

**Assemblée générale**Distr.: Limitée
8 septembre 2003Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail IV (Commerce électronique)
Quarante-deuxième session
Vienne, 17-21 novembre 2003

Aspects juridiques du commerce électronique**Contrats électroniques: informations de base****Note du secrétariat**

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	2
II. Questions relatives au lieu de situation des parties	3-26	2
A. Lieu de situation des systèmes d'information	9-17	3
B. Noms de domaine et adresses électroniques	18-20	6
C. L'indication de l'établissement doit-elle être obligatoire?	21-26	6



I. Introduction

1. La présente note rend compte de façon succincte des recherches menées par le secrétariat sur certaines des grandes questions que le Groupe de travail IV (Commerce électronique) a examinées dans le cadre de ses travaux sur un avant-projet de convention sur les contrats électroniques¹. Elle a pour but de faciliter les délibérations de la quarante-deuxième session du Groupe de travail (Vienne, 17-21 octobre 2003).

2. Les questions traitées dans la présente note se rapportent essentiellement au lieu de situation des parties. Des notes complémentaires, portant sur d'autres questions telles que la qualification de l'intention des parties, le moment de l'expédition et de la réception des messages de données, l'authentification et l'attribution des messages de données, l'utilisation de systèmes d'information automatisés et la mise à disposition des clauses contractuelles, ainsi que d'autres informations, seront publiées dans des documents séparés.

II. Questions relatives au lieu de situation des parties

3. L'un des soucis majeurs du Groupe de travail, depuis qu'il examine les questions que soulèvent les contrats électroniques, est de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité, ce qui serait possible grâce à des règles uniformes permettant de déterminer plus facilement, entre autres, le caractère international ou national d'un contrat et le lieu de formation de celui-ci. Le Groupe de travail a estimé que, d'une manière générale, il serait souhaitable de formuler des dispositions internationales uniformes contenant des éléments qui permettent aux parties de connaître d'emblée le lieu de situation de leurs partenaires (A/CN.9/484, par. 103).

4. L'examen de cette question par le Groupe de travail a reposé sur la considération suivante: du fait du recours accru aux communications électroniques, il est encore plus important que les opérateurs soient fixés dans un délai raisonnable sur certaines questions essentielles concernant les contrats, comme celle de savoir si un contrat valide et ayant force exécutoire a été conclu et quelle est la loi qui le régit.

5. Le champ d'application de la plupart des conventions de droit commercial international se limite aux opérations "internationales". Diverses solutions ont été adoptées aux niveaux tant national qu'international pour définir le caractère "international" d'un contrat, allant de critères généraux, comme le fait que le contrat présente "des liens importants avec plusieurs États" ou se rattache "au commerce international", à des éléments plus spécifiques, comme le fait que les parties ont leur "établissement" ou leur résidence habituelle dans différents pays². Lorsqu'une partie a plusieurs établissements, ces instruments mentionnent le lieu ayant la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution³.

6. Lorsque les parties à un contrat conclu sous forme électronique indiquent expressément le lieu de situation de leur établissement aux fins de ce contrat, cette indication doit être considérée comme un critère important, sinon comme le plus important, pour déterminer si ce contrat est international ou non⁴. Cela étant, cette règle n'a guère d'intérêt lorsqu'une telle indication n'a pas été donnée.

7. Des difficultés peuvent également résulter des règles nationales sur les conflits de lois, qui utilisent souvent des notions figurant habituellement dans les conventions internationales (“établissement” ou lieu ayant “la relation la plus étroite avec le contrat ou son exécution”, par exemple). D’autres problèmes peuvent également découler de règles de droit international privé mentionnant le lieu de conclusion d’un contrat comme facteur de rattachement, étant donné que le lieu de situation des parties ne ressort par forcément de manière évidente des communications électroniques que celles-ci échangent.

8. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail s’est demandé s’il existait des circonstances qui permettraient de déduire le lieu de situation de l’établissement à prendre en considération et d’établir une présomption juridique quant au lieu de situation d’une partie.

A. Lieu de situation des systèmes d’information

9. Même si les protocoles de transmission des communications électroniques n’indiquent pas d’ordinaire le lieu de situation des parties, ils contiennent souvent un certain nombre d’autres informations apparemment objectives, telles que des adresses de protocole Internet (adresses IP)⁵, des noms de domaine⁶ ou des informations relatives aux systèmes d’information intermédiaires. La question se pose donc de savoir quelle valeur il faut accorder, si tant est qu’il y ait lieu de le faire, à de telles informations pour déterminer le lieu de situation physique des parties.

10. Les études préparatoires réalisées par le secrétariat pour la première version de l’avant-projet de convention tendaient à montrer que le lieu de situation du matériel et de la technologie sur laquelle il reposait n’était peut-être pas un élément adéquat pour déterminer le lieu de situation des parties parce qu’il ne renseignait pas suffisamment sur les véritables parties au contrat et pouvait changer au fil du temps et que souvent cet élément n’était pas connu des parties ou n’était pas évident pour elles lorsqu’elles échangeaient des communications (A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 42). Il a également été souligné que la gestion et l’exploitation d’un système d’information pouvaient être entièrement sous-traitées ou assurées par un tiers. Ainsi, un contrat établi au nom du vendeur pouvait être automatiquement conclu avec l’acheteur par l’ordinateur du fournisseur d’accès à Internet hébergeant le site Web du vendeur. S’en remettre au lieu de situation du matériel pouvait donc avoir pour effet indésirable de rattacher un contrat à un lieu géographique qui, bien que lié à l’itinéraire suivi par les messages électroniques échangés par les parties, n’avait peut-être que peu de rapport, voire aucun, avec le lieu de situation effectif de ces dernières⁷. Un autre effet indésirable serait qu’une personne pourrait avoir un établissement différent selon qu’elle négociait un contrat par voie électronique ou par d’autres moyens⁸. D’une manière générale, le Groupe de travail a souscrit à cette analyse (A/CN.9/509, par. 50 et 57).

11. Il est toutefois concevable que le commerce électronique et la “nouvelle économie” puissent donner lieu à des activités menées entièrement ou principalement au moyen de systèmes d’information, sans établissement fixe⁹ ou sans le moindre lien avec un emplacement physique sauf, par exemple, l’enregistrement de statuts dans un registre donné. Il a été avancé qu’il ne serait

peut-être pas raisonnable d'appliquer à ces "sociétés virtuelles" les mêmes critères que ceux qui sont utilisés habituellement pour déterminer l'établissement d'une personne. Autrement dit, est-il souhaitable d'accorder une valeur juridique au lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels repose le système d'information ou aux endroits à partir desquels un tel système est accessible pour déterminer où se trouve l'établissement d'une telle "société virtuelle"?

12. Pour l'instant, le Groupe de travail ne semble pas désireux de s'écarter des critères actuels concernant la notion d'"établissement" (A/CN.9/509, par. 51 à 54 et 56 à 59; A/CN.9/528, par. 93). Cela étant, la question des "établissements virtuels" n'a pas encore été examinée de manière approfondie. À cet égard, le Groupe de travail pourrait prendre note des travaux annexes qui ont été menés par d'autres organisations.

13. La question du lieu de situation des entités offrant des biens et des services par des moyens électroniques a été étudiée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) dans le cadre de ses travaux sur les aspects internationaux de la fiscalité. Le 22 décembre 2000, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a adopté des modifications aux commentaires sur l'article 5 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune ("Modèle de convention fiscale de l'OCDE") pour régler la question de l'application de la définition de l'établissement stable, telle qu'elle figure dans le Modèle de convention fiscale, dans le contexte du commerce électronique¹⁰.

14. Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE relève que, même si un site où un équipement automatique est exploité par une entreprise "peut constituer un établissement stable dans le pays où il est situé", une distinction doit être faite "entre l'équipement informatique, qui pourrait être installé sur un site de façon à constituer un établissement stable dans certaines circonstances, et les données et le logiciel qui sont utilisés par cet équipement ou stockés dans celui-ci". Selon cette interprétation, un site Web, qui est une combinaison de logiciels et de données électroniques, "n'implique en soi aucun bien corporel. Il n'a donc pas d'emplacement qui puisse constituer une 'installation d'affaires' car il n'existe pas une 'installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage' [...] en ce qui concerne le logiciel et les données constituant ce site Web". En revanche, le Comité souligne que "le serveur sur lequel le site Web est hébergé et par l'intermédiaire duquel il est accessible est un élément d'équipement ayant une localisation physique et cette localisation peut donc constituer une 'installation fixe d'affaires' de l'entreprise qui exploite ce serveur"¹¹.

15. La distinction entre un site Web et le serveur sur lequel il est hébergé et utilisé est justifiée comme suit:

"[...] l'entreprise qui exploite le serveur peut être différente de celle qui exerce son activité par l'intermédiaire du site Web. Par exemple, il est courant que le site Web par l'intermédiaire duquel une entreprise exerce son activité soit hébergé sur le serveur d'un fournisseur de services sur l'Internet (FSI). Bien que la rémunération versée au FSI en vertu de ces accords puisse être calculée en fonction de la quantité d'espace de disque utilisée pour stocker le logiciel et les données requises par le site Web, ces contrats n'ont pas généralement pour effet de mettre le serveur et son emplacement à la disposition de l'entreprise [...], même si l'entreprise a été en mesure de

déterminer que son site Web devrait être hébergé sur un serveur particulier situé dans un endroit particulier. En l'occurrence, l'entreprise n'a même pas de présence physique à cet endroit puisque le site Web n'est pas un bien corporel. Dans ces cas, l'entreprise ne peut pas être considérée comme ayant acquis une installation d'affaires en vertu de cet accord d'hébergement. Toutefois, si l'entreprise exerçant une activité par l'intermédiaire d'un site Web a le serveur à sa disposition, par exemple si elle possède (ou loue) et exploite le serveur sur lequel le site Web est logé et utilisé, l'endroit où ce serveur est situé peut constituer un établissement stable de l'entreprise si les autres conditions [de l'article 5 du Modèle de convention fiscale]¹² sont remplies.”

16. Pour faire la distinction entre un site Web et le serveur sur lequel il est hébergé, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE souligne qu'il importe de déterminer le lieu où une entreprise commerciale exerce ses fonctions essentielles, par opposition à ses activités auxiliaires (consistant, par exemple, à assurer un lien de communication entre fournisseurs et clients, faire la publicité de biens ou services, relayer des informations à l'aide d'un serveur miroir à des fins de sécurité et d'efficacité, collecter des données sur le marché pour le compte de l'entreprise ou fournir des informations). À ce sujet, il précise ce qui suit:

“42.9 La détermination des fonctions essentielles d'une entreprise donnée dépend à l'évidence de la nature des activités exercées par cette entreprise. À titre d'exemple, certains fournisseurs de services sur l'Internet (FSI) exploitent leurs propres serveurs dans le but d'héberger des sites Web ou d'autres applications pour le compte d'autres entreprises. Pour ces FSI, l'exploitation de leurs serveurs en vue de fournir des services à des clients constitue une composante essentielle de leur activité commerciale et ne saurait être considérée comme étant préparatoire ou auxiliaire. Un autre exemple est celui d'une entreprise (parfois appelée “cybermarchand”) qui se consacre à la vente de produits via l'Internet. Dans ce cas, l'entreprise n'a pas pour activité d'exploiter des serveurs, et le simple fait qu'elle puisse le faire à un endroit donné n'est pas suffisant pour conclure que les activités exercées à cet endroit sont davantage que des activités préparatoires et auxiliaires. Dans pareil cas, il convient d'examiner la nature des activités exercées à cet endroit à la lumière de l'activité générale de l'entreprise. Si ces activités sont simplement préparatoires ou auxiliaires au regard de la vente de produits via l'Internet (par exemple, l'endroit est utilisé pour exploiter un serveur qui héberge un site Web, lequel, comme c'est souvent le cas, est utilisé exclusivement pour la publicité, l'affichage d'un catalogue de produits ou la fourniture d'informations aux clients potentiels), [...] l'endroit en question ne constitue pas un établissement stable. Si, toutefois, les fonctions typiques liées à une vente sont exercées à cet endroit (par exemple, si la conclusion du contrat avec le client, le traitement du paiement et la livraison des produits sont effectués automatiquement par l'intermédiaire de l'équipement situé à cet endroit), ces activités ne peuvent pas être considérées comme étant simplement préparatoires ou auxiliaires.”

17. Les éclaircissements ci-dessus font apparaître les conditions restrictives dans lesquelles un serveur peut être considéré comme un établissement stable à des fins fiscales. Bien que le terme “établissement”, tel qu'il est généralement défini en droit privé, ne coïncide pas nécessairement avec la notion d'“établissement” utilisée en droit fiscal national et international, le Groupe de travail pourrait toutefois examiner

dans quelle mesure les éclaircissements fournis par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE contiennent des éléments susceptibles d'être utiles dans le contexte de l'article 7 de l'avant-projet de convention.

B. Noms de domaine et adresses électroniques

18. Une autre question connexe est celle de savoir dans quelle mesure l'adresse à partir de laquelle les messages électroniques ont été envoyés pourrait être prise en considération pour déterminer le lieu de situation d'une partie, de sorte que dans le cas d'adresses comportant des noms de domaine liés à un pays donné (se terminant par exemple par ".at" pour l'Autriche ou ".nz" pour la Nouvelle-Zélande), la partie pourrait être présumée avoir son établissement dans ce pays.

19. Au cours des délibérations du Groupe de travail, il a été indiqué que, dans certains pays, un nom de domaine n'était attribué à une personne qu'après vérification de l'exactitude des informations que celle-ci avait fournies et notamment de sa présence dans le pays auquel le nom de domaine demandé était rattaché. Dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaine pour déterminer le lieu de situation d'une partie (A/CN.9/509, par. 58). En revanche, dans les pays où aucune vérification de ce type n'avait lieu, une adresse électronique ou un nom de domaine ne pouvait être automatiquement considéré comme l'équivalent fonctionnel de la situation physique de l'établissement d'une partie¹³. De plus, il était courant dans certains secteurs que des sociétés offrent des biens et des services par l'intermédiaire de divers sites Web régionaux ayant des noms de domaine liés à des pays où ces sociétés n'avaient pas d'"établissement" au sens classique du terme. En outre, les marchandises commandées sur l'un quelconque de ces sites Web pouvaient être livrées à partir d'entrepôts destinés à approvisionner une région particulière pouvant être située physiquement dans un pays autre que ceux liés aux noms de domaine en cause.

20. Le Groupe de travail pourrait étudier plus avant le rôle éventuel que les noms de domaine et les adresses électroniques pourraient jouer pour établir des présomptions quant au lieu de situation d'une partie et la manière dont une telle présomption devrait être formulée pour tenir compte des divers systèmes et pratiques nationaux d'attribution des noms de domaine. Un cas particulier qu'il devra garder à l'esprit est l'utilisation de noms de domaine de premier niveau "génériques"¹⁴ tels que ".com" ou ".net". Les noms de domaine et les adresses électroniques de ce type ne sont rattachés à aucun pays particulier, ce qui est possible du fait que le système d'attribution de noms de domaine aux sites Internet n'a pas été conçu dans une optique strictement géographique.

C. L'indication de l'établissement doit-elle être obligatoire?

21. Il ressort de ce qui précède que les informations accessoires relatives aux messages électroniques, comme les adresses IP, les noms de domaine ou l'emplacement géographique des systèmes d'information, peuvent n'avoir qu'un intérêt limité pour déterminer le lieu de situation physique des parties.

22. L'une des solutions envisagées par le Groupe de travail est d'obliger les parties à des opérations électroniques à indiquer expressément le lieu de leur

établissement, comme le prévoient actuellement les articles 7-1 et 11-1 b) de l'avant-projet de convention. Cette proposition a toutefois suscité un certain nombre d'interrogations, concernant par exemple le risque qu'une telle obligation, qui n'existe pas dans le cas d'opérations internationales reposant sur le papier, n'aboutisse à une dualité de régimes juridiques (voir A/CN.9/509, par. 63). On s'est interrogé également sur le type de conséquences juridiques que pourraient avoir l'absence ou l'inexactitude de ces informations et sur la manière dont un instrument international uniforme relatif aux contrats électroniques pourrait traiter cette question sans empiéter indûment sur les dispositions sous-jacentes du droit des contrats (A/CN.9/509, par. 44 à 50 et 62 à 65; A/CN.9/528, par. 83 à 91).

23. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, bien qu'il n'y ait aucune obligation analogue dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, un certain nombre d'autres instruments contiennent des dispositions prévoyant l'obligation, pour les parties, d'indiquer le lieu de leur établissement. C'est le cas, par exemple, de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer ("Règles de Hambourg")¹⁵, dans son article 15-1 c), et – au moins implicitement – de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (résolution 50/48 de l'Assemblée générale, annexe), dans son article 4-1. Ces dispositions se rapportent certes aux indications à fournir dans certains documents devant être délivrés en vertu de ces conventions, mais il ne semble pas y avoir a priori de raison de ne pas faire figurer des règles analogues dans l'avant-projet de convention, d'autant que son article 11 porte sur les informations devant accompagner les opérations commerciales.

24. Le non-respect du projet d'article 11 par une partie ne doit pas nécessairement entraîner la nullité ou l'inexécutabilité de l'opération, ce qui, a-t-on dit, serait "indésirable" et constituerait une "immixtion déraisonnable" (A/CN.9/509, par. 63). L'article 15-3 des Règles de Hambourg, par exemple, prévoit explicitement que le défaut, sur le connaissance, d'une ou plusieurs des indications demandées "n'affecte pas la nature juridique du document qui demeure un connaissance à condition toutefois de satisfaire aux conditions exigées". D'autres types de conséquences pourraient cependant être prévues pour que l'article 11 de l'avant-projet de convention ait un effet utile.

25. On pourrait envisager un type de conséquences se rapportant au champ d'application du projet de convention. Ainsi, une partie n'indiquant pas le lieu de son établissement pourrait être présumée avoir accepté de soumettre le contrat au régime du projet de convention si l'autre partie est située dans un État contractant et que la loi applicable est celle d'un État contractant. Cette solution ne serait bien sûr efficace que si les parties étaient convenues d'appliquer la Convention, même si elles ne se trouvaient pas toutes deux dans des États contractants, possibilité que le Groupe de travail n'a pas encore examinée de manière exhaustive (A/CN.9/528, par. 43 et 44).

26. On peut trouver dans la jurisprudence d'autres conséquences juridiques possibles lorsqu'une partie omet, de manière délibérée ou par inadvertance, de faire connaître le lieu de son établissement. Dans une affaire récente, un tribunal des États-Unis d'Amérique a confirmé la validité de la notification d'un acte de procédure adressée par voie électronique à une entreprise étrangère au motif que cette dernière avait organisé son activité de telle manière qu'il n'était possible de la joindre que par courrier électronique et qu'elle n'avait indiqué aucune adresse

géographique facile à trouver¹⁶. Cette solution n'est peut-être pas facilement transposable au contexte d'un instrument de droit commercial international. Cela étant, cette voie jurisprudentielle indique le type de conséquence juridique que le Groupe de travail pourrait envisager, à savoir le fait que les parties qui ne font pas connaître par ailleurs le lieu de leur établissement seraient présumées accepter de recevoir des messages ou des notifications d'actes de procédure par l'intermédiaire d'un système d'information donné.

Notes

- ¹ La première version de l'avant-projet de convention sur les contrats électroniques figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95. Le Groupe de travail l'a examinée à ses trente-neuvième (New York, 11-15 mars 2002) et quarantième (Vienne, 14-18 octobre 2002) sessions. Il est rendu compte des débats de ces sessions dans les rapports correspondants (documents A/CN.9/509 et A/CN.9/527, respectivement). Une deuxième version de l'avant-projet figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.100, que le Groupe de travail a examiné à sa quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003). À cette session, dont le rapport a été publié sous la cote A/CN.9/528, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention pour examen à sa quarante-deuxième session. Ce texte figure dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.103.
- ² Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes") (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3, également consultable à l'adresse www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm), paragraphe 1 de l'article premier; la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur la prescription") (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119, p. 3), article 2 a); et la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 et rectificatif (A/50/640 et Corr.1, annexe)*, article 1 a). Voir également la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, article 3-1 a) (www.unidroit.org/french/conventions/c-leas.htm) et la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, article 2-1 a) (www.unidroit.org/french/conventions/c-fact.htm).
- ³ Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les ventes, article 10 a); la Convention des Nations Unies sur la prescription, article 2 c); la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, article 4-2 a); la Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, article 3-2; et la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, article 2-2.
- ⁴ Voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les ventes.
- ⁵ L'adresse de protocole Internet (adresse IP) est un numéro à 32 bits (ou 128 pour la version 6 du protocole Internet) permettant d'identifier chaque expéditeur ou destinataire d'informations envoyées par paquets via Internet.
- ⁶ Un nom de domaine est un nom associé à une adresse IP numérique et constituant l'un des éléments d'une adresse universelle (URL).
- ⁷ La nécessité d'appliquer les mêmes définitions que celles utilisées pour les opérations hors ligne est également mentionnée en ces termes dans la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (*Journal officiel des Communautés européennes* n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016):
- "Le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique

l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée; [...] le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique.”

⁸ Le risque de créer un régime double en fonction des techniques utilisées, constituait l'une des principales préoccupations exprimées par la Chambre de commerce internationale concernant les travaux actuels de la CNUDCI sur les contrats électroniques (voir les documents A/CN.9/WG.IV/WP.96 et A/CN.9/WG.IV/WP.101).

⁹ Thibault Verbiest et Maxime Le Borne, “*Le fonds de commerce virtuel: une réalité juridique?*” (www.droit-technologie.org), 24 mai 2002.

¹⁰ Organisation de coopération et de développement économiques, *Clarification pour l'application de la définition d'établissement stable dans le cadre du commerce électronique: modifications des commentaires sur l'article 5* (disponible à l'adresse www.oecd.org/dataoecd/46/33/1923388.pdf, consultée pour la dernière fois le 3 septembre 2003).

¹¹ Ibid., par. 42.2.

¹² Les paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 5 (“Établissement stable”) du Modèle de convention fiscale se lisent comme suit:

“1. Au sens de la présente Convention, l'expression ‘établissement stable’ désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.

2. L'expression ‘établissement stable’ comprend notamment:

- a) un siège de direction;
- b) une succursale;
- c) un bureau;
- d) une usine;
- e) un atelier; et
- f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

[...]

4. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a pas ‘établissement stable’ si:

- a) il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise;
- b) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison;
- c) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise;
- d) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise;
- e) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité de caractère préparatoire ou auxiliaire;
- f) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e), à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire.

[...]”

¹³ Selon l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), la responsabilité d'attribuer les noms de domaine de premier niveau comprenant un code de pays est confiée à des administrateurs désignés qui gèrent ces codes conformément à des politiques locales conçues pour répondre au mieux à la situation économique, culturelle, linguistique et juridique du pays ou territoire concerné (www.icann.org/tlds/). Il va de soi que chaque pays met au point

ses propres règles détaillées concernant l'attribution de noms de domaine sur son territoire. Ainsi, le système suédois d'enregistrement de noms de domaine exigeait que l'entreprise prouve qu'elle a droit au nom de domaine demandé et qu'elle a un lien avec le pays, tandis que d'autres systèmes plus "libéraux", tel le système allemand, demandent seulement qu'un "interlocuteur" soit présent dans le pays (voir Frederik Roos, "First come, not served": domain name regulation in Sweden", *International Review of Law Computers and Technology*, vol. 17, n° 1, p. 70).

- ¹⁴ Les noms de domaine de premier niveau "génériques" sont enregistrés directement auprès des conservateurs de registre accrédités par l'ICANN (pour de plus amples renseignements sur ce système, voir le site www.iana.org/cctld/cctld.htm).
- ¹⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215, p. 3.
- ¹⁶ *Rio Properties, Inc. c. Rio International Interlink*, Cour d'appel de la neuvième circonscription judiciaire des États-Unis d'Amérique, 17 janvier 2002 (284 F.3d 1007). Cette affaire portait sur plusieurs actions en contrefaçon de la marque engagées par une entreprise américaine contre une entreprise commerciale étrangère fonctionnant par Internet. Après plusieurs tentatives de notification infructueuses faites par les moyens traditionnellement utilisés aux États-Unis d'Amérique, le requérant a déposé une requête d'urgence tendant à ce que la notification se fasse par courrier électronique, moyen de communication qui avait été reconnu comme étant celui que le défendeur préférerait. Le tribunal de première instance a fait droit à cette requête. Il a prononcé un jugement par défaut à l'encontre du défendeur pour ne s'être pas conformé à ses ordonnances de communication d'informations. En appel, le défendeur a contesté le caractère suffisant de la notification faite par courrier électronique et courrier ordinaire conformément à l'article 4 f) 3 du code fédéral de procédure civile. Cet article permet d'effectuer la notification dans un lieu non situé dans une circonscription judiciaire des États-Unis d'Amérique, par tout moyen non interdit par un accord international que le tribunal peut choisir. La cour d'appel a conclu que la notification par courrier électronique était non seulement appropriée – c'est-à-dire qu'elle était raisonnable pour signifier au défendeur l'action engagée et qu'elle lui donnait la possibilité de répondre – mais qu'il s'agissait en l'espèce du mode de notification grâce auquel il y avait le plus de chances de le joindre. La cour a noté à cet égard que celui-ci avait organisé ses activités de telle manière qu'il n'était possible de le joindre que par courrier électronique, et qu'il ne fournissait aucune adresse géographique facile à trouver mais indiquait son site Web et dans sa documentation qu'il préférerait qu'on le contacte par courrier électronique.