

**Assemblée générale**

Distr.: Générale
17 mars 2006

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-neuvième session
New York, 19 juin-7 juillet 2006

Aspects juridiques du commerce électronique**Note explicative relative à la Convention sur l'utilisation de
communications électroniques dans les contrats
internationaux****Note du secrétariat****Additif**

1. La Commission a approuvé la version finale du projet de Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ("la Convention") à sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005). La Convention a ensuite été adoptée par l'Assemblée générale et ouverte à la signature le
2. Lorsque, à sa trente-huitième session, la Commission a approuvé la version finale du projet en vue de son adoption par l'Assemblée générale, elle a prié le secrétariat de préparer des notes explicatives sur le texte de la Convention et de les lui présenter à sa trente-neuvième session (voir A/60/17, par. 165).
3. Dans l'annexe I à la présente note figurent des observations, article par article, sur la Convention. La Commission voudra peut-être prendre acte des notes explicatives et demander que le secrétariat les publie, avec le texte final de la Convention.



IV. Observations article par article

PRÉAMBULE

Les États Parties à la présente Convention,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Notant que l'usage accru des communications électroniques améliore l'efficacité des activités commerciales, renforce les relations commerciales et offre de nouvelles possibilités de débouchés à des parties et à des marchés auparavant isolés, jouant ainsi un rôle fondamental dans la promotion du commerce et du développement économique, aux niveaux tant national qu'international,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la valeur juridique de l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux constituent un obstacle au commerce international,

Convaincus que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et aiderait les États à accéder aux circuits commerciaux modernes,

Estimant que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière,

Désireux de trouver une solution commune pour lever les obstacles juridiques à l'utilisation des communications électroniques d'une manière qui soit acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents,

Sont convenus de ce qui suit:

1. Objectifs fondamentaux de la Convention

1. Le préambule énonce les principes généraux dont s'inspire la Convention et qui, conformément à l'article 5, peuvent être utilisés pour combler les silences de cette dernière.
2. L'objectif fondamental de la Convention est exposé au cinquième alinéa du préambule, à savoir établir des règles uniformes destinées à éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit

commercial international existants, afin de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale.

2. Principes essentiels dont s'inspire la Convention

3. Le sixième alinéa du préambule fait référence à deux principes qui ont guidé l'ensemble des travaux de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique: la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle.

Neutralité technologique

4. Le principe de la neutralité technologique signifie que la Convention est destinée à couvrir toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou transmise sous forme de communication électronique, indépendamment de la technologie ou du support utilisé. À cette fin, les règles de la Convention sont "neutres"; c'est-à-dire qu'elles ne présupposent pas l'utilisation de types particuliers de technologies ni n'en dépendent et pourraient s'appliquer à la communication et à la conservation de tous les types d'informations.

5. La neutralité technologique revêt une importance particulière au vu de la rapidité des innovations et des progrès technologiques, et aide à faire en sorte que la loi puisse s'adapter aux évolutions futures sans devenir rapidement dépassée. L'une des conséquences de l'approche suivie dans la Convention, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique¹, qui l'a précédée, est l'adoption d'une nouvelle terminologie, destinée à éviter toute référence à des moyens techniques particuliers de transmission ou de conservation de l'information. En effet, un libellé qui exclurait, directement ou indirectement, une forme ou un support en limitant le champ d'application de la Convention serait contraire à l'intention d'élaborer des règles véritablement neutres sur le plan technologique. Enfin, la neutralité technologique comprend également la "neutralité des supports": la Convention a pour but de faciliter les moyens de communication "sans papier" en fournissant des critères leur permettant de devenir l'équivalent des documents papier, mais elle ne vise pas à modifier les règles traditionnelles sur les communications papier ni à créer des règles matérielles séparées pour les communications électroniques.

6. Le souci de promouvoir la neutralité des supports soulève d'autres points importants. Dans le domaine des documents papier, il est impossible de garantir une sécurité absolue contre la fraude et les erreurs de transmission. Le même risque existe en principe pour les communications électroniques. Certes, la loi pourrait tenter de reproduire les mesures de sécurité rigoureuses utilisées dans la communication entre ordinateurs. Toutefois, il pourrait être plus indiqué de prévoir différents niveaux d'exigence semblables aux degrés de sécurité juridique existant dans le monde papier, et de respecter, par exemple, la gradation prévue pour la

¹ Pour le texte de la Loi type, voir résolution 51/162 de l'Assemblée générale du 16 décembre 1996, annexe. Le texte est également publié dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17)*, annexe I (également publié dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII:1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et le Guide pour son incorporation ont été publiés sous forme de brochure (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4) et sont disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf).

signature manuscrite suivant qu'il s'agit d'un contrat sous seing privé ou d'un acte notarié. D'où la notion souple de fiabilité "suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée" à l'article 9 (voir A/CN.9/608/Add.2, par. 33 à 37).

Équivalence fonctionnelle

7. La Convention se fonde sur l'admission du fait que les prescriptions légales exigeant l'utilisation d'une documentation papier traditionnelle constituent un obstacle majeur au développement des moyens de communication modernes. Une communication électronique ne saurait en soi être considérée comme l'équivalent d'un document papier parce qu'elle est d'une nature différente et ne remplit pas nécessairement toutes les fonctions imaginables d'un tel document. En effet, alors que les documents papier sont lisibles par l'œil humain, les communications électroniques ne le sont pas, sauf si elles sont imprimées sur du papier ou affichées sur écran. La Convention traite des obstacles éventuels à l'utilisation du commerce électronique que constituent les prescriptions de forme, nationales ou internationales, en élargissant la définition de termes comme "écrit", "signature" et "original" afin d'y inclure les techniques informatiques.

8. À cette fin, la Convention s'appuie sur "l'approche de l'équivalent fonctionnel" déjà utilisée par la CNUDCI dans sa Loi type sur le commerce électronique. Cette approche consiste à analyser les objectifs et les fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier afin de déterminer comment ces objectifs pourraient être atteints ou ces fonctions assurées avec les techniques du commerce électronique. La Convention ne cherche pas à définir un équivalent informatique pour un type particulier de document papier. Elle s'attache plutôt à isoler les fonctions essentielles de l'exigence d'un document papier afin de dégager des critères qui, s'ils sont remplis par des messages de données, permettent à ces derniers d'obtenir le même niveau de reconnaissance juridique que leurs équivalents papier remplissant la même fonction.

9. La Convention est destinée à permettre aux États d'adapter leur législation interne aux progrès des technologies de communication applicables au droit commercial, sans avoir à éliminer totalement l'exigence même de documents papier ni toucher aux concepts et principes juridiques fondant cette exigence.

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)
A/60/17, par. 160 à 163

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)
A/CN.9/571, par. 10

Groupe de travail IV, quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)
A/CN.9/548, par. 82

CHAPITRE PREMIER. SPHÈRE D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

- 1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents.**
- 2. 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 effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat.**
- 3. 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.**

1. Champ d'application matériel

10. L'objectif principal de la Convention est de faciliter le commerce international en écartant les obstacles ou l'insécurité juridiques éventuels concernant l'utilisation de communications électroniques dans la formation ou l'exécution des contrats conclus entre des parties situées dans des pays différents. Toutefois, la Convention ne s'intéresse pas aux questions de droit matériel liées à la formation des contrats ni aux droits et obligations des parties à un contrat conclu par des moyens électroniques. En règle générale, les contrats internationaux sont soumis au droit national, à l'exception des quelques catégories de contrats qui sont régis par un droit uniforme, tels que les contrats de vente relevant de la Convention des Nations Unies sur les ventes. En élaborant la Convention, la CNUDCI a donc tenu compte de la nécessité d'éviter de créer une dualité de régimes pour la formation des contrats: un régime uniforme, sous l'empire de la nouvelle Convention, pour les contrats électroniques et un régime différent, non harmonisé pour les contrats formés par d'autres moyens (A/CN.9/527, par. 76).

11. La CNUDCI a cependant reconnu qu'il n'était pas toujours possible, voire souhaitable, d'opérer une séparation stricte entre questions techniques et questions de fond dans le contexte du commerce électronique. Étant donné que la Convention est destinée à offrir des solutions pratiques aux problèmes liés à l'utilisation des moyens de communication électroniques pour la conclusion de contrats commerciaux, quelques règles de fond allant au-delà de la simple réaffirmation du principe de l'équivalence fonctionnelle étaient nécessaires (A/CN.9/527, par. 81). Parmi les dispositions qui font apparaître l'interaction entre les règles techniques et les règles de fond, on trouve les articles 6 (Lieu de situation des parties), 9 (Conditions de forme), 10 (Moment et lieu de l'expédition et de la réception de communications électroniques), 11 (Invitations à l'offre) et 14 (Erreur dans les communications électroniques). Toutefois, ces dispositions ne concernent, autant que possible, que des aspects particuliers de l'utilisation des communications électroniques, les questions de droit matériel étant laissées à d'autres régimes, tels que celui de la Convention des Nations Unies sur les ventes (A/CN.9/527, par. 77 et 102).

“en rapport avec la formation ou l’exécution d’un contrat”

12. La Convention s’applique à tout échange de communications électroniques en rapport avec la formation ou l’exécution d’un contrat. Elle est destinée à s’appliquer également aux communications échangées avant qu’un contrat ne soit conclu, voire avant que la négociation de ce contrat ait commencé (A/CN.9/548, par. 84). L’article 11, relatif aux invitations à l’offre, illustre ce cas de figure. Toutefois, la Convention ne se limite pas à la formation des contrats, étant donné que les communications électroniques sont utilisées pour l’exercice de divers droits nés du contrat (par exemple pour les avis de réception des marchandises, les avis de réclamation en cas d’inexécution ou les avis de résiliation) ou même pour l’exécution de celui-ci, comme dans le cas des transferts électroniques de fonds (A/CN.9/509, par. 35).

13. La Convention porte sur les relations entre les parties à un contrat existant ou envisagé. Elle n’est donc pas destinée à s’appliquer à l’échange de communications ou de notifications entre les parties à un contrat et des tiers, simplement parce que ces communications auraient un “rapport” avec un contrat régi par la Convention, lorsque les transactions effectuées entre ces parties ne relèvent pas elles-mêmes de la Convention. Si le droit interne exige, par exemple, qu’une notification soit adressée à une autorité publique concernant un contrat auquel la Convention s’applique (par exemple, en vue d’obtenir une licence d’exportation), la Convention ne régit pas la forme sous laquelle cette notification peut être faite (A/CN.9/548, par. 83).

14. Dans le cadre de la Convention, le mot “contrat” devrait être interprété de manière large comme visant toute forme d’accord juridiquement contraignant entre deux parties qui n’est pas, explicitement ou implicitement, exclu de la Convention, que le mot “contrat” soit ou non utilisé par la loi ou les parties pour faire référence à l’accord en question. La Convention s’applique donc à une convention d’arbitrage sous forme électronique, même si la Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)² (la “Convention de New York”) et la plupart des lois nationales n’utilisent pas le mot “contrat” pour désigner ces conventions (voir A/60/17, par. 23).

“parties” et “établissement”

15. Le terme “parties” tel qu’il est utilisé dans la Convention, désigne à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Toutefois, quelques dispositions de la Convention font spécifiquement référence aux “personnes physiques” (par exemple, l’article 14).

16. La Convention s’applique aux contrats internationaux indépendamment de leur nature et de leur qualification en droit interne. Toutefois, la mention de l’“établissement” à l’article premier fournit une indication générale de la nature commerciale des contrats auxquels la Convention est destinée à s’appliquer (voir, pour plus de détails, par. 27 à 31 ci-dessous).

² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

2. Champ d'application géographique

17. La Convention ne porte que sur les contrats internationaux pour ne pas empiéter sur le droit interne (A/CN.9/509, par. 31; A/CN.9/528, par. 33). Elle considère qu'un contrat est international si les parties ont leur établissement dans des États différents, sans exiger toutefois que ceux-ci soient tous deux des États parties du moment que la loi d'un État contractant s'applique aux opérations des parties (A/CN.9/571, par. 19).

18. La définition du champ d'application géographique de la Convention diffère donc de la règle générale posée à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui – pour les États qui ont exclu l'application de cette dernière en vertu des règles de droit international privé – rend celle-ci applicable uniquement si les deux parties sont situées dans des États contractants. La définition du champ d'application géographique de la Convention n'est cependant pas entièrement nouvelle et avait été utilisée, par exemple, à l'article premier de la Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, adoptée dans la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1964)³.

19. La Convention des Nations Unies sur les ventes exige que les deux pays concernés soient des États contractants pour permettre aux parties de déterminer facilement si elle régit ou non leur contrat, sans qu'elles aient à recourir aux règles de droit international privé pour vérifier quelle est la loi applicable. Le champ d'application géographique plus restreint qui pouvait résulter de cette option a été compensé par la sécurité juridique accrue que celle-ci offrait. La CNUDCI avait initialement envisagé pour la nouvelle Convention une règle semblable à celle établie au paragraphe 1 a) de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes pour que les deux textes soient cohérents (A/CN.9/509, par. 38). Toutefois, à mesure que les délibérations ont progressé et que les effets de la Convention se sont précisés, la nécessité d'un parallélisme entre cette dernière et la Convention des Nations Unies sur les ventes a été mise en doute car on a estimé que leurs champs d'application respectifs étaient en tout état de cause indépendants (A/CN.9/548, par. 89).

20. Deux raisons principales ont finalement conduit la CNUDCI à écarter l'exigence de double participation à la Convention. Tout d'abord, il a été estimé que l'application de la Convention serait facilitée et sa portée pratique considérablement augmentée si l'on disposait simplement qu'elle s'appliquerait aux contrats internationaux, c'est-à-dire aux contrats conclus entre des parties situées dans deux États différents, sans exiger en plus que ces deux États soient également parties à la Convention (A/CN.9/548, par. 87). Ensuite, la CNUDCI a considéré que, comme plusieurs dispositions de la Convention (par exemple, les articles 8 et 9) visent à faciliter l'application d'autres lois dans un environnement électronique, le fait d'exiger des deux parties qu'elles soient situées dans des États contractants, conduirait à la situation inacceptable où un tribunal dans un État contractant pourrait se voir contraint d'interpréter les dispositions de la législation nationale

³ Pour le texte de la Convention, voir l'*Acte final de la Conférence diplomatique sur l'unification du droit en matière de la vente internationale*, publié dans les *Actes et documents de la Conférence Diplomatique sur l'Unification du Droit en Matière de la Vente Internationale*, La Haye, 2 - 25 avril 1964, vol. I, Actes, p. 327 à 330 .

(concernant par exemple les exigences de forme) de différentes façons, selon que les deux parties à un contrat international se trouvaient ou non dans des États contractants (A/CN.9/548, par. 87; voir également A/CN.9/571, par. 17).

21. Les États contractants peuvent cependant réduire la portée de la Convention par des déclarations faites au titre de l'article 19, par exemple en déclarant qu'ils n'appliqueront la Convention qu'aux communications électroniques échangées entre des parties situées dans des États contractants (voir A/CN.9/608/Add.4, par. 27 à 37).

3. Relation avec le droit international privé

22. La CNUDCI a estimé que la Convention s'applique lorsque la loi applicable aux opérations entre les parties est celle d'un État contractant. L'application de cette loi à une opération doit être déterminée par les règles de droit international privé de l'État du for en l'absence de choix valable des parties (A/60/17, par. 20). En conséquence, si une partie saisit le tribunal d'un État non contractant, ce tribunal se reportera aux règles de droit international privé de son État et, si ces règles désignent la loi d'un État contractant, la Convention s'appliquera en tant qu'élément du droit matériel de cet État, bien que l'État du for n'y soit pas partie. Si une partie saisit le tribunal d'un État contractant, ce tribunal se reportera également à ses propres règles de droit international privé et, si ces règles désignent le droit matériel de ce même État ou de tout autre État partie à la Convention, cette dernière s'appliquera. Dans les deux cas, le tribunal devrait tenir compte des éventuelles déclarations faites au titre des articles 19 ou 20 par l'État contractant dont la loi s'applique.

23. La Convention contient des règles de droit privé applicables aux relations contractuelles. Aucune de ses dispositions ne crée d'obligation pour les États qui ne ratifient pas la Convention ou qui n'y adhèrent pas. Les tribunaux d'un État qui n'est pas partie à la Convention n'appliqueront les dispositions de cette dernière que si leurs propres règles de droit international privé désignent la loi d'un État contractant comme étant applicable, auquel cas la Convention s'appliquera en tant qu'élément du système juridique de cet État étranger. L'application d'un droit étranger est un résultat courant de tout système de droit international privé et a été acceptée de longue date par la plupart des pays. La Convention n'a rien apporté de nouveau à cette situation (A/60/17, par. 19).

4. Il n'est pas tenu compte de la nature internationale du contrat lorsqu'elle n'est pas manifeste

24. Le paragraphe 2 de l'article premier contient une règle semblable à celle du paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes. D'après cette disposition, la Convention ne s'applique pas à un contrat international s'il ne ressort ni du contrat, ni des transactions effectuées entre les parties que ces dernières sont situées dans deux États différents. En pareils cas, c'est la loi nationale et non la Convention qui s'applique. L'intégration de cette règle dans la Convention est destinée à protéger les attentes légitimes des parties qui, en l'absence d'indication contraire manifeste, supposent que leurs opérations sont soumises à leur loi nationale (A/CN.9/528, par. 45).

5. Le caractère “civil” ou “commercial”, de même que la nationalité des parties, sont sans importance

25. Comme pour la Convention des Nations Unies sur les ventes, l'application de la Convention ne dépend pas de la nature “civile” ou “commerciale” des parties. C'est pourquoi, afin de déterminer la portée de la Convention, il importe peu qu'une partie soit ou non un commerçant dans un système juridique particulier qui soumet les contrats commerciaux à des règles spéciales, différentes des règles générales du droit des contrats. La Convention évite les conflits entre les systèmes dits “dualistes”, qui distinguent entre le caractère civil et commercial des parties ou de l'opération, et les systèmes “monistes”, qui ne font pas cette distinction.

26. La nationalité des parties n'est pas non plus prise en compte. La Convention s'applique donc aux nationaux des États non contractants qui ont leur établissement dans un État contractant, voire dans un État non contractant, du moment que la loi applicable au contrat est celle d'un État contractant. Dans certaines circonstances, un contrat entre deux nationaux du même État peut aussi être régi par la Convention, par exemple lorsque l'une des parties a son établissement ou sa résidence habituelle dans un pays différent et que ce fait était connu de l'autre partie.

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)

A/60/17, par. 16 à 24

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)

A/CN.9/571, par. 14 à 27

Groupe de travail IV, quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)

A/CN.9/548, par. 71 à 97

Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)

A/CN.9/528, par. 32 à 48

Groupe de travail IV, quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)

A/CN.9/527, par. 73 à 81

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

A/CN.9/509, par. 28 à 40

Article 2. Exclusions

1. La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) i) Opérations sur un marché boursier réglementé; ii) opérations de change; iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers;

iv) transfert de sûretés portant sur des valeurs mobilières ou sur d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires, ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments.

2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent.

1. Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques

27. De même que d'autres instruments précédemment élaborés par la CNUDCI, la Convention ne s'applique pas aux contrats conclus "à des fins personnelles, familiales ou domestiques".

Raison de l'exclusion

28. La CNUDCI est convenue, dans son ensemble, de l'importance d'exclure les contrats négociés à des fins personnelles, familiales ou domestiques étant donné qu'un certain nombre de règles de la Convention ne pourraient leur être appliquées.

29. Par exemple, une règle comme celle du paragraphe 2 de l'article 10 où une communication électronique est présumée reçue à partir du moment où elle peut être relevée par le destinataire, pourrait être inappropriée dans le contexte des opérations de consommateurs, car on ne pourrait attendre de ces derniers qu'ils consultent leur courrier électronique régulièrement ni qu'ils soient capables de faire facilement une distinction entre des messages commerciaux légitimes et des courriers électroniques non sollicités ("spam"). On a considéré qu'il ne faudrait pas imposer aux particuliers agissant à des fins personnelles, familiales ou domestiques les mêmes normes de diligence qu'aux personnes morales ou physiques exerçant des activités commerciales (A/CN.9/548, par. 101).

30. Un autre exemple de tension possible est le traitement des erreurs et de leurs conséquences dans la Convention, qui est loin d'atteindre le niveau de détail que l'on trouverait généralement dans les règles de protection des consommateurs. De même, ces règles obligent généralement les vendeurs à mettre à la disposition des consommateurs les clauses du contrat d'une manière accessible et d'indiquer les conditions dans lesquelles l'exécution des conditions contractuelles types peut être exigée d'un consommateur et quand un consommateur pourrait être présumé avoir exprimé son consentement aux conditions incorporées par référence dans le contrat. Aucune de ces questions n'est traitée dans la Convention d'une manière qui offrirait le degré de protection dont bénéficient les consommateurs dans plusieurs systèmes juridiques (A/CN.9/548, par.102).

Une exclusion qui ne se limite pas aux contrats de consommation

31. Dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, les mots "pour un usage personnel, familial ou domestique" sont généralement compris comme faisant référence aux contrats de consommation. En revanche, dans la Convention, qui ne se limite pas aux communications électroniques concernant des opérations d'achat, les mots de l'alinéa a) du paragraphe 1 ont un sens plus large et couvriraient, par

exemple, les communications en rapport avec des contrats régis par le droit de la famille et le droit des successions, comme les contrats de mariage, dans la mesure où ils sont conclus “à des fins personnelles, familiales ou domestiques” (A/60/17, par. 29).

Nature absolue de l'exclusion

32. À la différence de l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, la Convention prévoit une exclusion absolue des contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques, si bien qu'elle ne s'applique pas à ce type de contrats même si l'autre partie ne sait que le contrat a été conclu à ces fins.

33. Aux termes de 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”. Cette exception vise à accroître la sécurité juridique. Sans elle, l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes dépendrait entièrement de la possibilité qu'aurait le vendeur de déterminer l'usage auquel l'acheteur destine les marchandises. Ainsi, le fait qu'un contrat de vente a été conclu à des fins personnelles, familiales ou domestiques ne peut être opposé au vendeur, pour exclure l'applicabilité de la Convention sur les ventes, si celui-ci ne savait pas ou n'était pas censé savoir (par exemple en raison du nombre ou de la nature des articles achetés) que les marchandises étaient destinées à un tel usage. Les rédacteurs de la Convention des Nations Unies sur les ventes avaient estimé qu'il pourrait y avoir des cas où la Convention s'appliquerait à un contrat de vente en dépit du fait que celui-ci avait été conclu avec un consommateur, par exemple. La sécurité juridique offerte par cette disposition semblait l'avoir emporté sur le risque de voir la Convention sur les ventes s'appliquer à des opérations que l'on souhaitait exclure de son champ d'application. On a fait observer en outre que, comme le secrétariat l'avait indiqué dans le commentaire de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises qu'il avait alors établi (A/CONF.97/5)⁴, l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes était fondé sur l'hypothèse que les opérations de consommateurs n'étaient des opérations internationales que dans “des cas relativement rares” (A/CN.9/527, par. 86).

34. La CNUDCI a toutefois estimé que, dans le cas de la Convention, le libellé de l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes pourrait poser un problème, car la facilité d'accès offerte par les systèmes de communication ouverts, comme Internet, qui n'étaient pas disponibles à l'époque où la Convention sur les ventes a été élaborée, augmentait considérablement la probabilité que des consommateurs achètent des marchandises à des vendeurs établis à l'étranger (A/CN.9/527, par. 87). Ayant admis que certaines règles de la Convention pouvaient être inadaptées dans le contexte des opérations de consommateurs, la CNUDCI est

⁴ *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), p. 17.

convenue d'exclure complètement les consommateurs de son champ d'application (A/CN.9/548, par. 101 et 102).

2. Opérations financières particulières

35. L'alinéa b) du paragraphe 1 énumère un certain nombre d'opérations qui sont exclues du champ d'application de la Convention. Celles-ci sont essentiellement liées à certains marchés de services financiers soumis à des règles de caractère réglementaire et non réglementaire bien définies qui traitent déjà des questions de commerce électronique d'une façon qui leur permet de fonctionner efficacement au niveau mondial. En raison de la nature intrinsèquement transfrontière de ces marchés, la CNUDCI a estimé que cette exclusion ne devrait pas être reléguée à des déclarations faites par les pays conformément à l'article 19 (A/CN.9/527, par. 95; A/CN.9/528, par. 61; A/CN.9/548, par. 109; et A/CN.9/571, par. 61).

36. Il convient de noter que cette disposition n'envisage pas d'exclure d'une manière générale les services financiers en tant que tels mais des opérations particulières telles que les systèmes de paiement, les instruments négociables, les produits dérivés, les échanges financiers ("swap"), les conventions de rachat, les marchés des devises, des valeurs mobilières et des obligations et, éventuellement, les activités générales des banques dans le domaine de l'approvisionnement et les activités de prêt. Le critère d'exclusion appliqué à l'alinéa b) n'est pas le type d'actif faisant l'objet de l'opération mais le mode de règlement utilisé. En outre, ne sont pas exclues toutes les opérations réglementées, mais uniquement les opérations effectuées sur un marché boursier réglementé (par exemple marché des valeurs mobilières, des marchandises, des devises, des métaux précieux). De ce fait, l'utilisation de communications électroniques dans les opérations sur des valeurs mobilières, des marchandises, des devises ou des métaux précieux effectuées en dehors d'un marché réglementé n'est pas nécessairement exclue simplement parce qu'elle est liée à des opérations sur des valeurs mobilières (par exemple, un courriel envoyé par un investisseur à son courtier donnant pour instruction à ce dernier de vendre ou d'acheter des valeurs).

3. Instruments négociables, titres représentatifs et documents similaires

37. Le paragraphe 2 exclut les instruments négociables et documents similaires car les conséquences éventuelles de la reproduction non autorisée de titres représentatifs et d'instruments négociables – et, de manière générale, de tout instrument transférable donnant au porteur ou au bénéficiaire le droit de demander la remise de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent – rendent nécessaire l'élaboration de mécanismes pour garantir l'unicité de ces instruments.

38. Le traitement des questions soulevées par les instruments négociables et documents similaires, en particulier la nécessité de garantir leur unicité, ne se limite pas à assurer simplement l'équivalence entre la forme papier et la forme électronique, ce qui est l'objectif principal de la Convention et justifie l'exclusion prévue au paragraphe 2 de cet article. La CNUDCI a estimé que, pour régler ce problème, il fallait recourir à une combinaison de solutions juridiques, technologiques et commerciales, qui n'étaient pas encore entièrement au point et éprouvées (voir A/CN.9/571, par. 136; voir également A/60/17, par. 27).

4. Exclusions particulières

39. Lors de l'élaboration de la Convention, il a été proposé d'ajouter un certain nombre d'autres opérations à la liste des matières exclues par l'article 2, telles que les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location, les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique, les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leurs activités professionnelles et commerciales; et les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions (A/CN.9/548, par. 110).

40. L'avis qui a prévalu au sein de la CNUDCI était de ne pas insérer les exclusions proposées. Certaines matières seraient automatiquement exclues par le jeu du paragraphe 1 de l'article premier ou de l'alinéa a) de l'article 2. D'autres, qui étaient considérées comme rattachées à un territoire particulier, seraient mieux traitées au niveau national. La CNUDCI a pris note du fait que certains États admettaient déjà l'utilisation de communications électroniques en rapport avec certaines, voire la totalité, des matières visées dans les exclusions proposées. Il a été estimé que l'adoption d'une longue liste d'exclusions aurait pour effet d'imposer aussi ces exclusions aux États qui ne voyaient aucune raison d'empêcher les parties aux opérations mentionnées d'utiliser des communications électroniques (A/CN.9/571, par. 63), ce qui ne permettrait pas d'adapter la loi à l'évolution technologique (A/CN.9/571, par. 65). Toutefois, les États qui estiment que les communications électroniques ne devraient pas être autorisées dans des cas particuliers ont toujours la possibilité de les exclure individuellement en faisant des déclarations en vertu de l'article 19.

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)
A/60/17, par. 25 à 30

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)
A/CN.9/571, par. 59 à 69; voir également par. 136

Groupe de travail IV, quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)
A/CN.9/548, par. 98 à 111; voir également par. 112 à 118

Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)
A/CN.9/528, par. 49 à 64, voir également par. 65 à 69 (relatifs à un projet d'article connexe supprimé depuis)

Groupe de travail IV, quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)
A/CN.9/527, par. 82 à 98, voir également par. 99 à 104 (relatifs à un projet d'article connexe supprimé depuis)

Article 3. 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.

1. Étendue du pouvoir de dérogation

41. En élaborant la Convention, la CNUDCI a été attentive au fait que, dans la pratique, les difficultés juridiques que soulève l'utilisation des moyens modernes de communication sont généralement réglées par voie contractuelle. La Convention reflète la position de la CNUDCI selon laquelle l'autonomie des parties est vitale dans les négociations contractuelles et devrait être largement reconnue par ses dispositions (A/60/17, par. 33).

42. Dans le même temps, il a été généralement admis que cette autonomie ne va pas jusqu'à écarter les conditions légales qui, par exemple, imposent l'utilisation de méthodes spécifiques d'authentification dans un contexte particulier. Cet aspect est particulièrement important au regard de l'article 9 de la Convention, qui fournit des critères en vertu desquels les communications électroniques et leurs composantes (par exemple, les signatures) peuvent remplir des conditions de forme, qui ont normalement un caractère impératif puisqu'elles émanent de décisions d'ordre public. L'autonomie des parties ne permet pas à ces dernières d'apporter des tempéraments aux exigences légales (par exemple, sur la signature) au profit de méthodes d'authentification moins fiables que la signature électronique, laquelle est la norme minimale reconnue par la Convention (A/CN.9/527, par. 108; voir également A/CN.9/571, par. 76).

43. Néanmoins, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 8, la Convention n'oblige pas les parties à accepter les communications électroniques si elles ne le souhaitent pas, ce qui signifie également, par exemple, qu'elles peuvent choisir de ne pas accepter les signatures électroniques (A/CN.9/527, par. 108).

44. Dans la Convention, l'autonomie des parties s'applique uniquement aux dispositions qui créent des droits et des obligations pour les parties, et non à celles qui s'adressent aux États contractants (A/CN.9/571, par. 75).

2. Forme de la dérogation

45. L'article 3 a pour vocation de s'appliquer non seulement dans les rapports entre l'expéditeur et le destinataire des messages de données, mais aussi dans les rapports faisant intervenir des intermédiaires. Ainsi, il peut être dérogé aux dispositions de la Convention soit par convention bilatérale ou multilatérale entre les parties soit par des "règles de système" convenues par elles.

46. La CNUDCI a estimé que les dérogations à la Convention ne doivent pas nécessairement être explicites, mais pourraient également être implicites, par exemple dès lors que les parties conviennent de clauses contractuelles qui diffèrent des dispositions de la Convention (A/60/17, par. 32; voir également A/CN.9/548, par. 123).

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)
A/60/17, par. 31 à 34

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)
A/CN.9/571, par. 70 à 77

Groupe de travail IV, quarante-troisième session (New York, 15-19 mars 2004)
A/CN.9/548, par. 119 à 124

Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)
A/CN.9/528, par. 70 à 75

Groupe de travail IV, quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)
A/CN.9/527, par. 105 à 110

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 4. Définitions

Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme “communication” désigne toute mention, déclaration, mise en demeure, notification ou demande, y compris une offre et l’acceptation d’une offre, que les parties sont tenues d’effectuer ou choisissent d’effectuer en relation avec la formation ou l’exécution d’un contrat;

b) Le terme “communication électronique” désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données;

c) Le terme “message de données” désigne l’information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie;

d) Le terme “expéditeur” d’une communication électronique désigne la partie par laquelle, ou au nom de laquelle, la communication électronique a été envoyée ou créée avant d’avoir été éventuellement conservée, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

e) Le terme “destinataire” d’une communication électronique désigne la partie à qui l’expéditeur a l’intention d’adresser la communication électronique, mais non la partie qui agit en tant qu’intermédiaire pour cette communication;

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 “système de messagerie automatisé” désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou pour répondre en tout ou en partie à des messages de données ou à des opérations, sans intervention ou contrôle d’une personne physique à chaque action entreprise ou réponse produite;

h) Le terme “établissement” désigne tout lieu où une partie dispose d’une installation non transitoire pour mener une activité économique, autre que la fourniture temporaire de biens ou de services, et à partir d’un lieu déterminé.

47. La plupart des définitions contenues dans l’article 4 sont fondées sur les définitions utilisées dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

“Communication”

48. La définition du terme “communication” vise à indiquer clairement que la Convention s’applique à une gamme étendue d’échanges d’informations entre les parties à un contrat, que ce soit à l’étape des négociations, ou encore durant ou après l’exécution du contrat.

“Communication électronique” et “message de données”

49. La définition de la “communication électronique” crée un lien entre les fins auxquelles les communications électroniques peuvent être utilisées et la notion de “messages de données”, qui apparaissait déjà dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qui a été conservée compte tenu du large éventail de techniques, autres que celles purement “électroniques”, qu’elle englobe (A/CN.9/571, par. 80).

50. La définition du terme “message de données” a pour objectif d’englober tous les types de messages créés, conservés ou envoyés essentiellement sans support papier. À cette fin, tous les moyens de communication et de conservation de l’information pouvant être utilisés pour des fonctions parallèles à celles qui sont assurées grâce aux moyens énumérés dans la définition sont censés être englobés dans la référence aux “moyens analogues”, bien que les moyens de communication “électroniques” et “optiques”, par exemple, ne soient probablement pas, à strictement parler, analogues. Aux fins de la Convention, le mot “analogue” signifie “équivalent du point de vue fonctionnel”. La référence aux “moyens analogues” indique que la Convention n’a pas été conçue uniquement pour être applicable dans le contexte des techniques de communication actuelles, mais aussi pour tenir compte des progrès techniques prévisibles.

51. Les exemples cités dans la définition du terme “message de données” montrent bien que celle-ci englobe non seulement la messagerie électronique, mais aussi d’autres techniques qui peuvent encore être utilisées dans la chaîne des communications électroniques, même si certaines (comme le télex ou la télécopie) ne sont pas vraiment nouvelles (A/CN.9/571, par. 81). La référence à l’“échange de données informatisées (EDI)” a été conservée dans la définition, uniquement comme exemple, au vu de l’usage très répandu des messages EDI dans les communications électroniques entre ordinateurs. D’après la définition de l’EDI adoptée par le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique pour l’Europe, organisme des Nations Unies chargé d’élaborer les normes techniques EDIFACT/ONU, ce terme désigne la transmission électronique d’ordinateur à ordinateur d’informations, lesquelles sont structurées au moyen d’une norme agréée.

52. La définition du terme “message de données” porte sur l’information elle-même plutôt que sur la forme de sa transmission. Aux fins de la Convention, il

importe donc peu que les messages de données soient communiqués électroniquement d'ordinateur à ordinateur ou qu'ils le soient sans recours à des systèmes de télécommunication, par exemple au moyen de disques magnétiques remis au destinataire par messenger.

53. La notion de "message de données" ne se limite pas aux données communiquées mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées. Ainsi, la notion de "message" comprend celle d'"enregistrement". En dernier lieu, la définition du "message de données" vise également les cas de révocation ou de modification. Un message de données est présumé contenir des informations fixes, mais il peut être révoqué ou modifié par un autre message de données.

"Expéditeur" et "destinataire"

54. Dans la Convention, la notion de "partie" désigne les sujets de droits et d'obligations et devrait être interprétée comme englobant à la fois les personnes physiques et les sociétés ou autres personnes morales. Lorsque seules les "personnes physiques" sont visées, la Convention utilise expressément ce terme.

55. La définition du terme "expéditeur" devrait englober non seulement le cas où des informations sont créées et communiquées mais aussi celui où ces informations sont créées et conservées sans être communiquées. Toutefois, cette définition vise à empêcher que le récepteur d'un message de données qui ne fait que conserver ce dernier soit considéré comme un expéditeur.

56. Le "destinataire" au sens de la Convention est la personne avec laquelle l'expéditeur a l'intention de communiquer en envoyant la communication électronique, par opposition à toute personne qui pourrait la recevoir, la transmettre ou la copier au cours de sa transmission. L'"expéditeur" est la personne qui a créé la communication électronique, même si ce message a été transmis par une autre personne. La définition de "destinataire" se distingue de celle d'"expéditeur", qui n'est pas axée sur l'intention. Il convient de noter que tels qu'ils sont définis dans la Convention, l'"expéditeur" et le "destinataire" d'une communication électronique peuvent être la même personne, par exemple dans le cas où la communication était destinée à être archivée par son auteur. Toutefois, la définition d'"expéditeur" ne s'applique pas au destinataire qui archive une communication électronique envoyée par un expéditeur.

57. La Convention est axée sur la relation entre l'expéditeur et le destinataire, et non sur la relation entre l'expéditeur ou le destinataire et un intermédiaire. Le fait qu'elle ne fasse pas expressément mention des intermédiaires (tels que les serveurs ou les hébergeurs de sites Web) ne signifie pas qu'elle ignore le rôle qu'ils jouent dans la réception, la transmission ou la conservation de messages de données au nom d'autres personnes ou dans la prestation d'autres "services à valeur ajoutée", par exemple lorsque les opérateurs de réseau et d'autres intermédiaires formatent, traduisent, enregistrent, authentifient, certifient ou conservent des communications électroniques, ou fournissent des services de sécurité pour des opérations électroniques. Toutefois, comme la Convention n'a pas été conçue comme instrument réglementant le commerce électronique, elle ne traite pas des droits et obligations des intermédiaires.

“Système d’information”

58. La définition du terme “système d’information” est destinée à couvrir toute la gamme des moyens techniques utilisés pour la transmission, la réception et la conservation d’informations. Ainsi, en fonction de la situation de fait, la notion de “système d’information” pourrait désigner un réseau de communication et, dans d’autres cas, pourrait inclure une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur.

59. Il importe peu, aux fins de la Convention, que le système d’information se trouve dans les locaux du destinataire ou ailleurs, l’emplacement des systèmes d’information n’entrant pas en ligne de compte ici.

“Système de messagerie automatisé”

60. La notion de “système de messagerie automatisé” désigne essentiellement un système permettant de négocier et de conclure automatiquement des contrats sans qu’une personne intervienne, au moins à l’une des extrémités de la chaîne de négociation. Elle se distingue de celle de “système d’information” car son utilisation principale est de faciliter les échanges menant à la formation de contrats. Un système de messagerie automatisé peut faire partie d’un système d’information, mais cela n’est pas obligatoirement le cas (A/CN.9/527, par. 113).

61. L’élément déterminant de cette définition est l’absence d’intervention humaine d’un côté, ou des deux côtés, de l’opération. Par exemple, si une partie commande des biens sur un site Web, l’opération sera automatisée car le vendeur aura pris et confirmé la commande par sa machine. De même, si une usine et son fournisseur font des affaires au moyen d’un échange de données informatisées, l’ordinateur de l’usine, lorsqu’il reçoit l’information avec certains paramètres préprogrammés, enverra une commande électronique à l’ordinateur du fournisseur. Si ce dernier ordinateur confirme la commande et procède à l’envoi parce que la commande répond à certains de ses paramètres préprogrammés, il s’agira d’une opération entièrement automatisée. Si, au contraire, le fournisseur confie à un employé l’examen, l’acceptation et le traitement de la commande émanant de l’usine, alors seule la partie “usine” de l’opération sera automatisée. Dans les deux cas, la définition englobe l’ensemble de l’opération.

“Établissement”

62. La définition de l’“établissement” reprend les éléments essentiels de 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 (A/CN.9/527, par. 120). Cette définition a été insérée pour faciliter l’application des articles premier et 6 de la Convention et ne doit pas avoir d’incidence sur d’autres règles de droit matériel relatives aux établissements (A/60/17, par. 37 et 90).

63. L’expression “non transitoire” qualifie le mot “installation”, alors que les mots “autre que la fourniture temporaire de biens ou de services” se rapportent à la nature de l’“activité économique” (A/CN.9/571, par. 87).

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)

A/60/17, par. 35 à 37

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)

A/CN.9/571, par. 78 à 89

Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)

A/CN.9/528, par. 76 et 77

Groupe de travail IV, quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)

A/CN.9/527, par. 111 à 122

Article 5. Interprétation

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 qui ne sont pas expressément tranchées par elle 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.

64. L'article reprend des principes qui figurent dans la plupart des textes de la CNUDCI et son libellé est semblable à celui de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il a pour objet de faciliter l'interprétation uniforme des dispositions des instruments uniformes sur le droit commercial. Il suit une pratique dans les conventions de droit privé qui consiste à inclure des règles d'interprétation autonomes, sans lesquelles le lecteur s'en remettrait aux règles générales de droit international public relatives à l'interprétation des traités qui peuvent ne pas convenir entièrement pour l'interprétation de dispositions de droit privé (A/CN.9/527, par. 124).

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)

A/60/17, par. 38 et 39

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)

A/CN.9/571, par. 90 et 91

Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)

A/CN.9/528, par. 78 à 80

Groupe de travail IV, quarantième session (Vienne, 14-18 octobre 2002)

A/CN.9/527, par. 123 à 126

Article 6. Lieu de situation des parties

1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu qu'elle a indiqué, sauf si une autre partie démontre que la partie ayant donné cette indication n'a pas d'établissement dans ce lieu.
2. Dans le cas où une partie n'a pas indiqué d'établissement et 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, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles avant ou au moment de la conclusion du contrat.
3. Si une personne physique n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.
4. Un lieu ne constitue pas un établissement du seul fait qu'il s'agit de l'endroit: a) où se trouvent le matériel et la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une partie en relation avec la formation d'un contrat; ou b) où d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information.
5. Le seul fait qu'une partie utilise un nom de domaine ou une adresse électronique associés à un pays particulier ne constitue pas une présomption que son établissement est situé dans ce pays.

1. Objet de l'article

65. L'article a pour objet de proposer des éléments qui permettent aux parties de vérifier où se trouve l'établissement de leurs partenaires, facilitant ainsi la détermination, notamment, du caractère international ou national d'une opération et du lieu de formation du contrat. Aussi est-il l'une des dispositions centrales de la Convention.

66. La difficulté de déterminer le lieu de situation d'une partie à une opération en ligne constitue actuellement une source d'insécurité juridique considérable. Bien que cette difficulté ait toujours existé, elle a atteint un degré sans précédent du fait de la portée mondiale du commerce électronique. Cette insécurité pourrait avoir d'importantes conséquences juridiques étant donné que le lieu de situation des parties est déterminant, notamment pour ce qui est de la juridiction compétente, de la loi applicable et de l'exécution. Par conséquent, la CNUDCI dans son ensemble a admis la nécessité de dispositions aidant les parties à déterminer où se trouve l'établissement des personnes physiques ou morales avec lesquelles elles ont des relations commerciales (A/CN.9/509, par. 44).

2. Nature de la présomption du lieu de situation

67. Au début de ses délibérations, la CNUDCI avait envisagé la possibilité d'obliger les parties à indiquer leur établissement ou à fournir d'autres informations. Toutefois, il a finalement été convenu que l'inclusion d'une telle obligation n'avait pas sa place dans un instrument de droit commercial compte tenu de la difficulté d'énoncer les conséquences du non-respect d'une telle obligation (A/60/17, par. 43).

68. En conséquence, le texte actuel de l'article crée simplement une présomption en faveur de l'établissement indiqué par une partie et énonce les conditions dans lesquelles cette indication peut être réfutée ainsi que des dispositions supplétives s'appliquant à défaut d'indication. L'article n'a pas pour objet de permettre aux parties de créer des établissements fictifs qui ne satisfont pas aux exigences de l'alinéa h) de l'article 4 (A/60/17, par. 41). Cette présomption n'est donc pas absolue et la Convention ne valide pas l'indication donnée par une partie concernant son établissement si cette indication est inexacte ou mensongère (A/CN.9/509, par. 47).

69. La présomption réfragable qu'établit le paragraphe 1 en ce qui concerne le lieu de situation, sert des objectifs pratiques importants et n'entend pas s'écarter de la notion d'"établissement" telle qu'elle est utilisée dans le contexte des opérations non électroniques. Par exemple, dans le cas de ventes sur Internet, un fournisseur disposant de plusieurs entrepôts à différents endroits à partir desquels différentes marchandises peuvent être expédiées pour exécuter une seule commande passée par des moyens électroniques pourrait juger nécessaire d'indiquer qu'un de ces endroits constitue son établissement aux fins d'un contrat donné. Le texte actuel reconnaît cette possibilité, la conséquence étant qu'une telle indication ne pourrait être contestée que si le fournisseur n'a pas d'établissement à l'endroit ainsi indiqué. Faute d'une telle possibilité, les parties pourraient être obligées de rechercher, pour chaque contrat, quel est, parmi les divers établissements du fournisseur, celui qui présente le lien le plus étroit avec le contrat considéré, afin de déterminer quel est l'établissement à prendre en considération en l'espèce (A/CN.9/571, par. 98). Si une partie n'a qu'un établissement et n'a pas donné d'indication, elle sera réputée se trouver au lieu qui correspond à la définition du terme "établissement" qui figure à l'alinéa h) de l'article 4.

3. Multiplicité d'établissements

70. Le paragraphe 2 est fondé sur l'alinéa a) de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Toutefois, contrairement à cette disposition, qui se réfère à un établissement "qui a la relation la plus étroite avec le contrat considéré et son exécution", le paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention ne mentionne que la relation la plus étroite avec le contrat. Dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes, la référence à la fois au contrat et à son exécution a été un facteur d'insécurité étant donné qu'il peut arriver qu'un établissement donné de l'une des parties ait une relation plus étroite avec le contrat et qu'un autre établissement de cette partie ait une relation plus étroite avec son exécution. Une telle situation n'est pas rare dans le cas des contrats conclus par de grandes sociétés multinationales et pourrait devenir encore plus fréquente du fait de la tendance actuelle à la décentralisation croissante des activités commerciales (A/CN.9/509, par. 51; voir également A/CN.9/571, par. 101). Il a été estimé que ce libellé légèrement différent de celui de la Convention des Nations Unies sur les ventes ne créerait pas une dualité de régimes indésirable, étant donné la portée limitée de la Convention (A/CN.9/571, par. 101).

71. Le paragraphe 2 s'appliquerait à défaut d'indication valable d'un établissement. La règle supplétive prévue ici s'applique non seulement si une partie n'a pas indiqué d'établissement mais également lorsque l'indication a été réfutée conformément au paragraphe 1 (A/60/17, par. 46).

4. Établissement des personnes physiques

72. Ce paragraphe ne concerne pas les personnes morales étant donné qu'il est généralement entendu que seules les personnes physiques peuvent avoir une "résidence habituelle".

5. Intérêt limité des technologies et du matériel de communication pour déterminer l'établissement

73. La CNUDCI a soigneusement évité d'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 traditionnels (A/CN.9/484, par. 103).

74. La Convention se montre donc prudente en ce qui concerne les renseignements annexes associés aux messages électroniques, tels que les adresses IP, les noms de domaine ou l'implantation géographique de systèmes d'information qui, malgré leur apparente objectivité, ne sont guère voire pas du tout utiles pour déterminer le lieu de situation physique des parties. Le paragraphe 4 exprime cette idée en disposant que le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information ou les lieux à partir desquels d'autres parties peuvent accéder à ce système d'information ne constituent pas en soi un établissement. Cela dit, aucune disposition de la Convention n'empêche un tribunal ou un arbitre de prendre en considération le cas échéant, comme élément possible parmi d'autres pour déterminer le lieu de situation d'une partie, le nom de domaine qui lui a été attribué (A/CN.9/571, par. 113).

75. La CNUDCI a reconnu qu'il pourrait y avoir des personnes morales, par exemple des "sociétés virtuelles", dont l'établissement ne remplirait peut-être pas toutes les conditions de la définition donnée à ce terme à l'alinéa h) de l'article 4. Il a également été noté que certains secteurs commerciaux avaient de plus en plus tendance à considérer leur technologie et leur matériel comme des actifs importants. Toutefois, il a été estimé qu'il serait difficile d'élaborer des critères universellement acceptables pour une règle supplétive concernant le lieu de situation afin de prendre en considération ces cas, étant donné les diverses options envisageables (par exemple le lieu d'incorporation, le siège principal, etc.), le lieu de situation du matériel et de la technologie n'étant qu'un facteur parmi d'autres et pas nécessairement le plus important. En tout état de cause, si une entité n'a pas d'établissement, la Convention ne s'appliquera pas à ses communications en vertu de l'article premier, qui suppose l'existence d'opérations entre parties ayant leur établissement dans différents États (A/CN.9/571, par. 103).

76. Le paragraphe 5 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. Par conséquent, le lien apparent entre un nom de domaine et un pays est souvent insuffisant pour conclure qu'il existe un lien véritable et permanent entre l'utilisateur de ce nom de domaine et ce pays. Les normes appliquées et les procédures suivies au niveau national pour l'attribution des noms de domaine étant différentes, elles ne conviennent pas pour établir une présomption, et le manque de transparence des procédures d'attribution dans certains pays permet difficilement de déterminer le niveau de fiabilité de chaque procédure nationale (A/CN.9/571, par. 112).

77. La CNUDCI a cependant reconnu que, dans certains pays, un nom de domaine n'est attribué à une personne qu'après vérification de l'exactitude des informations que celle-ci a fournies et notamment de sa présence dans le pays auquel le nom de domaine demandé est rattaché. Dans le cas de ces pays, il pourrait être justifié de se fier, au moins en partie, aux noms de domaine aux fins de l'article 6 (A/CN.9/509, par. 58; voir également A/CN.9/571, par. 111). C'est pourquoi le paragraphe 5 empêche seulement un tribunal ou un arbitre de déduire le lieu de situation d'une partie du seul fait que cette partie utilise un nom de domaine ou une adresse donnés. Rien dans le paragraphe n'empêche un tribunal ou un arbitre de prendre en considération le cas échéant, comme élément possible parmi d'autres pour déterminer le lieu de situation d'une partie, le nom de domaine qui lui a été attribué (A/CN.9/571, par. 113).

78. Le libellé du paragraphe 5 est restrictif puisque la disposition porte sur certaines technologies existantes pour lesquelles la CNUDCI a estimé qu'elles ne constituaient pas à elles seules un critère de rattachement suffisamment fiable pour que l'on puisse présumer le lieu de situation d'une partie. Il aurait cependant été inopportun de la part de la CNUDCI d'exclure la possibilité que des technologies nouvelles n'ayant pas encore vu le jour permettent à juste titre de présumer qu'une partie se trouve certainement dans un pays avec lequel la technologie utilisée aurait un lien (A/60/17, par. 47).

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)
A/60/17, par. 40 à 47

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)
A/CN.9/571, par. 92 à 114

Groupe de travail IV, quarante et unième session (New York, 5-9 mai 2003)
A/CN.9/528, par. 81 à 93

Groupe de travail IV, trente-neuvième session (New York, 11-15 mars 2002)
A/CN.9/509, par. 41 à 59

Article 7. Obligations d'information

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit obligeant les parties à communiquer leur identité, leur établissement ou toute autre information, ni n'exonère une partie des conséquences juridiques auxquelles elle s'exposerait en faisant des déclarations inexactes, incomplètes ou fausses à cet égard.

1. Obligations d'information dans le commerce électronique

79. L'article 7 rappelle aux parties qu'elles doivent respecter les obligations d'information que peut leur imposer la loi nationale. La CNUDCI a examiné de manière approfondie différentes propositions qui visaient à obliger les parties à indiquer notamment leur établissement (A/CN.9/484, par. 103; A/CN.9/509, par. 60 à 65). Elle a été attentive aux bénéfices éventuels en matière de sécurité juridique, de transparence et de confiance dans le commerce électronique qui pourraient

résulter de la promotion de bonnes normes commerciales, telles que l'obligation de fournir certaines informations fondamentales (A/CN.9/546, par. 91).

80. Toutefois, le consensus qui s'est finalement dégagé était qu'il serait préférable de traiter la question sous un angle différent, à savoir au moyen d'une disposition qui reconnaît l'existence possible d'obligations d'information dans les règles de droit matériel régissant le contrat et qui rappelle aux parties qu'elles doivent se conformer à ces obligations (A/60/17, par. 49).

81. La CNUDCI a reconnu que des partenaires commerciaux agissant de bonne foi étaient normalement censés fournir des informations exactes et véridiques concernant le lieu où se trouve leur établissement. La question des conséquences juridiques de la communication par les parties de renseignements faux ou inexacts relève moins de la formation des contrats que du droit pénal ou de la responsabilité délictuelle. Étant donné que ces questions sont traitées dans la plupart des systèmes juridiques, elles seraient régies par la loi applicable en dehors de la Convention (A/CN.9/509, par. 48).

82. Il a également été estimé que l'obligation de communiquer certaines informations aurait davantage sa place dans des normes ou principes directeurs sectoriels internationaux que dans une convention internationale traitant des contrats électroniques. Une obligation de cet ordre pourrait aussi figurer dans la réglementation interne régissant la fourniture de services en ligne, en particulier dans la réglementation visant à protéger le consommateur. L'insertion d'une obligation d'information dans la Convention a été jugée particulièrement problématique car la Convention ne pouvait pas indiquer les conséquences que pourrait avoir tout manquement d'une partie à cette obligation. D'un côté, le fait qu'un tel manquement entraîne l'invalidité ou l'inopposabilité de contrats commerciaux a été considéré comme une solution indésirable empiétant sur le droit interne d'une façon inacceptable. D'un autre côté, l'instauration d'autres types de sanctions, comme une responsabilité extracontractuelle ou des sanctions administratives, aurait clairement débordé le cadre de la Convention (A/CN.9/509, par. 63; voir également A/CN.9/546, par. 92 et 93).

83. Une autre raison de s'en remettre au droit national sur cette question était que les opérations commerciales effectuées dans un environnement non électronique n'étaient soumises à aucune obligation similaire, de sorte que l'application de telles obligations spéciales au commerce électronique ne contribuerait pas à promouvoir ce dernier. Dans la plupart des cas, les parties auraient un intérêt commercial à indiquer leur nom et leur établissement, sans devoir y être contraintes par la loi. Toutefois, dans des situations particulières, par exemple sur certains marchés financiers ou dans des modèles économiques comme les plates-formes de vente aux enchères sur Internet, vendeurs et acheteurs ont pour habitude de s'identifier uniquement à l'aide de pseudonymes ou de codes pendant toute la phase de négociation ou d'enchérissement. De même, dans certains systèmes faisant appel à des intermédiaires commerciaux, l'identité du fournisseur final n'est pas révélée aux acheteurs potentiels. Dans ces cas, les parties peuvent avoir diverses raisons légitimes de ne pas dévoiler leur identité ainsi que leur stratégie de négociation (A/CN.9/546, par. 93).

2. Nature des obligations juridiques d'information

84. Le terme "règle de droit", dans cet article, a le même sens que le mot "loi" employé à l'article 9. Il comprend la législation, la réglementation et la jurisprudence, ainsi que les règles procédurales, mais n'inclut pas les règles qui ne sont pas devenues parties intégrantes du droit de l'État, comme la *lex mercatoria*, même si l'expression "règles de droit" est parfois utilisée dans ce sens plus large.

85. Étant donné la nature de cet article, qui s'en remet au droit interne pour la question des obligations d'information, ces obligations restent applicables même si les parties essaient de s'y soustraire en excluant l'application de cet article (A/CN.9/546, par. 104).

Références aux travaux préparatoires:

CNUDCI, trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005)

A/60/17, par. 48 à 50

Groupe de travail IV, quarante-quatrième session (Vienne, 11-22 octobre 2004)

A/CN.9/571, par. 115 et 116

Groupe de travail IV, quarante-deuxième session (Vienne, 17-21 novembre 2003)

A/CN.9/546, par. 87 à 105 (à l'époque article 11)

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

A/CN.9/509, par. 60 à 65