



Assemblée générale

Distr.: Limitée
9 février 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail sur le commerce électronique
Trente-huitième session
New York, 12-23 mars 2001

Aspects juridiques du commerce électronique

Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques: analyse de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

Note du Secrétariat

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-7	2
I. Domaine d'application international et personnel de la Convention des Nations Unies sur les ventes	8-19	4
A. Internationalité de l'opération de vente	8-13	4
B. Parties à l'opération de vente	14-16	6
C. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes	17-19	6
II. Domaine d'application matériel	20-30	7
A. Marchandises	20-25	7
B. Contrat de vente	26-29	9
C. Vente aux consommateurs	30	10
III. Forme	31-38	10
A. Questions générales	31-35	10
B. Définition de "l'écrit" en vertu de l'article 13	36-38	12
IV. Questions de fond	39-55	12
A. Formation des contrats: questions d'ordre général	40-44	13
B. Formation des contrats: offre et acceptation	45-53	14
C. Efficacité des communications effectuées conformément à la troisième partie de la Convention des Nations Unies sur les ventes	54-55	16
Conclusion	56-57	16

Introduction

1. À sa trente-troisième session, tenue en 2000, la Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. On a proposé trois sujets sur lesquels il serait souhaitable et possible d'entreprendre des travaux. Le premier concernait les contrats électroniques du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur les ventes" ou "la Convention") qui, de l'avis général, constituait un cadre facilement acceptable pour les contrats en ligne portant sur la vente de marchandises. On a fait observer qu'il serait peut-être nécessaire, par exemple, d'effectuer des études supplémentaires pour déterminer dans quelle mesure il serait possible de partir de la Convention des Nations Unies sur les ventes pour rédiger des règles uniformes qui régiraient les opérations portant sur des services ou des "marchandises virtuelles", c'est-à-dire des produits (tels que des logiciels) qui pouvaient être achetés et livrés dans le cyberspace. Selon l'avis de nombreuses délégations, il faudrait tenir dûment compte, ce faisant, de travaux d'autres organisations internationales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

2. Le deuxième sujet avait trait au règlement des différends. Il a été noté que le Groupe de travail sur l'arbitrage avait déjà commencé à examiner de quelle manière il pourrait être nécessaire de modifier ou d'interpréter les instruments juridiques de caractère législatif en vigueur afin d'autoriser l'utilisation de documents électroniques et, en particulier, de supprimer des conditions actuelles concernant la forme écrite des conventions d'arbitrage. De l'avis général, on pourrait entreprendre des travaux plus approfondis pour déterminer si des règles spécifiques étaient nécessaires pour faciliter l'utilisation accrue de mécanismes en ligne de règlement des différends. À cet égard, il a été proposé d'accorder une attention particulière aux moyens de mettre à la disposition aussi bien des consommateurs que des commerçants des techniques de règlement des différends telles que l'arbitrage et la conciliation. Il a été largement estimé que le recours croissant au commerce électronique tendait à rendre moins nette la distinction entre consommateurs et commerçants. On a toutefois rappelé que, dans un certain nombre de pays, le recours à l'arbitrage pour le règlement de différends auxquels des consommateurs étaient parties était limité pour des raisons d'ordre public et qu'il pourrait donc être difficile pour des organisations internationales d'entreprendre un travail d'harmonisation dans ce domaine. On a également estimé qu'il faudrait prendre en considération les travaux menés par d'autres organisations telles que la Chambre de commerce internationale (CCI), la Conférence de La Haye de droit international privé et l'OMPI, qui s'occupait très activement du règlement des différends concernant les noms de domaine de l'Internet.

3. Le troisième sujet avait trait à la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports. Il a été proposé que des travaux soient entrepris pour évaluer l'opportunité et la faisabilité de l'établissement d'un cadre législatif uniforme visant à favoriser le développement des arrangements contractuels actuellement mis au point pour remplacer par des messages électroniques les connaissements traditionnels sur papier. De nombreuses délégations ont estimé que de tels travaux ne devraient pas être limités aux

connaissances maritimes mais s'étendre à d'autres modes de transport. Une telle étude pourrait aller plus loin et aborder les questions relatives aux titres dématérialisés. On a fait observer qu'il faudrait également suivre les travaux d'autres organisations internationales dans ces domaines.

4. À l'issue du débat, la Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à entreprendre des études sur ces trois sujets. Bien qu'aucune décision sur l'ampleur des travaux futurs ne puisse être prise avant que le Groupe de travail sur le commerce électronique ait examiné la question, les membres de la Commission sont généralement convenus que, lorsqu'il aurait terminé son travail en cours, à savoir l'élaboration d'un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail devrait, dans le cadre de sa fonction consultative générale concernant les questions relatives au commerce électronique, examiner, à sa première réunion, en 2001, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux que la Commission pourrait envisager. Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle et à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés.

5. La Commission a insisté tout particulièrement sur la nécessité d'assurer une coordination entre les travaux des diverses organisations internationales concernées. Étant donné le développement rapide du commerce électronique, un nombre considérable de projets pouvant avoir un impact sur ce secteur étaient envisagés ou entrepris. Le secrétariat a été prié de mener les activités de suivi appropriées et de faire rapport à la Commission sur la manière dont la fonction de coordination était assurée pour éviter des chevauchements et garantir une harmonie dans la rédaction de ces divers projets. Le commerce électronique était généralement considéré comme l'un des domaines où la CNUDCI pouvait être particulièrement utile à la communauté internationale en jouant le rôle de coordonnateur que lui avait confié l'Assemblée générale, et le Groupe de travail ainsi que le secrétariat devraient donc accorder à ce domaine toute l'attention voulue¹.

6. La présente note vise à fournir au Groupe de travail des informations préliminaires sur des questions relatives aux contrats électroniques. Elle examine, sans prétendre du tout trancher la question, si les contrats électroniques exigent l'élaboration de nouvelles règles juridiques ou si celles qui sont appliquées aux contrats traditionnels peuvent répondre aux besoins des nouvelles techniques de communication (soit sous leur forme actuelle soit avec certaines adaptations à déterminer). À cette fin, elle revient sur certaines des règles énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes qui, de l'avis de très nombreux universitaires et praticiens, non seulement traite de l'une des principales formes de contrat commercial mais établit également des règles relevant du droit général des contrats (s'agissant, par exemple, de questions comme la formation des contrats ou les dommages-intérêts).

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se fonder, pour ses délibérations, sur l'analyse de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui est présentée ici, sans perdre de vue qu'il faudra peut-être entreprendre des études plus approfondies

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17), par. 384 à 388.*

sur les règles en vigueur ou à l'état de projet et sur d'autres instruments destinés spécifiquement à harmoniser certains aspects du droit régissant les opérations du commerce électronique. À titre d'exemple, on pourrait examiner la loi uniforme sur les transactions concernant les données informatiques (Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)), qui a été élaborée aux États-Unis d'Amérique où l'on a en effet estimé que l'approche adoptée dans le Code de commerce uniforme (UCC) pour les opérations de "vente de marchandises" ne permettait pas de prendre en compte les modalités de vente des services et des produits informatiques tels que les logiciels. Il conviendra peut-être de se pencher également sur d'autres initiatives visant à établir des règles uniformes pour le commerce électronique, telles que le projet de règles uniformes et de lignes directrices pour le commerce et le règlement électroniques (URETS) et le modèle de contrat de vente électronique (deux instruments actuellement mis au point par la CCI).

I. Domaine d'application international et personnel de la Convention des Nations Unies sur les ventes

A. Internationalité de l'opération de vente

8. Comme l'indique son article premier, la Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique seulement aux contrats conclus entre des parties ayant leur établissement dans différents pays. Aux termes du paragraphe 2 du même article, il n'est "pas tenu compte" de cette "internationalité" "lorsque [celle-ci] ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat". Étant donné que le commerce électronique tend à rendre moins nette la distinction entre opérations nationales et opérations internationales, il devient nécessaire d'examiner plus attentivement les dispositions susmentionnées.

9. Lorsque les parties à un contrat conclu sous forme électronique indiquent clairement où se situe leur établissement pertinent, il faut tenir compte de ce dernier pour déterminer le caractère international de l'opération de vente. En l'espèce, un contrat conclu électroniquement ne diffère guère d'un contrat conclu par des moyens plus traditionnels. La même remarque vaut pour les cas où une partie a plus d'un établissement (question traitée à l'article 10 de la Convention). En effet, selon plusieurs théoriciens du droit, le fait qu'une partie indique quel établissement doit être pris en considération pour une opération donnée est un critère important, voire essentiel, pour déterminer le caractère international d'un contrat visé par la Convention lorsque cette partie a plusieurs établissements. Une indication claire de l'établissement à prendre en considération évite également toute difficulté quant à savoir si les parties ont été suffisamment informées du caractère international de l'opération, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article premier pour que la Convention s'applique.

10. Si les parties n'ont pas indiqué clairement l'établissement pertinent avant ou au moment de la conclusion du contrat, se pose la question de savoir si l'on peut déduire le lieu de l'établissement pertinent de certaines circonstances. À cet égard, il conviendra peut-être de tenir compte de l'adresse à partir de laquelle les messages électroniques sont envoyés. Lorsqu'une partie utilise une adresse comportant un

nom de domaine qui renvoie à un pays déterminé (par exemple, une adresse se terminant par “.at” pour l’Autriche, “.nz” pour la Nouvelle Zélande, etc.), on peut en inférer que l’établissement doit être situé dans ce pays. En conséquence, un contrat de vente conclu entre une partie qui utilise une adresse électronique désignant un pays donné et une autre partie qui se sert d’une adresse électronique renvoyant à un pays différent devrait être considéré comme international. La reconnaissance de la valeur juridique d’une adresse électronique rattachée à un pays par un nom de domaine aurait l’avantage de rendre les parties nécessairement conscientes du fait que le contrat ne peut pas être de caractère national. De ce fait, l’application de la Convention des Nations Unies sur les ventes ne pourrait être exclue au motif que les parties ignoraient le caractère international de leur opération, cas de figure qui est envisagé au paragraphe 2 de l’article premier.

11. La solution exposée ci-dessus consiste à situer l’établissement d’une partie (lorsqu’il n’a pas été indiqué par ailleurs ou ne peut être déterminé de toute autre manière) dans le pays désigné par l’adresse électronique. Elle ne permettrait pas de résoudre le cas où l’adresse ne fait apparaître aucun lien avec un pays particulier, par exemple lorsqu’elle comporte un nom de domaine générique tel que .com ou .net. On pourrait arguer qu’alors, l’internationalité du contrat devrait toujours être présumée, ce qui se justifierait par le fait que la partie utilise une adresse sans lien avec un pays déterminé probablement parce qu’elle ne souhaite pas être rattachée à un pays ou veut être universellement accessible. Cette approche pourrait être combinée avec le paragraphe 2 de l’article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, à condition que l’on puisse présumer que toute personne concluant un contrat électronique avec une partie qui utilise ce type d’adresse ne pouvait ignorer le caractère “international” de ce contrat. Si cette solution est sans doute conforme aux dispositions de la Convention, il faudra néanmoins élaborer des règles complémentaires pour établir de telles présomptions.

12. On pourrait, afin de déterminer l’internationalité au sens de la Convention d’une opération de vente réalisée électroniquement, recourir à une autre méthode qui se fonderait sur une définition de l’“établissement” pour les cas où le contrat est conclu sous forme électronique. Une telle définition ne devrait évidemment pas modifier l’interprétation courante de cette notion, qui a été donnée par la doctrine à défaut de définition dans la Convention. Elle devrait également tenir compte du fait que l’établissement de chaque partie doit être aisément déterminable. À cette fin, tout devrait être fait pour éviter de créer une situation dans laquelle une partie serait considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu’elle conclurait un contrat par des moyens électroniques et dans un autre pays lorsque le contrat serait conclu par des moyens plus traditionnels.

13. Cette méthode aurait l’avantage de rendre toutes les règles (relatives à l’internationalité, aux établissements multiples (art. 10) et à la connaissance par les parties du caractère international de l’opération), qui sont applicables aux opérations de vente faisant appel à des moyens traditionnels, également applicables aux opérations de vente réalisées électroniquement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s’il conviendrait d’étudier plus avant la teneur éventuelle d’une définition de la notion d’“établissement” aux fins des opérations de commerce électronique. À cet égard, on pourrait se demander comment des notions couramment employées dans la doctrine en rapport avec l’établissement dans le commerce traditionnel, telles que “stabilité” ou “caractère autonome”, pourraient

être transposées dans le cyberspace. Le Groupe de travail voudra peut-être conserver l'approche de l'équivalence fonctionnelle adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique mais il faudra peut-être aussi suivre un raisonnement juridique plus novateur sur ce point.

B. Parties à l'opération de vente

14. Si le caractère international de l'opération et, partant, l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes dépendent du lieu où les "parties" ont leur établissement, le concept de "partie" n'est pas pour autant défini dans la Convention. Se pose donc la question de savoir qui est partie à un contrat, non seulement pour les contrats électroniques mais également pour des contrats conclus par des moyens plus traditionnels, par exemple lorsqu'un vendeur fait appel à un intermédiaire.

15. La Convention n'abordant pas la question de la représentation², on doit se référer à la loi nationale applicable pour déterminer qui est considéré comme "partie" à un contrat. Il reviendra donc à la loi nationale applicable de déterminer, par exemple, si le mandant ou son mandataire est partie à un contrat donné. La même solution (applicabilité de la loi nationale pour la question de la représentation) devrait s'appliquer aux agents électroniques.

16. En examinant si la solution présentée ci-dessus est appropriée, on ne devrait pas perdre de vue que la question de l'agent électronique a été débattue au sein du Groupe de travail de la CNUDCI lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. À cette occasion, il avait été généralement considéré qu'un ordinateur ne devait pas devenir un sujet de droits ni d'obligations (voir Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 35). La personne (physique ou morale) au nom de laquelle est programmé un ordinateur, par exemple pour émettre des commandes, devrait être responsable en dernier ressort de tout message généré par la machine. Il avait également été estimé que les parties devaient toutefois, sous réserve du principe mentionné ci-dessus, pouvoir créer librement un système de communication automatisé. À cet égard, il est intéressant de noter qu'un tel système ne serait pas incompatible avec la Convention, qui autorise expressément les parties à créer leurs propres règles (art. 6). Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier la possibilité d'examiner plus en détail les conséquences de l'utilisation d'un système de communication entièrement automatisé dans le cadre de la formation des contrats.

² Voir, par exemple, OGH, 20 mars 1997, Österreichische Juristenzeitung 829 (1997), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 189; AG Tessin, 12 février 1996, Schweizerische Zeitschrift für europäisches und internationales Recht 135 (1996); AG Alsfeld, 12 mai 1995, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 120 (1996); KG Berlin, 24 janvier 1994, Recht der internationalen Wirtschaft 683 (1994), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 80; LG Hamburg, 26 septembre 1990, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 400 (1991), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 5.

C. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes

17. Pour que la Convention soit applicable à un contrat de vente internationale, non seulement les parties doivent avoir leur établissement dans différents pays mais ces pays doivent également être des États contractants à la Convention à un moment donné (art. 100) ou, lorsque la condition d'applicabilité énoncée à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier n'est pas remplie, les règles de droit international privé du for doivent mener à l'application de la loi d'un État contractant, comme le prévoit l'alinéa b) de ce même paragraphe.

18. En ce qui concerne le premier critère d'applicabilité, il est indifférent que le contrat soit conclu sous forme électronique ou de toute autre manière, car la condition requise est que les pays où les parties ont leur établissement soient des États contractants. En effet, une fois déterminé le lieu de l'établissement, il devrait être aisé d'établir si le pays où est situé l'établissement était un État contractant au moment de la conclusion du contrat. Ce point vient également confirmer l'importance d'une définition pragmatique de la notion d'"établissement" dans un environnement électronique.

19. Pour ce qui est du second critère d'applicabilité, le recours à des moyens électroniques (par opposition à des moyens de communication plus traditionnels) pour la conclusion d'un contrat de vente internationale devient important lorsque les règles de droit international privé du for renvoient au lieu de conclusion du contrat en tant que facteur de rattachement. Dans ce cas, la détermination du lieu de la conclusion du contrat peut poser problème, notamment en l'absence de règles précises sur la question. Lorsque, toutefois, les règles de droit international privé du for se réfèrent à des facteurs de rattachement autres que le lieu de conclusion du contrat, comme le font, par exemple, la Convention interaméricaine de 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'utilisation de moyens électroniques ne devrait pas entraîner de difficultés différentes de celles qui découlent du recours à des moyens plus traditionnels. Dans ce domaine, il ne semble donc pas que les contrats conclus sous forme électronique doivent être traités différemment des contrats conclus de toute autre manière. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la possibilité d'examiner plus en détail la notion de "lieu de conclusion" du contrat parallèlement à celle d'"établissement".

II. Domaine d'application matériel

A. Marchandises

20. La Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique uniquement aux contrats de vente internationale de "marchandises", sans comporter toutefois de définition de ce dernier terme, ce qui ne signifie pas pour autant que la notion de "marchandises" dans cette Convention doive être interprétée par référence aux notions nationales. Comme pour la plupart des autres notions qu'elle contient (voir art. 7), celle de "marchandises" doit être interprétée de façon "autonome", c'est-à-dire sans référence à un système juridique national particulier, afin de garantir l'uniformité.

21. La Convention semble incorporer une interprétation assez conservatrice du terme “marchandises” dans la mesure où l’on considère à la fois dans la doctrine et dans la jurisprudence qu’il recouvre essentiellement les biens meubles corporels³. Ainsi, selon la plupart des commentateurs, des droits intangibles, tels qu’un droit de brevet, une marque de fabrique, des droits d’auteur, une part dans une société à responsabilité limitée⁴, ainsi qu’un savoir-faire ne doivent pas être considérés comme des “marchandises”. Il en va de même pour les biens immeubles.

22. Il est manifeste que l’interprétation susmentionnée de la notion de “marchandises” est valide quel que soit le mode de conclusion – électronique ou autre – du contrat de vente. Il ne semble donc pas nécessaire de modifier cette notion telle qu’elle est actuellement interprétée pour la Convention afin de l’adapter aux besoins particuliers des contrats électroniques. Toutefois, il reste à savoir si la Convention vise (et, si ce n’est pas le cas, si elle devrait viser) ce que l’on définit parfois comme des “marchandises virtuelles” et qui pourraient entrer également dans la définition des “services”. À cet égard, il pourrait être utile d’examiner la façon dont les logiciels sont traités par rapport à la Convention à la fois par les commentateurs et par les tribunaux. Bien qu’il ne s’agisse pas de biens corporels, selon de nombreux théoriciens du droit leur vente peut entrer dans le domaine d’application matériel de cet instrument, pour autant qu’ils ne soient pas fabriqués sur mesure, ou même dans le cas de logiciels standard, pour autant qu’ils ne soient pas considérablement modifiés pour être adaptés aux besoins particuliers d’un acheteur. Cette opinion s’appuie sur le fait que dans ce genre de cas (qui ne diffèrent pas totalement de la vente de livres ou de disques), l’activité intellectuelle est incorporée dans les biens corporels. En dernière analyse, toutefois, cette opinion exclurait la vente de logiciels du domaine d’application matériel de la Convention chaque fois qu’ils ne sont pas incorporés dans un bien corporel, par exemple lorsqu’ils sont envoyés électroniquement.

23. L’opinion selon laquelle la vente de logiciels peut entrer dans le champ d’application de la Convention des Nations Unies sur les ventes a été récemment confirmée par plusieurs tribunaux. Dans un *obiter dictum* une juridiction d’appel allemande a déclaré que la vente de logiciels standard pouvait être considérée comme une vente de marchandises, tout au moins lorsque le logiciel n’était pas fait sur mesure⁵. Un tribunal de première instance allemand est parvenu à la même conclusion dans une affaire antérieure⁶.

24. Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, il apparaît utile, à des fins d’uniformité, de préciser si les logiciels doivent être considérés comme des

³ Voir Oberlandesgericht Köln, 26 août 1994, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Rapport 246 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 122.

⁴ Voir Tribunal arbitral relevant de la Chambre hongroise de commerce et d’industrie, 20 décembre 1993, Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 161.

⁵ Oberlandesgericht Köln, 26 août 1994, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Rapport 246 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 122.

⁶ Voir également Oberlandesgericht Koblenz, 17 septembre 1993, Recht der internationalen Wirtschaft 934 (1993), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 281.

“marchandises” au sens de la Convention. Si l’on élargit le domaine de cette dernière pour les y englober, il faudra examiner avec soin la portée de cet élargissement. À cet égard, il pourrait être nécessaire de prendre une décision de principe sur la question de savoir si la Convention devrait couvrir la vente de logiciels uniquement lorsque ceux-ci sont incorporés dans un bien corporel ou s’il vaudrait mieux qu’elle s’applique quelle que soit la manière dont ils sont vendus.

25. Même si l’on devait considérer un logiciel comme une “marchandise” au sens de la Convention, il faudrait probablement exclure de son champ d’application actuel la vente de “logiciels sur mesure” puisqu’aux termes du paragraphe 2 de l’article 3, la Convention “ne s’applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l’obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d’œuvre ou d’autres services”. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s’il est nécessaire d’étudier plus avant la possibilité d’établir des règles inspirées d’une version élargie du champ d’application de la Convention des Nations Unies sur les ventes de manière à inclure la vente de logiciels ou d’autres produits dématérialisés dans le Cyberspace et l’étendue éventuelle de l’élargissement requis.

B. Contrat de vente

26. La question de savoir si les “marchandises virtuelles” (qui peuvent être aussi considérées comme des services) devraient être incluses dans la notion de “marchandises” au sens de la Convention n’est pas la seule qui se pose lorsqu’il s’agit de décider si cet instrument doit viser les opérations portant sur ce type de marchandises. Une autre notion essentielle est celle de “contrat de vente”.

27. Bien que la Convention ne définisse pas expressément le contrat de vente⁷, on peut déduire des différents droits et obligations des parties ce qui doit constituer un “contrat de vente” entrant dans son champ d’application. Ainsi, le “contrat de vente” peut être (et a été) défini dans la jurisprudence comme un contrat en vertu duquel le vendeur doit livrer les marchandises, remettre tous documents y ayant trait et transférer la propriété sur les marchandises vendues, le vendeur étant quant à lui tenu de payer le prix des marchandises et d’en prendre livraison.

28. Étant donné ce que recouvre cette notion du “contrat de vente”, on peut se demander si les opérations portant sur des “marchandises virtuelles” (ou des services) entrent effectivement dans cette définition. Selon certains commentateurs, la réponse est non puisqu’elles se présentent sous forme de licences et non pas de ventes. La différence d’approche est ici considérable. Un contrat de vente, par exemple, libère le vendeur (c’est-à-dire “l’utilisateur”) de toute restriction concernant l’utilisation du produit acheté et, ainsi, pose clairement les limites du contrôle que peut exercer le titulaire d’un brevet ou de droits d’auteur sur l’utilisation du produit qui incorpore le travail breveté ou qui est protégé par des droits d’auteur. Un accord de licence, par contre, autorise le producteur ou le concepteur de la “marchandise virtuelle” (ou du service) à exercer un contrôle à toutes les étapes de la concession de licence (alors que la vente, comme on l’a vu, libérerait les utilisateurs de ces contrôles).

⁷ Voir OGH, 10 novembre 1994, Österreichische Juristische Blätter 253 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 106.

29. Il devient dès lors manifeste qu'il ne suffit pas de déterminer si la Convention des Nations Unies sur les ventes doit s'étendre à la "vente" de "marchandises virtuelles" (ou de services), question que l'on pourrait résoudre simplement en élargissant le champ d'application de cette Convention. En partant des diverses possibilités théoriques d'opérations sur le Web portant sur des logiciels (ou d'autres produits dématérialisés incorporant des droits de propriété intellectuelle), le Groupe de travail sera peut-être appelé à examiner, à titre préliminaire, au moins les trois questions suivantes: 1) Si ces opérations sont considérées comme des contrats de "vente de marchandises" (du fait éventuellement de l'établissement d'une règle fondée sur une version révisée de l'article 3 de la Convention), les règles de fond établies par la Convention sont-elles adaptées aux besoins pratiques de ces types de transactions? 2) Si le Groupe de travail souhaite recommander à la Commission d'établir des règles pour les opérations sur le Web impliquant directement la vente de services, ces règles peuvent-elles être dérivées de la Convention des Nations Unies sur les ventes? 3) S'il est fait recommandation à la Commission d'entreprendre des travaux concernant les opérations sur le Web impliquant un contrat de vente et d'autres contrats (par exemple, l'octroi d'une licence) portant sur des marchandises et des services (et toute catégorie intermédiaire ou supplémentaire pouvant être créée), est-il possible de s'inspirer de la Convention pour concevoir un ensemble de règles couvrant un éventail aussi large? Le Groupe de travail souhaitera peut-être, lorsqu'il examinera ces questions, garder à l'esprit le débat en cours au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur la nature des marchandises, des marchandises virtuelles ou des services échangés dans le cyberspace.

C. Vente aux consommateurs

30. Selon son article 2 a), la Convention des Nations Unies sur les ventes ne régit pas les ventes "de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage". Pour ce qui est de cette exclusion, les moyens utilisés pour la conclusion d'un contrat (soit des moyens électroniques par opposition à des moyens plus traditionnels) ne semblent pas faire de différence. Dans tous les cas, l'acheteur est le seul à connaître l'objet de l'opération. Lorsqu'il informe le vendeur de cet objet, et que celui-ci est exclusivement personnel, familial ou domestique, la Convention ne s'applique pas. Toutefois, selon la doctrine, lorsque l'acheteur n'informe pas le vendeur de l'objet, l'applicabilité de la Convention dépend de la possibilité qu'a le vendeur de le reconnaître. Pour déterminer si cette possibilité existe, comme dans les cas où le contrat n'est pas formé électroniquement, il faut tenir compte d'éléments tels que le nombre d'objets achetés, leur nature, etc.

III. Forme

A. Questions générales

31. Bien que la Convention ne traite pas de manière générale des questions de validité, comme il est indiqué à l'article 4 a), elle traite expressément de la validité formelle des contrats de vente internationale de marchandises. De fait, l'article 11

dispose que “le contrat de vente n’a pas à être conclu ni constaté par écrit et n’est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins”. Cet article établit ainsi le principe selon lequel la formation et la constatation d’un contrat régi par la Convention ne sont soumis à aucune exigence de forme⁸. Un tel contrat peut donc être conclu oralement, par écrit⁹ ou de toute autre manière. Partant, l’échange de messages électroniques devrait suffire à former un contrat en vertu de la Convention des Nations Unies sur les ventes, opinion à laquelle ont souscrit la plupart des théoriciens du droit.

32. Cependant, la liberté de forme d’un contrat de vente n’échappe pas aux effets des réserves que les États sont autorisés à formuler conformément à l’article 96. En vertu de cette disposition, “Tout État contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l’article 12, que toute disposition de l’article 11, de l’article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d’un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d’intention ne s’applique pas dès lors que l’une des parties a son établissement dans cet État.”

33. Certains auteurs interprètent cette disposition comme signifiant que lorsqu’une partie a son établissement dans un État qui a fait une déclaration en vertu de l’article 96, les tribunaux ne sont pas autorisés à passer outre les exigences de forme. Selon ces auteurs, les tribunaux doivent tenir compte des exigences de forme de l’État qui a fait la déclaration. Si cette opinion était acceptée, c’est donc le droit interne de l’État qui a fait une déclaration qui déterminerait si des contrats peuvent être formés ou constatés par des moyens électroniques. Et c’est uniquement si ce droit interne autorise une telle liberté de forme que la conclusion de contrats par des moyens électroniques deviendrait possible.

34. Selon d’autres auteurs, les effets d’une déclaration au titre de l’article 96 sont différents, à savoir que la réserve n’entraînerait pas automatiquement l’application des conditions de forme du droit interne de l’État qui a fait la déclaration. Ce serait en fait les règles de droit international privé de l’État du for qui devraient déterminer la loi applicable à la question de la forme. Ainsi, si ces règles mènent au droit d’un État contractant qui n’a pas fait de déclaration, le principe de l’absence de conditions de forme énoncé à l’article 11 serait applicable même si une partie a son établissement dans un État qui a formulé une réserve en vertu de l’article 96. Si les règles de conflit de lois devaient mener au droit d’un État qui a fait une déclaration, se sont les règles de cet État sur les conditions de forme qui s’appliqueraient.

35. Si l’on suit ce raisonnement, il pourrait rester un certain nombre de cas dans lesquels, même si la Convention s’applique, les formes électroniques de communication n’auraient pas d’effets juridiques. La façon la plus efficace de résoudre ce problème serait de retirer les diverses déclarations faites en vertu de l’article 96, ce qui permettrait d’étendre le principe de l’absence de conditions de forme à tous les contrats de vente internationale de marchandises auxquels s’applique la Convention. Le Groupe de travail voudra peut-être explorer les

⁸ Voir OGH, 6 février 1996, *Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 248 (1996),

Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 176.

⁹ Voir par exemple OLG München, 8 mars 1995, Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 134.

moyens par lesquels les États contractants qui ont fait une déclaration en vertu de l'article 96 pourraient être encouragés à la retirer.

B. Définition de “l'écrit” en vertu de l'article 13

36. Alors que, en ce qui concerne les conditions de forme, l'article 11 traite de la manière dont un contrat est formé et de la forme sous laquelle un contrat de vente internationale de marchandises doit être constaté, l'article 13 donne une interprétation du terme “écrit”. Aux termes de cet article, “aux fins de la présente Convention, le terme ‘écrit’ doit s'entendre des communications adressées par télégramme ou par télex”. Si les parties n'en conviennent pas autrement, un télex aussi bien qu'un télégramme satisfait à la condition de l'écrit. Selon de nombreux auteurs, l'article 13 devrait être appliqué par analogie aux communications par télécopie, dans la mesure où cette technique n'est qu'un développement du télex. Certains des auteurs qui partagent cet avis allèguent que les messages transférés par ordinateur ne satisfont pas à la condition de l'écrit, du fait essentiellement qu'aucune copie papier n'est reçue. D'autres auteurs déclarent à l'opposé que les formes électroniques de communication (telles que celles qui sont visées par la loi de la CNUDCI sur le commerce électronique) devraient aussi être considérées comme des “écrits” en vertu de la Convention des Nations Unies sur les ventes, arguant que celle-ci ne tranche pas expressément la question, même si elle la régit et qu'en vertu de son article 7 cette question doit donc être réglée selon ses principes généraux, à savoir celui de l'absence de condition de forme qui permet une interprétation extensive de l'article 13.

37. Même si le Groupe de travail adopte ce dernier point de vue, cela n'entraînera pas nécessairement une réponse uniforme à la question de savoir si, lorsque la Convention est applicable, les formes électroniques de communication satisfont toujours aux exigences de “l'écrit”. Les points de vue demeurent divergents pour ce qui est des effets de l'article 13 dans les cas où un État a fait une déclaration en vertu de l'article 96 excluant l'application de l'article 11. Certains commentateurs estiment que, puisqu'aucune réserve ne peut être faite pour l'article 13, cet article garantit que, même lorsque c'est la loi d'un État qui a fait une déclaration qui s'applique, les conditions de forme de cet État sont satisfaites par un télex ou un télégramme, ainsi que par des formes électroniques de communication, tout au moins si l'on estime que l'article 13 vise également ce type de communication.

38. Selon un avis différent, l'article 13 a des effets plus limités. Il s'applique uniquement aux cas où la Convention se réfère elle-même à une exigence “d'écrit”. Si l'on adopte ce point de vue, on ne peut être assuré que les formes électroniques de communication satisferont toujours à la condition de l'écrit. Si, par exemple, le droit interne d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'article 96 concernant l'article 11 est applicable, il reste à déterminer si, en vertu de ce droit interne, les formes électroniques de communication sont considérées comme des “écrits”. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la promotion de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique permettrait de traiter suffisamment la question de la définition de “l'écrit” dans le cadre de la Convention (voir Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 5).

IV. Questions de fond

39. Il convient d'établir une distinction entre la question de savoir si la Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique aux contrats de vente internationale de marchandises conclus électroniquement et celle de savoir si les règles énoncées dans la Convention sont adaptées aux contrats électroniques. On analyse, dans les paragraphes suivants, certaines des principales dispositions de la Convention afin de déterminer si elles sont adaptées à un environnement électronique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être, à partir de cette analyse, examiner si l'on peut s'inspirer des dispositions de la Convention, en particulier celles qui ressortissent au droit des contrats en général, pour élaborer des règles généralement applicables aux contrats électroniques.

A. Formation des contrats: questions d'ordre général

40. Les règles sur la formation des contrats énoncées dans la Convention, plus précisément les articles 14 à 24, figurent parmi celles qui traitent d'une question dépassant le cadre du droit de la vente et qui, de ce fait, pourraient servir de modèle pour l'élaboration de règles sur les contrats électroniques.

41. L'avantage des règles de la Convention est qu'elles ont fait la preuve de leur viabilité dans un environnement international, comme en témoigne, notamment, le fait qu'Unidroit s'en soit servi comme référence pour ses travaux d'unification, ayant abouti à l'élaboration des "Principes relatifs aux contrats du commerce international"¹⁰. Toutefois, on peut se demander si, malgré leur succès qui s'explique par le fait qu'elles transcendent les différences traditionnelles entre l'approche du droit romain et celle de la *common law*, les règles de la Convention relatives à l'offre et à l'acceptation traitent exhaustivement toutes les questions liées à la formation des contrats et, partant, peuvent servir à l'élaboration de règles générales sur les contrats électroniques.

42. Les règles énoncées dans la Convention visent principalement les cas où un contrat est formé par une offre et son acceptation. Il devient évident que ces cas ne recouvrent pas tous les modes de conclusion d'une convention si l'on tient compte de la complexité éventuelle des négociations qui peuvent comporter de nombreux échanges entre les parties et ne s'accordent pas nécessairement avec la conception traditionnelle de l'offre et de son acceptation. Selon une école de pensée, les conventions conclues sans offre ni acceptation clairement discernables n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention et devraient, par conséquent, relever de la loi nationale applicable. Si l'on adopte ce point de vue, il pourrait être impossible de s'inspirer des règles de la Convention relatives à la formation des contrats de vente pour établir un corpus exhaustif de règles sur la formation des contrats électroniques.

43. Toutefois, de l'avis d'une majorité de commentateurs, la Convention régit même les accords conclus sans recours au schéma traditionnel "offre-acceptation". Le fait que ces accords ne soient pas expressément visés par la Convention ne signifie pas qu'ils sont exclus de son champ d'application mais plutôt que les

¹⁰ Comparer les articles 2.1 et suivants des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

rédacteurs n'ont pas jugé nécessaire d'aborder spécifiquement cette question et d'avoir à résoudre les difficultés supplémentaires qu'ils auraient probablement rencontrées en essayant d'élaborer un libellé approprié pour ce type d'accords. De ce fait, comme toute autre matière régie par la Convention (mais non expressément tranchée par elle), la question de savoir s'il y a accord même sans offre et acceptation claires doit, conformément au paragraphe 1 de l'article 7, être réglée "selon les principes généraux dont elle s'inspire", par exemple le principe du consensualisme ainsi que le principe selon lequel le contrat existe à condition qu'il soit possible de discerner les éléments minimaux requis pour sa conclusion (par exemple, les éléments définis à l'article 14 pour le contrat de vente).

44. Quelle que soit celle des deux approches ci-dessus qui sera adoptée concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, il est évident que l'on devra tenir compte, lors de l'élaboration de règles sur les contrats électroniques, de l'absence de référence expresse, dans cet instrument, aux accords conclus autrement que par une offre et une acceptation claires.

B. Formation des contrats: offre et acceptation

45. L'article 14 de la Convention énonce les conditions de fond auxquelles une proposition doit satisfaire pour être considérée comme une offre: elle doit être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées, être suffisamment précise (en ce sens qu'elle doit désigner les marchandises et, d'une manière ou d'une autre, fixer la quantité et le prix ou donner des indications permettant de les déterminer) et indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation¹¹.

46. En ce qui concerne le critère de la précision, il semble que le moyen de communication utilisé n'ait pas d'importance. En d'autres termes, s'agissant de cette condition de fond, les moyens électroniques de communication ne posent pas plus de problèmes que d'autres formes de communication.

47. Ce raisonnement vaut, en principe, aussi pour l'exigence d'une volonté d'être lié, qui distingue une offre d'une invitation à l'offre. En règle générale, les publicités dans les journaux, à la radio et à la télévision, les catalogues, les brochures et les listes de prix, entre autres, sont considérés comme des invitations à soumettre des offres (selon certains auteurs, y compris dans les cas où ils sont destinés à un groupe déterminé de clients), car, en l'espèce, l'intention d'être lié est jugée inexistante. La même interprétation pourrait être étendue aux sites sur Internet par l'intermédiaire desquels un acheteur potentiel peut acquérir des marchandises: lorsqu'une société fait de la publicité pour ses produits sur Internet, elle devrait être considérée comme invitant simplement les personnes consultant son site à soumettre des offres.

48. Pour être considérée comme une offre, une proposition doit également être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées. De ce fait, les listes de prix envoyées à un groupe indéterminé de personnes ne sont pas considérées comme des offres, même si elles sont adressées nominativement à chaque destinataire. La même règle générale peut s'appliquer en ce qui concerne les messages électroniques: grâce aux moyens électroniques de communication, il sera encore moins difficile d'envoyer des messages à un très grand nombre de personnes déterminées.

¹¹ Voir OGH, 10 novembre 1994, Österreichische Juristische Blätter 253 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 106.

49. Le raisonnement présenté ci-dessus concernant l'offre et les conditions de fond auxquelles elle doit satisfaire est applicable *mutatis mutandis* à l'acceptation.

50. Conformément à la Convention, l'offre comme l'acceptation (du moins dans la plupart des cas) prennent effet au moment de leur "réception", telle que définie à l'article 24, qui dispose que "aux fins de la présente partie de la Convention, une offre, une déclaration d'acceptation [...] 'parvient' à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale [...]".

51. Pour les moyens traditionnels de communication, tels que la parole ou le papier, la disposition précitée ne semble pas susciter de difficulté. Pour les moyens électroniques, par contre, se pose la question de savoir si l'article 24 peut s'appliquer sans problème. Il faut probablement y répondre par l'affirmative. Il s'agit seulement de définir ce qu'on entend par "réception" du message électronique. À cet égard, on peut se reporter à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui indique, au paragraphe 2 de l'article 15, à quel moment un message électronique doit être réputé reçu. On peut donc en conclure que la Convention des Nations Unies sur les ventes, en particulier son article 24, contient une règle pouvant servir de modèle général, y compris dans un environnement électronique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure cette règle devrait être davantage précisée pour être utile dans la pratique de la passation de contrats électroniques.

52. On peut tenir le même raisonnement en ce qui concerne le principe de l'"expédition" qui (s'agissant de la formation des contrats) est applicable, par exemple, au titre du paragraphe 1 de l'article 16, selon lequel "une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation". Cette règle peut être appropriée même pour un environnement électronique, mais ne semble pas assez précise. Si le moment auquel une déclaration sur papier est expédiée ne semble pas susciter de doute, il est en revanche difficile de savoir quand un message électronique doit être considéré comme ayant été envoyé. À cet égard, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est encore une fois utile, car la notion d'"expédition" y est définie au paragraphe 1 de l'article 15 comme suit: "l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur".

53. Il semble toutefois qu'un problème puisse se poser si les messages électroniques sont comparés à des formes plus traditionnelles de communication, telles que les télégrammes, les lettres et les télex, car la Convention contient une disposition qui établit une distinction entre ces différentes formes. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 20 en effet, "le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans un télégramme ou une lettre commence à courir au moment où le télégramme est remis pour expédition ou à la date qui apparaît sur la lettre ou, à défaut, à la date qui apparaît sur l'enveloppe. Le délai d'acceptation que l'auteur de l'offre fixe par téléphone, par télex ou par d'autres moyens de communication instantanés commence à courir au moment où l'offre parvient au destinataire". En conséquence, pour savoir à partir de quel moment le délai d'acceptation commence à courir, il faudrait déterminer si le message électronique doit être assimilé à un moyen de communication instantané plutôt qu'à une lettre ou à un télégramme.

C. Efficacité des communications effectuées conformément à la troisième partie de la Convention des Nations Unies sur les ventes

54. Alors que la deuxième partie de la Convention se fonde sur le principe selon lequel les communications prennent effet au moment où elles sont reçues¹², la troisième partie s'appuie sur un principe différent. En disposant qu'“un retard ou une erreur dans la transmission de la communication ou le fait qu'elle n'est pas arrivée à destination ne prive pas cette partie au contrat du droit de s'en prévaloir”, les rédacteurs de la Convention ont retenu, du moins selon la plupart des commentateurs, le principe de l'“expédition”, car, en l'absence de convention contraire des parties ou de disposition contraire dans la Convention¹³, le destinataire assume le risque de perte, de retard ou d'altération du message.

55. Comme pour le principe de la “réception”, le problème consiste là encore à définir la notion d'“expédition” aux fins des contrats électroniques et non à savoir si la règle est adaptée à un environnement électronique. Pour le résoudre, il suffit probablement de suivre la suggestion faite plus haut, à savoir se référer à la définition énoncée au paragraphe 1 de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir ci-dessus par. 52).

Conclusion

56. Il semble que la Convention des Nations Unies sur les ventes soit d'une manière générale appropriée non seulement pour les contrats conclus par des moyens traditionnels mais également pour les contrats conclus électroniquement. Les règles qui y sont énoncées offrent apparemment des solutions viables, y compris dans un environnement électronique. Certaines d'entre elles, notamment celles sur l'efficacité des communications, devront peut-être être adaptées à cet environnement.

57. Il faut établir une distinction entre le problème de l'applicabilité de la Convention aux contrats conclus électroniquement et la question de savoir si la Convention vise également la vente de “marchandises virtuelles”. Comme cela a été indiqué précédemment, les opérations portant sur ce type de marchandises (ou services) peuvent sembler s'apparenter non pas à des ventes mais à des accords de licence. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des règles inspirées de la Convention des Nations Unies sur les ventes devraient être élaborées pour ce type d'opération.

¹² Pour les exceptions, voir les articles 19-2 et 21-1.

¹³ Voir, par exemple, les articles 47-2, 48-2 et 3.