilisant l'EDI la liberté de répartir les risques entre elles et de convenir d'un plafond de responsabilité en ce qui concerne les dommages directs ou indirects.

149. Selon un autre avis, il fallait inclure dans les règles uniformes des dispositions impératives concernant la répartition des risques et des responsabilités de façon à rendre les utilisateurs d'EDI moins vulnérables à des clauses abusives d'exonération de responsabilité qui pourraient leur être imposées dans le cadre d'un accord entre coéchangistes par des parties au savoir-faire et au pouvoir de négociation supérieurs au leur. On a émis l'avis que la question des clauses d'exonération de responsabilité serait sans doute plus pertinente dans le contexte des accords conclus avec des tiers prestataires de services que dans celui des accords entre coéchangistes.

150. Pour ce qui est de la teneur des règles en matière de responsabilité qu'il conviendrait d'inclure dans les règles uniformes, on a indiqué qu'il faudrait veiller, lorsqu'on traiterait de la responsabilité et des questions de communication (par exemple la responsabilité pour non-transmission ou erreur dans la transmission d'un message) à ce que les dispositions retenues ne portent pas atteinte au régime juridique applicable à l'opération commerciale pour l'exécution de laquelle il serait recouru à l'EDI.

151. On a émis l'avis que pour déterminer les règles possibles en matière de répartition des responsabilités et des risques, une distinction devrait être établie entre les situations dans lesquelles aucune partie n'était en faute et celles dans lesquelles une partie avait manqué à ses obligations.

152. Les participants se sont largement accordés à penser qu'avant d'examiner la teneur possible de dispositions concernant les responsabilités et les risques, le Groupe de travail devrait recenser les divers risques que pourraient avoir à supporter des parties à une opération d'EDI et examiner les facteurs qui pourraient être pris en considération pour répartir les responsabilités et les risques. On a émis l'avis que les risques à prendre en considération étaient notamment les suivants : non-communication; déformation de la teneur d'un message; communication tardive; communication de données au mauvais destinataire; divulgation de données confidentielles; répudiation du message original; non-disponibilité permanente ou temporaire de services d'EDI.

## VIII. AUTRES QUESTIONS QUI POURRAIENT ETRE TRAITEES

153. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné la responsabilité des tiers prestataires de services (voir A/CN.9/WP.IV/WP.55, par. 124 à 134) ni celle des titres et valeurs (voir A/CN.9/WP.4/WP.55, par. 135 et 136). Il a convenu qu'il examinerait ces questions à une session ultérieure.