



Assemblée générale

Distr.: Limitée
20 septembre 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail IV (Commerce électronique)
Trente-neuvième session
New York, 11-15 mars 2002

Aspects juridiques du commerce électronique

Contrats électroniques: avant-projet de convention

Note du secrétariat

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-8	3
II. Sphère d'application d'un instrument international sur les contrats électroniques ...	9-36	5
A. Sphère d'application matérielle	10-23	5
1. La notion de "contrats électroniques"	10-12	5
2. Types de contrats devant être régis par le nouvel instrument	13-23	6
B. Sphère d'application géographique	24-36	8
1. "Contrats internationaux"	25-33	9
2. Sphère d'application indépendante du lieu de situation des parties	34-36	10
III. Dispositions générales: lieu de situation des parties	37-46	11
A. Questions générales concernant le lieu de situation des parties	38-40	11
B. Considérations particulières concernant le commerce électronique	41-46	12
IV. Formation des contrats	47-84	13
A. Questions générales	48-69	13
1. Offre et acceptation	49-54	13
2. Expression du consentement	55-58	15

	3. Réception et expédition	59-62	16
	4. Autres questions éventuelles	63-69	17
B.	Questions particulières	70-84	18
	1. Systèmes informatiques automatisés	71-73	18
	2. Traitement des erreurs et méprises	74-79	19
	3. Exigences techniques	80-84	20
V.	Exigences de forme	85-91	21
A.	Exigence d'un écrit et d'une signature	88-89	22
B.	Autres exigences	90-99	22
Annexe I	Avant-projet de convention sur les contrats internationaux conclus ou constatés au moyen de messages de données		25
Annexe II	Exemples d'exclusions de la sphère d'application de textes législatifs internes ou régionaux reconnaissant les effets juridiques de messages et de signatures électroniques		38

I. Introduction

1. À la trente-deuxième session de la Commission, en 1999, diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne les travaux futurs à mener dans le domaine du commerce électronique après l'achèvement de la Loi type sur les signatures électroniques. Il a été rappelé qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail, il avait été proposé que celui-ci examine, à titre préliminaire, la possibilité d'élaborer une convention internationale fondée sur les dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques (A/CN.9/446, par. 212).¹ La Commission a été informée qu'un certain nombre de pays s'étaient déclarés intéressés par l'élaboration d'un tel instrument.

2. L'attention de la Commission a été attirée sur une recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe (CEE)² tendant à ce que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. On s'est déclaré favorable à l'élaboration d'un protocole global visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique.

3. Les autres sujets ci-après ont notamment été proposés: transactions électroniques et droit des contrats; transfert électronique de droits sur des biens corporels; transfert électronique de droits incorporels; droits sur les données électroniques et les logiciels (éventuellement en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)); clauses types pour la formation de contrats par des moyens électroniques (éventuellement en coopération avec la Chambre de commerce internationale (CCI)) et l'Internet Law and Policy Forum; droit applicable et compétence (éventuellement en coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé); et systèmes de règlement des litiges en ligne.³

4. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. Elle a concentré son attention sur trois des sujets mentionnés plus haut. Le premier concernait les contrats électroniques du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée la "Convention des Nations Unies sur les ventes" ou la "Convention"). Le deuxième sujet était le règlement en ligne des litiges. Le troisième était la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports.

5. La Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à examiner plus avant la possibilité d'entreprendre des travaux sur ces trois sujets à l'avenir. Bien qu'aucune décision sur l'ampleur de ces travaux ne puisse être prise avant que le Groupe de travail sur le commerce électronique n'ait examiné la question, il a été convenu d'une manière générale par la Commission que, lorsqu'il aurait terminé son travail en cours, à savoir l'élaboration du projet de loi type sur les signatures électroniques, le Groupe de travail examinerait, à sa première réunion en 2001, une

partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre sujet supplémentaire, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux futurs de la Commission. 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.⁴

6. Le Groupe de travail a examiné ces propositions à sa trente-huitième session, en 2001, sur la base d'un ensemble de notes concernant une éventuelle convention destinée à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions internationales existantes (A/CN.9/WG.IV/WP.89); la dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90); et les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

7. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations relatives aux travaux futurs en recommandant à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l'élaboration d'un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. En même temps, il a convenu de recommander à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires sur trois autres sujets qu'il avait examinés, à savoir: a) une étude complète des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux, portant notamment mais pas exclusivement sur les instruments déjà mentionnés dans l'étude du CEFACT; b) une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques, et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; c) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI visant à déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne (A/CN.9/484, par. 94 à 127). La Commission a fait siennes ces recommandations à sa trente-quatrième session, en 2001.⁵

8. La présente note fournit des informations supplémentaires sur les questions concernant les contrats électroniques, au sujet desquelles le Groupe de travail a eu des discussions approfondies à sa trente-huitième session (A/CN.9/484, par. 94 à 127). L'annexe I à la présente note contient un avant-projet de convention internationale traitant de ces questions. La forme d'une convention a été retenue sur la base d'une hypothèse de travail préliminaire formulée par le Groupe de travail, dont la Commission a pris note à sa trente-quatrième session, en 2001⁶, à savoir que l'instrument à établir pourrait revêtir la forme d'une convention à part entière traitant largement des questions concernant la formation des contrats dans le commerce électronique (ibid., par. 124). Une convention internationale serait apparemment l'instrument le plus adapté pour assurer le degré souhaité de certitude juridique et de prévisibilité dans le commerce électronique international. Une fois que la portée et les grandes lignes du texte uniforme auront été examinées, le Groupe de travail sera mieux à même de prendre une décision finale concernant la forme de l'instrument. On a reproduit dans l'annexe II à la présente note, pour l'information du Groupe de travail, des dispositions législatives internes et régionales concernant des questions exclues du champ d'application de la législation relative au commerce électronique. Cette note, pour l'établissement de laquelle le secrétariat a tenu des consultations avec des experts extérieurs et d'autres

organisations intéressées par le sujet, dont la Chambre de commerce internationale (CCI) et l'Internet Law and Policy Forum (ILPF), pourra, si le Groupe de travail le souhaite, lui servir de base de discussion.

II. Sphère d'application d'un instrument international sur les contrats électroniques

9. La sphère d'application d'un instrument international sur les contrats électroniques peut être déterminée tant par des facteurs géographiques que par les sujets à traiter (champ d'application matériel). Dans les paragraphes qui suivent, on examine les éléments que le Groupe de travail pourra souhaiter prendre en considération lors de l'examen des critères permettant de déterminer la sphère d'application du nouvel instrument.

A. Sphère d'application matérielle

1. La notion de "contrats électroniques"

10. Bien que l'expression "contrats électroniques" ait souvent été utilisée au cours des délibérations du Groupe de travail, celui-ci ne l'a pas définie. Néanmoins, il ressort de ses délibérations que cette expression a été utilisée pour désigner des contrats formés par des moyens de communication électroniques ou des "messages de données", au sens donné à ce terme au paragraphe a) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette interprétation de l'expression "contrats électroniques" est également compatible avec le sens qui lui est donné par la doctrine. De fait, "les contrats électroniques" sont considérés comme "une méthode de formation d'accord et non comme une subdivision fondée sur un sujet spécialisé quelconque".⁷

11. Les "contrats électroniques" ne sont pas considérés comme étant "fondamentalement différents des contrats papier".⁸ Cependant, les modalités de formation des contrats dans le contexte du commerce électronique ne sont pas absolument identiques à celles qui sont suivies pour la formation des contrats par des moyens plus traditionnels. Par conséquent, bien que le travail d'harmonisation internationale visant à éliminer les obstacles juridiques à l'utilisation des moyens modernes de communication puisse ne pas porter principalement sur des questions de droit matériel, une certaine adaptation des règles traditionnelles régissant la formation des contrats pourra être nécessaire pour tenir compte des besoins du commerce électronique. Si le Groupe de travail confirme que cette interprétation de l'expression "contrats électroniques" est correcte, le nouvel instrument traitera principalement des questions particulières concernant la formation de contrats que soulève l'utilisation de messages de données et non des éléments matériels de l'offre et de l'acceptation ni des droits et obligations mutuels conférés aux parties par le contrat. Les questions de droit matériel soulevées par un contrat donné continueront d'être régies par la loi applicable. De même le nouvel instrument traitera certes de l'effet juridique que des messages de données peuvent avoir pour la formation des contrats, mais pas des autres aspects de la validité des contrats. Les questions telles que la capacité juridique des parties et les conditions de validité des contrats ne seront pas régies par celui-ci.

12. Ces hypothèses ont été prises en compte dans les deux variantes du paragraphe 1 du projet d'article premier et dans le projet d'article 3 de l'avant-projet de convention figurant dans l'Annexe I à la présente note. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ces projets de dispositions traduisent de façon adéquate son interprétation de l'expression "contrats électroniques".

2. Types de contrats devant être régis par le nouvel instrument

13. Le Groupe de travail a tenu une discussion préliminaire sur les types de contrats devant être régis par le nouvel instrument. Il a notamment été exprimé l'opinion que, étant donné la nécessité urgente d'instituer les règles juridiques nécessaires pour accroître la certitude et la prévisibilité du régime international applicable aux opérations de vente sur Internet et aux autres opérations commerciales électroniques, le Groupe de travail devrait dans un premier temps concentrer son attention sur les questions soulevées par les contrats électroniques dans le domaine des ventes internationales de biens corporels (A/CN.9/484, par. 95). Toutefois, il ne semble pas ressortir de la discussion qui a eu lieu au sein du Groupe de travail que le nouvel instrument devrait porter uniquement sur la formation des contrats de vente de biens corporels. De fait, l'avis général des membres du Groupe de travail a été "qu'il pourrait être utile d'élaborer des règles harmonisées régissant les opérations internationales autres que les ventes de biens corporels mobiliers classiques" (ibid., par. 115).

14. L'avant-projet de convention, qui repose sur l'interprétation ci-dessus des conclusions initiales du Groupe de travail, ne se limite pas aux contrats de vente mais couvre tout contrat "conclu ou constaté par des moyens électroniques". Il y a toutefois deux exceptions notables, qui sont indiquées ci-après.

a) Contrats de consommation

15. La première restriction résultant des délibérations du Groupe de travail concerne les contrats de consommation. Bien qu'étant conscient du fait qu'il est difficile dans la pratique de faire une distinction entre certaines opérations faisant intervenir des consommateurs et des opérations commerciales, le Groupe de travail est parvenu à la conclusion préliminaire qu'il ne devrait pas concentrer son attention sur les questions touchant la protection du consommateur (ibid., par. 122). Lorsque la Commission a fait siennes les recommandations du Groupe de travail, il a été entendu notamment que celui-ci ne devrait pas axer ses travaux principalement sur les opérations faisant intervenir des consommateurs. L'alinéa a) du projet d'article 2 traduit cet accord. Au lieu d'exclure purement et simplement ces opérations du futur instrument, le Groupe de travail pourra envisager la possibilité que celui-ci suive l'exemple de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, où l'exclusion de ces opérations est proposée comme option à l'État adoptant.

16. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant la question de savoir comment une exclusion des opérations faisant intervenir des consommateurs devrait être formulée. À la trente-huitième session du Groupe de travail, il a été estimé qu'il pourrait y avoir lieu de réexaminer la description de ces opérations qui figure à l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes afin de tenir davantage compte de la pratique du commerce électronique (A/CN.9/484, par. 122). Toutefois, comme aucune autre solution n'a été proposée pour remplacer les critères utilisés à l'alinéa a) de l'article 2 de cette Convention,

ceux-ci ont été repris dans l'alinéa a) de l'article 2 de l'avant-projet de convention sur les contrats électroniques.

17. Une autre question que le Groupe de travail voudra peut-être étudier est celle de savoir si, dans certaines circonstances, il est possible de ne pas tenir compte, aux fins de l'application du nouvel instrument, du fait qu'une opération fait intervenir des consommateurs. Conformément à l'alinéa a) de son article 2, 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". Selon la doctrine, lorsque l'acheteur n'informe pas le vendeur de l'usage auquel sont destinées les marchandises, l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes dépend de la possibilité qu'avait le vendeur de se rendre compte de cet usage. Afin de déterminer s'il avait cette possibilité, des facteurs tels que le nombre ou la nature des articles achetés devraient être pris en considération. Il convient de noter toutefois que, comme il est indiqué dans le commentaire du projet de convention sur les contrats de vente internationale de marchandises qui avait été établi par le secrétariat (A/CONF.97/5), l'alinéa a) de l'article 2 du projet de convention était fondé sur l'hypothèse que les opérations faisant intervenir des consommateurs n'étaient des opérations internationales que dans un nombre relativement peu nombreux de cas.⁹ Donc, l'hypothèse selon laquelle repose l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes est que les contrats de consommation ne seront couverts par la Convention que dans des cas exceptionnels, lorsqu'il n'est pas évident que l'opération fait intervenir des consommateurs.

18. L'avant-projet de convention comprend une disposition qui est inspirée de l'alinéa a) du paragraphe 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes mais qui ne reprend pas le membre de phrase "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". La raison de cette exclusion est qu'il a été estimé lors de la discussion préliminaire du Groupe de travail sur la question que l'expression "n'ait pas été censé savoir" pourrait être difficile à appliquer dans la pratique aux opérations effectuées par voie électronique (A/CN.9/484, par. 120). En outre, étant donné la facilité d'accès qu'offrent les systèmes de communication ouverts comme Internet, la probabilité que des consommateurs achètent des marchandises à des vendeurs installés à l'étranger est plus grande que dans un contexte où on utilise des documents papier.

19. Néanmoins, le Groupe de travail voudra peut-être s'interroger sur la nécessité éventuelle d'inclure dans l'avant-projet de convention, afin que l'on puisse savoir avec davantage de certitude si un contrat donné entrerait dans son champ d'application, des dispositions supplémentaires, exigeant par exemple que les personnes offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes de communication ouverts donnent aux personnes avec lesquelles elles passent un contrat la possibilité d'indiquer la finalité de ce contrat.

b) Contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle

20. La deuxième exclusion ne concerne pas la finalité de l'opération mais la nature du contrat. Il ressort des discussions du Groupe de travail sur les accords de licence (ibid., par. 116) et sur les opérations portant sur des "biens virtuels" (ibid., par. 117) que l'hypothèse de départ du Groupe de travail était que le nouvel instrument ne s'appliquerait pas aux contrats ayant principalement pour objet d'octroyer un droit limité d'utiliser un certain produit, dans les conditions énoncées dans l'accord pertinent, que le Groupe de travail a appelé "contrat de licence" (ibid.).

21. Il convient de noter toutefois qu'il ressort apparemment des délibérations initiales du Groupe de travail que le critère permettant d'établir une telle restriction ne serait pas la nature des biens échangés (qu'il s'agisse de biens corporels ou de "biens virtuels") mais la nature du contrat conclu par les parties et leur volonté (ibid.). Dans cette optique, un contrat accordant à l'acheteur ou "utilisateur" la liberté d'utiliser sans restriction le produit (qu'il s'agisse d'un bien corporel ou "virtuel") serait normalement régi par le nouvel instrument, même si ce produit comprend des éléments protégés par des brevets ou des droits d'auteur. En revanche, les contrats autorisant le producteur ou le concepteur du "bien virtuel" (ou du service) d'exercer un contrôle sur le produit tout au long de la chaîne d'octroi de licences resteraient en dehors du champ d'application de l'avant-projet de convention.

22. Par conséquent, l'alinéa b) du projet d'article 2 exclut du champ d'application de l'avant-projet de convention "les contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce projet de disposition traduit de façon adéquate ce qui a été entendu par le Groupe de travail.

c) Autres exclusions

23. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si d'autres types de contrats devraient être exclus du champ d'application du nouvel instrument. Afin de faciliter ses délibérations, on a reproduit dans l'annexe II, à titre d'exemple, des dispositions de textes, qui excluent certaines questions du champ d'application de textes adoptés au niveau interne ou régional afin de faciliter le recours au commerce électronique ou de promouvoir d'une façon plus générale l'utilisation des moyens de communication électroniques.

B. Sphère d'application géographique

24. La sphère d'application du nouvel instrument peut soit être limitée aux contrats internationaux, soit englober tout contrat conclu ou constaté par des messages de données, quel que soit l'endroit où se trouvent les parties. Dans le premier cas, il faudrait que le nouvel instrument fixe des critères pour déterminer le caractère "international" d'un contrat. En outre, il faudrait se prononcer sur le point de savoir si cet instrument s'appliquerait à tout contrat international ou seulement à ceux qui présentent des liens avec les États parties au nouvel instrument. Ces deux options sont examinées ci-après.

1. “Contrats internationaux”

25. La plupart des instruments relatifs au droit commercial qui ont été établis par la Commission ne s’appliquent qu’aux opérations “internationales”. Il convient toutefois de signaler une exception notable, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui ne fait pas de distinction entre les opérations internes et internationales mais offre à l’État adoptant la possibilité de limiter le champ d’application de la loi aux opérations internationales.

26. Le caractère international d’un contrat peut-être défini de diverses façons. Les solutions adoptées tant dans les législations nationales que dans les textes internationaux vont de la mention de l’établissement ou de la résidence habituelle des parties dans différents pays¹⁰ à l’adoption de critères plus généraux, par exemple le fait que le contrat présente des liens importants avec plusieurs États ou qu’il “se rattache au commerce international”.¹¹

27. À la trente-huitième session du Groupe de travail, il a été suggéré, compte tenu des difficultés qu’il y a dans la pratique à déterminer l’établissement des parties en l’absence d’une indication claire de leur part, d’utiliser d’autres critères pour définir la sphère d’application géographique du futur instrument, par exemple le lieu de formation du contrat (A/CN.9/484, par. 110 et 111). Le Groupe de travail s’est toutefois accordé à penser que le lieu de conclusion d’un contrat, tel que le concevait depuis toujours le droit international privé, pourrait ne pas constituer un fondement suffisant pour une solution viable dans un contexte électronique (ibid., par. 112).

28. En effet, les règles relatives à la formation des contrats font souvent la distinction entre la communication “instantanée” et la communication “non instantanée” de l’offre et de l’acceptation ou entre les communications échangées entre les parties présentes au même endroit en même temps (*inter praesentes*) et celles échangées à distance (*inter absentes*). Sauf si les parties communiquent de façon “instantanée” ou négocient face à face, un contrat est généralement formé soit lorsque l’acceptation est envoyée à l’auteur de l’offre, soit lorsque celui-ci reçoit cette acceptation. Il peut être relativement facile de déterminer le lieu de formation du contrat lorsque l’on connaît le lieu d’envoi ou de réception de l’offre.

29. Toutefois, dans le contexte du commerce électronique, il peut être difficile de déterminer le lieu où un message a été envoyé ou reçu. Les protocoles de transmission des messages de données entre différents systèmes d’information enregistrent d’ordinaire le moment où un message est transmis d’un système à un autre, ou le moment auquel il est effectivement reçu ou lu par le destinataire. Toutefois, ces protocoles n’indiquent pas habituellement l’emplacement géographique des systèmes de communication. Il n’est donc pas surprenant que, pour la fixation de règles permettant de déterminer les lieux d’expédition et de réception des messages de données, l’article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique fasse référence à la notion “d’établissement”.

30. Étant donné qu’il est difficile dans la pratique de déterminer à l’avance le lieu de formation d’un contrat, ce critère n’a pas été utilisé pour définir la sphère d’application de l’avant-projet de convention.

31. Parmi les autres notions proposées à la trente-huitième session du Groupe de travail figurait celle de “centre de gravité” du contrat (ibid., par. 113). Il ressort

toutefois d'un examen d'un certain nombre d'instruments internationaux que la mention du lieu ayant "la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution" ou d'autres notions similaires ne constituent dans la plupart des cas que des moyens subsidiaires de déterminer l'établissement d'une partie, le plus souvent dans les cas où celle-ci en a plusieurs.¹² En outre, il est douteux qu'au moment de la conclusion d'un contrat, le "centre de gravité" de celui-ci soit toujours évident pour les parties.

32. Pour les raisons susmentionnées, le paragraphe 1 de la variante B du projet d'article premier fait mention de l'établissement des parties, ce critère ayant toujours été utilisé dans les instruments internationaux établis par la Commission et par d'autres organisations internationales comme Unidroit.¹³ Lorsqu'une partie a plusieurs établissements, le paragraphe 2 du projet d'article 7 retient celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution.

33. Les observations qui précèdent amènent à se poser une autre question en ce qui concerne la sphère d'application géographique du nouvel instrument, celle de savoir si celui-ci devrait s'appliquer d'une manière générale aux contrats entre des parties dont les établissements se trouvent dans des États différents ou s'il ne devrait être applicable que lorsque ces deux États en sont également parties. Une telle exigence figure à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes mais pas dans d'autres instruments de la CNUDCI comme la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (voir l'alinéa a) de l'article 2) ou la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir le paragraphe 3 de l'article premier). Afin d'assurer l'application plus large possible du nouvel instrument, la variante B du projet d'article premier n'en limite pas la sphère d'application aux contrats entre des personnes ayant leur établissement dans des États parties à cet instrument.

2. Sphère d'application indépendante du lieu de situation des parties

34. Étant donné les difficultés qu'il y a à déterminer le lieu de situation des parties, la variante A du projet d'article premier ne limite pas la sphère d'application de l'avant-projet de convention aux contrats "internationaux". Selon cette variante, le projet de convention s'appliquerait à tout contrat conclu ou constaté par des messages de données, que les parties aient ou non leur établissement dans des États différents.

35. Une telle approche pourrait présenter l'avantage pratique suivant: il ne serait pas nécessaire de préciser le lieu où les parties ont leur établissement pour déterminer si l'instrument s'applique à un cas donné, quel qu'il soit. En outre, les parties qui concluent des contrats par voie électronique dans un État partie au nouvel instrument pourraient bénéficier du régime favorable établi par cet instrument, même dans le cas d'opérations purement internes. Cette option pourrait être particulièrement intéressante pour les parties se trouvant dans des États qui n'ont pas de législation sur laquelle on puisse s'appuyer pour utiliser les messages de données pour la formation de contrats.

36. La variante A du projet d'article premier reconnaît toutefois que les États pourront souhaiter préserver la dualité des régimes applicables aux contrats internes et aux contrats internationaux. Par conséquent, le projet d'article 3 donne à un État la possibilité de déclarer qu'il n'appliquera l'instrument qu'aux contrats internationaux.

III. Dispositions générales: lieu de situation des parties

37. L'avant-projet de convention contient un certain nombre de dispositions générales telles que des définitions et des règles d'interprétation, qui figurent habituellement dans des instruments internationaux. Parmi ces dispositions générales, celles concernant le lieu de situation des parties peuvent nécessiter une attention particulière.

A. Questions générales concernant le lieu de situation des parties

38. L'un des points qui a été au centre des préoccupations du Groupe de travail lors de son examen initial des questions soulevées par les contrats électroniques a été la nécessité d'accroître la certitude juridique et la prévisibilité. Il a été proposé à cet égard que, dans le cadre de ses travaux concernant un nouvel instrument international sur les contrats électroniques, le Groupe de travail envisage de formuler des règles exigeant que les parties à un contrat conclu par des moyens électroniques indiquent clairement où se trouve leur établissement aux fins de ce contrat (A/CN.9/484, par. 103). Il a été tenu compte de cette proposition dans l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 14. L'effet juridique de l'indication de l'établissement est exposé au paragraphe 1 du projet d'article 7, qui établit la présomption que l'établissement d'une partie est le lieu que celle-ci a indiqué comme tel. L'application combinée de ces deux dispositions pourrait contribuer à accroître la certitude juridique des opérations électroniques en permettant aux parties de déterminer plus facilement, au moment de la conclusion d'un contrat, notamment si ce contrat est ou non international, s'il est ou non couvert par le nouvel instrument et, le cas échéant, quelle est la loi qui le régit.

39. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les parties devraient pouvoir déterminer librement les règles régissant leurs opérations en choisissant le lieu qu'elles déclarent comme leur établissement. Ceci n'a pas été jugé souhaitable dans la mesure où les parties pourraient ainsi transformer des opérations purement internes en opérations internationales dans le seul but d'éviter l'application de la loi d'un pays donné (A/CN.9/484, par. 102). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des dispositions spécifiques seraient nécessaires pour éviter qu'une partie indique un établissement uniquement dans le but de se soustraire à l'application du nouvel instrument ou de le faire appliquer dans des cas où il ne devrait pas l'être (par exemple dans le cas d'une opération purement interne, dans l'hypothèse où le nouvel instrument s'appliquerait uniquement aux contrats "internationaux"). Une règle envisageable à cet effet est proposée entre crochets au paragraphe 1 de l'article 7 de l'avant-projet de convention.

40. En ce qui concerne la notion d'"établissement" aux fins du nouvel instrument, l'avant-projet de convention suit l'approche prudente adoptée par le Groupe de travail à sa trente-huitième session, à savoir qu'"il faudrait absolument éviter de créer une situation dans laquelle une partie donnée serait considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus classiques" (ibid., par. 103). Par conséquent, les deux variantes proposées pour la définition de l'"établissement" (variantes A et B de l'alinéa j) du projet d'article 5) sont fondées sur l'hypothèse que les personnes morales seraient situées physiquement dans un endroit précis.

B. Considérations particulières concernant le commerce électronique

41. Si l'établissement à prendre en considération n'a pas été clairement indiqué par les parties lors de la conclusion du contrat ou avant, la question qui se pose est de savoir s'il existe des faits à partir desquels cet établissement peut être déduit.

42. Si le nouvel instrument retenait la notion d'"établissement" au sens où on l'entend généralement aux fins des instruments internationaux existants tels que la Convention des Nations Unies sur les ventes,¹⁴ les facteurs tels que le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels repose un système d'information ou les endroits à partir desquels un tel système est accessible ne devraient pas être considérés comme déterminants. Sinon, l'établissement d'une personne aux fins de l'instrument pourrait être différent de son établissement à d'autres fins. En outre, le lieu de situation du matériel et de la technologie peut ne pas être un facteur adéquat car il ne renseigne pas suffisamment sur les véritables parties au contrat. Par exemple un contrat avec l'acheteur peut être automatiquement conclu au nom du vendeur par l'ordinateur du prestataire de services d'information qui héberge le site Web du vendeur.

43. Néanmoins, il est concevable que les activités d'une personne morale puissent être entièrement ou principalement exécutées au moyen de systèmes d'information sans que celle-ci ait un "établissement" fixe ou le moindre lien avec un emplacement physique, sauf par exemple pour l'enregistrement de ses statuts dans un registre donné. 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. Le libellé apparaissant entre crochets au paragraphe 4 du projet d'article 7 reconnaît cette possibilité en disposant que, dans le cas de personnes morales qui n'ont pas d'établissement, le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie le système d'information ou les endroits à partir desquels ce système est accessible peuvent être pris en considération pour déterminer l'établissement de cette personne morale.

44. Lors de ses échanges de vues préliminaires sur ce point, le Groupe de travail a examiné les facteurs qui, dans un contexte électronique, permettaient de déterminer l'établissement des parties lorsque celles-ci n'ont pas donné d'indication claire à ce sujet. L'une des solutions proposées au Groupe de travail était de prendre en considération l'adresse à partir de laquelle les messages électroniques ont été envoyés. On a estimé que dans le cas où une partie utilisait une adresse liée à un nom de domaine associé à un pays donné (par exemple une adresse se terminant par ".at" pour l'Autriche ou par ".nz" pour la Nouvelle-Zélande), on pouvait arguer qu'elle devait avoir son établissement dans ce pays.

45. Cette idée a toutefois été critiquée au motif qu'une adresse électronique ou un nom de domaine ne pouvaient pas automatiquement être considérés comme l'équivalent fonctionnel de la situation physique de l'établissement d'une partie. Il a été dit que dans certains secteurs d'activité, il était courant que des sociétés offrent des biens et des services par l'intermédiaire de divers sites Web régionaux ayant des noms de domaines 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 qui étaient situés physiquement dans un pays autre que ceux liés aux noms de domaines considérés. On fait observer à cet égard

que le système d'attribution de noms de domaines aux sites Internet n'avait pas été conçu à l'origine en termes strictement géographiques, ce qui ressortait clairement de l'utilisation de noms de domaines et d'adresses électroniques dépourvus de lien avec un pays particulier, comme dans le cas des adresses ayant pour nom de domaine principal ".com" ou ".net".

46. Le paragraphe 5 du projet d'article 7 traduit l'accord préliminaire auquel est parvenu le Groupe de travail en ce qui concerne les limites de la démarche consistant à prendre uniquement en considération les noms de domaines et les adresses électroniques pour déterminer le caractère international dans l'environnement Internet.

IV. Formation des contrats

47. Les questions concernant la formation des contrats peuvent être classées en deux grandes catégories: a) questions générales de droit des contrats relatives à la formation des contrats; b) questions concernant spécialement la conclusion de contrats par des moyens électroniques ou que l'utilisation de moyens modernes de communication a mises particulièrement en évidence. En ce qui concerne la première catégorie, la question centrale est de savoir comment les notions classiques comme l'offre et l'acceptation, la localisation temporelle des communications et la réception et l'envoi de l'offre et de l'acceptation peuvent être transposées dans un contexte électronique. La seconde catégorie englobe des questions qui, bien que n'étant pas entièrement nouvelles, ne se limitent pas seulement au problème de l'équivalence fonctionnelle. Il s'agit notamment du traitement juridique des systèmes entièrement automatisés utilisés dans le commerce électronique ainsi que des droits et obligations supplémentaires que les parties utilisant de tels systèmes pourraient avoir en plus de ce qui serait considéré comme normal dans le contexte de négociations fondées sur des documents papier.

A. Questions générales

48. Les règles relatives à la formation des contrats retenues comme hypothèse de travail initiale, dans l'avant-projet de convention contiennent des dispositions inspirées des règles relatives à la formation des contrats énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes. L'avantage de ces dernières est qu'elles se sont révélées efficaces dans un contexte international qui ne se limite pas au droit des ventes, comme le montre notamment le fait qu'elles ont été utilisées comme modèles lors des travaux d'Unidroit qui ont permis d'établir les "Principes en matière de contrats commerciaux internationaux".¹⁵

1. Offre et acceptation

49. Le projet d'article 8 de l'avant-projet de convention contient des dispositions destinées à permettre de déterminer le moment de la formation du contrat qui sont fondées sur des dispositions similaires de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Cependant, ces dispositions n'abordent pas diverses autres questions de fond qui sont traitées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes telles que les critères matériels auxquels une déclaration doit satisfaire pour être considérée comme une offre ou une acceptation. La raison de cette approche restrictive est que l'avant-projet de convention ne doit pas traiter spécialement des contrats de vente et

qu'il n'est censé non plus reproduire ni dupliquer entièrement le régime de la Convention des Nations Unies sur les ventes ou d'autres traités internationaux régissant d'autres types de contrats. Par conséquent, l'avant-projet ne contient que les règles relatives à la formation des contrats qui peuvent être considérées comme absolument nécessaires pour assurer une plus grande certitude juridique dans le domaine des contrats électroniques.

50. Parmi ces règles figurent tout d'abord des règles fondamentales ayant pour objet de permettre aux parties de déterminer clairement le moment où un contrat est conclu. Celles-ci figurent à l'article 8 de l'avant-projet de convention. Lors des consultations menées par le secrétariat, il a été émis l'opinion que le futur instrument pourrait n'avoir qu'un intérêt limité s'il ne traitait pas, pour tous les contrats entrant dans son domaine d'application, la question du moment de la formation du contrat.

51. Une autre de ces règles fondamentales a trait à la volonté de la partie d'être liée, qui distingue une offre d'une invitation à l'offre (voir l'article 9 de l'avant-projet de convention). Le paragraphe 1 de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes dispose qu'une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Que les parties négocient par courrier électronique, par échange de données informatisées (EDI) ou par des moyens plus classiques, la nature et l'effet juridique de leurs communications seront déterminés par leur volonté.

52. Une règle spécifique aux contrats électroniques pourra être nécessaire en liaison avec le paragraphe 2 de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui dispose qu'une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire. Dans un contexte où on se fonde sur des documents papier, les publicités dans les journaux, à la radio et à la télévision, les catalogues, les brochures ou les barèmes de prix sont généralement considérés comme des invitations à soumettre des offres (y compris, d'après certains auteurs, lorsqu'ils s'adressent à un groupe précis de clients), car on considère qu'en pareil cas, la volonté d'être lié est absente. De même, le seul fait de présenter des marchandises dans une vitrine ou sur les étagères d'un libre-service est généralement considéré comme une invitation à soumettre une offre.

53. La situation devient plus complexe lorsque les parties offrent des biens et des services par l'intermédiaire d'un site Web. Il est possible grâce à Internet d'adresser des informations spécifiques à un nombre pratiquement illimité de personnes et la technologie actuelle permet de conclure des contrats de façon quasi instantanée. Le Groupe de travail était conscient de cette situation et a estimé que les opérations effectuées par l'intermédiaire d'Internet ne seraient peut-être pas faciles à classer selon les distinctions qui sont faites actuellement entre ce qui peut constituer une "offre" et ce qui devrait être interprété comme une "invitation à entamer des pourparlers" (A/CN.9/484, par. 125). Si le principe du paragraphe 2 de l'article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes était transposé dans un contexte électronique, il faudrait considérer qu'une société qui propose des biens ou des services sur Internet ou par l'intermédiaire d'autres réseaux ouverts ne fait qu'inviter ceux qui visitent le site à faire des offres. Par conséquent, une offre de biens ou de services faite par l'intermédiaire d'Internet ne constituerait pas à

première vue une offre irrévocable. Le paragraphe 1 de l'article 9 de l'avant-projet de convention traduit cette règle générale.

54. Le problème qui se pose dans ce contexte tient à la volonté éventuelle d'être lié par une offre. Un critère possible pour faire la distinction entre une offre irrévocable et une invitation à entamer des pourparlers pourrait être fondé sur la nature des applications utilisées par les parties. Il a été proposé dans les ouvrages juridiques sur les contrats électroniques de faire une distinction entre les sites Web offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'applications interactives et ceux qui utilisent des applications non interactives. Lorsqu'un site Web donne uniquement des informations sur une société et ses produits et que les contacts éventuels avec les clients potentiels ne sont pas établis à l'aide de ce support électronique, il n'y a guère de différence avec une publicité classique. En revanche, les applications interactives offrent la possibilité de négocier et de conclure immédiatement un contrat (voire de l'exécuter immédiatement lorsqu'il porte sur des biens virtuels) et pourraient donc être assimilées à une offre "qui reste valable jusqu'à épuisement des stocks" et non comme une "invitation à entamer des négociations"¹⁶. Cette position est prise en compte au paragraphe 2 de l'article 9 de l'avant-projet de convention.

2. Expression du consentement

55. Un des objectifs fondamentaux du nouvel instrument serait de reconnaître clairement que les parties à un contrat peuvent exprimer leur consentement par des communications électroniques ou d'autres types de messages de données. À cette fin, le projet d'article 10 reprend une règle énoncée à l'article 11 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, à savoir qu'"une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données".

56. Certaines législations internes fondées sur la Loi type, comme la Loi uniforme sur le commerce électronique élaborée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (dénommée ci-après la "Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique"), contiennent des dispositions plus détaillées sur l'expression du consentement dans un environnement électronique. Le paragraphe 1-b) de l'article 20 de la Loi uniforme canadienne mentionne expressément le fait de "toucher ou cliquer sur l'icône ou l'endroit approprié sur un écran d'ordinateur" parmi les moyens d'exprimer le consentement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette précision supplémentaire serait nécessaire. En fait, il semblerait qu'elle ne le soit pas, dans la mesure où le nouvel instrument pourrait se fonder sur la notion de "message de données", à l'instar de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

57. L'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique définit le "message de données" comme étant "l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie". À moins que le mot "information" ne soit interprété dans un sens restrictif, l'une quelconque des actions énumérées au paragraphe 1-b) de l'article 20 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique aboutirait dans la plupart des cas à l'envoi d'informations sous la forme de messages de données. Par exemple, lorsqu'une personne clique sur l'icône "j'accepte", apparaissant à l'écran, elle envoie à l'autre ordinateur une

formation indiquant que cette icône a été activée à l'autre bout de la chaîne de communication. Cette information devrait être considérée comme un "message de données" au sens de l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type.

58. Il convient de noter également que, lors de son premier examen de la question, le Groupe de travail a estimé qu'une attention particulière devait être accordée à l'expression du consentement par cliquage. Une mise en garde avait cependant été formulée quant à la nécessité de se maintenir dans une perspective indépendante de la technologie utilisée lorsque l'on abordait les problèmes de la formation des contrats en ligne. Les règles à élaborer devraient être suffisamment générales pour résister – du moins dans une certaine mesure – au changement technologique (A/CN.9/484, par. 126).

3. Réception et expédition

59. S'agissant des questions de réception et d'expédition dans la formation des contrats, on s'est généralement accordé à penser pendant les discussions préliminaires du Groupe de travail que tout futur instrument juridique devait laisser une certaine marge de manœuvre pour entériner le recours aux techniques du commerce électronique tant dans le cas où la communication électronique était instantanée que dans celui où l'échange de messages électroniques s'apparentait davantage à l'utilisation du courrier ordinaire (ibid., par. 127).

60. Conformément à la Convention des Nations Unies sur les ventes, 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, lequel 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 [...]".

61. 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 s'agit seulement, semble-t-il, de définir ce qu'on entend par "réception" du message électronique. L'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique traite des questions relatives au moment et au lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données. Ces dispositions semblent suffisamment souples pour englober à la fois les cas où la communication électronique est apparemment instantanée et ceux où les messages électroniques s'apparentent au courrier ordinaire.

62. Il semble donc que la Convention des Nations Unies sur les ventes, en particulier son article 24, contienne des règles qui, si elles sont complétées par des dispositions semblables à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, peuvent aussi servir de modèle général dans un environnement électronique. C'est pourquoi l'article 11 de l'avant-projet de convention reprend l'essentiel des dispositions de l'article 15 de la Loi type. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la règle proposée dans le projet d'article 11 devrait être davantage précisée pour être utile dans la pratique de la passation de contrats électroniques.

4. Autres questions éventuelles

63. Malgré leur succès, qui s'explique par le fait qu'elles transcendent les divergences traditionnelles entre l'approche des pays de droit romain et celles des pays de common law, on peut se demander si les règles de la Convention des Nations Unies sur les ventes concernant l'offre et son acceptation traitent de manière exhaustive toutes les questions se rapportant à la formation des contrats et, partant, s'il est possible de s'en inspirer pour élaborer des règles générales sur les contrats électroniques. Le Groupe de travail devra donc examiner dans quelle mesure il convient d'aborder d'autres questions dans le nouvel instrument.

64. Les règles énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes 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'un accord si l'on tient compte de la complexité que peuvent présenter des opérations qui comportent 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 accords conclus 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.

65. Toutefois, de l'avis de la majorité des commentateurs, la Convention des Nations Unies sur les ventes régit les accords conclus sans recours au schéma traditionnel "offre-acceptation". Le fait que ces accords ne sont pas expressément visés par la Convention ne signifie pas qu'ils sont exclus de son champ d'application mais plutôt que les rédacteurs n'ont pas jugé nécessaire d'aborder spécifiquement cette question et de résoudre les difficultés supplémentaires qu'ils auraient pu rencontrer en essayant d'élaborer un libellé approprié pour ce type d'accords. De ce fait, comme toute question concernant les matières régies mais pas expressément tranchées par la Convention, le point de savoir s'il y a accord même sans offre et acceptation claires doit, conformément au paragraphe 1 de l'article 7, être réglé "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).

66. Quelle que soit celle des deux approches ci-dessus qui sera adoptée concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il est nécessaire d'établir des règles particulières pour les contrats électroniques afin de préciser le régime juridique applicable aux accords conclus autrement que par une offre et une acceptation claires.

67. Outre les questions liées aux modalités d'expression du consentement, on a estimé, à la trente-huitième session du Groupe de travail, qu'il faudrait examiner notamment les questions ci-après: a) l'acceptation et la force obligatoire de dispositions contractuelles affichées sur un écran d'ordinateur mais auxquelles une partie ne s'attend pas nécessairement; et b) l'incorporation par référence de clauses contractuelles accessibles au moyen d'un "lien hypertexte" (pour une explication de

ce terme, voir par. 46-5 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, tel qu'amendé par l'article 5 *bis*).

68. Aucune de ces questions n'est abordée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. L'article 5 *bis* de la Loi type contient une disposition générale visant à confirmer l'effet juridique des informations incorporées par référence. Toutefois, la Loi type ne traite pas en détail des questions relatives au droit des contrats. En outre, ni la Loi type ni la Convention des Nations Unies sur les ventes ne prévoient expressément de solution au problème bien connu du "désaccord sur les clauses types".¹⁷ Ce problème ainsi que celui des dispositions contractuelles inattendues peuvent constituer un grave problème dans le cadre des opérations électroniques, en particulier lorsque des systèmes entièrement automatisés sont utilisés et qu'aucun moyen n'est prévu pour concilier des dispositions contradictoires.

69. Toutefois, il ressort des consultations menées par le secrétariat qu'en essayant de traiter des questions telles que le désaccord sur les clauses types ou les dispositions contractuelles inattendues, on risquerait de sortir du champ d'application du nouvel instrument et que le mieux serait de le faire dans le cadre de la loi applicable. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le nouvel instrument devrait comprendre des règles sur ces questions.

B. Questions particulières

70. Le commerce électronique soulève des questions particulières telles que l'utilisation de systèmes de communication entièrement automatisés, le traitement des erreurs ou méprises, les informations devant être fournies par les parties et les moyens de garder une trace du contrat.

1. Systèmes informatiques automatisés

71. Les systèmes informatiques automatisés, parfois appelés "agents électroniques", sont de plus en plus utilisés dans le commerce électronique. Si la Loi type de la CNUDCI tient généralement compte de l'utilisation de systèmes entièrement automatisés, elle ne leur consacre aucune disposition particulière en dehors de la règle générale concernant l'attribution des messages de données énoncée à l'alinéa b), du paragraphe 2 de l'article 13. Lorsqu'il a examiné cette question à sa trente-huitième session, le Groupe de travail a estimé que, si l'expression "agent électronique" avait été utilisée par souci de commodité, l'analogie entre un système automatisé et un agent commercial n'était pas adéquate et que, par conséquent, les principes généraux du droit de la représentation (par exemple, les principes concernant la limitation de la responsabilité en raison d'une faute du représentant) n'étaient pas applicables au fonctionnement de tels systèmes. Le Groupe de travail a réaffirmé la position qu'il avait adoptée antérieurement, à savoir qu'à titre de principe général la personne (physique ou morale) pour le compte de laquelle un ordinateur était programmé devait être responsable en dernier ressort de tout message créé par la machine (A/CN.9/484, par. 107). En règle générale, l'utilisateur d'un outil est responsable des résultats découlant de cette utilisation, car l'outil n'a pas de volonté propre. Toutefois, un "agent électronique" est par définition capable, suivant ses paramètres de programmation, d'entrer en contact avec d'autres parties ou leurs agents électroniques, de leur répondre ou

encore d'échanger des messages avec eux, une fois qu'il a été activé par une partie, sans que celle-ci ait à y prêter davantage d'attention.

72. Bien que l'utilisation de systèmes automatisés, par exemple pour la passation et l'exécution de commandes, semble compatible avec la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui autorise les parties à créer leurs propres règles (art. 9), il serait peut-être utile de préciser dans le nouvel instrument que les actions des systèmes automatisés qui sont programmés et utilisés par des personnes engageront l'utilisateur, qu'une opération donnée ait été ou non vérifiée par un humain.

73. Une telle disposition pourrait faciliter l'automatisation dans la passation des contrats. À l'heure actuelle, l'attribution des actions d'un système informatique automatisé à une personne physique ou morale se fonde sur l'idée qu'un agent électronique ne peut fonctionner que dans les limites des contraintes techniques de son programme prédéfini. Toutefois, on peut imaginer, du moins en théorie, que les futures générations de systèmes informatiques automatisés seront capables d'agir de manière autonome et pas simplement automatique. En d'autres termes, grâce aux progrès de l'intelligence artificielle, un ordinateur pourra "apprendre par l'expérience, modifier les instructions de son propre programme, voire créer de nouvelles instructions".¹⁸

2. Traitement des erreurs et méprises

74. La question du traitement des erreurs et méprises dans le commerce électronique est étroitement liée à celle de l'utilisation de systèmes informatiques automatisés. Étant donné que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ne traite pas des problèmes de fond qui se posent dans le contexte de la formation des contrats, elle n'aborde pas les conséquences des erreurs et méprises dans la passation de contrats électroniques.

75. Toutefois, des textes législatifs uniformes récents incorporant la Loi type, tels que la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique et la Loi uniforme sur les opérations électroniques (Uniform Electronic Transactions Act), élaborée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws des États-Unis d'Amérique (dénommée ci-après la "Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques"), contiennent des dispositions sur les méprises des personnes physiques ayant affaire au système informatique automatisé d'une autre personne. Les dispositions en question dans la Loi uniforme canadienne (art. 22) et dans la Loi uniforme des États-Unis (art. 10) fixent les conditions dans lesquelles une personne physique n'est pas liée par un contrat lorsqu'elle a commis une erreur substantielle.

76. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager s'il serait souhaitable que le nouvel instrument traite des erreurs et méprises des personnes physiques ayant affaire à des systèmes informatiques automatisés. En particulier, il pourrait examiner si de telles dispositions seraient indiquées dans le cadre du commerce électronique interentreprises. Des dispositions comme celles qui figurent dans la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique et la Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques semblent se justifier par le fait que le risque d'erreur humaine dans les opérations faisant intervenir une personne physique d'un côté et un système informatique automatisé de l'autre est relativement plus élevé que dans les opérations entre personnes physiques uniquement. Les erreurs commises par une personne physique dans ce cas

pourraient devenir irréversibles une fois l'acceptation expédiée. Il est à noter également que certains textes internationaux comme les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international traitent des conséquences qu'ont les erreurs pour la validité du contrat, quoique de manière restrictive (voir art. 3.5 et 3.6). On pourrait néanmoins objecter qu'une disposition de ce type empiéterait sur des notions bien établies du droit des contrats et ne conviendrait peut-être pas dans le cadre du nouvel instrument. C'est pourquoi la disposition traitant de cette question dans l'avant-projet de convention (par. 3 de l'article 12) figure entre crochets.

77. Une solution légèrement différente pourrait être d'envisager que les personnes proposant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes informatiques automatisés soient seulement obligées de prévoir des moyens de corriger les erreurs et de ne pas traiter des conséquences que ces dernières peuvent avoir pour la validité du contrat. Cette obligation, qui est énoncée au paragraphe 2 de l'article 11 de 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 (dénommée ci-après la "Directive 2000/31/CE de l'Union européenne"), est également prévue au paragraphe 2 du projet d'article 12.

78. Une autre question sur laquelle le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher est de savoir si le nouvel instrument devrait traiter des erreurs commises par le système automatisé lui-même. Lors de son premier débat sur cette question, le Groupe de travail avait estimé que de telles erreurs devaient être imputées en dernier ressort aux personnes pour le compte desquelles ces systèmes étaient exploités. Néanmoins, il a reconnu qu'une atténuation de ce principe pouvait être justifiée dans certaines circonstances, par exemple quand un système automatisé générait des messages erronés d'une manière que la personne pour le compte de laquelle il était exploité n'aurait pas pu raisonnablement prévoir. Il a été dit que l'un des éléments à prendre en considération lorsqu'on envisageait la possibilité de limiter la responsabilité de la partie pour le compte de laquelle le système était exploité était la mesure dans laquelle cette partie exerçait un contrôle sur le logiciel ou d'autres aspects techniques de la programmation de ce système. On a également estimé que le Groupe de travail devait examiner, dans ce contexte, si et dans quelle mesure un système automatisé donnait la possibilité aux parties contractantes de rectifier les erreurs faites lors du processus de conclusion du contrat (A/CN.9/484, par. 107 et 108).

79. Toutefois, après avoir passé en revue les législations nationales et régionales sur le commerce électronique, le secrétariat n'a trouvé aucune disposition sur les conséquences des erreurs faites par le système automatisé lui-même. C'est pourquoi, l'avant-projet de convention ne contient, à ce stade, aucune disposition sur ce point. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une telle disposition serait nécessaire.

3. Exigences techniques

80. Une autre question particulière liée aux contrats électroniques qui a été évoquée lors des discussions du Groupe de travail concerne la possibilité pour le destinataire d'imprimer les conditions générales d'un contrat ainsi que les mécanismes prévus pour la conservation des documents (A/CN.9/484, par. 126).

81. Sauf dans le cas d'opérations purement verbales, la plupart des contrats négociés de manière traditionnelle laissent une trace tangible à laquelle les parties peuvent se référer en cas de doute ou de litige. S'agissant des contrats électroniques, il est possible que cette trace, qui peut consister en un message de données, ne soit conservée que provisoirement ou ne soit accessible qu'à la partie dont le système d'information a servi à conclure le contrat. C'est pourquoi certaines législations récentes sur le commerce électronique, telles que la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne (par. 1 de l'article 10), font obligation à la personne offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes d'information accessibles au public de prévoir des moyens pour conserver ou imprimer les clauses contractuelles. À cette obligation s'ajoute celle de communiquer un minimum d'informations en cas de négociations par voie électronique.

82. Aucune obligation de ce type n'est prévue dans la Convention des Nations Unies sur les ventes ni dans la plupart des instruments internationaux relatifs aux contrats commerciaux. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner si, en principe, il serait indiqué d'imposer aux parties exerçant une activité commerciale par des moyens électroniques des obligations particulières qu'elles n'ont peut-être pas lorsqu'elles passent contrat de manière plus traditionnelle.

83. De telles obligations se justifient, semble-t-il, par le souci de renforcer la sécurité juridique, la transparence et la prévisibilité dans les opérations internationales conclues électroniquement. L'utilisation d'Internet dans le commerce international est devenue une réalité et devrait se développer. Elle a permis à des parties dans différents pays qui ne se connaissaient guère voire pas du tout de conclure des contrats presque instantanément. Il ne serait donc peut-être pas déraisonnable d'exiger que certaines informations soient communiquées ou que certains moyens techniques soient prévus pour donner accès aux clauses contractuelles de telle manière que celles-ci puissent être conservées et reproduites, en l'absence de convention préalable des parties, telle qu'un accord de partenariat commercial ou autre. Cette approche a été adoptée dans certaines législations nationales et régionales récentes sur le commerce électronique, telles que la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne.

84. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les obligations spéciales de ce type semblent répondre au souci de protéger les consommateurs. Il s'avère néanmoins qu'elles pourraient être adaptées au commerce électronique interentreprises.

V. Exigences de forme

85. Bien que, comme l'indique l'alinéa a) de son article 4, la Convention des Nations Unies sur les ventes ne concerne pas d'une manière générale les questions de validité, elle traite expressément de la validité formelle des contrats de vente internationale de marchandises. En effet, l'article 11 dispose qu'un "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 des témoins". En conséquence, cet article pose comme principe que la formation et la constatation d'un contrat soumis à la Convention ne doivent satisfaire à aucune condition de forme¹⁹ et que, par conséquent, le contrat peut être conclu oralement, par écrit²⁰ ou de toute autre manière.

86. L'avant-projet de convention reprend le principe général de la liberté de forme consacré dans la Convention des Nations Unies sur les ventes et l'étend à tous les contrats entrant dans son champ d'application. Il est toutefois reconnu que des conditions de forme, telles que l'exigence d'un écrit ou d'une signature, peuvent être imposées par la loi applicable, par exemple lorsqu'un État partie à la Convention des Nations Unies sur les ventes a émis une réserve conformément à l'article 96 de ladite Convention. Aux termes 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 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".

87. Bien que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique ait été largement acceptée et qu'un nombre croissant d'États s'inspirent pour élaborer leur législation sur le commerce électronique, un instrument international sur les contrats électroniques ne saurait partir de l'hypothèse que les principes énoncés dans la Loi type sont déjà appliqués universellement. Il semble donc nécessaire que le nouvel instrument fixe les conditions dans lesquelles les exigences en matière de forme peuvent être remplies par des moyens électroniques équivalents.

A. Exigence d'un écrit et d'une signature

88. L'avant-projet de convention reprend les critères énoncés à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pour la reconnaissance juridique des messages de données en tant qu'"écrits".

89. En ce qui concerne l'exigence d'une signature, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le nouvel instrument devrait seulement contenir une disposition générale sur la reconnaissance des signatures électroniques ou s'il devrait fixer de façon plus détaillée les conditions d'une telle reconnaissance. Dans le premier cas, il pourrait insérer dans le nouvel instrument une disposition similaire au paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir la variante A du paragraphe 3 du projet d'article 13). Dans le deuxième cas, il pourrait recourir à un libellé plus détaillé similaire au paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir la variante B du paragraphe 3 du projet d'article 13). Il convient de noter que ces deux solutions ne sont pas incompatibles, car le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a servi de base aux règles plus détaillées du paragraphe 3 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

B. Autres exigences

90. Les articles 8 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique abordent d'autres exigences légales pouvant constituer un obstacle au commerce électronique, à savoir, l'exigence que les documents soient présentés sous leur forme "originale" ou que les documents et enregistrements soient conservés.

91. L'avant-projet de convention ne traite pas de ces questions, car celles-ci ne semblent pas avoir de rapport direct avec la formation des contrats. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le nouvel instrument devrait reprendre l'une quelconque des dispositions susmentionnées, voire d'autres dispositions de la Loi type.

Notes

- ¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17 (A/53/17)*, par. 209.
- ² Le texte de la recommandation adressée à la CNUDCI figure dans le document TRADE/CEFACT/1999/CRP.7. Son adoption par le CEFACT est mentionnée dans le rapport de celui-ci sur les travaux de sa cinquantième session (TRADE/CEFACT/1999/19, par. 60).
- ³ *Ibid.*, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17)*, par. 315 à 318.
- ⁴ *Ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 384 à 388.
- ⁵ *Ibid.*, *cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 285 à 295.
- ⁶ *Ibid.*, par. 294.
- ⁷ Donnie, L. Kidd, Jr. et William Daughtrey, Jr., "Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts", *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 26, p. 269. Les auteurs écrivent en outre que "[...] un contrat électronique n'est pas un type particulier de contrat mais une méthode pour passer contrat. Ce qui détermine un type particulier de contrat, c'est la matière sur laquelle celui-ci porte et non la manière de le former." (note 239).
- ⁸ Shawn Pompian, "Is the Statute of Frauds Ready for Electronic Contracting?", *Virginia Law Review*, vol. 85, p. 1479.
- ⁹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: documents de la Conférence et comptes rendus des séances plénières et des séances de la Grande Commission* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3).
- ¹⁰ Par exemple: Convention des Nations Unies sur les ventes, article premier, paragraphe 1; Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), art. 2 a) (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur la prescription"); Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995), art. 1 a) (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les garanties").
- ¹¹ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, article premier, première note de bas de page.
- ¹² Par exemple: Convention des Nations Unies sur les ventes, article 10 a); Convention des Nations Unies sur la prescription, art. 2 c); Convention des Nations Unies sur les garanties, art. 4-2 a); Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international, art. 3-2 (ci-après dénommée "Convention d'Unidroit sur le crédit-bail"); Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 1988), art. 2-2 (ci-après dénommée "Convention d'Unidroit sur l'affacturage").
- ¹³ Convention d'Unidroit sur le crédit-bail, art. 3-1 a); Convention d'Unidroit sur l'affacturage, art. 2-1 a).
- ¹⁴ En l'absence de définition du terme "établissement" dans la Convention, on s'est fondé sur celle donnée dans les écrits juridiques.

¹⁵Comparer avec les articles 2.1 et suivants des Principes d'Unidroit en matière de contrats commerciaux internationaux.

¹⁶Christoph Glatt, "Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts", *International Journal of Law and Information technology*, vol. 6, p. 50.

¹⁷Les deux questions sont toutefois traitées dans les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (voir art. 2-1 et suiv.).

¹⁸Allen and Widdison, "Can Computers Make Contracts?" *9 Harvard Journal of Law and Technology* vol. 9, No. 25 (Winter, 1996).

¹⁹Voir Oberster Gerichtshof, 6 février 1996, *Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 248 (1996) = décision n° 176 du Recueil de jurisprudence.

²⁰Pour cette affirmation, voir, par exemple, Oberlandesgericht München, 8 mars 1995, décision n° 134 du Recueil de jurisprudence.

Annexe I

Avant-projet de convention¹ sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données

Chapitre premier. Sphère d'application

Article premier. Champ d'application

Variante A:²

1. La présente Convention s'applique aux contrats conclus ou constatés au moyen de messages de données.

2. Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention.

[3. Un État peut déclarer qu'il appliquera la présente Convention uniquement aux contrats conclus entre des parties ayant leur établissement dans des États différents ou [lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant ou] lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.]³

[4. Lorsqu'un État fait une déclaration en vertu du paragraphe 3, il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait 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.]

Variante B:⁴

1. La présente Convention s'applique aux contrats internationaux conclus ou constatés au moyen de messages électroniques.

¹ Il a été donné au projet d'instrument la forme d'une convention conformément à l'hypothèse de travail convenue à la trente-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/484, par. 124), sans préjudice de la décision finale que prendra le Groupe de travail au sujet de la nature de cet instrument.

² La variante A s'écarte de la définition classique du champ d'application donnée dans les instruments internationaux relatifs au droit commercial tels que la Convention des Nations Unies sur les ventes dans la mesure où son paragraphe 1 ne limite pas ce champ d'application aux contrats "internationaux". L'avant-projet de convention s'appliquerait chaque fois que l'État du for est un État contractant, sans qu'il soit nécessaire de s'enquérir davantage du lieu de situation des parties (voir plus haut les paragraphes 25 à 35).

³ Les projets de paragraphes 3 et 4 apparaissant entre crochets pourront être ajoutés au cas où les États souhaiteraient conserver la dualité des régimes applicables aux contrats internes et aux contrats internationaux. Une telle approche a également été adoptée dans l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

⁴ La variante B correspond pour l'essentiel à la définition du champ d'application donnée à l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

2. Aux fins de la présente Convention, un contrat est réputé avoir un caractère international si, au moment de la conclusion du contrat, les parties ont leur établissement dans des États différents.

3. La présente Convention s'applique également [lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant ou]⁵ lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

[4. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait 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.]

5. [Ni] La nationalité des parties [ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat] [est prise] [ne sont pris] en considération pour l'application de la présente Convention.

Article 2. Exclusions

La présente Convention ne s'applique pas aux contrats suivants:

- a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;⁶
- b) Contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle;⁷
- c) *[Autres exclusions, concernant par exemple les opérations immobilières qui pourront être ajoutées par le Groupe de travail.]*⁸

⁵ Le membre de phrase "lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant" figurant au paragraphe 3 de la variante A et au paragraphe 3 de la variante B exprime une règle qui est énoncée dans les dispositions d'autres instruments de la CNUDCI relatives à la sphère d'application. Ce membre de phrase apparaît entre crochets par ce qu'il pourrait avoir pour effet de donner à l'avant-projet de convention un champ d'application plus large que celui qui avait été envisagé initialement par le Groupe de travail.

⁶ Cette disposition s'inspire d'une exclusion figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et dans la plupart des instruments établis par la CNUDCI. Elle traduit l'accord préliminaire du Groupe de travail sur le fait que le futur instrument ne devrait pas mettre l'accent sur les opérations faisant intervenir des consommateurs (voir plus haut les paragraphes 15 à 19).

⁷ Cette exclusion traduit l'accord préliminaire du Groupe de travail sur le fait qu'il faudrait distinguer les contrats de licence des autres opérations commerciales (voir plus haut les paragraphes 20 à 22). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le libellé de ce projet d'alinéa traduit de façon adéquate ce qu'il entend par "contrat de licence".

⁸ Les exclusions supplémentaires éventuellement décidées par le Groupe de travail pourront être incluses dans ce projet d'alinéa. Afin de faciliter l'examen de la question par le Groupe de travail, l'annexe II donne, sans prétendre à l'exhaustivité, des exemples d'exclusions que l'on trouve généralement dans les lois internes relatives au commerce électronique.

Article 3. Matières non régies par la présente Convention

La présente Convention régit exclusivement la formation des contrats conclus ou constatés au moyen de messages de données. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas:

- a) La validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages;⁹
- b) Les droits et obligations des parties découlant du contrat, de l'une quelconque de ses clauses ou des usages;¹⁰
- c) Les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des droits créés ou transférés par le contrat.¹¹

Article 4. Autonomie des parties

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.¹²

Chapitre II. Dispositions générales

Article 5. Définitions¹³

Aux fins de la présente Convention:

- a) Le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;
- b) Le terme "échange de données informatisées (EDI)" désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information;
- c) Le terme "expéditeur" désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est réputé avoir été envoyé ou créé avant d'avoir été

⁹ Les projets d'alinéas a) et c) sont inspirés de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

¹⁰ Cette disposition a été incluse afin de préciser que l'avant-projet de convention ne traite pas des questions de fond soulevées par le contrat, lequel reste par ailleurs soumis à la loi qui le régit (voir plus haut les paragraphes 10 à 12).

¹¹ Le projet d'alinéa c) a été modelé *mutatis mutandis*, sur l'alinéa b) du paragraphe 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

¹² Le projet d'article 4 exprime le principe général de l'autonomie des parties tel qu'il est reconnu dans plusieurs instruments de la CNUDCI. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il serait opportun ou souhaitable d'apporter une restriction à ce principe dans le contexte de l'avant-projet de convention, eu égard en particulier à certaines de ses dispositions telles que les projets d'articles 12-2 et 14.

¹³ Les définitions figurant dans les projets d'alinéas a) à d) et f) sont reprises de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

éventuellement conservé, mais non la personne qui agit en tant qu'intermédiaire pour ce message;

d) Le terme "destinataire" désigne la personne qui, dans l'intention de l'expéditeur, est censée recevoir le message de données, mais non la personne qui agit en tant qu'intermédiaire pour ce message;

e) Le terme "système informatique automatisé" désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé qui permet d'entreprendre une action ou de répondre à des messages de données ou à des opérations en tout ou en partie, sans qu'une personne physique ait à procéder à un examen ou à intervenir chaque fois qu'une action est entreprise ou qu'une réponse est produite par le système;¹⁴

f) Le terme "système d'information" désigne un système utilisé pour créer, envoyer, recevoir, conserver ou traiter de toute autre manière des messages de données;

g) Le terme "auteur de l'offre" désigne une personne physique ou morale qui offre des biens ou des services;¹⁵

h) Le terme "destinataire de l'offre" désigne une personne physique ou morale qui reçoit ou relève une offre de biens ou de services.

Variante A:¹⁶

[i) Le terme "signature" englobe toute méthode utilisée pour identifier l'expéditeur d'un message et indiquer que les informations contenues dans le message sont attribuables à l'expéditeur;]

¹⁴ Cette définition est inspirée de celle du terme "agent électronique" figurant dans l'article 2-6 de la Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques; une définition similaire figure également à l'article 19 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique. Elle a été incluse dans l'avant-projet de convention en raison des dispositions du projet d'article 12.

¹⁵ Les définitions des termes "auteur de l'offre" et "destinataire de l'offre" proposées dans les alinéas g) et h) respectivement ont été incluses parce que ces termes sont utilisés dans les projets d'articles 8 et 9 dans un contexte où il serait difficile de les remplacer par les mots "expéditeur" et "destinataire".

¹⁶ La variante A est proposée au cas où le Groupe de travail souhaiterait faire figurer dans l'avant-projet de convention, en ce qui concerne la reconnaissance des signatures électroniques, uniquement une disposition générale inspirée de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Comme dans les textes uniformes récents incorporant la Loi type dans la législation du Canada (Loi uniforme sur le commerce électronique) et des États-Unis (Loi uniforme sur les opérations électroniques), la définition du terme "signature électronique" dans la variante A englobe la notion d'"attribution", qui est également utilisée, bien que dans un contexte différent, à l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI (voir également la variante A du paragraphe 3 du projet d'article 13).

Variante B:¹⁷

[i) Le terme “signature électronique” désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données jointes ou logiquement associées audit message, qui peuvent être utilisées pour identifier la personne détenant les données afférentes à la création de signature dans le cadre du message de données et indiquer que cette personne approuve l’information contenue dans ce message;

Variante A:¹⁸

[j) Le terme “établissement” désigne tout lieu d’opérations où une personne exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services;]

Variante B:¹⁹

[j) Le terme “établissement” désigne le lieu où une partie mène une activité économique au moyen d’un établissement stable pour une durée indéterminée;]

k) Les termes “personne” et “partie” englobent les personnes physiques et morales.²⁰

[l) Autres définitions que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.]²¹

¹⁷ La variante B reproduit la définition de la signature électronique figurant dans l’article 2 a) de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir A/CN.9/493). Le Groupe de travail voudra peut-être utiliser cette définition s’il juge nécessaire de prévoir, pour la reconnaissance des signatures électroniques, des exigences plus précises inspirées du paragraphe 3 de l’article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir la variante B du paragraphe 3 du projet d’article 13).

¹⁸ La définition du terme “établissement” proposée dans la variante A du projet d’alinéa j) correspond pour l’essentiel à la notion d’“établissement”, telle qu’on l’entend dans la pratique commerciale internationale et telle qu’elle est utilisée à l’alinéa f) de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale. Cette définition apparaît entre crochets pour tenir compte du fait que, bien que la Commission ait utilisé à de nombreuses reprises le concept d’“établissement” dans ses divers instruments, elle ne l’a pas encore défini. Néanmoins, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il serait souhaitable de donner une définition uniforme de l’“établissement” afin d’accroître la sécurité juridique et de promouvoir l’uniformité dans l’application de la Convention. La définition proposée pourrait également être jugée nécessaire pour compléter le projet d’article 7, en particulier son paragraphe 1.

¹⁹ La variante B du projet d’alinéa j) propose une autre définition de l’établissement qui est conforme à l’interprétation donnée à ce terme au sein de l’Union européenne (voir le paragraphe 19 du préambule de la Directive 2000/31/CE de l’Union européenne).

²⁰ Cette définition est proposée afin de bien montrer que lorsque les mots “personne” ou “partie” sont utilisés sans autre qualification dans l’avant-projet de convention, ils désignent à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, lors de l’élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, il a été estimé qu’une telle définition ne devait pas apparaître dans le texte de l’instrument mais dans le guide pour son incorporation.

²¹ Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il est nécessaire ou souhaitable de définir d’autres termes utilisés dans l’avant-projet de convention tels que “signataire” (si la variante B du projet d’article 13 est adoptée), “Internet”, “site Web” et “nom de domaine”.

Article 6. Interprétation²²

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il est tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elles sont réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

Article 7. Lieu de situation des parties

1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu géographique qu'elle a indiqué conformément à l'article 4 [, sauf s'il est clair et patent qu'elle n'a pas d'établissement dans ce lieu et qu'une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l'application de la présente Convention.]²³

2. Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération aux fins de la présente Convention est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré et son exécution, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.²⁴

3. Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

4. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une personne morale pour la conclusion d'un contrat ou le lieu à partir duquel ce système d'information est accessible à d'autres

²² Ce projet d'article est semblable à l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et aux dispositions correspondantes à d'autres instruments de la CNUDCI.

²³ Le projet d'article 7 est l'une des dispositions centrales de l'avant-projet de convention et pourrait jouer un rôle essentiel si la sphère d'application était définie sur la base de la variante A du projet d'article premier. Le projet de paragraphe 1 est fondé sur une proposition qui a été faite à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que les parties à des opérations électroniques devraient avoir l'obligation de révéler leur établissement (A/CN.9/484, par. 103). Cette obligation apparaît à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 14. Conformément à l'esprit dans lequel le Groupe de travail a examiné la question à sa trente-huitième session (A/CN.9/484, par. 96 à 104), le projet de paragraphe 1 n'a pas pour objet de créer un nouveau concept d'"établissement". Si le Groupe de travail estime que des dispositions spécifiques devraient être prévues pour éviter la fraude (voir plus haut le paragraphe 39), il voudra peut-être ajouter un membre de phrase tel que celui proposé entre crochets. Il convient de noter que ce membre de phrase a pour objet de prévenir la fraude et non de restreindre la possibilité qu'auraient les parties de convenir de l'applicabilité de la Convention en vertu du projet d'article premier (par. 3 de la variante A et par. 2 de la variante B), ni de limiter d'une autre façon leur droit de choisir la loi applicable.

²⁴ Les projets de paragraphes 2 et 3 correspondent aux règles habituellement utilisées pour déterminer l'établissement d'une partie (voir par exemple l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les ventes).

personnes ne constitue pas en soi ou à lui seul un établissement [sauf si cette personne morale n'a pas d'établissement].²⁵

5. Le seul fait qu'une personne utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associée à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.²⁶

Chapitre III. Formation des contrats

Article 8. Moment de la formation du contrat²⁷

1. Le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention.

2. Une offre prend effet lorsqu'elle est reçue par son destinataire.

3. L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement est reçue par l'auteur de l'offre.

Article 9. Invitations à l'offre

1. Une proposition de conclure un contrat qui n'est pas adressée à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui est normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information, telle qu'une offre de biens et de services par l'intermédiaire d'un site Web sur Internet, doit être considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.²⁸

²⁵ Ce projet de paragraphe propose une règle concernant spécialement certaines questions que soulève l'utilisation de moyens électroniques de communication pour la formation de contrats. Il vise à traduire une opinion partagée par de nombreuses délégations qui ont participé à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que le Groupe de travail devrait veiller à ne pas élaborer des règles aboutissant à ce qu'une partie donnée soit considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus classiques (A/CN.9/484, par. 103). Il reprend la solution proposée au paragraphe 19 du préambule de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne. Le membre de phrase entre crochets vise uniquement les "sociétés virtuelles" et non les personnes physiques, auxquelles s'applique la règle figurant dans le projet de paragraphe 3.

²⁶ Ce projet de paragraphe tient compte du fait que l'actuel système d'attribution des noms de domaine n'a pas été conçu à l'origine dans une optique géographique et que, par conséquent, le lien apparent entre un nom de domaine et un pays ne permet pas, en soi et à lui seul, de conclure qu'il existe un lien véritable et permanent entre l'utilisateur de ce nom de domaine et ce pays (voir plus haut les paragraphes 44 à 46).

²⁷ Chaque paragraphe de ce projet d'article reprend l'essentiel des règles relatives à la formation des contrats contenues respectivement dans les articles 23, 15-1 et 18-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le verbe "parvient" utilisé dans la Convention a été remplacé par le verbe "reçoit" dans le projet d'article afin d'aligner celui-ci sur le projet d'article 11, qui est fondé sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

²⁸ Cette disposition, qui est inspirée de l'article 14-1 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, a pour objet de clarifier une question qui a donné lieu à de nombreuses

2. Pour déterminer l'intention d'une partie d'être liée en cas d'acceptation, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes. Sauf indication contraire de l'auteur de l'offre, l'offre de biens ou de services par l'intermédiaire de systèmes informatiques automatisés permettant la conclusion automatique du contrat sans intervention humaine est présumée indiquer l'intention de l'auteur de l'offre d'être lié en cas d'acceptation.²⁹

*Article 10. Utilisation de messages de données dans la formation des contrats*³⁰

1. Sauf convention contraire des parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées au moyen de messages de données [ou d'autres actions transmises électroniquement d'une manière qui est destinée à exprimer l'offre ou l'acceptation, y compris, mais pas exclusivement, en touchant l'icône ou l'endroit appropriés sur un écran d'ordinateur ou en cliquant dessus].

2. Lorsque des messages de données sont utilisés pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

*Article 11. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données*³¹

1. Sauf convention contraire des parties, 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.

2. Sauf convention contraire des parties, si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données, le message de

discussions depuis l'apparition d'Internet. Elle résulte d'une analogie qui a été établie entre les offres faites par des moyens électroniques et celles faites par les moyens plus classiques (voir les paragraphes 52 à 54).

²⁹ Le paragraphe 2 propose des critères pour déterminer l'intention d'une partie d'être liée en cas d'acceptation. La première phrase se fonde sur la règle générale d'interprétation du consentement d'une partie qui figure au paragraphe 3 de l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. La règle proposée dans la deuxième phrase du paragraphe est similaire à celle que propose la doctrine pour le fonctionnement des distributeurs automatiques (voir le paragraphe 54).

³⁰ Les règles énoncées dans ce projet d'article sont fondées sur l'article 11-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le membre de phrase "ou d'autres actions transmises électroniquement" et la mention, à titre d'exemple, au fait de "toucher ou l'icône ou l'endroit appropriés sur un écran d'ordinateur ou cliquer dessus", qui sont inspirés de l'article 20-1 b) de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique, ont pour objet de préciser et non d'étendre le champ couvert par la règle figurant dans la Loi type. Ils ont toutefois été mis entre crochets pour le cas où le Groupe de travail estimerait que ces précisions supplémentaires sont inutiles.

³¹ À l'exception du projet de paragraphe 4, les règles énoncées dans ce projet d'article sont fondées sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, quelques modifications ayant été apportées afin de les harmoniser avec le libellé du reste de l'avant-projet de convention, qui suit de plus près celui de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

données est réputé être reçu au moment où il entre dans le système d'information désigné; si le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, il est réputé être reçu au moment où il est relevé par le destinataire. Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, la réception intervient lorsque le message de données entre dans un système d'information du destinataire.³²

3. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est réputé avoir été reçu selon le paragraphe 5 du présent article.

4. Sauf convention contraire des parties, lorsque l'expéditeur et le destinataire utilisent le même système d'information, tant l'expédition que la réception d'un message de données ont lieu au moment à partir duquel celui-ci peut être relevé et traité par le destinataire.³³

5. Sauf convention contraire des parties, un message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement, tel que déterminé conformément à l'article 7.

Article 12. Opérations automatisées

1. Sauf convention contraire des parties, un contrat peut être formé par l'interaction d'un système informatique automatisé et d'une personne physique ou par l'interaction de systèmes informatiques automatisés, même si aucune personne physique n'a examiné chacune des actions exécutées par ces systèmes ni la convention qui en résulte.³⁴

³² Le projet de paragraphe 2 ne prévoit pas d'autres exigences venant s'ajouter à celles énoncées à l'article 15-2 de la Loi type, à la différence de certains textes législatifs internes fondés sur la Loi type, qui exigent généralement qu'un message se présente sous "une forme susceptible d'être récupérée et traitée par le système "du destinataire" (Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques, art. 15 b)-1-2) ou puisse "être récupéré et traité par le destinataire" (Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique, article 23-2), et ce pas uniquement lorsque les deux parties utilisent le même système.

³³ Ce projet de paragraphe vise les cas où l'expéditeur et le destinataire utilisent le même système de communication. En pareil cas, le critère utilisé dans le projet de paragraphe 1 ne peut pas être utilisé étant donné que le message reste dans un système dont on ne peut pas dire qu'il ne dépend pas de l'expéditeur. La règle proposée dans le projet de paragraphe 4 dispose que l'expédition et la réception d'un message de données ont lieu de façon simultanée au moment à partir duquel celui-ci peut être relevé et traité par le destinataire". Cette situation n'est pas envisagée dans l'article 15-1 de la Loi type. On estime toutefois que la règle proposée, qui est inspirée de l'article 23-2 a) de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique, n'est pas incompatible avec les règles énoncées dans l'article 15 de la Loi type.

³⁴ Ce projet de paragraphe développe un principe formulé en termes généraux dans l'article 13-2 b) de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il n'innove pas par rapport à la convergence de vues actuelle concernant les effets juridiques des opérations automatisées, telle qu'elle a été exprimée par le Groupe de travail (A/CN.9/484, par. 106), à savoir qu'un contrat résultant de l'interaction d'un ordinateur avec un autre ordinateur ou une personne est attribuable à la personne au nom duquel il est conclu.

2. Sauf convention contraire [expresse] des parties, une partie offrant des biens et des services par l'intermédiaire d'un système informatique automatisé met à la disposition des parties qui utilisent ce système des moyens techniques leur permettant de déceler et de corriger les erreurs avant la conclusion d'un contrat. Les moyens techniques devant être mis à disposition conformément au présent paragraphe sont appropriés, efficaces et accessibles.³⁵

[3. Un contrat conclu par une personne physique accédant au système informatique automatisé d'une autre personne n'a pas d'effet juridique ni force exécutoire si la personne physique a commis une erreur importante dans un message de données et si:³⁶

a) Le système informatique automatisé n'a pas donné à la personne physique la possibilité de prévenir ou de corriger l'erreur;

b) La personne physique avise dans les meilleurs délais l'autre personne de l'erreur lorsqu'elle en prend connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans le message de données;

c) La personne physique prend des mesures raisonnables, notamment des mesures conformes aux instructions de l'autre personne, pour rendre les biens ou services éventuellement reçus à la suite de l'erreur, ou, si elle a reçu pour instruction de le faire, pour détruire ces biens ou ces services; et

d) La personne physique n'a pas tiré d'avantage matériel, financier ou autre des biens ou services éventuellement reçus de l'autre personne.]

³⁵ Le présent paragraphe traite de la question des erreurs dans les opérations automatisées (voir plus haut les paragraphes 74 à 79). Il énonce une règle inspirée de l'article 11-2 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne, qui prévoit l'obligation pour les personnes offrant des biens ou des services par intermédiaire de systèmes informatiques automatisés d'offrir des moyens de corriger les erreurs commises dans la saisie des données. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité d'une dérogation conventionnelle doit être mentionnée expressément ou si elle peut résulter d'une convention tacite, par exemple lorsqu'une partie passe commande par l'intermédiaire du système informatique automatisé du vendeur, en dépit du fait qu'il est évident pour elle que ce système n'offre pas la possibilité de corriger les erreurs de saisie.

³⁶ Le projet de paragraphe 3 traite des effets juridiques des erreurs commises par une personne physique communiquant avec un système informatique automatisé. Cette disposition, qui est inspirée de l'article 22 de la Loi uniforme canadienne sur le commerce électronique, apparaît entre crochets parce que, lors des consultations tenues par le secrétariat, il a été émis l'opinion qu'une disposition de ce type pourrait ne pas convenir dans le contexte d'opérations commerciales (c'est-à-dire des opérations qui ne font pas intervenir des consommateurs), car il se peut que le droit général des contrats ne prévoie pas toujours le droit de résoudre un contrat en cas d'erreur matérielle.

*Article 13. Conditions de forme*³⁷

1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'un contrat soit conclu ou constaté par écrit ou satisfasse à toute autre condition de forme.³⁸

2. Lorsque la loi exige qu'un contrat auquel la présente Convention s'applique soit sous forme écrite, un message de donnée satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.³⁹

Variante A:⁴⁰

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat auquel la présente Convention s'applique soit signé, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier le signataire et pour indiquer que celui-ci approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

Variante B:⁴¹

3. Lorsque la loi exige qu'un contrat auquel la présente Convention s'applique soit signé, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

4. Une signature électronique est considérée comme fiable pour ce qui est de satisfaire les exigences visées au paragraphe 3 si:

a) Les données afférentes à la création de signatures sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signatures étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;

³⁷ Ce projet d'article combine les dispositions essentielles relatives aux conditions de forme de la Convention des Nations Unies sur les ventes (art. 11) avec les dispositions des articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

³⁸ Cette disposition réaffirme le principe général de la liberté de forme énoncé dans l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

³⁹ Cette disposition définit les critères d'équivalence fonctionnelle entre les messages de données et les documents papier de la même façon que l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

⁴⁰ La variante A énumère les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures manuscrites et les méthodes d'identification électronique visées à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

⁴¹ La variante B est fondée sur l'article 6-3 du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.

c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et

d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable.

5. Le paragraphe 4 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

a) D'établir de toute autre manière, aux fins de satisfaire l'exigence visée au paragraphe 3, la fiabilité de la signature électronique;

b) D'apporter des preuves de la non-fiabilité de la signature électronique.

*Article 14. Informations générales devant être fournies par les parties*⁴²

1. Une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information qui est normalement accessible au public fournit les informations ci-après aux parties qui accèdent à ce système d'information:

a) Son nom et, lorsqu'elle est inscrite dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel elle est inscrite et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre;

b) L'emplacement et l'adresse géographiques de son établissement;

c) Des indications précises, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec elle.

2. Une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information normalement accessible au public fait en sorte que les informations devant être fournies conformément au paragraphe 1 soient facilement et directement accessibles en permanence aux parties qui ont accès à ce système d'information.

⁴² Ce projet d'article est destiné à accroître la certitude et la clarté dans le contexte des opérations internationales en faisant en sorte qu'une partie qui offre des biens ou des services par l'intermédiaire de réseaux ouverts comme Internet révèle au moins son identité, son statut juridique, le lieu où elle se trouve et son adresse. Il traduit une proposition qui a été bien accueillie à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que les personnes et les sociétés qui ont recours à de tels réseaux ouverts devraient au moins indiquer leur établissement (A/CN.9/484, par. 103). Il est inspiré de l'article 5-1 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne.

Article 15. Mise à disposition des clauses contractuelles⁴³

Une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information normalement accessible au public met le ou les messages de données contenant les clauses contractuelles et les conditions générales à la disposition de l'autre partie pendant une durée raisonnable d'une manière qui permette de les conserver et de les reproduire. Un message de données est réputé n'être pas susceptible d'être conservé ou reproduit si l'expéditeur empêche qu'il soit imprimé ou conservé par l'autre partie.

[Autres dispositions que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.]

⁴³ Ce projet d'article traite un problème particulier aux contrats électroniques, celui de la trace du contrat. Il a été établi sur la base de l'article 10-3 de la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne et exige qu'une partie offrant des biens ou des services par l'intermédiaire de systèmes d'information ouverts veille à ce que ses cocontractants soient en mesure, pendant une durée raisonnable, d'imprimer ou de conserver les messages de données contenant les clauses contractuelles.

Annexe II

Exemples d'exclusions de la sphère d'application de textes législatifs internes ou régionaux reconnaissant les effets juridiques de messages et de signatures électroniques

Bermudes, Loi sur les opérations électroniques de 1999

“Exclusions

6. 1) La partie II (exigences légales concernant les enregistrements électroniques) et la partie III (communication d'enregistrements électroniques) ne s'appliquent à aucune règle de droit exigeant un écrit ou des signatures aux fins suivantes:

a) création, exécution ou révocation d'un testament ou d'un instrument testamentaire;

b) cession de biens immeubles ou transfert d'un droit quelconque sur un tel bien.

2) Le Ministre peut disposer au moyen de textes réglementaires que la présente loi ou certaines dispositions de celle-ci spécifiées dans ces textes ne s'appliquent pas à une catégorie quelconque d'opérations, de personnes, de sujets ou d'objets spécifiés dans les textes en question.”

Canada, Loi uniforme sur le commerce électronique

“2) [L'autorité compétente] peut, par [texte réglementaire], préciser les dispositions ou les exigences en vertu de toute règle de droit [de la juridiction compétente] à laquelle la présente loi ne s'applique pas.

3) La présente loi ne s'applique pas à ce qui suit:

a) un testament et son codicille;

b) une fiducie créée par un testament ou par un codicille;

c) une procuration visant les questions financières et caritatives d'individus;

d) les documents qui créent ou transfèrent un intérêt dans un immeuble et qui ont besoin d'enregistrement afin d'être efficaces envers les tiers.

4) Sauf pour la partie 3, la présente loi ne s'applique pas aux effets négociables, notamment des titres.

5) La présente loi n'empêche pas l'application d'une disposition de toute règle de droit [de la juridiction compétente] qui autorise, interdit ou réglemente de façon expresse l'utilisation de documents électroniques.”

Union européenne, 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 (“directive sur le commerce électronique”)

“Article 9

Traitement des contrats

1. Les États Membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États Membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.

2. Les États Membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'applique pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes:

- a) les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location;
- b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;
- c) les contrats de sûreté et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;
- d) les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.”

Hong Kong, Chine, Ordonnance n° 1 de 2000 (Ordonnance sur le commerce électronique)

“Annexe 1

Matières exclues de l'application des articles 5, 6, 7, 8 et 17 de la présente ordonnance en vertu de l'article 3 de celle-ci

- 1. Création, exécution, modification, révocation, remise en vigueur ou rectification d'un testament, d'un codicille ou de tout autre document testamentaire.
- 2. Création, exécution, modification ou révocation d'une fiducie (autre qu'une fiducie implicite, induite des faits ou au profit éventuel de son auteur).
- 3. Création, exécution, modification ou révocation d'une procuration.
- 4. Établissement, et/ou exécution de tout instrument qui doit être timbré ou visé en application de l'ordonnance sur les droits de timbre (chap. 117) autre qu'un avis d'exécution auquel se rapporte une convention passée conformément à l'article 5A de cette ordonnance.
- 5. Conditions d'octroi du gouvernement et baux administratifs.
- 6. Tout acte, cession ou autre document ou instrument sous forme écrite, jugements et litiges pendant visés dans l'Ordonnance sur l'enregistrement des immeubles (chap. 28) susceptibles d'avoir une incidence sur tout bien immeuble situé à Hong Kong.
- 7. Toute cession, hypothèque ou sûreté au sens de l'Ordonnance sur les cessions et la propriété (chap. 219) ou tout autre contrat concernant ou sanctionnant l'aliénation d'un bien immeuble ou d'un droit sur un tel bien.

8. Un document donnant effet à une sûreté générale visée à l'article 2A de l'Ordonnance sur l'enregistrement des immeubles (chap. 128).
9. Serments et affidavits.
10. Déclarations solennelles.
11. Jugements (en plus de ceux visés à l'article 6) ou décisions de tribunaux.
12. Mandat délivré par un tribunal ou un magistrat.
13. Effets de commerce."

Irlande, Loi sur le commerce électronique, 2000

"10.-1) Les *articles 12 à 23* s'appliquent sous réserve de:

a) la loi régissant la création, l'exécution, l'amendement, la modification ou la révocation:

i) d'un testament, d'un codicille ou de tout autre instrument testamentaire auquel la loi sur les successions de 1965 s'applique,

ii) d'une fiducie ou

iii) d'une procuration permanente,

b) la loi régissant la façon dont un droit sur un bien immeuble (y compris un droit emphytéotique sur un tel bien) peut être créé, acquis, aliéné ou enregistré autrement que par des contrats (formels ou sous seing privé) relatifs à la création, à l'acquisition ou à l'aliénation de tels droits;

c) la loi régissant les modalités d'un affidavit ou d'une déclaration solennelle ou sous serment, ou exigeant ou autorisant que l'on y ait recours à quelque fin que ce soit; ou

d) les règles, pratiques ou procédures d'un tribunal sauf dans les limites éventuellement prescrites par les règlements visés à l'article 3.

11. Aucune disposition de la présente loi ne réduit l'effet de:

a) toute loi relative à l'imposition, à la collecte ou au recouvrement de taxes ou autres charges gouvernementales, y compris les droits et les sanctions pécuniaires;

b) la loi sur les sociétés de 1990, Règlement de 1996 sur les sûretés non certifiées (S.I. n° 68 de 1996) ou tout autre règlement le remplaçant;

c) la loi sur les preuves criminelles de 1992, ou

d) la loi sur le crédit à la consommation de 1995 ou tout autre règlement établi sous son régime et celui des Communautés européennes."

Slovénie, Loi sur le commerce et les signatures électroniques

"Article 13

1) Lorsque la loi ou un règlement quelconque exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

- 2) Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas aux:
1. contrats régissant la propriété et les autres droits sur des immeubles;
 2. contrats régissant les testaments;
 3. contrats régissant les relations de propriété entre époux;
 4. contrats relatifs à l'aliénation de biens appartenant à des personnes qui ont été privées de la capacité juridique;
 5. contrats de tradition et de partage de biens entre vifs;
 6. contrats de rente viagère et conventions de renonciation aux droits successoraux avant la succession;
 7. contrats de donation et contrat de donation mortis causa;
 8. contrats de vente avec rétention du droit de propriété;
 9. autres actes juridiques qui doivent, conformément à la loi, revêtir la forme d'un acte notarié."

États-Unis d'Amérique, Loi uniforme sur les opérations électroniques

"Section 3. Champ d'application¹

- a) Sous réserve des dispositions de l'alinéa b), la présente loi s'applique aux enregistrements et aux signatures électroniques ayant trait à une opération;
- b) La présente loi ne s'applique pas à une opération entrant dans le champ d'application:
- 1) d'une loi régissant la création et l'exécution de testaments, de codicilles ou de fiducies testamentaires;
 - 2) [Du Code commercial uniforme à l'exception des sections 1-107 et 1-206, et des articles 2 et 2A]²

¹ Le commentaire officiel de la Loi uniforme sur les opérations électroniques précise que cette loi est "intrinsèquement restreinte par le fait qu'elle s'applique uniquement aux opérations ayant un lien avec le monde des affaires, le commerce (y compris avec les consommateurs) et les pouvoirs publics". Par conséquent, les "opérations qui ne présentent pas un tel lien n'y seraient pas soumises." La loi ne s'applique pas non plus aux enregistrements et aux signatures électroniques produits unilatéralement qui ne se rapportent pas à une opération.

² Le paragraphe 2 exclut la totalité du Code commercial uniforme excepté ses sections 1-107 (abandon d'une prétention ou d'un droit ou renonciation à cette prétention ou à ce droit après rupture) et 1-206 (exigence de la forme écrite pour les contrats de vente de biens meubles) et des articles 2 et 2A (ventes et baux). Les dispositions du Code commercial uniforme qui sont exclues concernent les effets de commerce (art. 3), les dépôts bancaires (art. 4) et les virements de fonds (art. 4A); les lettres de crédit (art. 5), les cessions et les ventes en bloc (art. 6); les récépissés d'entrepôt, connaissements et autres titres représentatifs (art. 7); les titres de placement (art. 8); les opérations assorties d'une sûreté, les cessions de comptes et les actes mobiliers (art. 9). Il est dit dans le commentaire officiel de la Loi uniforme sur les opérations électroniques que "les systèmes de collecte des chèques et de virement électronique de fonds régis par les articles 3, 4 et 4A mettent en jeu des systèmes et des relations concernant de nombreux intervenants qui ne se limitent pas

- 3) [De la Loi uniforme sur les transactions concernant les données informatiques]³
- 4) [Des autres lois éventuellement désignées par l'État]."⁴

aux parties au contrat sous-jacent" et que "l'impact des moyens électroniques de validation de ces systèmes soulève des questions qui sortent du champ d'application de la présente loi". Quant aux articles 5, 8 et 9 du Code commercial uniforme, ils n'ont pas été exclus parce qu'il n'aurait été approprié que les sujets qu'ils traitent soient régis par la Loi uniforme sur les opérations électroniques, mais "parce que le processus de révision de ces articles a largement tenu compte des pratiques électroniques"

³ La Loi uniforme sur les transactions concernant les données informatiques traite expressément des transactions mettant en jeu de telles données.

⁴ Le commentaire officiel indique que les exclusions supplémentaires en application de l'alinéa b) de l'article 4 devraient se limiter aux lois régissant les enregistrements et les signatures électroniques qui peuvent être utilisés dans le cadre d'opérations telles que définies dans la section 2-16 de la loi (c'est-à-dire "une action ou un ensemble d'actions se produisant entre deux personnes ou plus en liaison avec la conduite d'affaires commerciales ou publiques"). Le commentaire officiel comprend un long développement sur la nécessité et l'opportunité d'exclure d'une manière générale les questions ci-après du champ d'application de la loi: fiducies (autres que les fiducies testamentaires); procurations, opérations immobilières entre les parties (par opposition à l'effet de ces opérations à l'égard des tiers); et les questions régies par la législation relative à la protection des consommateurs. Il est indiqué dans le commentaire que le comité de rédaction de la Loi sur les opérations électroniques a déterminé que l'exclusion de ces domaines supplémentaires n'était pas justifiée, en partie en raison de la nature habilitante de la loi et du fait que l'article 8 b) 3) maintient expressément l'applicabilité des "lois exigeant par exemple que les informations soient présentées avec des polices de caractères ou des formats particuliers ou encore qu'elles soient affichées de façon bien visible".