

IV. PROBLÈMES JURIDIQUES POSÉS PAR LES ÉCHANGES DE DONNÉES INFORMATISÉES

Echange de données informatisées : rapport du Secrétaire général
(A/CN.9/350) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-9
I. ACTIVITÉS ACTUELLES DE DIVERSES ORGANISATIONS	10-60
A. Commission des Communautés européennes	12-26
1. Travaux entrepris dans le cadre du programme TEDIS 1	12-24
2. Travaux futurs dans le cadre de la deuxième phase du programme TEDIS	25-26
B. Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4)	27-44
1. Résumé du programme d'action	28-30
2. Liste des projets adoptés par le Groupe de travail	31-44
a) Accords d'échange	32-34
b) Partie juridique du Répertoire pour l'échange de données commerciales (TDID)	35
c) Documents négociables	36-37
d) Commerce international — obstacles liés aux pratiques commerciales juridiques nationales	38-39
e) Authentification par des moyens électroniques : définition des messages échangés par des moyens électroniques et de leur "signature"	40-41
f) Coordination avec d'autres organismes	42-44
C. Chambre de commerce internationale (CCI)	45-48
D. Comité international des transports ferroviaires (CIT)	49-51
E. Union internationale des transports routiers	52-53
F. Comité maritime international (CMI)	54
G. Rapport de l'Observatoire juridique des technologies de l'information (France)	55-60
II. ACCORDS D'ÉCHANGE DE DONNÉES	61-108
A. L'exigence de l'écrit	67-91
1. Définition des messages EDI comme documents écrits	68-76
a) Définition générale des messages EDI comme documents sur papier	69
b) Définition des communications EDI ayant une valeur juridique	70-76
2. Renonciation à des droits dans le cadre de communications EDI ..	77-78
3. Valeur probante des messages EDI	79-91
a) Règles contractuelles relatives à l'admissibilité	79-83
b) L'exigence d'un original	84-85
c) Authentification des messages EDI	86-89
d) Force probante des enregistrements informatiques	90-91
B. Autres problèmes juridiques liés à la formation de contrats	92-108
1. Accusé de réception des messages	92
2. Consentement, offre et acceptation	93-94

	<i>Paragraphes</i>
3. Conditions générales	95-96
4. Date et lieu de la formation du contrat	97-100
5. Responsabilité en cas de défaillance ou d'erreur dans la communication	101-103
6. Titre de propriété	104-108
III. TRAVAUX QUE POURRAIT EFFECTUER LA COMMISSION	109-113
A. Accord type de communication	109-111
B. Autres travaux	112-113

INTRODUCTION

1. A sa dix-septième session, en 1984, la Commission a décidé d'inscrire à titre prioritaire à son programme de travail la question des incidences juridiques du traitement automatique des données sur les courants commerciaux internationaux¹.

2. A sa dix-huitième session, en 1985, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétariat sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (A/CN.9/265). Ce rapport concluait qu'à l'échelon mondial l'utilisation de données informatiques comme élément de preuve devant un tribunal posait moins de problèmes qu'on aurait pu le penser. Il notait que le fait que les documents doivent être signés, ou doivent être sur papier, constituait un obstacle juridique plus sérieux à l'utilisation des ordinateurs et des télécommunications d'ordinateur à ordinateur dans le commerce international. Après avoir examiné le rapport, la Commission a adopté une recommandation dont le dispositif était libellé comme suit :

"La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

a) Recommande aux gouvernements :

- i) De réexaminer les règles juridiques touchant l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve en justice afin d'éliminer les obstacles superflus à leur recevabilité, de s'assurer que ces règles sont compatibles avec les progrès techniques et de donner aux tribunaux les moyens leur permettant d'apprécier la fiabilité des données contenues dans ces enregistrements;
- ii) De réexaminer les règles juridiques en vertu desquelles certaines transactions commerciales ou certains documents ayant trait au commerce doivent être sous forme écrite, que cette forme écrite soit ou non une condition requise pour que la transaction ou le document soit valide ou s'impose aux parties, afin de faire en sorte que, le cas échéant, la transaction ou le

document puissent être enregistrés et transmis sur support informatique;

- iii) De réexaminer l'exigence légale d'une signature manuscrite ou de toute autre méthode d'authentification sur papier pour les documents commerciaux afin de permettre, le cas échéant, l'utilisation de moyens électroniques d'authentification;
- iv) De réexaminer les règles juridiques selon lesquelles les documents à soumettre à l'administration doivent être présentés par écrit et doivent porter une signature manuscrite en vue d'autoriser, le cas échéant, leur présentation sur support informatique aux services administratifs qui ont acquis les équipements nécessaires et mis en place les procédures requises;

*b) Recommande aux organisations internationales chargées d'élaborer des textes juridiques sur le commerce de tenir compte de la présente recommandation dans leurs travaux et, le cas échéant, d'envisager de modifier les textes juridiques en vigueur conformément à la présente recommandation"*².

3. Cette recommandation (ci-après dénommée Recommandation de la CNUDCI de 1985) a été approuvée par l'Assemblée générale au paragraphe 5 *b* de sa résolution 40/71, datée du 11 décembre 1985, dans les termes suivants :

"L'Assemblée générale,

... demande aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendra, conformément à la recommandation de la Commission, afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international; ..."

4. A ses dix-neuvième et vingtième sessions, en 1986 et 1987, la Commission était saisie de deux nouveaux rapports sur les aspects juridiques du traitement automatique de l'information (A/CN.9/279 et A/CN.9/292), qui décrivaient et analysaient les travaux des organisations internationales actives dans ce domaine.

¹Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de la Conférence générale, trente-neuvième session, Supplément n°17 (A/39/17)*, par. 136.

²*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, par. 360.

5. A sa vingt et unième session, en 1988, la Commission s'est penchée sur la proposition tendant à ce que soit examinée la possibilité d'élaborer des principes juridiques applicables à la formation de contrats commerciaux internationaux par des moyens électroniques, notamment au moyen d'écrans de visualisation. Il a été noté qu'il n'existait actuellement aucun régime juridique adéquat réglementant cette importante pratique de plus en plus répandue et que des travaux dans ce domaine permettraient de combler les lacunes juridiques et de réduire les incertitudes et difficultés rencontrées dans la pratique. La Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude préliminaire sur la question³.

6. A sa vingt-troisième session (1990), la Commission était saisie du rapport demandé, intitulé "Etude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques" (A/CN.9/333). Il était noté dans ce rapport que, dans les rapports précédents, la question était examinée sous l'appellation générale de "traitement automatique de l'information" (TAI), mais que, ces dernières années, la terminologie avait été modifiée et que l'on utilisait en général, pour décrire l'usage d'ordinateurs pour le transfert d'informations commerciales, le terme "échange de données informatisées" (EDI).

7. Le rapport résumait les travaux entrepris au sein des communautés européennes et aux Etats-Unis d'Amérique sur l'exigence de l'écrit, ainsi que sur d'autres questions liées à la formation des contrats par des moyens électroniques. Il traitait également des efforts déployés pour vaincre certains de ces problèmes en recourant à des accords types de communication. Le rapport proposait que le Secrétariat soit prié de soumettre un nouveau rapport à la session suivante de la Commission, traitant des faits nouveaux intervenus au sein d'autres organisations pendant l'année touchant les questions juridiques que pose l'EDI. Il était également proposé que le rapport analyse les accords types de communication déjà élaborés ou en projet en vue de formuler une recommandation sur le point de savoir s'il faudrait un accord type à vocation universelle et, dans l'affirmative, s'il faudrait en confier l'élaboration à la Commission.

8. La Commission a prié le Secrétariat de poursuivre son examen des questions juridiques liées à la formation des contrats par des moyens électroniques et d'établir pour la Commission, à sa vingt-quatrième session, le rapport proposé. La Commission a souhaité que le rapport serve de base à la décision qu'elle prendrait sur les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans ce domaine⁴.

9. Le présent rapport est divisé en trois parties. La première décrit les travaux entrepris récemment par d'autres organisations concernant les aspects juridiques de l'EDI. La deuxième examine et compare brièvement la manière dont ces questions juridiques sont traitées dans les divers accords de communication, règles types ou autres documents de caractère contractuel qui ont été établis à

l'intention des utilisateurs de l'EDI. La troisième partie présente brièvement les travaux que pourrait effectuer la Commission dans ce domaine.

I. ACTIVITÉS ACTUELLES DE DIVERSES ORGANISATIONS

10. Les organisations internationales dont les activités sont mentionnées dans cette partie du rapport sont toutes basées en Europe, bien que certaines aient également des membres non européens. Cela tient au fait que l'usage de l'EDI dans le secteur du commerce international se développe de la manière la plus intensive en Europe et en Amérique du Nord. Toutefois, les activités entreprises en Europe auront certainement des incidences dans un avenir proche sur les autres régions du monde.

11. On notera également qu'à l'exception du Comité maritime international (CMI), les organisations internationales mentionnées dans la première partie n'ont pas pour principale tâche d'unifier les règles juridiques. Elles traitent avant tout des aspects techniques et administratifs de l'EDI. Une organisation internationale pourra, par exemple, s'intéresser aux problèmes posés par l'EDI parce qu'elle est compétente dans le domaine des télécommunications en général. C'est le cas du programme TEDIS, qui est exécuté par la Direction générale n° XIII (Télécommunications, industries de l'information et innovation) de la Commission des Communautés européennes. Parfois aussi, une organisation internationale s'intéresse au développement de l'EDI en raison des incidences des nouvelles techniques de communication sur la facilitation du commerce international. C'est le cas de la Chambre de commerce internationale et du Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe. Enfin, une organisation internationale peut s'intéresser aux incidences possibles de l'EDI sur les pratiques commerciales dans un type donné d'activité économique. C'est le cas du Comité international du transport ferroviaire et de l'Union internationale des transports routiers. Ces organisations ont élaboré des programmes juridiques venant compléter leur activité principale.

A. Commission des Communautés européennes

1. Travaux entrepris dans le cadre du programme TEDIS 1

12. La première phrase du programme TEDIS (Trade Electronic Data Interchange Systems) a été mise en œuvre par la Commission des Communautés européennes en 1988 et 1989 (voir A/CN.9/333, par. 15). S'il a été décidé d'examiner les questions juridiques dans le cadre du programme TEDIS, c'est parce que l'on estimait que le statut juridique des messages EDI, leur validité contractuelle et leur valeur probante seraient des facteurs cruciaux pour le développement de l'EDI dans les secteurs commercial et public. Ainsi, la première activité de TEDIS dans ce domaine a consisté à recenser les problèmes juridiques qui pourraient constituer des obstacles au développement de l'EDI.

³Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17 (A/43/17), par. 46 et 47.

⁴Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/45/17), par. 34 à 40.

13. Le rapport d'activité du programme TEDIS, présenté en juillet 1990, recensait, parmi les obstacles à l'EDI, diverses exigences, provenant de réglementations ou pratiques qui résultaient essentiellement d'une prédominance du support écrit et de la signature manuscrite. Le rapport d'activité notait que toute obligation d'émettre, de transmettre ou conserver des documents sur support papier ou signés constituerait à l'évidence une entrave à l'EDI⁵.

14. La Commission des Communautés européennes a fait établir une étude sur l'obligation légale d'établir, de délivrer, d'expédier ou de conserver des documents sur support papier avec signature manuscrite dans les Etats Membres. L'étude, intitulée "*TEDIS — Situation juridique des Etats Membres au regard du transfert électronique de données*" (ci-après dénommée l'étude TEDIS), a été publiée en 1990 et est disponible actuellement en anglais et en français⁶.

15. L'étude TEDIS a été résumée aux paragraphes 15 à 41 du document A/CN.9/333. Elle examinait la législation des Etats Membres de la Communauté européenne selon deux approches : une approche "verticale" consistant en une analyse de la législation de chaque Etat Membre, et une approche "horizontale" consistant en une analyse des obstacles, dans les différents systèmes juridiques, tenant à l'obligation d'établir des documents écrits sur papier et signés.

16. L'analyse était axée sur ces dernières exigences, la prédominance de l'écrit et des signatures manuscrites ayant été considérée comme un problème prioritaire. Elle notait que, dans des domaines tels que les transports, les méthodes de paiement ou le règlement des différends juridiques, des documents sur support papier étaient exigés, ce qui constituait un obstacle majeur à la généralisation de l'EDI.

17. L'étude TEDIS permettait d'établir une typologie des problèmes actuels, qui sont essentiellement de trois sortes :

- difficultés liées à l'obligation imposée dans certains domaines du droit, souvent de manière différente dans chacun des Etats Membres, d'établir, de délivrer, d'expédier ou de conserver des documents sur support papier signés, que ce soit pour satisfaire à des conditions de validité de l'instrument juridique lui-même, ou pour des raisons liées à la valeur probante des données qui y figurent;
- obstacles liés aux règles de la preuve, qui peuvent être examinés du point de vue du droit "continental" ou de celui de la *common law*; l'attention était appelée dans l'étude sur la fugacité des informations transmises par l'EDI et sur la difficulté qui en découle de se constituer une preuve de ce qui s'est échangé;
- difficultés liées à la détermination du moment et du lieu de la conclusion ou de l'achèvement de l'opération effectuée par l'EDI.

⁵PROGRAMME TEDIS 1988-1989. Rapport d'activité (Bruxelles, Commission des Communautés européennes, COM (90) 361 final, 25 juillet 1990), p. 10 et suivantes.

⁶TEDIS — Situation juridique des Etats Membres au regard du transfert électronique de données (Bruxelles, Commission des Communautés européennes, septembre 1989).

18. Le rapport concluait qu'un des principaux obstacles à l'utilisation de l'EDI tenait à l'exigence d'une preuve écrite, essentiellement dans les domaines des transports (connaissances négociables), des techniques de paiement (chèques, lettres de change, lettres de crédit) et du règlement des litiges (bien que des accords internationaux aient réglé certains des problèmes qui se posaient dans ce domaine).

19. Compte tenu des accords conclus avec les Etats Membres de l'AELE, il a été prévu d'élargir l'analyse à ces Etats. Le rapport correspondant devrait être publié à la fin de l'année 1991.

20. Le programme TEDIS a permis de coordonner certaines des activités de divers groupes de travail juridiques constitués en Europe pour examiner les problèmes liés à l'EDI. Par exemple, il a participé à des réunions organisées par le Groupe consultatif juridique de l'Association britannique d'EDI (UK-EDIA) en vue d'élaborer l'"Accord standard d'échange de données" achevé en 1989. La Commission élabore actuellement un accord type avec la coopération des experts juridiques membres des groupes de travail juridiques des projets sectoriels et d'UK-EDIA.

21. Enfin, la Commission des Communautés européennes envisage de publier dans un avenir proche des rapports portant sur les questions suivantes : formation des contrats; responsabilité des opérateurs de réseaux; tiers de certification et services similaires.

22. *Formation des contrats.* Le rapport sur cette question devrait analyser l'impact de l'EDI sur la formation des contrats et formuler des propositions de réforme ou d'adaptation de la législation. Il examinera les aspects juridiques de la formation des contrats conclus par l'EDI (EDI étant entendu dans le sens du transfert de données structurées, sur base de messages normalisés agréés, d'ordinateur à ordinateur, par voie électronique). Il devrait traiter notamment des questions suivantes : principes déterminant le lieu et le moment de la formation du contrat; incidence sur ces deux éléments (lieu et moment de la formation) de l'intervention d'un ou plusieurs intermédiaires (services à valeur ajoutée, chambres de compensation, etc.); question de la transmission des conditions générales contractuelles; et révocabilité des offres. L'analyse se fera selon une approche de droit comparée. Le rapport devrait être disponible à la fin de 1991.

23. *Responsabilité des opérateurs de réseaux.* Le rapport sur cette question analysera la situation des opérateurs de réseaux (secteur public et secteur privé), des fournisseurs de réseaux et des fournisseurs de services en matière de responsabilité liée à la transmission de messages EDI et formulera des propositions en vue d'une éventuelle harmonisation au niveau européen. L'analyse visera également à déterminer dans quelle mesure les entreprises supportent ou supporteront les risques inhérents à la transmission de messages EDI, tels que retards, erreurs, omissions, fraudes, etc., et notamment dans quelle mesure le dommage pouvant résulter de tels problèmes leur sera imputable ou pourra être assumé par d'autres parties. Le cas échéant, des propositions seront formulées pour améliorer la situation et favoriser un meilleur équilibre.

24. *Tiers de certification et services similaires.* Le rapport sur cette question consistera en une analyse des organismes de ce type existant en Europe ou de ceux qu'il est envisagé de créer et qui exerceront les fonctions d'un tiers de certification, c'est-à-dire conserver un enregistrement fiable des messages EDI. Le rapport décrira ou définira les modèles pouvant être prévus dans ce domaine et la mesure dans laquelle ils répondront aux besoins d'ordre juridique des utilisateurs, notamment en ce qui concerne la préconstitution de la preuve. Les caractéristiques auxquelles ces modèles devraient répondre seront examinées et définies, compte tenu des fonctions à remplir.

2. Travaux futurs dans le cadre de la deuxième phase du programme TEDIS⁷

25. Un programme de travail pour la deuxième phase du programme TEDIS a été élaboré par la Commission des Communautés européennes et est actuellement en cours d'approbation. Cette deuxième phase devrait couvrir une période de 36 mois, à compter du 1er juillet 1991. Les mesures d'ordre juridique à prendre durant la deuxième phase du programme TEDIS se rapporteront directement à la mise en œuvre du "commerce sans papier".

26. Le programme de travail est décrit comme suit :

"L'analyse des questions relatives à la formation des contrats, à la responsabilité des opérateurs de réseaux et aux tiers de certification ou services similaires (notariat électronique) sera poursuivie. Les besoins d'harmonisation ou d'adaptation législative seront déterminés.

Une convention modèle qui fournira un cadre conventionnel de base pour l'EDI sera finalisée d'ici à 1991. Convention-modèle à laquelle les entreprises européennes, et éventuellement les opérateurs de réseaux, pourront se référer.

Des problèmes juridiques considérables se posent concernant la preuve et la valeur juridique des messages EDI ainsi que concernant la dématérialisation de documents essentiels du droit commercial tels que les connaissements maritimes, les lettres de crédit, etc. Ces problèmes doivent être analysés avec le plus grand soin. Un document de discussion devrait être préparé rapidement et permettre, après les consultations appropriées, de préparer les instruments juridiques adéquats."

B. Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4)

27. En mars 1990, le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe

"a prié ses rapporteurs pour les questions juridiques d'élaborer, en collaboration avec un groupe *ad hoc*, un

programme d'action détaillé sur les aspects juridiques de l'échange de données commerciales, en indiquant les priorités et en présentant des propositions concernant les ressources qui seraient nécessaires pour exécuter ce programme. Le groupe *ad hoc* comprendra des représentants des Etats-Unis, de la France, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de la Suisse, de la CNUDCI, de la Communauté économique européenne et de la Chambre de commerce internationale. La Nouvelle-Zélande contribuera par correspondance à l'élaboration du programme d'action". (Voir TRADE/WP.4/171, par. 19.)

Le Secrétariat de la CNUDCI a participé à deux réunions du groupe *ad hoc* et aux réunions du Groupe de travail.

1. Résumé du programme d'action

28. Un programme d'action sur les aspects commerciaux et juridiques de la facilitation du commerce a été adopté à la trente-troisième session du Groupe de travail, en mars 1991. Ce document (TRADE/WP.4/R.697) présente un aperçu de la situation, propose une structure de travail et décrit les divers projets et activités constituant le programme d'action. Une liste des documents connexes déjà publiés par le Groupe de travail est également jointe à ce document. On a reproduit ci-après certains paragraphes importants du programme d'action :

"La tâche essentielle du WP.4 est de s'employer à supprimer la paperasserie dans le commerce international afin que les échanges puissent se dérouler plus facilement et à moindres frais. Ce ne sont pas seulement les administrations qui sont à l'origine de la paperasserie, mais aussi les banques, les transporteurs, les assureurs, les ports, etc., et même les partenaires commerciaux.

En cherchant à déterminer la nature des problèmes en cause, on a reconnu qu'il convenait de mettre l'accent sur les pratiques commerciales et administratives et sur l'influence que le droit (qu'il s'agisse du droit commercial, du droit interne ou du droit international) exerce sur ces pratiques. Cela est vrai en particulier pour l'utilisation de techniques nouvelles telles que l'EDI et pour les "problèmes juridiques" perçus par les utilisateurs des pratiques commerciales et administratives (réglementaires).

L'EDI constitue un changement d'une telle importance dans la pratique que certains utilisateurs se mettent à voir des "problèmes" là où en réalité il n'y en a peut-être pas; aussi reconnaît-on que certains problèmes n'appellent peut-être qu'une prise de conscience plus grande des changements intervenant dans la pratique commerciale plutôt que la recherche d'une nouvelle solution juridique.

L'EDI produit lui-même d'autres formes d'idées toutes faites. Certains experts ont suggéré d'attribuer aux "documents" EDI des fonctions que n'ont jamais eues les documents sur papier équivalents (par exemple, certaines idées de la sécurité sont telles que l'on peut se demander pourquoi, si cela est jugé nécessaire, les documents ne sont pas tous envoyés en recommandé). On peut tout aussi bien dire que dans la plupart des cas c'est la fonction commerciale/administrative (commande, document de dédouanement à l'importation, par

⁷Cette sous-section résume les informations figurant dans la *Communication de la Commission sur l'échange de données informatisées (EDI) utilisant les réseaux de services télématiques* (Bruxelles, Commission des Communautés européennes, COM (90) 475 final, 7 novembre 1990), p. 10.

exemple) qui est importante du point de vue du niveau de sécurité requis, et non pas le support (papier, télécopie, EDI, par exemple).

Enfin, force est de reconnaître que, tout au moins dans les pays de *common law*, il existe déjà une jurisprudence abondante puisqu'on y trouve depuis de nombreuses années des éléments de preuve établis sur ordinateur et leur équivalent d'avant l'apparition de l'ordinateur (les communications télégraphiques sont même encore plus anciennes et les codes commerciaux étaient largement utilisés dans les années 20 à 60).

Ces considérations reflètent, de l'avis des rapporteurs et du groupe *ad hoc*, les observations contradictoires auxquelles donne lieu la question de savoir si l'utilisation de l'EDI pose ou non des problèmes juridiques importants. Toutefois, à la différence du commerce intérieur, le commerce international soulève des problèmes supplémentaires dont certains sont liés aux conventions et traités internationaux ou peuvent y trouver une solution."

29. Selon le programme d'action, le Groupe de travail devrait s'efforcer d'agir dans les domaines suivants : "sensibilisation, coordination, concentration et action". Le programme propose ce qui suit :

"Pour atteindre ses objectifs, le Groupe de travail devra notamment :

- Veiller à ce que les utilisateurs puissent obtenir des conseils quant aux incidences de l'utilisation de l'EDI sur les pratiques commerciales et administratives;
- Savoir qu'il sera aussi important d'expliquer qu'il n'y a pas de difficulté juridique dans certains cas que d'avancer des solutions juridiques dans d'autres;
- Considérer qu'il pourrait être nécessaire d'accorder une importance particulière à l'élaboration de solutions juridiques dans le cadre des pays de droit romain et des conventions internationales qui pourraient appeler des modifications spécifiques;
- Enfin, veiller à ce que toute solution juridique convienne à la fois pour les pays de *common law* et pour ceux de droit romain.

Le Groupe de travail a toujours été chargé de coordonner les travaux relatifs à la facilitation des procédures du commerce international. Dans la pratique, il n'a généralement exécuté le travail lui-même que lorsqu'il n'était pas possible de trouver un organe plus compétent. Le CCD (avec le système harmonisé), la CCI (avec l'UNCID), la CNUDCI (avec la valeur probante) et la CIMM [Chambre internationale de la marine marchande]/IATA [Association du transport aérien international] (avec les documents de transport normalisés), etc., sont tous de bons exemples d'autres organisations qui se sont révélées compétentes pour certains projets. Il est essentiel de continuer à coordonner les travaux."

30. En conclusion de l'aperçu du programme d'action, le Groupe de travail a adopté l'objectif suivant pour l'ensemble de ses activités portant sur les aspects commerciaux et juridiques de la facilitation du commerce :

"Éliminer tous les obstacles au commerce international créés par des problèmes de caractère juridique et/ou liés aux pratiques commerciales (eu égard en particulier à l'utilisation de l'EDI) en coordonnant l'action avec toutes les parties intéressées et, le cas échéant, en exécutant des projets bien définis."

2. Liste des projets adoptés par le Groupe de travail

31. Le programme d'action adopté par le Groupe de travail comprend un certain nombre de projets. On trouvera ci-après une description de ces projets.

a) Accords d'échange

32. Le projet a pour objectif d'"assurer une harmonisation raisonnable des accords d'échange et la mise au point d'une version acceptée au niveau international aux fins d'utilisation facultative". Il est en outre déclaré dans le programme d'action que :

"Pour être efficace, toute méthode de communication exige de la discipline. On obtient normalement une telle discipline en appliquant des règles de conduite généralement acceptables. Dans le contexte de l'EDI, de telles règles ont été élaborées sous la forme d'accords d'échange au sein d'un certain nombre de groupes d'utilisateurs (ODETTE, par exemple), d'organisations nationales (comme l'EDIA au Royaume-Uni et l'American Bar Association aux États-Unis) et à l'échelle régionale (Communauté économique européenne, notamment). À l'instar des Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission (UNCID) de la CCI, sur lesquelles se fondent la plupart des exemples courants, ces accords ne s'appliquent généralement qu'à l'échange de données et non pas aux contrats commerciaux proprement dits entre les parties.

Les accords offrent toutefois dans bien des cas des solutions différentes en ce qui concerne les questions traitées et abordent souvent des préoccupations qui ont un rapport précis avec les besoins identifiés au sein de la branche d'activité, de l'organisation, du pays ou de la région qui les parraine. De ce fait, en raison du nombre d'accords et de la diversité de leurs dispositions, l'absence d'un modèle d'accord internationalement acceptable qui puisse être adopté pour être utilisé dans la pratique commerciale peut être un handicap pour le commerce international."

33. Le projet comporte deux éléments :

- Continuer à suivre les travaux en cours, en examinant les nouveaux accords élaborés, et
- Elaborer un accord d'échange (à utiliser dans son intégralité), dont l'utilisation à titre facultatif serait recommandée au niveau international."

34. Le Groupe de travail a décidé d'accorder un rang de priorité élevé à ce projet et de s'efforcer de le réaliser d'ici à 1995.

b) *Partie juridique du Répertoire pour l'échange de données commerciales (TDID)*

35. Le projet vise à incorporer au Répertoire pour l'échange de données commerciales (TDID) une partie concernant les aspects juridiques de l'EDI, y compris les Règles de conduite uniformes (UNCID) de la CCI. Cette partie relative aux aspects juridiques comprendrait une note d'introduction sur l'UNCID et un exposé général de l'évolution des accords d'échange et des documents correspondants (manuel de l'utilisateur, par exemple).

c) *Documents négociables*

36. Le projet a pour objectif de réduire les obstacles au commerce international liés à la pratique commerciale consistant à transmettre des droits par l'utilisation de documents négociables tels que les connaissements.

37. Les activités du projet sont décrites comme suit :

- Passer en revue et coordonner les efforts déployés antérieurement pour réaliser la négociabilité des documents transmis par des moyens électroniques, ainsi que les efforts visant à éliminer dans les pratiques commerciales la nécessité de s'appuyer sur des documents imprimés négociables (tels que les connaissements).
- Promouvoir l'adoption de pratiques commerciales n'exigeant pas l'utilisation de documents négociables dans le contrat de commerce international.
- S'il y a lieu, élaborer des règles de procédure ou des directives (acceptables pour les différents secteurs du commerce) dont l'application permettrait la négociabilité des 'documents' électroniques (transmis dans le cadre du commerce international)."

d) *Commerce international — obstacles liés aux pratiques commerciales et juridiques nationales*

38. Le projet a pour objectif d'élaborer un ou plusieurs rapports, études ou analyses visant à :

- Déterminer les obstacles existants liés aux pratiques commerciales et juridiques (y compris l'application des conventions internationales).
 - Suivre les efforts actuellement déployés en vue d'éliminer ces obstacles, procéder à des évaluations et formuler des suggestions concernant l'utilité de telle ou telle solution pour d'autres pays; eu égard à l'importance de la législation et des pratiques douanières pour le commerce et les paiements internationaux et compte tenu de la réglementation à laquelle l'administration douanière est soumise, il conviendrait d'accorder une attention particulière à la législation et aux pratiques douanières.
- Fournir des renseignements et une analyse des avantages à d'autres organisations internationales qui étudient les réformes de législation ou les changements à introduire dans les règles et usages (CNUDCI et CCI, par exemple)."

39. Afin d'arriver à cet objectif, le Groupe de travail a décidé :

— D'élaborer à l'attention des membres du Groupe de travail un questionnaire qui puisse leur servir de cadre pour analyser et signaler les obstacles qui pourraient exister au niveau national en ce qui concerne l'utilisation de l'échange de données informatisé et de techniques similaires pour faciliter le commerce international. Ces obstacles pourraient être d'ordre administratif ou réglementaire, tenir à la jurisprudence ou découler de règles et pratiques en usage dans telle ou telle branche d'activité ou collectivité.

— De recevoir les réponses et préparer des rapports analytiques — contenant des recommandations — sur les obstacles à l'utilisation de l'échange de données informatisé et de techniques connexes pour faciliter le commerce international."

e) *Authentification par des moyens électroniques : définition des messages échangés par des moyens électroniques et de leur "signature"*

40. L'objectif du projet est le suivant :

"Assurer aux messages et 'signatures' échangés par des moyens électroniques la même acceptabilité juridique et commerciale que celle dont bénéficient actuellement les documents sur papier."

41. A cette fin, le Groupe de travail a décidé de :

"Mettre au point, en vue de leur adoption éventuelle au niveau national, des définitions uniformes des termes 'document écrit', 'document', 'signature' et d'autres termes appropriés qui engloberont les messages transmis par l'échange de données informatisé et les procédures connexes servant à authentifier ces messages dans un contexte tant juridique que commercial et à en assurer la sécurité."

f) *Coordination avec d'autres organismes*

42. L'objectif du projet est le suivant :

"Assurer la coordination des travaux du WP.4 et des autres organismes internationaux, y compris dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, en ce qui concerne les aspects commerciaux et juridiques de la facilitation du commerce international."

43. A cette fin, le Groupe de travail a décidé de :

"Fournir des rapports suivis au Groupe de travail sur les projets et activités correspondant à d'autres organisations et organismes internationaux et d'assurer une bonne coordination en ce qui concerne l'exécution des projets inscrits au programme d'action."

44. Lors de la réunion du Groupe de travail durant laquelle le programme de travail a été adopté, le représentant du Secrétariat de la CNUDCI a rappelé le mandat général conféré à la Commission par l'Assemblée générale, qui est de coordonner l'évolution des questions de droit commercial international. Il a également noté que la

CNUDCI pourrait utilement se saisir de certains des résultats des travaux qui seront entrepris par le Groupe de travail et qu'au cas où il faudrait rédiger des textes juridiques comme suite à ces travaux, il serait mieux de confier cette tâche à un groupe de travail de la CNUDCI, plutôt qu'au Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international.

C. Chambre de commerce internationale (CCI)

45. En 1990, la CCI a décidé de créer un Groupe de travail conjoint des aspects juridiques et commerciaux de l'EDI. Ce Groupe de travail a été chargé d'étudier les activités entreprises sur des questions juridiques par d'autres organisations telles que le Groupe TEDIS, le WP.4 ONU/CEE, la CNUDCI et l'Association internationale pour l'échange de données (IDEA), afin d'établir des positions communes qui pourront ensuite être présentées aux organisations gouvernementales et aux organismes du secteur privé intéressés. Le Groupe de travail conjoint a également été créé pour suivre les progrès de l'EDI et donner une impulsion à l'examen des principaux problèmes dans le domaine des pratiques commerciales internationales, en liaison étroite avec d'autres organisations d'EDI⁸.

46. La première réunion du Groupe de travail conjoint s'est tenue en décembre 1990. Il y a été décidé de créer un Comité juridique chargé d'étudier les problèmes juridiques liés à l'EDI. Ce Comité juridique a également été chargé de décider dans quelle mesure la CCI appuierait les divers efforts internationaux dans le domaine juridique et quels travaux devrait entreprendre la CCI (règles uniformes, contrats types ou guides juridiques)⁹.

47. Le Secrétariat de la CNUDCI, qui était représenté à cette réunion, a brièvement résumé les travaux entrepris par la Commission dans le domaine des transferts électroniques de fonds et de la valeur probante des enregistrements informatiques, ainsi que ses travaux préparatoires relatifs à l'EDI. Le président du Groupe de travail conjoint a déclaré qu'un "point de non-retour" avait été atteint pour des législations nationales dépassées et qu'il était sans doute temps que les organisations internationales recommandent la modification de certaines lois nationales en indiquant comment il faudrait procéder aux changements voulus¹⁰.

48. Lors d'une réunion tenue en avril 1991, le Groupe de travail conjoint de la CCI a rappelé qu'il était malheureux que la législation nationale de nombreux Etats exige toujours des documents sur papier signés pour certaines opérations juridiques. Il a également noté que :

"Les diverses organisations d'EDI, conscientes du fait que les entreprises souhaitent que l'EDI ait une base juridique solide, devraient coopérer entre elles pour offrir au monde des affaires les outils juridiques, les

études et les services consultatifs voulus, compte tenu notamment de la nécessité d'adopter un accord standard d'échange de données clair et universellement reconnu"¹¹.

D. Comité international des transports ferroviaires (CIT)

49. L'industrie ferroviaire et les autres activités de transport régies par la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF), et plus particulièrement par les Règles uniformes concernant le transport international ferroviaire de marchandises (CIM), ont entrepris de remplacer la lettre de voiture ferroviaire sur papier prévue dans les Règles CIM par un document électronique. Le nouveau système, intitulé DOCIMEL (Document CIM électronique), devrait être mis en place en 1993.

50. Le CIT a publié un rapport préliminaire intitulé "*DOCIMEL Rapport de base droit*" (mars 1991), qui énumère un certain nombre de questions juridiques que devra résoudre l'industrie des chemins de fer. Le rapport mentionne certaines questions liées au droit des contrats, telles que la formation du contrat de transport, la modification du contrat durant le transport, les obstacles au transport ou à la livraison des marchandises et les réclamations relatives aux marchandises. Certaines questions se rattachant au "droit électronique" y sont également mentionnées, par exemple la protection et l'enregistrement des données, la valeur probante des données, le stockage et la responsabilité. Le rapport indique que les Règles UNCITRAL et un certain nombre d'accords d'échange de données sont pris en compte dans le travail d'analyse juridique entrepris par le CIT.

51. Le Secrétariat suivra de près l'évolution de ce projet.

E. Union internationale des transports routiers

52. L'Union internationale des transports routiers entreprend également de préparer un accord standard EDI à l'intention des entreprises de l'industrie des transports routiers et des utilisateurs des services de transport routier. Les activités préliminaires consisteront en la rédaction d'une étude comparée de la législation de tous les Etats parties à la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), et ce n'est qu'une fois que cette étude aura été achevée qu'un projet d'accord de communication sera élaboré.

53. Le Secrétariat suivra également l'évolution de ce projet.

F. Comité maritime international (CMI)

54. A sa trente-quatrième Conférence (Paris, juin 1990), le CMI a adopté le texte des "Règles du CMI relatives aux

⁸Groupe de travail conjoint "Aspects juridiques et commerciaux de l'EDI" — Mandat (Document n° 460-10/2 de la CCI, Paris, 22 octobre 1990).

⁹Groupe de travail conjoint des aspects juridiques et commerciaux de l'EDI — Compte rendu de la réunion du 14 décembre 1990 (Document n° 460-10/4 de la CCI, Paris, 30 janvier 1991), p. 1.

¹⁰*Ibid.*, p. 4.

¹¹Groupe de travail conjoint des aspects juridiques et commerciaux de l'EDI — Projet de déclaration de politique générale de la CCI sur le développement de l'EDI dans le commerce international (Document n° 460-10/Int. 14 Rev.2 de la CCI, Paris, 12 avril 1991).

connaissances électroniques" (voir A/CN.9/333, par. 89), ci-après dénommées les Règles du CMI (voir les paragraphes 69 et 104 à 108 ci-après). Il est rappelé dans l'introduction à ces Règles que les lettres de transport maritime non négociables devraient être préférées aux connaissances négociables et que "des messages transmis entre les parties concernées par des moyens électroniques pourraient facilement se substituer aux lettres de transport maritime non négociables"¹². Toutefois, il y est également noté qu'un connaissance électronique jouerait un rôle important pour ce qui est des produits de base qui sont vendus en transit.

G. Rapport de l'Observatoire juridique des technologies de l'information (France)

55. Le Gouvernement français a commandé une étude sur le droit français en matière de preuve et sur la manière dont il faudrait le modifier (ou l'affirmer) pour tenir compte de la progression des relations juridiques "sans papier". Les résultats de cette étude ont été publiés à la fin de 1990 par l'Observatoire juridique des technologies de l'information (OJTI) dans un rapport intitulé "*Une société sans papier ?*" (ci-après dénommé le Rapport de l'OJTI)¹³. Le Rapport de l'OJTI ne se limite pas à examiner les aspects liés au droit commercial; il ne se limite même pas aux questions touchant l'EDI. Il traite également des questions et problèmes propres aux techniques des messages électroniques appliquées aux transactions grand public. Bien qu'il soit fondé sur l'examen des règles en vigueur dans un seul système juridique, certaines de ses conclusions générales méritent d'être mentionnées dans le présent document. Le Rapport de l'OJTI constitue un effort intéressant, de la part d'un gouvernement, en vue de déterminer quels changements devraient être apportés aux règles juridiques relatives à la preuve, afin de tenir compte de l'évolution des utilisations de l'électronique. A ce propos, il peut être comparé à des études assez similaires qui ont été entreprises dans d'autres pays, au sein d'autres types d'organes (par exemple, des organes de facilitation du commerce ou des associations du barreau).

56. Dans ses conclusions, le Rapport de l'OJTI note qu'il n'est pas justifié de craindre, comme beaucoup le font, que l'EDI ne se développe dans un vide juridique pour ce qui est du droit de la preuve. Il note que, bien qu'il y ait très peu de textes législatifs traitant expressément de la question de la preuve dans un contexte EDI¹⁴, la question de la valeur probante des messages EDI est indirectement traitée dans les règles générales relatives à la preuve, dont certaines ont été légèrement modifiées pour tenir compte de certaines préoccupations relatives à l'EDI.

¹²Comité maritime international 1990 Paris — II, XXXIV^e Conférence internationale du Comité maritime international, p. 211.

¹³Françoise Gallouédec-Genuys et al., *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve* (Paris, La documentation française, 1990).

¹⁴La législation fiscale française a récemment été modifiée (voir l'article 47 de la Loi de finances rectificative pour 1991) afin que, dans certaines conditions, les factures électroniques soient considérées comme des factures originales aux fins des contrôles fiscaux (*Journal officiel de la République française*, 30 décembre 1990).

57. On notera un exemple important de texte législatif de portée générale adopté en France, la loi du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques. Cette loi de 1980 avait pour objet d'accorder une reconnaissance juridique à de nouveaux modes de preuve, notamment les documents photographiques et les microfiches de documents originaux sur papier. Les juristes l'interprètent comme donnant valeur probante aux enregistrements informatiques. Cette interprétation se fonde sur le nouveau libellé de l'article 1348 du Code civil, qui donne valeur probante aux copies lorsque l'original n'est plus disponible et lorsque la copie est "non seulement fidèle, mais aussi durable". La loi indique qu'"est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support". Cette disposition vise sans aucun doute les cas où une copie est stockée sous forme électronique, lorsque l'original sur papier est détruit. Toutefois, il faut noter qu'en 1980 très peu de systèmes électroniques pouvaient répondre à la condition d'une modification irréversible du support. Onze ans plus tard, bien que la technique de l'enregistrement numérique ait fait des progrès sensibles et que l'on dispose maintenant de systèmes appelés "WORM" (*write once, read multiple* : disque inscriptible une seule fois), la plupart des supports électroniques ne répondent toujours pas à cette condition.

58. Pour ce qui est de la jurisprudence, le Rapport de l'OJTI souligne que le contentieux est rare en la matière. On notera que le Rapport de l'American Bar Association (ABA) sur les pratiques commerciales électroniques, examiné dans le rapport soumis à la vingt-troisième session de la Commission (voir A/CN.9/333, par. 44), arrive à la même conclusion. L'absence de jurisprudence est peut-être due au fait que l'EDI est actuellement utilisé avant par des partenaires commerciaux ayant une relation à long terme. Dans ce contexte, le recours au juge sera sans doute considéré comme un moyen bien maladroit de régler les litiges. Le Rapport de l'ABA insiste également sur le fait que les utilisateurs de l'EDI considèrent comme par trop imprévisibles le recours au juge et les solutions juridiques que l'on peut attendre des tribunaux. Les parties à une relation EDI ont donc tendance à recourir à des solutions contractuelles pour résoudre leurs éventuels litiges.

59. Pour ce qui est des accords de communication qui peuvent être conclus par les parties, le Rapport de l'OJTI note que, bien que nombre d'accords de ce type aient déjà été élaborés en France, on ne saurait conclure qu'un cadre contractuel unique prévaudra. La diversité des types contractuels tient à l'évidence au fait que ces accords sont adaptés aux besoins des groupes d'utilisateurs auxquels ils s'appliquent. Bien que le Rapport de l'OJTI ne dissuade pas de recourir à de tels accords, il craint qu'il n'y ait des incompatibilités entre les situations juridiques résultant de ces différents accords. Il craint également que les accords de communication ne modifient l'équilibre entre parties d'importance économique inégale, au détriment de la partie la plus faible. Là aussi, il faut noter que la même préoccupation a été exprimée dans le Rapport de l'ABA¹⁵ et a fortement influé sur la rédaction de l'Accord ABA.

¹⁵*The Commercial Use of Electronic Data Interchange — A Report* (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 23. Egalement publié in *The Business Lawyer*, vol. 45, n° S, juin 1990, p. 1661.

60. Pour ce qui est des modifications à apporter à la législation de la preuve, le Rapport de l'OJTI recommande en premier lieu que l'on n'entreprene pas de modifier la législation avant d'en savoir davantage sur les conditions dans lesquelles des messages et enregistrements électroniques créés pour avoir force probante seront admis par les tribunaux en application de la législation actuelle. Il suggère également que l'on ne modifie pas les lois avant d'en savoir plus sur les décisions que pourront prendre les organisations internationales. Il propose en outre de ne pas modifier les principes juridiques fondamentaux relatifs à la preuve. Selon le Rapport, ces principes fondamentaux devraient être réaffirmés, notamment pour ce qui est de la responsabilité de la partie qui contrôle le système. Le Rapport de l'OJTI note que, puisque la technologie va probablement évoluer dans un avenir proche, il ne faudrait pas tenter d'élaborer une "loi technologique", dans laquelle les modes de communication acceptables sur le plan juridique seraient définis par référence à des normes techniques.

II. ACCORDS D'ÉCHANGE DE DONNÉES

61. Afin de surmonter les insuffisances et les incertitudes de la législation et de la jurisprudence en matière d'EDI, on a élaboré et on élabore actuellement des accords contractuels d'échange de données dans divers domaines d'activité (voir A/CN.9/333, par. 87 à 89). Cette activité contractuelle est particulièrement importante lorsqu'elle débouche sur des règles régissant la preuve dans un environnement EDI.

62. Les différents accords qui ont été examinés par le Secrétariat font apparaître diverses conceptions des accords types d'EDI entre partenaires commerciaux. Ils font également apparaître la diversité des besoins des différentes catégories d'utilisateurs ou utilisateurs potentiels de l'EDI. Toutefois, on notera que nombre de ces accords types ont des caractéristiques communes et que la plupart d'entre eux font expressément ou implicitement référence aux Règles UNCID (voir A/CN.9/333, par. 82 à 86).

63. Le nombre d'accords types et autres modèles d'arrangements contractuels augmente rapidement parmi les utilisateurs de l'EDI. De nombreux accords types ont été élaborés ou sont en cours d'élaboration à divers niveaux (organisations internationales, organes nationaux de facilitation du commerce ou organismes privés). Certains de ces accords types visent à répondre aux besoins du commerce international, d'autres s'inscrivent dans un contexte purement national. Une autre distinction peut être établie : certains traitent des problèmes juridiques de l'EDI en général, d'autres sont limités à des problèmes juridiques précis. Naturellement, le Secrétariat n'a pas connaissance de tous les instruments établis en la matière. De plus, les règles et accords types qui ont été pris en compte pour la rédaction du présent rapport sont quelque peu hétérogènes. Il faut en outre noter que certains des rares accords d'échange de données qui ont été conçus expressément pour être utilisés dans un contexte international ne sont pas encore disponibles sous leur forme définitive (voir le paragraphe 64 ci-après). Il est donc proposé qu'à ce stade la Commission n'entreprene pas encore une étude comparée exhaustive de la teneur de ces accords. Le présent rapport se contente

de passer en revue certains de ces arrangements contractuels, afin d'indiquer à la Commission quels problèmes juridiques sont en général traités dans un cadre contractuel, dans quelle mesure de tels accords de communication sont nécessaires et quelles sont les limites du droit contractuel dans le domaine de l'EDI.

64. On trouvera ci-après une liste des 12 principaux accords d'échange de données et directives concernant les relations commerciales EDI qui ont été étudiés par le Secrétariat :

Accords types établis sur le plan national

- Accord standard d'échange de données électroniques de l'Association britannique d'EDI (ci-après dénommé Accord UK-EDIA), établi par l'Association britannique d'EDI (deuxième édition, août 1990);
- Accord type d'échange de données électroniques entre partenaires commerciaux (ci-après dénommé Accord ABA), établi par l'American Bar Association (juin 1990);
- Contrat type d'interchange EDI (ci-après dénommé Contrat CIRECREDIT), établi par le Centre international de recherches et d'études du droit de l'informatique et des télécommunications (France, 1990);
- Accord standard d'EDI (ci-après dénommé Accord NZEDIA), établi par l'Association néo-zélandaise d'échange de données informatisé (Nouvelle-Zélande, 1990);
- Modèle d'accord pour l'échange de données informatisé entre partenaires commerciaux (ci-après dénommé Accord EDICC), établi par le Conseil canadien pour l'échange de données informatisé (Canada, 1990);
- Modèle d'accord d'échange de données (ci-après dénommé Accord de Québec), établi par le Ministère des communications de la province du Québec (Canada, 1990);
- Projet d'accord type d'échange de données (ci-après dénommé projet d'Accord SITPROSA), établi par l'Organisation pour la simplification des procédures du commerce international en Afrique du Sud (mars 1991);

Accords types internationaux portant sur l'EDI en général

- Projet d'accord type européen pour l'EDI (ci-après dénommé projet d'Accord TEDIS), établi par la Commission des Communautés européennes (décembre 1990);
- Accord type sur le transfert de données dans le commerce international (ci-après dénommé Accord FINPRO/CMEA), conclu entre la République de Finlande et les États membres du CAEM (1991);

Accords types internationaux limités à certaines questions juridiques

- Projet de directive concernant les accords d'échange de données douanières et commerciales

et les manuels d'utilisateurs de l'EDI (ci-après dénommé projet de Directive du CCD), établi par le Conseil de coopération douanière (mars 1990)¹⁶;

- Directives pour les accords d'échange de données (ci-après dénommées Directives ODETTE), établies par l'Organisation de données échangées par télétransmission en Europe (1990);
- Règles du CMI relatives aux connaissements électroniques, adoptées par le Comité maritime international (CMI) en juin 1990 (voir le paragraphe 54 ci-dessus).

65. Ces diverses règles types traitent différemment les problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques qui étaient examinés dans l'étude préliminaire du Secrétariat (A/CN.9/333). En outre, leur structure est souvent le reflet des divergences entre les systèmes juridiques dont elles émanent.

66. Il faut toutefois noter que tous ces accords, règles types et directives sont de caractère contractuel et ne peuvent être appliqués qu'avec le consentement des parties contractantes. On trouvera une expression particulièrement claire de ce principe à l'article premier des Règles du CMI: "Les présentes règles sont applicables toutes les fois que les parties en conviennent". Cela peut poser des problèmes lorsque la loi applicable n'autorise pas les parties à s'écarter des dispositions de la loi. Toutefois, la principale difficulté tient au fait que les dispositions d'un contrat ne peuvent régir les droits et obligations de personnes qui ne sont pas parties audit contrat. Des dispositions contractuelles peuvent être appropriées, voire nécessaires, pour résoudre les problèmes juridiques que posent les communications EDI dans un réseau restreint, mais elles ne pourront sans doute pas régler ces mêmes problèmes, lorsqu'ils se posent dans un environnement plus ouvert. Les solutions contractuelles aux problèmes juridiques que pose l'EDI doivent donc être considérées comme une première étape, qui peut contribuer à aplanir nombre des difficultés pratiques que l'on rencontre actuellement et à mieux faire comprendre les questions qui exigeront l'établissement d'instruments juridiques.

A. L'exigence de l'écrit

67. Souvent, les accords types comportent des dispositions visant à surmonter les problèmes qui peuvent se poser en ce qui concerne la validité et l'application d'actes juridiques (notamment les contrats) qui sont formés par un échange de messages EDI au lieu des documents écrits habituels. On notera qu'aucune de ces dispositions contractuelles ne traite des catégories de contrats qui, dans certains systèmes juridiques, doivent être faits sous une forme précise, généralement un document écrit authentifié par une autorité publique (voir A/CN.9/333, par. 23 à 25). Pour ce qui est des contrats commerciaux, plusieurs des accords types examinés par le Secrétariat adoptent une ou plusieurs des approches ci-après en ce qui concerne la valeur légale des messages EDI.

1. Définition des messages EDI comme documents écrits

68. Les auteurs de nombreux accords types ont jugé nécessaire d'énoncer, par diverses définitions, que les messages EDI et les documents sur papier devaient être traités de la même manière. Cette approche est parfois décrite comme une "stratégie de définition"¹⁷ visant à établir la valeur légale des messages EDI.

a) Définition générale des messages EDI comme documents sur papier

69. Ce sont sans doute les Règles du CMI qui se fondent le plus sur des définitions générales. Par exemple, l'article 4 d dispose que la plupart des informations figurant dans le message de réception, notamment la description des marchandises, la date et le lieu de réception des marchandises et la référence aux termes et conditions du contrat de transport, ont les mêmes force et effet qui seraient les leurs si elles étaient contenues dans un connaissement. Plusieurs autres références aux documents sur papier ont été incorporées dans ces Règles, afin que les parties à une relation d'EDI soient traitées de la même manière que si un connaissement écrit avait été émis. C'est par exemple l'approche qui est retenue à l'article 6 relatif à la loi applicable, et à l'article 7 relatif au droit de disposition et de transfert des marchandises. Les articles 10 et 11 sont encore plus explicites, étant respectivement intitulés "Option relative à la réception d'un document écrit" et "Les données électroniques valent des écrits".

b) Définition des communications EDI ayant une valeur juridique

Valeur légale des messages EDI

70. Les accords types comportent souvent une disposition indiquant les conditions dans lesquelles les messages EDI auront force exécutoire pour les parties. Par exemple, l'article 3.3.2 de l'Accord ABA est libellé comme suit :

"Tout document correctement transmis en application du présent Accord est considéré . . . comme un document 'écrit' ou établi 'par écrit'; et tout document de ce type qui porte une signature ou sur lequel est apposée une signature ('documents signés') est réputé, à toutes fins utiles, a) avoir été en fait 'signé', et b) constituer un document 'original' lorsqu'il est imprimé à partir de fichiers ou de dossiers électroniques constitués et tenus à jour dans le cours normal des affaires."

On notera que, dans cet exemple, la notion de "document signé" s'inscrit dans le cadre de la législation locale, à savoir la section 2-201 du Code de commerce uniforme, qui dispose que certains contrats de vente de marchandises ne peuvent être invoqués, à moins qu'il n'existe un écrit suffisant pour prouver qu'un contrat de vente a été conclu entre les parties et signé par la partie contre laquelle l'exécution est demandée.

¹⁶Pour ce qui est des aspects juridiques de l'EDI, les Directives du CCD suivent expressément les Règles UNCID (voir A/CN.9/333, par. 82 à 86).

¹⁷The Commercial Use of Electronic Data Interchange — A Report (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 73. Egalement publié in *The Business Lawyer*, vol. 45, n° S, juin 1990, p. 1690.

71. L'article 12 du projet d'Accord SITPROSA se fonde sur une approche similaire. Il dispose en effet que chaque partie garantit que tout message d'échange de données commerciales émanant du réseau EDI sous son contrôle aura pour elle force exécutoire. De même, l'article 8 de l'Accord FINPRO/CMEA est libellé comme suit :

“Dans le cadre d'un échange de données informatisées, la valeur légale des documents est fonction de la légalité des documents originaux et de la légalité de l'acte.”

72. On trouve également des dispositions reconnaissant la valeur juridique des messages EDI dans le contrat CIRECREDIT (art. 2) et dans l'Accord de Québec (art. 6.3.(1)).

Valeur juridique des contrats passés par EDI

73. Certains accords types énoncent expressément que les contrats formés par échange de données électroniques ont valeur juridique. C'est par exemple l'approche retenue dans le projet d'Accord TEDIS (art. 10.1) : “Les parties acceptent que les transactions conclues par échange de messages EDI sont valables entre elles”. Une telle disposition établit une distinction entre la question de la validité du contrat et celle de sa valeur probante, qui est traitée dans le projet d'Accord TEDIS sous la rubrique générale de l'“admissibilité et valeur probante des messages EDI” (voir le paragraphe 80 ci-après).

74. On notera que tous les accords types ne considèrent pas comme des questions distinctes la validité des contrats formés par échange de messages EDI (comme le fait le projet d'Accord TEDIS mentionné ci-dessus) et le caractère exécutoire de ces contrats, ou d'autres actes juridiques formés par échange de messages EDI. Cela tient aux approches différentes adoptées par les systèmes juridiques nationaux, ainsi qu'aux pratiques différentes en matière de rédaction de textes légaux. La plupart des systèmes juridiques comportent des règles différentes pour déterminer si un contrat a été créé et est valide et pour spécifier comment l'existence et la teneur dudit contrat peuvent être prouvées devant les tribunaux. Toutefois, certains systèmes juridiques tendent à souligner que le caractère exécutoire d'un contrat est normalement la conséquence d'une création valide. D'autres insistent davantage sur le fait qu'un contrat est exécutoire dans les faits si l'on peut donner des preuves acceptables de sa teneur. Les accords types rédigés dans ces systèmes juridiques comportent donc des règles sur le caractère exécutoire qui traitent essentiellement de l'admissibilité des preuves devant les tribunaux, ainsi que d'autres règles insistant sur l'importance de la preuve des actes juridiques formée par échange de messages EDI.

75. L'Accord EDICC est l'exemple même d'un accord type traitant essentiellement du caractère exécutoire des contrats en énonçant des règles relatives à la preuve. Son article 6.04, “Force exécutoire”, est libellé comme suit :

“Les parties conviennent que chaque document reçu par le destinataire est réputé constituer un mémorandum établi par écrit, signé et remis par l'expéditeur dudit document ou en son nom aux fins de tout règlement ou règle de droit exigeant qu'un contrat soit attesté par un mémorandum écrit ou établi par écrit, ou que tout mémorandum écrit de ce type soit signé et/ou remis.”

76. L'Accord ABA donne un autre exemple de disposition sur la valeur légale des contrats formés par échange de messages EDI faisant référence aux règles de droit locales. Son article 3.3.3 est libellé comme suit :

“. . . l'utilisation de documents signés correctement transmis conformément audit Accord doit refléter, à toutes fins juridiques, un mode de négociation et un mode d'action acceptés par les parties . . .”

Dans cet exemple, référence est faite aux règles nationales énoncées dans le Code de commerce uniforme (voir le paragraphe 70 ci-dessus), à savoir la section 1-205 qui dispose que l'usage des parties à une transaction doit être considéré comme établissant entre elles une base commune d'interprétation de leurs expressions et de leurs actes. Il est également fait référence à la section 2-208, qui dispose que toutes les modalités d'exécution expressément ou tacitement acceptées pourront être invoquées afin de déterminer le contenu de l'accord.

2. Renonciation à des droits dans le cadre de communications EDI

77. La deuxième approche, qui peut être décrite comme une “stratégie de renonciation”, se fonde sur la renonciation mutuelle par les parties aux droits qu'elles pourraient avoir de contester la validité ou la force exécutoire d'une transaction EDI en vertu de dispositions de la loi applicable¹⁸. Ainsi, l'Accord ABA (art. 3.3.4), se référant aux règles juridiques relatives à la preuve qui exigent que certains contrats doivent être attestés par écrit, énonce ce qui suit :

“Les parties conviennent de ne pas contester la validité ou la force exécutoire de documents signés en s'appuyant sur les dispositions d'une loi applicable portant sur le point de savoir si certains accords doivent être écrits et signés par la partie qui sera ainsi liée. Si les documents signés sont présentés comme preuve littérale dans une procédure judiciaire, une procédure d'arbitrage ou de conciliation ou un contentieux administratif, ils seront recevables pour les parties dans la même mesure et dans les mêmes conditions que d'autres dossiers commerciaux établis et tenus à jour sous forme de documents. Aucune partie ne pourra contester la recevabilité d'exemplaires des documents signés en vertu soit de la dérogation à la règle de preuve par ouï-dire prévue pour les dossiers commerciaux, soit de la règle de la meilleure preuve en faisant valoir que les documents signés n'ont pas été établis et tenus à jour sous forme documentaire.”

L'article 6.04 de l'Accord EDICC est libellé comme suit :

“Chaque partie reconnaît que, dans toute procédure judiciaire entre les parties relative à un contrat, elle renonce expressément par le présent accord à tout droit de se prévaloir d'une exonération de responsabilité en invoquant l'absence d'un mémorandum par écrit ou d'une signature.”

¹⁸Voir *The Commercial Use of Electronic Data Interchange — A Report* (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 56. Egalement publié dans *The Business Lawyer*, vol. 45, n° S, juin 1990, p. 1680.

78. Le projet d'Accord TEDIS (art. 10.1), se référant à l'invalidité possible d'un contrat, comporte une disposition légèrement différente qui est libellée comme suit :

"Les parties . . . renoncent expressément au droit d'introduire toute action visant à annuler une transaction conclue entre elles du seul fait que la transaction est conclue par une opération du système d'information."

3. Valeur probante des messages EDI

a) Règles contractuelles relatives à l'admissibilité

79. La validité de normes convenues en privé relatives à l'admissibilité des preuves en cas de litige était auparavant source de controverses. Il semble maintenant largement admis que, dans les systèmes de *common law* comme dans les systèmes de droit continental, des conventions commerciales privées sur l'admissibilité sont valides ou, du moins, ne sont pas interdites dans l'absolu.

80. L'article 11 du projet d'Accord TEDIS est libellé comme suit :

"En cas de litige, l'admissibilité à titre de preuve des messages échangés et conservés selon les dispositions de la présente convention ne sera pas mise en cause par les parties."

81. L'article 7.04 de l'Accord EDICC, se fondant sur sa définition du "Journal des opérations" ("enregistrement de tous les documents et autres communications échangés entre les parties par l'intermédiaire du réseau EDI"), dispose ce qui suit :

"Chaque partie reconnaît qu'une copie de l'enregistrement permanent du Journal des opérations certifiée conforme de la manière prévue dans le présent Accord est recevable dans toute procédure judiciaire, administrative ou autre entre les parties comme commencement de preuve de l'exactitude et de la complétude du contenu du Journal au même titre qu'un document original établi par écrit, et chaque partie renonce expressément à tout droit d'opposer une objection à la présentation comme preuve d'une copie permanente dûment certifiée du Journal des opérations."

82. On trouve des dispositions similaires dans l'Accord de Québec (art. 6.3(2)) et dans le projet d'Accord SITPROSA (art. 18). De même, la clause 8 des Directives ODETTE dispose ce qui suit :

"En cas de litige entre elles ou pour toute autre raison, les parties ne s'opposent pas à la recevabilité d'un journal, tel que celui qui est mentionné à la clause 6, sous quelque forme qu'il soit présenté."

83. Quel que soit le libellé utilisé dans les arrangements contractuels à propos de la recevabilité des preuves entre les parties à un accord de communication EDI, il faut noter qu'un accord de communication ne peut servir à résoudre les problèmes liés à l'attestation de transactions EDI à l'égard de tiers. Ces problèmes se posent notamment lorsque la législation nationale exige qu'un document écrit soit établi à des fins de comptabilité ou de fiscalité ou pour tout

autre motif réglementaire et lorsque le tiers est une administration publique (voir A/CN.9/333, par. 38 à 41). Toutefois, on notera que cette difficulté a déjà été surmontée dans la pratique par le biais d'accords spéciaux, licences ou tolérances octroyées par les pouvoirs publics et autorisant la tenue des dossiers comptables et autres sur ordinateur. Dans certains cas, le problème fait l'objet de dispositions législatives particulières. Le problème des droits et obligations des tiers se posera sans doute aussi dans le domaine commercial lorsque doivent être formés des contrats entre partenaires commerciaux qui sont parties à des réseaux EDI différents. Dans ce domaine, les cas où interviendront différents réseaux EDI seront sans doute de plus en plus fréquents au fur et à mesure que l'EDI se développera et que l'on passera de réseaux fermés à un environnement plus ouvert, notamment par le biais de systèmes d'intégration¹⁹ mettant en contact différents réseaux.

b) L'exigence d'un original

84. Dans de nombreux systèmes juridiques, il existe une règle générale en matière de preuve : les documents et autres pièces doivent être présentés devant un tribunal sous leur forme originale, afin qu'il soit certain que les données présentées soient bien des données originales (voir A/CN.9/265, par. 43 à 48). Plusieurs accords types donnent une définition contractuelle du document original, se fondant sur la "stratégie de définition" adoptée pour écarter l'exigence d'un écrit. Par exemple, l'article 3.3.2 de l'Accord ABA est libellé comme suit :

"Tout document ('Document signé') est réputé à toutes fins utiles . . . constituer un document 'original' lorsqu'il est imprimé à partir de fichiers ou de dossiers électroniques constitués et tenus à jour dans le cours normal des affaires."

Se fondant sur une approche similaire, le contrat CIRECREDIT (art. 2) comporte une disposition indiquant que les parties considéreront les documents EDI qu'elles échangent comme des documents originaux. On trouve une disposition ayant le même objet dans l'Accord EDICC (art. 7.04) et dans l'Accord de Québec (art. 6.3).

85. On notera qu'au moins dans un pays de droit continental les juristes ont exprimé des doutes quant à la possibilité d'énoncer une définition contractuelle valide de l'original qui s'écarte d'une disposition législative indiquant les circonstances limitées dans lesquelles une copie peut être substituée à l'original normalement requis et avoir la même force probante²⁰.

c) Authentification des messages EDI

86. La question de l'authentification des documents est traitée dans la plupart des accords types. On se rappellera (voir A/CN.9/333, par. 50 à 59) que diverses techniques ont été mises au point pour authentifier les documents

¹⁹De nouvelles techniques sont actuellement élaborées afin de mettre sur pied un environnement électronique intégré. On notera en particulier l'initiative concernant l'acquisition et l'appui logistique assistés par ordinateur (CALS) aux Etats-Unis.

²⁰Voir A. Bensoussan in *La gazette de la télématique et de la communication interentreprises*, n° 11, printemps 1991, p. 20.

transmis électroniquement. Pour ce qui est de l'identification de l'appareil de transmission, les systèmes de télécommunication par télex et par ordinateur recourent souvent à des procédures de confirmation et à des clefs de contrôle afin de vérifier la source du message. Des techniques combinant plusieurs clefs peuvent être utilisées pour identifier l'opérateur de la machine assurant la transmission.

87. Il existe diverses clauses types relatives à la vérification de l'identité de l'expéditeur et de l'intégrité du message. Par exemple, l'article 1.5 de l'Accord ABA est libellé comme suit :

"Chaque partie adopte pour signature un indicatif électronique composé de symboles et de codes qui doivent être apposés ou doivent figurer sur chaque document transmis par ladite partie ('signatures'). Chaque partie reconnaît que toute signature apposée par elle ou figurant sur tout document transmis est suffisante pour vérifier que ce document émane bien de ladite partie."

On notera que cette disposition s'inscrit dans le cadre du Code de commerce uniforme (art. 1-201), qui donne une définition de la "signature".

88. Le projet d'Accord TEDIS (art. 7.2) fait référence à la notion de "vérification des messages", qui semble englober à la fois l'identification de l'expéditeur et la vérification de la teneur du message. Cet article 7.2 est libellé comme suit :

"Outre les éléments de contrôle des messages EDI prévus par la norme UN/EDIFACT, les parties conviendront des procédures, moyens ou méthodes à utiliser pour assurer la vérification des messages. La vérification des messages comprend notamment l'identification, l'authentification, la vérification de l'intégrité des messages et la non-répudiation des messages, au moyen d'une signature digitale ou de tout autre moyen ou procédure destinés à établir l'authenticité des messages. . . ."

89. Pour ce qui est des problèmes liés à l'authentification, il est clair que, pour être acceptables sur le plan juridique, les techniques d'EDI doivent se conformer à des normes très strictes, afin que l'identité de l'expéditeur, l'autorisation qui lui a été donnée et l'intégrité du message puissent être juridiquement certaines. Toutefois, il faut noter que le coût des différentes méthodes d'authentification est très variable. Il est possible de donner promptement un accusé de réception fiable pour un coût insignifiant. Pour un coût un peu plus élevé, dû à un traitement informatique plus important, il est possible de vérifier que le message reçu ne comporte pas d'erreur de communication. Pour un coût encore plus grand, il existe des techniques de codage permettant, pour une opération unique, de vérifier l'identité de l'expéditeur et de s'assurer que le message n'a pas été modifié. On pourrait donc suggérer que, lorsqu'elles appliquent un accord de communication EDI dans le cadre de leurs relations commerciales, les parties s'assurent que toutes les méthodes de vérification sont appropriées et que leur coût est raisonnable, au vu de la nature des messages effectivement échangés. On trouve rarement dans des accords types une telle référence au caractère raisonnable de la méthode de vérification. Toutefois, elle figure dans une disposition de l'Accord ABA (art. 1.4)

pour une autre question, l'obligation qu'a chaque partie de vérifier que l'expéditeur du message a été dûment autorisé. Cet article 1.4 est libellé comme suit :

"Chaque partie utilise comme il convient les procédures de sécurité . . . qui sont raisonnablement suffisantes pour garantir que toutes les transmissions de documents sont autorisées et empêcher qu'il soit possible d'accéder à ses dossiers d'affaires et à ses données commerciales par des moyens détournés."

L'Accord UK-EDIA (art. 4.2) et l'Accord NZEDIA (art. 4.2) tiennent également compte du fait que les parties souhaiteront peut-être convenir de différents niveaux d'authentification pour vérifier le message ou s'assurer que le message est complet et authentique.

d) *Force probante des enregistrements informatiques*

90. Presque tous les accords types comportent une disposition indiquant que les parties sont obligées de tenir un dossier ou un "journal" des messages EDI. Afin de résoudre les problèmes liés à l'admissibilité des enregistrements informatiques, certains accords de communication disposent que les méthodes d'enregistrement utilisées doivent permettre de préserver les messages expédiés et reçus dans leur format original, prévoir un journal chronologique des messages reçus et expédiés et garantir que les messages EDI enregistrés sont accessibles sous une forme lisible, par exemple grâce à une imprimante.

91. On trouve des dispositions concernant l'obligation de tenir un journal dans le Contrat EDICC et dans les Directives ODETTE (voir les paragraphes 81 et 82 ci-dessus), dans l'Accord UK-EDIA (art. 7), dans l'Accord NZEDIA (art. 7), dans l'Accord CIRECREDIT (art. 7) et dans l'Accord FINPRO/CMEA (art. 6). Par exemple, l'article 8 du projet d'Accord TEDIS est libellé comme suit :

"8.1 Chaque partie tient et conserve un journal complet et chronologique, le 'journal des données', et y enregistre tous les messages EDI expédiés et reçus, dans leur format de transmission original.

8.3 Nonobstant l'application de toutes exigences légales ou réglementaires nationales y relatives, lorsque le journal des données est tenu et conservé sous forme d'enregistrement informatique ou électronique, les parties veilleront à pouvoir retrouver facilement chaque message EDI enregistré. Les messages EDI ainsi conservés doivent pouvoir être lisibles et, le cas échéant, en mesure d'être imprimés."

B. *Autres problèmes juridiques liés à la formation de contrats*

1. *Accusé de réception des messages*

92. La plupart des règles types et accords de communication comportent des dispositions spéciales exigeant une utilisation systématique d'"accusés de réception fonctionnels" (voir A/CN.9/333, par. 48 et 49). L'accusé de réception d'un message ne fait que confirmer que le message est entre les mains du destinataire et ne doit pas être confondu avec une action du destinataire entérinant le contenu du message.

2. Consentement, offre et acceptation

93. On trouve rarement dans les accords types des dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation. On en trouve toutefois une dans l'Accord EDICC (art. 6.02), qui est libellée comme suit :

“Nonobstant toute disposition contraire de l'Accord de fourniture, la transmission et la réception de tous les documents formant un contrat constituent une offre d'acquiescer ou de fournir les produits ou services spécifiés dans ledit contrat, ainsi qu'une acceptation de cette offre.”

Cette disposition ne doit pas être confondue avec d'autres dispositions relatives à l'accusé de réception des messages (voir par. 92 ci-dessus). Le commentaire officiel (voir TRADE/WP.4/R.732, p. 16) précise que cette disposition est incluse dans l'accord type afin que l'utilisation par les parties du réseau EDI pour transmettre des informations concernant les actions de promotion, les produits ou les services, les prix ou d'autres informations hors contrat n'ait pas d'effets ni de conséquences juridiques non prévus. L'article 6.02 dispose que, sauf si les données sont présentées dans les formes techniquement requises pour avoir valeur de document, elles demeurent de simples messages “commerciaux”, sans conséquence juridique.

94. Sur le plan des principes, les questions de l'offre et de l'acceptation peuvent se révéler d'une importance particulière dans un environnement EDI, car l'EDI offre de nouvelles possibilités d'automatiser le processus de prise de décisions (voir A/CN.9/333, par. 60 à 64). Cette automatisation peut accroître le risque, faute d'un contrôle direct exercé par les propriétaires des machines, de voir un message expédié ou un contrat formé, qui ne reflètent pas l'intention réelle d'une ou de plusieurs parties au moment de la formation du contrat. Elle accroît également le risque, lorsqu'un message est créé qui ne reflète pas l'intention de l'expéditeur, que cette erreur ne soit détectée ni par l'expéditeur, ni par le destinataire, avant qu'il ne soit donné suite au contrat formé par erreur. Les conséquences d'une telle erreur dans la création d'un message peuvent donc être plus grandes avec l'EDI qu'avec les moyens traditionnels de communication.

3. Conditions générales

95. On se rappellera (A/CN.9/333, par. 65 à 68) qu'en ce qui concerne les conditions générales d'un contrat la principale difficulté tient à la mesure dans laquelle ces conditions peuvent être opposées à l'autre partie contractante. Dans nombre de pays, les tribunaux se demanderont si l'on peut raisonnablement déduire du contexte que la partie à laquelle on oppose les conditions générales a eu la possibilité de s'informer de leur teneur, ou si l'on peut considérer que ladite partie a expressément ou implicitement accepté de ne pas s'opposer à leur application partielle ou totale.

96. L'EDI n'est ni doté des moyens, ni même conçu pour transmettre toutes les clauses juridiques des conditions générales figurant au verso des bons de commande, accusés de réception et autres documents sur papier utilisés par des

partenaires commerciaux. On peut pallier cette lacune en incorporant les conditions standard dans l'accord de communication conclu entre les partenaires commerciaux. Par exemple, l'article 6.03 de l'Accord EDICC est libellé comme suit :

“Chaque contrat constitué entre les parties se compose des documents reçus par l'intermédiaire du réseau EDI et englobe, tout en y étant subordonné, les dispositions du présent Accord et celles de l'Accord de fourniture. . . .”

Le commentaire officiel explique cette disposition comme suit :

“Avant de conclure le présent Accord, les parties auront normalement consigné les clauses de leur opération dans un accord-cadre, ou par l'échange de formulaires types de contrats. Si un différend avait alors surgi au sujet des clauses et conditions de leurs contrats, le tribunal ou l'arbitre auraient tenté de le régler par renvoi à ces formulaires types. Cette disposition facultative s'adresse aux parties qui joignent d'anciens formulaires types comme annexes [aux contrats qu'elles concluent par des moyens électroniques]. Le résultat recherché est que leur situation juridique ne soit pas modifiée par l'adoption de l'EDI comme support de communication. Cependant, chaque fois que cela est possible, les parties devraient s'efforcer d'accorder les clauses et conditions de leurs contrats en les intégrant dans un accord-cadre unique signé par elles. Cela devrait non seulement faciliter le règlement des différends, mais aussi, sans doute, empêcher nombre de sources éventuelles de différends de créer des difficultés pour les parties.”

4. Date et lieu de la formation du contrat

97. Pour des raisons pratiques, les parties à un contrat ont intérêt à connaître le lieu et la date de formation du contrat. Une fois le contrat formé, les parties sont liées par les obligations légales dont elles sont convenues, et le contrat peut commencer à produire ses effets. Dans les différents systèmes juridiques, on se fondera sur le moment où le contrat est formé pour déterminer certains points tels que le moment où l'auteur de l'offre n'est plus autorisé à retirer son offre, et le destinataire de l'offre son acceptation; le point de savoir si une loi entrée en vigueur pendant les négociations s'applique; le moment de la cession du titre et du transfert du risque de perte ou d'endommagement en cas de vente d'un bien identifié; le prix, lorsqu'il doit être déterminé en fonction du prix du marché au moment de la formation du contrat. Dans certains pays, le lieu où se forme le contrat peut aussi être un élément important lorsqu'il s'agit de déterminer les pratiques applicables, le tribunal compétent en cas de litige et la loi applicable en droit international privé (voir A/CN.9/333, par. 69).

98. Lorsqu'elles veulent traiter de la question de la date et du lieu de la formation du contrat dans le contexte de relations EDI, les parties ont souvent la possibilité de choisir entre la règle de l'émission et la règle de réception, qui sont les deux solutions les plus couramment retenues dans les systèmes juridiques (voir A/CN.9/333, par. 72 à 74). De fait, il s'agit là d'une des importantes questions qui peuvent

normalement être réglées dans un accord de communication, en l'absence de dispositions impératives de la loi.

99. On trouve par exemple dans le projet d'Accord TEDIS (art. 10.2) une disposition relative à la date et au lieu de formation du contrat qui est libellée comme suit :

“En ce qui concerne la formation des contrats, un contrat par EDI sera considéré conclu au moment et au lieu où le message EDI constituant l'acceptation d'une offre est mis à la disposition du système d'information du destinataire (règle de la réception).”

100. Il y a une disposition similaire dans l'Accord EDICC, qui définit comme suit la “bonne réception” et l'effet juridique des messages EDI :

“Un document est considéré comme ayant été bien reçu lorsque le récepteur y a accès sur son ordinateur récepteur. Aucun document n'a d'effet juridique tant qu'il n'a pas été reçu.”

5. Responsabilité en cas de défaillance ou d'erreur dans la communication

101. Une question qui n'est pas directement liée à la formation des contrats doit néanmoins être traitée dans le cadre contractuel d'une relation EDI : il s'agit de déterminer quelle partie supportera le risque en cas de défaillance dans la transmission d'une offre, d'une acceptation, ou d'une autre forme de communication devant avoir un effet juridique, telle qu'un ordre de remettre les marchandises à un tiers. On notera que les accords types traitent en général des cas de défaillance et d'erreur de communication dans la même disposition.

102. L'article 12 du projet d'Accord TEDIS est libellé comme suit :

“Chaque partie sera responsable pour tout dommage direct résultant de tout manquement délibéré à la présente convention, ou de toute défaillance, retard ou erreur dans la transmission, réception ou exécution de tout message. Aucune partie ne sera responsable envers une autre pour un dommage incident ou conséquent résultant d'un tel manquement, défaillance, retard ou erreur.

Les obligations de chaque partie imposées par le présent accord EDI seront suspendues durant le temps et dans la mesure où une partie est empêchée ou retardée d'exécuter lesdites obligations par force majeure.

Dès qu'une partie a connaissance de toutes circonstances ayant pour conséquence une défaillance, un retard ou une erreur, elle en informera immédiatement l' (les) autre(s) partie(s) et fera le plus grand effort en vue de communiquer par autres moyens.”

103. Le projet d'Accord SITPROSA a adopté une approche quelque peu différente. Son article 16 est libellé comme suit :

“16.1 Le risque et la responsabilité en cas de transmission fautive et le préjudice en résultant sont à la charge de l'Expéditeur :

a. sous réserve des exceptions énoncées dans la clause 16.2; et

b. à condition que l'Expéditeur ne soit pas responsable pour tout dommage indirect autre que ceux pour lesquels il serait responsable en cas de rupture du contrat en vertu du Contrat principal, ou que ceux qui ont été expressément convenus.

16.2 Bien qu'il soit responsable de la complétude et de l'exactitude du message d'échange de données commerciales, l'Expéditeur ne sera pas responsable des conséquences imputables au fait qu'il aura été donné suite au message lorsque :

a. l'erreur est raisonnablement évidente et aurait dû être détectée par le destinataire;

b. les procédures convenues d'authentification ou de vérification n'ont pas été respectées.”

6. Titre de propriété

104. Les questions propres au connaissance négociable sont traitées dans les Règles du CMI. Le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international étudie également la possibilité de définir une certaine forme de “connaissance électronique”. Deux questions se posent touchant les documents négociables dans un environnement EDI. Premièrement, la négociabilité et les autres caractéristiques des titres de propriété doivent-elles être adaptées dans un contexte électronique ? Deuxièmement, les questions liées au titre de propriété peuvent-elles être traitées dans le cadre d'un contrat ou de tout autre arrangement optionnel, ou faut-il faire appel à la loi ?

105. Les Règles du CMI envisagent un système qui préserve la fonction de négociabilité du connaissance électronique grâce au recours par le transporteur à un code secret (“clef confidentielle”). L'article 7 (“Droit de disposition et de transfert”) est libellé comme suit :

“a. Le Porteur est la seule partie qui peut, à l'égard du transporteur :

- i) réclamer la livraison des marchandises;
- ii) désigner le destinataire ou lui substituer tout autre destinataire, y compris lui-même;
- iii) transmettre le droit de disposition et de transfert à un tiers;
- iv) donner toutes instructions au transporteur sur tout autre sujet relatif aux marchandises conformément aux termes et conditions du contrat de transport, comme s'il était porteur d'un connaissance.

b. Toute transmission du droit de disposition et de transfert est effectuée :

- i) par une notification du Porteur au transporteur de son intention de transmettre son droit de disposition et de transfert à un nouveau Porteur pressenti; et
- ii) par confirmation par le transporteur du message de notification; après quoi

- iii) le transporteur transmettra au Porteur pressenti l'information visée à la règle 4 (à l'exception de la clef confidentielle); puis
- iv) ledit Porteur pressenti fera part au transporteur de son acceptation du droit de disposition et de transfert; enfin
- v) le transporteur annulera en conséquence la clef confidentielle ayant cours et attribuera au nouveau Porteur une nouvelle clef confidentielle.

c. Si le Porteur pressenti informe le transporteur qu'il n'accepte pas le droit de disposition et de transfert, ou s'abstient de faire part de son acceptation au transporteur dans un délai raisonnable, la transmission envisagée n'a pas lieu. Le transporteur en informe le Porteur, et la clef confidentielle en cours conserve sa validité.

d. La transmission du droit de disposition et de transfert telle que décrite ci-dessus a les mêmes effets qu'une transmission de ce droit intervenant en vertu d'un connaissance.

L'article 8 ("la clef confidentielle") est libellé comme suit :

"a. La clef confidentielle est unique pour chaque Porteur successif. Elle n'est pas transmissible par le Porteur. Le transporteur et le Porteur doivent chacun assurer la sûreté de la clef confidentielle.

b. Le transporteur a l'obligation d'envoyer un message électronique de confirmation au dernier Porteur à qui il a attribué une clef confidentielle, seulement quand ledit Porteur atteste la sûreté de la transmission contenant ledit message électronique en faisant usage de la clef confidentielle.

c. La clef confidentielle doit être indépendante et distincte de tout moyen utilisé par ailleurs pour identifier le contrat de transport, ainsi que de tout mot de passe ou code utilisé pour accéder au réseau informatique."

106. Toujours à propos des questions liées au titre de propriété dans un contexte EDI, d'aucuns sont favorables à l'utilisation de documents de transport négociables. C'est par exemple sur cette opinion que se fonde le premier projet de déclaration de politique générale de la CCI, selon laquelle :

"Nombre des 'obstacles' juridiques supposés à l'utilisation de l'EDI ne sont pas véritablement des obstacles; il s'agit plutôt d'habitudes commerciales bien ancrées qu'il faudra abandonner si l'on veut pouvoir utiliser l'EDI de la manière la plus avantageuse. . . . L'un de ces supposés obstacles est l'opinion erronée selon laquelle les opérations fondées sur des documents négociables représentés par des documents écrits et signés ne peuvent être traitées par l'EDI. Elles le peuvent, grâce au recours aux messages électroniques non négociables"²¹.

107. Pour ce qui est de savoir si un système électronique permettant la négociabilité de documents de transport peut

fonctionner de manière satisfaisante sur une base purement contractuelle, on peut se demander si toutes les personnes entre les mains desquelles le titre de propriété des marchandises passerait actuellement sous la forme d'un connaissance négociable sur papier seraient disposées ou aptes à devenir parties à un arrangement contractuel de réseau qui régirait les droits et obligations des parties à l'opération de transport elle-même. Pour les parties extérieures à l'arrangement de réseau, du moins, il semble nécessaire de recourir à la loi ou à une convention internationale.

108. A ce propos, un commentateur a noté que :

"Très probablement, on utilisera de moins en moins à l'avenir des documents de transport négociables. La pratique commerciale préférera le système du document de transport non négociable ou remplacera tout simplement le document de transport par un transfert électronique des informations pertinentes. Quoi qu'il en soit, il faudra toujours, dans le commerce international, transférer des droits du vendeur à l'acheteur dans le cadre d'un contrat de vente international. La seule solution satisfaisante consiste-t-elle à élaborer une convention internationale sur le transfert du titre de propriété des marchandises en transit d'un pays à un autre ? Très probablement, ces questions resteront centrales jusqu'à la fin du siècle actuel"²².

III. TRAVAUX QUE POURRAIT EFFECTUER LA COMMISSION

A. Accord type de communication

109. Il a été noté que nombre d'accords de communication ou directives pour la rédaction de tels accords avaient déjà été élaborés ou étaient en cours d'élaboration (voir le paragraphe 63 ci-dessus). Il a également été noté que ces documents variaient considérablement selon les besoins des catégories d'utilisateurs visés. On a souvent considéré que cette diversité était un obstacle à l'élaboration d'un cadre juridique satisfaisant pour l'utilisation commerciale de l'EDI. Toutefois, les études préliminaires établies par le Secrétariat, qui sont résumées dans le document A/CN.9/333 et dans le présent rapport, ne font pas apparaître qu'il soit nécessaire que toutes les relations EDI se développent selon un schéma juridique strictement uniforme. Au demeurant, une telle uniformité est sans doute impossible à réaliser, vu les différents types de relations commerciales qui sont et qui seront touchées par l'EDI. Toutefois, ces études préliminaires font également apparaître qu'il serait nécessaire de constituer un cadre général permettant de recenser les différents problèmes et de présenter un ensemble de principes juridiques et de règles juridiques fondamentales régissant les communications par l'EDI. Ces études permettent également de conclure qu'il serait possible, dans une certaine mesure, de constituer un tel cadre au moyen d'arrangements contractuels entre les parties à une

²¹Groupe de travail conjoint des aspects juridiques et commerciaux de l'EDI — Projet de déclaration de politique générale de la CCI sur le développement de l'EDI dans le commerce international (Document n° 460-10/Int. 14 Rev.2 de la CCI, Paris, 12 avril 1991).

²²Jan Ramberg, *The International Commercial Law Series*, vol. 1, "International Carriage of Goods: Some Legal Problems and Possible Solutions" (1988).

relation EDI. Il semble que les cadres contractuels qui sont actuellement proposés à la communauté des usagers de l'EDI sont souvent incomplets, incompatibles entre eux et inappropriés au plan international, car ils se fondent dans une large mesure sur les structures de la législation locale.

110. On notera que, bien que d'importants efforts soient actuellement déployés par différents organes techniques, instituts de normalisation et organisations internationales (voir par. 64 ci-dessus) en vue de préciser les questions liées à l'EDI, aucun des organismes qui s'intéressent essentiellement à l'harmonisation mondiale des règles juridiques n'a encore commencé de se pencher sur la question des accords de communication. Les Règles du CMI, qui constituent une tentative intéressante d'introduire le connaissance électronique, comportent une disposition de fond traitant des questions de la négociabilité dans un environnement électronique, mais elles ne traitent pas de toutes les questions juridiques que posent les communications entre partenaires commerciaux par l'EDI. La Commission des Communautés européennes, par le biais du Programme TEDIS, élabore actuellement un accord type qui sera d'un grand intérêt régional, mais qui n'est pas conçu pour une utilisation au plan mondial.

111. Afin d'assurer une harmonisation des règles fondamentales relatives à l'EDI, de manière à promouvoir l'EDI dans le commerce international (voir par. 3 ci-dessus), la Commission voudra peut-être étudier s'il serait bon d'élaborer un accord de communication type pour le commerce international. Une telle action de la part de la Commission revêtirait une importance particulière, car tous les systèmes juridiques y participeraient, y compris ceux des pays en développement qui connaissent déjà ou connaîtront bientôt les problèmes que pose l'EDI.

B. Autres travaux

112. Comme il a été noté dans plusieurs documents et lors de plusieurs réunions concernant l'EDI, par exemple lors de réunions du Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, on considère dans l'ensemble que, malgré les efforts que représentent la Recommandation de 1985 de la CNUDCI (voir le paragraphe 2 ci-dessus) et la Recommandation de 1979 de la Commission économique pour l'Europe (voir A/CN.9/333, par. 51), peu de progrès ont été faits sur la voie de la suppression des conditions impératives des législations nationales relatives à l'écrit et à la signature manuscrite. Le Comité norvégien des procédures commerciales (NORPRO) a avancé, dans une lettre au Secrétariat, que cela pourrait être dû au fait que la Recommandation de la CNUDCI dit qu'il serait nécessaire de mettre à jour les lois nationales, mais n'indique pas comment procéder. On se rappellera que le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe a décidé de mettre au point un questionnaire sur les obstacles juridiques à l'utilisation de l'EDI dans différents systèmes juridiques. Le Secrétariat suivra cette enquête et fera rapport à la Commission, afin que des travaux puissent éventuellement être entrepris sur la question.

113. Les travaux futurs pourraient peut-être également porter sur la question du remplacement des titres de propriété négociables (voir les paragraphes 104 à 108 ci-dessus), et notamment des documents de transport, par des messages EDI. Il s'agit là d'un domaine où il semble le plus urgent d'élaborer des dispositions législatives, vu le développement de l'EDI. La Commission voudra peut-être prier le Secrétariat d'étudier s'il serait souhaitable et possible d'établir un tel texte.