



Assemblée générale

Distr.: Générale
19 mai 2003

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-sixième session
Vienne, 30 juin-11 juillet 2003*

Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante et unième session**

(New York, 5-9 mai 2003)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction: délibérations antérieures du Groupe de travail	1-15	2
II. Organisation de la session	16-22	6
III. Résumé des délibérations et décisions	23-25	7
IV. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention	26-151	8
Observations générales	26-31	8
Article 1. Champ d'application	32-48	9
Article 2. Exclusions	49-64	13
Article 3. Champ d'application	65-69	16
Article 4. Autonomie des parties	70-75	17
Article 5. Définitions	76-77	18
Article 6. Interprétation	78-80	20
Article 7. Lieu de situation des parties	81-93	20
Article 8. Utilisation de messages de données dans la formation des contrats	94-108	24
Article 9. Invitations à l'offre	109-120	27
Article 10. Autres utilisations de messages de données [dans le cadre d'opérations internationales] [en rapport avec des contrats internationaux]	121-131	29
Article 11. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données	132-151	31

* Dates révisées.

** Le présent rapport n'a pu être présenté plus tôt en raison des dates tardives de la session du Groupe de travail.



I. Introduction: délibérations antérieures du Groupe de travail

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs proposés dans le domaine du commerce électronique. Trois sujets ont été suggérés comme éventuels domaines dans lesquels il serait souhaitable et possible que la Commission entreprenne des travaux: les contrats électroniques, considérés du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (“Convention des Nations Unies sur les ventes”)¹; le règlement en ligne des litiges; et la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l’industrie des transports.

2. La Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à examiner plus avant l’opportunité et la possibilité de travaux futurs sur ces sujets. Elle est convenue d’une manière générale que, lorsqu’il aurait achevé l’élaboration de la Loi type sur les signatures électroniques, le Groupe de travail devrait examiner, à sa trente-huitième session, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre sujet supplémentaire, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux que la Commission pourrait envisager à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001). Il a été convenu que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle et à procéder à un examen préliminaire de la teneur d’éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés². Le Groupe de travail a examiné ces propositions à sa trente-huitième session, en 2001, sur la base d’un ensemble de notes concernant une éventuelle convention destinée à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions internationales existantes (A/CN.9/WG.IV/WP.89), la dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90), et les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

3. Le Groupe de travail a eu des discussions approfondies sur les questions concernant les contrats électroniques (voir A/CN.9/484, par. 94 à 127). Il a conclu ses délibérations relatives aux travaux futurs en recommandant à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l’élaboration d’un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. En même temps, il est convenu de recommander à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires sur trois autres sujets qu’il avait envisagés: a) une étude complète des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux; b) une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques et les systèmes de publication et d’enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et c) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, afin de déterminer s’ils répondent aux besoins spécifiques de l’arbitrage en ligne (A/CN.9/484, par. 134).

4. À la trente-quatrième session de la Commission, en 2001, les participants ont largement appuyé les recommandations du Groupe de travail, estimant qu’elles constituaient une base solide pour les travaux futurs de la Commission. Cependant,

les vues divergeaient en ce qui concerne l'ordre de priorité à attribuer aux différents sujets. Certains estimaient qu'un projet visant à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les instruments existants devrait avoir la priorité sur les autres sujets, en particulier sur l'élaboration d'un nouvel instrument international sur les contrats électroniques. Il a été dit que les termes "écrit", "signature" et "document", ainsi que d'autres expressions analogues figurant dans les conventions établissant des règles juridiques uniformes et les accords commerciaux existants avaient déjà créé des obstacles juridiques et constituaient une source d'insécurité pour les opérations internationales effectuées par des moyens électroniques. Il ne faudrait pas retarder ni abandonner les efforts visant à éliminer ces obstacles en accordant un degré de priorité plus élevé aux questions concernant les contrats électroniques.

5. Cependant, l'opinion dominante a été favorable à l'ordre de priorité qui avait été recommandé par le Groupe de travail. Il a été souligné, à cet égard, que l'élaboration d'un instrument international sur les contrats électroniques et l'examen de moyens appropriés pour éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions établissant des règles juridiques uniformes et les accords commerciaux existants n'étaient pas incompatibles. Il a été rappelé à la Commission qu'il avait été convenu, à sa trente-troisième session, que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle ainsi qu'à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés³.

6. Des vues divergentes ont également été exprimées en ce qui concerne la portée des travaux futurs sur les contrats électroniques ainsi que sur le moment approprié pour commencer ces travaux. Selon un avis, ceux-ci devraient être limités aux contrats de vente de biens corporels. L'opinion contraire, qui a prévalu au cours des délibérations de la Commission, a été qu'il fallait charger le Groupe de travail d'examiner les questions relatives aux contrats électroniques dans le cadre d'un mandat étendu, sans limiter d'emblée la portée de ses travaux. Il a été entendu, toutefois, que les opérations impliquant des consommateurs et les contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle ne seraient pas examinés par le Groupe de travail. La Commission a pris note de l'hypothèse de travail préliminaire formulée par le Groupe de travail, à savoir que l'instrument à établir pourrait revêtir la forme d'une convention à part entière, qui devrait traiter largement des questions concernant la formation des contrats dans le commerce électronique (voir A/CN.9/484, par. 124), sans s'immiscer indûment dans le régime bien établi de la Convention des Nations Unies sur les ventes (A/CN.9/484, par. 95) et sans interférer inutilement avec le droit de la formation des contrats en général. Les membres de la Commission ont largement appuyé l'idée exprimée à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que, dans la mesure du possible, il ne faudrait pas traiter les opérations de vente sur l'Internet différemment de celles effectuées par des moyens plus traditionnels (A/CN.9/484, par. 102).

7. En ce qui concerne le calendrier des travaux futurs du Groupe de travail, on s'est déclaré favorable à ce que ceux-ci démarrent dès le troisième trimestre de 2001. Toutefois, des participants se sont dits fermement convaincus qu'il serait préférable que le Groupe de travail attende le premier trimestre de 2002, afin de donner aux États suffisamment de temps pour mener des consultations internes. La Commission a accepté cette suggestion et décidé que la première réunion du Groupe

de travail sur les contrats électroniques aurait lieu au cours du premier trimestre de 2002⁴.

8. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail a examiné une note du secrétariat sur certaines questions relatives aux contrats électroniques, contenant, dans son annexe I, un projet initial provisoirement intitulé “Avant-projet de convention sur les contrats [internationaux] conclus ou constatés au moyen de messages de données” (A/CN.9/WG.IV/WP.95). Il a en outre examiné une note du secrétariat transmettant les commentaires formulés par un groupe spécial d’experts de la Chambre de commerce internationale chargé d’examiner les problèmes soulevés dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.95 et les projets de dispositions figurant dans l’annexe I de ce document (A/CN.9/WG.IV/WP.96).

9. Le Groupe de travail a commencé ses délibérations par un examen de la forme et du champ d’application de l’avant-projet de convention (voir A/CN.9/509, par. 18 à 40). Il est convenu de ne pas aborder la question des exclusions avant d’avoir eu la possibilité d’étudier les dispositions concernant le lieu de situation des parties et la formation des contrats. En particulier, il a décidé d’examiner tout d’abord les articles 7 et 14, qui traitaient tous deux de questions relatives au lieu de situation des parties (A/CN.9/509, par. 41 à 65). Après avoir terminé l’examen initial de ces dispositions, le Groupe de travail est passé aux dispositions relatives à la formation des contrats figurant aux articles 8 à 13 (A/CN.9/509, par. 66 à 121). Il a conclu ses délibérations sur le projet de convention en examinant le projet d’article 15 (A/CN.9/509, par. 122 à 125). Il est convenu d’examiner les articles 2 à 4, traitant du champ d’application du projet de convention, et les articles 5 (Définitions) et 6 (Interprétation) à sa quarantième session. Il a prié le secrétariat d’établir, en se fondant sur ces délibérations et décisions, une version révisée de l’avant-projet de convention qui lui serait soumise pour examen du Groupe à sa quarantième session.

10. À sa quarantième session, le Groupe de travail a également été informé des progrès accomplis par le secrétariat en ce qui concerne l’étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux. Il a été informé que le secrétariat avait commencé l’étude en identifiant et en analysant, parmi les nombreux traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, les instruments relatifs au commerce. Le secrétariat avait recensé 33 traités susceptibles d’être pertinents pour l’étude et avait analysé les problèmes éventuels qui pourraient découler de l’utilisation des moyens électroniques de communication dans le cadre de ces traités. Les conclusions préliminaires du secrétariat en ce qui concerne ces traités sont présentées dans une note (A/CN.9/WG.IV/WP.94) qui a été soumise au Groupe de travail à sa trente-neuvième session, en mars 2002.

11. Le Groupe de travail a pris note des progrès accomplis par le secrétariat en ce qui concerne cette étude, mais n’a pas eu suffisamment de temps pour en examiner les conclusions préliminaires. Il a prié le secrétariat de demander aux États membres et aux États dotés du statut d’observateur de donner leur opinion sur l’étude et sur les conclusions préliminaires qui y étaient formulées, et aussi de récapituler ces opinions dans un rapport qu’il examinerait ultérieurement. Il a pris note d’une déclaration selon laquelle il était important que l’étude du secrétariat tienne compte des instruments relatifs au commerce en vigueur dans les diverses régions géographiques représentées à la Commission. À cette fin, il a prié le secrétariat de sonder d’autres organisations internationales, y compris les organisations du

système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales, sur le point de savoir s'il existait des instruments internationaux relatifs au commerce dont ces organisations ou leurs États membres étaient dépositaires et qu'elles aimeraient voir figurer dans cette étude.

12. La Commission a examiné le rapport du Groupe de travail à sa trente-cinquième session, en 2002. Elle a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait commencé à examiner le texte d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. Elle a réaffirmé qu'un tel instrument pourrait contribuer à faciliter l'utilisation de moyens modernes de communication dans le cadre d'opérations commerciales transfrontières et a félicité le Groupe de travail pour les progrès déjà réalisés à ce sujet. Toutefois, elle a également pris note des différents points de vue qui avaient été exprimés au sein du Groupe de travail en ce qui concerne la forme et le champ d'application de cet instrument, ses principes fondamentaux et certaines de ses principales caractéristiques. Elle a noté en particulier la proposition tendant à ce que les débats du Groupe de travail ne soient pas limités aux contrats électroniques, mais portent également sur les contrats commerciaux en général, quels que soient les moyens utilisés pour les négocier. Elle a estimé que les États membres et les États dotés du statut d'observateur qui participaient aux délibérations du Groupe de travail devraient disposer de tout le temps nécessaire pour tenir des consultations sur ces questions importantes. Elle a donc jugé qu'il serait peut-être préférable que le Groupe de travail reporte à sa quarante et unième session, qui se tiendrait à New York du 5 au 9 mai 2003⁵, l'examen d'un éventuel instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques.

13. En ce qui concerne l'étude des obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce, la Commission a réaffirmé son appui aux efforts qu'y consacrent le Groupe de travail et le secrétariat. Elle a prié le Groupe de travail de réserver la majeure partie de sa quarantième session, en octobre 2002, à un débat de fond sur les diverses questions qui avaient été soulevées dans l'étude initiale du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.94)⁶.

14. À sa quarantième session, tenue à Vienne du 14 au 18 octobre 2002, le Groupe de travail a examiné l'étude des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique parue sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.94. D'une manière générale, il a souscrit à l'analyse du secrétariat et a fait siennes les recommandations formulées par ce dernier (voir A/CN.9/527, par. 24 à 71). Il est convenu de recommander au secrétariat de donner suite aux suggestions tendant à élargir le champ de l'étude en la faisant porter également sur les obstacles au commerce électronique qui pourraient découler d'autres instruments dont d'autres organisations avaient proposé l'inclusion, et d'examiner avec ces organisations les modalités d'exécution des études nécessaires, compte tenu des contraintes que pourrait imposer au secrétariat sa charge de travail actuelle. À cet égard, il a invité les États membres à aider le secrétariat en recensant les experts compétents ou les sources d'informations pertinentes dans les divers domaines de compétence correspondant aux instruments internationaux en question.

15. Le Groupe de travail a utilisé le temps restant à sa quarantième session pour reprendre ses travaux sur l'avant-projet de convention, qu'il a commencés par une discussion générale sur le champ d'application de l'avant-projet de convention (voir

A/CN.9/527, par. 72 à 81). Il a ensuite examiné les articles 2 à 4, traitant du champ d'application du projet de convention, et les articles 5 (Définitions) et 6 (Interprétation) (A/CN.9/527, par. 82 à 126). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention, qu'il examinerait à sa quarante et unième session.

II. Organisation de la session

16. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante et unième session à New York du 5 au 9 mai 2003. Ont participé à la session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Honduras, Inde, Italie, Iran (République islamique d'), Japon, Kenya, Lituanie, Maroc, Mexique, Paraguay, Sierra Leone, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

17. Ont également participé à la session des observateurs des États ci-après: Arabie saoudite, Bélarus, Belgique, Danemark, Finlande, Gabon, Îles Marshall, Irlande, Koweït, Madagascar, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, République dominicaine, Saint-Siège, Sri Lanka, Suisse, Timor oriental et Turquie.

18. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Organisations du système des Nations Unies*: Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Union asiatique de compensation, Commission européenne et Banque mondiale;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission*: Association du barreau de la ville de New York (Commission du droit étranger et comparatif), Centre for International Legal Studies, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Association internationale des ports (AIP), Chambre de commerce internationale (CCI) et International Law Institute.

19. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: Jeffrey Chan Wah Teck (Singapour)

Rapporteur: Ligia Claudia González Lozano (Mexique)

20. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.99);

b) Note du secrétariat contenant une version révisée de l'avant-projet de convention et rendant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail à ses trente-neuvième et quarantième sessions (A/CN.9/WG.IV/WP.100);

c) Note du secrétariat transmettant les commentaires y relatifs d'un groupe d'étude mis en place par la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.101);

d) Note du secrétariat transmettant d'autres commentaires sur l'étude mentionnée au paragraphe 10, qui avaient été reçus d'États membres et observateurs, et d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales depuis la quarantième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.5 et 6).

21. Le Groupe de travail disposait en outre des documents de base suivants:

a) Rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-huitième, trente-neuvième et quarantième sessions (A/CN.9/484, A/CN.9/509 et A/CN.9/527, respectivement);

b) Notes du secrétariat sur les obstacles juridiques au développement du commerce électronique (A/CN.9/WG.IV/WP.89) et sur les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91), qui sont mentionnés au paragraphe 2;

c) Aspects juridiques du commerce électronique: proposition de la France (A/CN.9/WG.IV/WP.93);

d) Note du secrétariat contenant la version initiale de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.95) et les commentaires y relatifs formulés par un groupe spécial d'experts de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.96);

e) Note du secrétariat mentionnée au paragraphe 10 (A/CN.9/WG.IV/WP.94) et note du secrétariat transmettant des commentaires sur l'étude, reçus d'États membres et observateurs, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales (A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4) avant la quarantième session.

22. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention.
4. Obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Résumé des délibérations et décisions

23. Le Groupe de travail a repris l'examen de l'avant-projet de convention en tenant une discussion générale sur le champ d'application de ce dernier (voir par. 38 à 31).

24. Il a examiné les articles 1^{er} à 11 de la version révisée de l'avant-projet de convention figurant à l'annexe I de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.100).

Les décisions et délibérations du Groupe de travail concernant le projet de convention sont présentées à la section IV ci-après (voir par. 26 à 151). Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base de ces délibérations et décisions, une version révisée de l'avant-projet de convention en vue de son examen par le Groupe de travail à sa quarante-deuxième session, prévue provisoirement à Vienne du 17 au 21 novembre 2003.

25. Conformément à une décision prise à sa quarantième session (A/CN.9/527, par. 93), le Groupe de travail a également examiné à titre préliminaire la question de l'exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet de convention (voir par. 55 à 60). Il a également procédé à un échange de vues sur les liens qui existent entre le projet de convention et les efforts déployés par le Groupe de travail pour lever d'éventuels obstacles juridiques au commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international dans le contexte de l'examen préliminaire du projet d'article X, auquel il a convenu de procéder ultérieurement.

IV. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention

Observations générales

26. Le Groupe de travail a noté qu'à sa trente-neuvième session, tenue à New York du 11 au 15 mars 2002, il avait commencé ses délibérations concernant l'avant-projet de convention par un échange de vues général sur la forme et le champ d'application de ce dernier (voir A/CN.9/509, par. 18 à 40). Il était alors convenu de ne pas aborder la question des exclusions avant d'avoir eu la possibilité d'étudier les dispositions concernant le lieu de situation des parties et la formation des contrats, puis avait poursuivi ses délibérations en examinant tout d'abord les articles 7 et 14, qui traitaient tous deux de questions relatives au lieu de situation des parties (A/CN.9/509, par. 41 à 65). Après avoir terminé l'examen initial de ces dispositions, il s'était penché sur les dispositions relatives à la formation des contrats figurant aux articles 8 à 13 (A/CN.9/509, par. 66 à 121). Ses délibérations sur l'avant-projet de convention à cette session s'étaient achevées par un examen du projet d'article 15 (A/CN.9/509, par. 122 à 125).

27. Le Groupe de travail avait repris ses délibérations sur l'avant-projet de convention à sa quarantième session, tenue à Vienne du 14 au 18 octobre 2002 et avait de nouveau abordé des questions générales concernant le champ d'application de celui-ci (voir A/CN.9/527, par. 72 à 81). Il avait ensuite examiné les articles 2 à 4, traitant du champ d'application (A/CN.9/509, par. 82 à 104); l'article 5, qui définit les termes employés dans l'avant-projet (A/CN.9/509, par. 111 à 122); et l'article 6, qui énonce des règles d'interprétation (A/CN.9/509, par. 123 à 126). Il avait conclu ses délibérations en priant le secrétariat d'établir une version révisée de l'avant-projet de convention tenant compte de ces délibérations et décisions, pour examen à sa quarante et unième session.

Objet et nature de l'instrument

28. À la session en cours, le Groupe de travail a décidé de reprendre ses délibérations sur l'avant-projet de convention par un débat général sur le champ d'application.

29. Il a noté qu'un groupe d'étude de la Chambre de commerce internationale avait soumis de précieux commentaires sur le champ d'application et l'objet de l'avant-projet de convention (A/CN.9/WG.IV/WP.101). Il a été signalé qu'après la quarantième session du Groupe de travail, des entreprises de divers secteurs et de taille différente avaient été consultées au sujet de leur expérience des contrats électroniques et des problèmes que ceux-ci posaient dans la pratique afin de déterminer comment un instrument international pourrait accroître la sécurité juridique, l'objectif étant d'évaluer les besoins du monde des affaires en rapport avec la passation de contrats par voie électronique.

30. Il a été indiqué que ces consultations avaient permis de conclure principalement que les contrats électroniques ne différaient pas fondamentalement des contrats sous forme papier et que la plupart des problèmes qu'ils posaient pouvaient être réglés par le régime juridique s'appliquant aux contrats papier. Elles avaient également montré que ces problèmes tenaient en grande partie au fait que l'on manquait d'expérience en matière de passation de contrats par voie électronique et que l'on ignorait quelle était la meilleure manière de régler les problèmes en question. Il a donc été estimé qu'un instrument international ne serait peut-être pas la meilleure solution et que la sécurité juridique dans le domaine des contrats électroniques pourrait éventuellement être mieux garantie grâce à un ensemble de règles, de clauses types et de principes directeurs facultatifs susceptibles d'être élaborés à l'intention des utilisateurs conjointement par la CNUDCI et des organisations internationales non gouvernementales représentant le secteur privé. Cette solution aurait l'avantage d'être souple car elle permettrait aux entreprises d'adopter certains éléments desdites règles ou clauses types qui pourraient être facilement modifiés si nécessaire.

31. Le Groupe de travail s'est dans l'ensemble félicité des travaux entrepris par les organisations représentant le secteur privé, telles que la Chambre de commerce internationale, estimant qu'ils complétaient utilement ceux qu'il réalisait en vue d'élaborer une convention internationale. À son avis, ces travaux ne s'excluaient pas mutuellement, d'autant que l'avant-projet de convention traitait de règles qui figuraient habituellement dans les textes législatifs et qui, de ce fait, ne pouvaient être écartées par des dispositions contractuelles ou des règles facultatives.

Article premier. Champ d'application

32. Le texte du projet d'article était le suivant:

“1. La présente Convention s'applique [à toute information sous forme de messages de données qui est utilisée] [à l'utilisation de messages de données] dans le contexte [d'opérations] [de contrats] entre des parties ayant leurs établissements dans des États différents:

a) Lorsque ces États sont des États contractants;

[b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant]; ou

c) Lorsque les parties sont convenues qu'elle s'applique.

2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leurs établissements dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni [de l'opération] [du contrat], ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion [de l'opération] [du contrat].

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

Observations générales

33. Le Groupe de travail a noté que ce projet d'article reprenait pour l'essentiel le champ d'application tel que défini à l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il a également relevé que le projet d'article tenait compte de la décision qu'il avait prise à sa trente-neuvième session, à savoir que l'avant-projet de convention devrait être limité aux opérations internationales de manière à ne pas empiéter sur le droit interne (A/CN.9/509, par. 31).

34. À ce propos, des réserves ont été exprimées quant à la façon dont le champ d'application était défini dans le projet d'article. On a fait observer que, si l'avant-projet de convention devait avoir pour objet de supprimer les obstacles au commerce électronique susceptible de découler des instruments internationaux existants, tels que ceux mentionnés dans le projet d'article Y, son champ d'application devrait être aligné sur celui des instruments en question.

35. En réponse à ces observations, il a été souligné que l'avant-projet de convention ne visait pas seulement à adapter au commerce électronique les règles énoncées dans les instruments existants, car il pouvait s'appliquer à des contrats non encore régis par une convention internationale en vigueur. De ce fait, il pouvait avoir un champ d'application autonome. Le Groupe de travail est donc convenu que la façon dont le champ d'application était défini dans le projet d'article pouvait être retenue, mais qu'il devrait examiner au moment opportun les difficultés que pourrait soulever le lien entre ce projet de disposition et le projet d'article Y.

Paragraphe 1

36. Plusieurs intervenants ont demandé ce que signifiait le terme "opérations" employé dans le projet de paragraphe et dans d'autres dispositions et s'il était approprié pour décrire le champ d'application matériel de l'avant-projet de convention.

37. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa quarantième session, on avait estimé qu'il serait peut-être utile d'envisager d'élargir le champ d'application de l'avant-projet de convention de manière à y inclure non seulement la formation des contrats mais également l'utilisation de messages électroniques en relation avec l'exécution ou la résiliation des contrats. Le Groupe de travail avait en outre été invité à étudier la possibilité d'aborder non seulement les contrats électroniques ou les communications en relation avec des contrats mais également d'autres opérations effectuées par voie électronique, sous réserve des exclusions qu'il pourrait juger appropriées (A/CN.9/527, par. 77).

38. Bien que les membres du Groupe de travail aient été d'accord d'une manière générale pour étendre le champ d'application de l'avant-projet de convention de façon qu'il ne se limite pas à l'utilisation de messages de données pour la formation des contrats, l'emploi du mot "opérations" a suscité plusieurs objections. Il a été souligné que celui-ci n'était pas utilisé dans certains systèmes juridiques et qu'il pourrait avoir un sens excessivement large dans le contexte de l'avant-projet de convention. On a estimé que la définition du terme "opérations" qui était proposée dans l'alinéa 1) du projet d'article 5 n'était pas suffisamment précise pour éviter ces difficultés, s'agissant en particulier des "affaires publiques" qui, a-t-on dit, se situaient clairement en dehors du champ d'application qu'il était envisagé de donner à l'avant-projet de convention.

39. Compte tenu de ces observations, le Groupe de travail a marqué un temps d'arrêt pour envisager d'autres solutions possibles pour définir le champ d'application de l'avant-projet de convention. Il a notamment été proposé, et cette proposition a recueilli un certain appui, de remplacer le texte actuel par une référence à l'utilisation de messages de données "dans le contexte d'actes juridiques ou de contrats entre parties ayant leur établissement dans des États différents". Toutefois, on a invoqué à l'encontre de cette suggestion le fait que la notion d'"actes juridiques" n'était pas claire dans certains systèmes juridiques et qu'elle semblait étendre le champ d'application de l'avant-projet de convention à l'utilisation des messages de données dans des situations qui n'étaient pas de nature contractuelle, idée qui ne bénéficiait pas d'un consensus au sein du Groupe de travail à ce stade (voir également A/CN.9/527, par. 78). Il a également été proposé d'établir un lien entre la définition du champ d'application et les types d'utilisations des messages de données mentionnés dans le projet d'article 10. Toutefois, cette proposition a elle aussi suscité des objections, car elle pourrait aboutir à une définition circulaire du champ d'application de l'avant-projet de convention.

40. Il a ensuite été fait observer au Groupe de travail que la portée effective de l'avant-projet de convention pouvait être déduite de son dispositif et non du projet d'article premier, qui n'était destiné qu'à donner une indication générale de son champ d'application matériel. Il a été dit à cet égard que les mots "dans le contexte de contrats" utilisés dans le projet d'article premier étaient suffisamment larges pour couvrir la plupart voire la totalité des situations visées dans le projet d'article 10. Il a ensuite été proposé au Groupe de travail de conserver le membre de phrase actuellement utilisé dans le paragraphe 1 du projet d'article premier sans le mot "opérations" et de revenir sur la définition du champ d'application matériel une fois qu'il aura examiné le dispositif de l'avant-projet de convention, en particulier le projet d'article 10, en vue de déterminer si l'avant-projet devait s'appliquer à toute autre situation qui n'était pas couverte par le membre de phrase "dans le contexte de contrats" apparaissant dans le projet d'article. Le Groupe de travail a accepté cette suggestion.

41. Le Groupe de travail a ensuite entrepris de déterminer lequel des deux membres de phrase entre crochets (à savoir "[à toute information sous forme de messages de données qui est utilisée]" ou "[à l'utilisation de messages de données]") devrait être utilisé pour définir le champ d'application de l'avant-projet de convention. Il a été déclaré en faveur de la première option que l'emploi du mot "information" était conforme à l'objectif de la neutralité technique et couvrirait les situations où les parties employaient des techniques différentes. Cela serait très

important dans la pratique, étant donné que de nombreux contrats étaient conclus grâce à une combinaison de moyens tels que conversations orales, télécopies, documents papier, courriers électroniques et communications par Internet (voir A/CN.9/509, par. 34). Il a été dit en faveur de la seconde option que celle-ci était plus concise et évitait de répéter le mot “information”, qui apparaissait déjà dans la définition du terme “message de données” à l’alinéa a) du projet d’article 5. Comme on a estimé que le choix entre ces deux options était davantage une question de style que de fond, le Groupe de travail a décidé de les conserver toutes les deux pour l’instant et de revenir sur la question à un stade ultérieur.

42. En ce qui concerne l’alinéa b), qui figurait entre crochets, le Groupe de travail a noté que la règle qui y était énoncée avait pour origine les dispositions relatives au champ d’application de la Convention des Nations Unies sur les ventes et d’autres documents de la CNUDCI. Bien qu’il ait été proposé de supprimer cet alinéa, le Groupe de travail, à sa trente-neuvième session, avait décidé de le conserver afin d’en poursuivre l’examen (A/CN.9/509, par. 38). À sa session en cours, le Groupe de travail a décidé de supprimer les crochets entourant l’alinéa b) et d’examiner ultérieurement une proposition tendant à ajouter une disposition inspirée de l’article 95 de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui autoriserait un État contractant à exclure l’application de cet alinéa.

43. En ce qui concerne le projet d’alinéa c), le Groupe de travail a noté que la possibilité pour les parties de soumettre un contrat au régime de l’avant-projet de convention en l’absence d’autres facteurs de rattachement était prévue, par exemple, dans le paragraphe 2 de l’article premier de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (résolution 50/48 de l’Assemblée générale, annexe).

44. Le Groupe de travail a décidé d’attendre d’avoir examiné les dispositions de fond du projet de convention pour poursuivre ses délibérations sur ce point particulier.

Paragraphe 2

45. Il a été souligné que le projet de paragraphe 2 était inspiré d’une règle similaire énoncée dans le paragraphe 2 de l’article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui était applicable aux contrats internationaux si les deux parties étaient situées dans des États contractants de la Convention, mais qui ne l’était pas si ce fait ne ressortait ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties. En pareil cas, c’était la loi nationale et non la Convention des Nations Unies sur les ventes qui s’appliquait. Il a été dit que l’intégration d’une telle règle dans l’avant-projet de convention était une bonne chose, car il ne fallait pas contrarier les attentes légitimes des parties qui, en l’absence d’indication contraire manifeste, supposaient que leurs opérations étaient soumises à leur loi nationale.

46. Néanmoins, on s’est demandé si ce projet de paragraphe était indiqué dans le contexte du projet de convention, compte tenu en particulier du projet d’article 15 qui fait obligation aux parties de révéler leur établissement. Si une telle obligation était maintenue, les parties devraient normalement disposer de suffisamment d’éléments pour déterminer si un contrat est ou non international aux fins du projet de convention. Il a été dit que ce projet de paragraphe n’aurait de l’importance qu’en cas de manquement d’une partie au projet d’article 15. On a posé la question

de savoir si l'inapplicabilité de la convention constituerait la sanction la plus appropriée en cas de manquement à l'article 15.

47. Il a été répondu que le projet de paragraphe 2 de l'article premier n'avait pas pour objet de prévoir des sanctions en cas de manquement à l'article 15. En outre, étant donné que le Groupe de travail n'avait pas encore décidé de conserver le projet d'article 15, qui apparaissait entre crochets, on a estimé qu'il serait prématuré de modifier le libellé de ce projet de paragraphe. Le Groupe de travail a souscrit à ce point de vue et est convenu de revenir le cas échéant sur le paragraphe 2 après avoir pris une définition définitive concernant le projet d'article 15.

Paragraphe 3

48. Le projet de paragraphe 3 n'a pas suscité d'observations et a été conservé tel quel par le Groupe de travail.

Article 2. Exclusions

49. Le texte du projet d'article était le suivant:

Variante A

“La présente Convention ne s'applique pas aux [opérations liées aux] contrats suivants:

a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques, à moins que la partie offrant les biens ou les services, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censée savoir que ces biens et ces services étaient destinés à un tel usage;

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

c) [*Autres exclusions concernant, par exemple, les opérations immobilières, qui pourraient être ajoutées par le Groupe de travail.*] [Autres matières indiquées par un État contractant dans une déclaration faite conformément à l'article X].”

Variante B

“1. La présente Convention ne s'applique pas aux [opérations liées aux] [contrats suivants]:

a) [Contrats ayant pour objet] [d'autoriser] l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle;

b) [Autres exclusions concernant, par exemple, les opérations immobilières, qui pourraient être ajoutées par le Groupe de travail.] [Autres matières indiquées par un État contractant dans une déclaration faite conformément à l'article X].

2. La présente Convention ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs.”

Observations générales

50. Le Groupe de travail a noté que la variante A et la variante B se différenciaient essentiellement par la manière dont chacune excluait les questions de protection des consommateurs du champ d'application de l'avant-projet de convention. Alors que la variante A contenait une exclusion calquée sur l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, la variante B ne donnait aucune définition des opérations de consommation, disposant simplement que l'avant-projet de convention n'empiétait pas sur les règles de protection des consommateurs.

Opérations de consommation

51. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que l'avant-projet de convention ne devait pas porter sur les contrats de consommation au motif que ceux-ci étaient déjà régis par une abondante législation interne dans de nombreux États (A/CN.9/527, par. 83 à 85) et que la CNUDCI n'avait pas pour mission d'aborder les questions concernant les consommateurs.

52. Un certain soutien a été exprimé en faveur de la variante A à condition de supprimer tout ce qui figure après "domestiques" pour éviter l'incertitude liée à ce que la partie offrant les biens ou les services sait ou est censée savoir. Certains se sont dits favorables à cette proposition sous réserve que, pour assurer la protection des droits des consommateurs, on conserve également le libellé du paragraphe 3 de la variante B, à savoir "La présente Convention ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs".

53. Certaines délégations ont toutefois estimé qu'il serait prématuré de prendre une décision définitive, au stade actuel des discussions, sur la manière d'exclure les opérations de consommation. On a fait valoir que la question de l'inclusion ou non de ces opérations devait rester ouverte car l'avant-projet de convention était apparemment un instrument technique destiné à faciliter l'application de dispositions provenant d'autres instruments internationaux et de la législation interne. Il a été dit également que les consommateurs, tout comme les entreprises, avaient besoin de sécurité juridique dans le domaine des opérations de commerce électronique. De ce fait, la variante B devait être préférée car elle semblait assurer aux consommateurs le bénéfice de la sécurité juridique offerte par la future Convention sans le faire pour autant au détriment de la législation visant à les protéger.

54. Le Groupe de travail a pris note des différents avis exprimés, en particulier du refus réitéré de laisser subsister toute incertitude quant à l'exclusion des opérations de consommation du champ d'application de l'avant-projet de convention. Il a décidé que la question devait être étudiée plus avant une fois qu'il aurait examiné les dispositions du chapitre III.

Contrats de licence

55. Il a été noté que les deux variantes excluaient les contrats portant sur l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle, conformément à ce que le Groupe de travail avait initialement convenu, à savoir que les contrats de licence devaient être distingués des autres opérations commerciales et qu'il faudrait peut-être les exclure du champ d'application de l'avant-projet de convention (A/CN.9/527, par. 90 à 93).

56. Selon un point de vue, l'exclusion énoncée dans ce paragraphe devrait être maintenue afin d'éviter d'éventuels conflits avec les régimes existants en matière de propriété intellectuelle. Il a été dit qu'il fallait veiller à ce que la future convention n'entre pas en conflit avec les instruments internationaux existants relatifs à la protection des droits de propriété intellectuelle.

57. Selon l'opinion contraire, qui a recueilli un fort appui, dans la mesure où l'avant-projet de convention ne traitait pas de la propriété intellectuelle quant au fond, il n'était pas nécessaire d'exclure les contrats de licence. Il a également été dit que, comme l'avant-projet de convention portait sur l'utilisation de messages de données dans la formation des contrats et non sur la façon dont un contrat devait être exécuté, le fait d'exclure les contrats ayant trait aux droits de propriété intellectuelle pourrait priver ces contrats de la sécurité juridique que l'avant-projet visait à offrir. Il a été déclaré par ailleurs que, compte tenu de la façon peu restrictive dont elle était libellée, cette exclusion pouvait être interprétée comme s'appliquant à des contrats qui n'avaient pas principalement pour objet d'autoriser l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, mais qui accordaient néanmoins une telle autorisation dans le cadre d'une série de droits plus étendue. On a dit que divers types de contrats couramment utilisés dans certains secteurs tels que l'industrie des télécommunications étaient concernés alors que ces secteurs pourraient souhaiter par ailleurs que ces contrats bénéficient des dispositions de l'avant-projet de convention.

58. Ayant examiné les différents points de vue concernant cette question, le Groupe de travail est convenu de prier le secrétariat de demander aux organisations internationales compétentes telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Organisation mondiale du commerce de donner leur avis sur la question de savoir si le fait d'inclure dans le champ d'application de l'avant-projet de convention des contrats autorisant l'utilisation de droits de propriété intellectuelle afin d'admettre expressément l'utilisation de messages de données dans le contexte de ces contrats pourrait porter préjudice aux règles en vigueur en matière de protection des droits de propriété intellectuelle.

59. Compte tenu de ces discussions, le Groupe de travail est convenu de conserver entre crochets à la fois l'alinéa b) de la variante A et l'alinéa a) de la variante B du projet d'article 2, dans l'attente de consultations plus approfondies avec les organismes compétents. Il a estimé que la réponse à la question de savoir si une telle exclusion était ou non nécessaire dépendrait en fin de compte du champ d'application matériel de l'avant-projet de convention.

60. Le Groupe de travail a noté que, dans la mesure où ses travaux sur l'avant-projet de convention pourraient servir de point de départ pour éliminer les obstacles éventuels au commerce électronique dans les conventions internationales existantes telles que la Convention des Nations Unies sur les ventes, il pourrait envisager d'examiner une question qui avait suscité certaines divergences de vues dans le cadre de l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes, c'est-à-dire celle de savoir si cette Convention s'appliquait également aux opérations portant sur des "marchandises virtuelles" ou des "marchandises numériques". On a rappelé au Groupe de travail les interprétations différentes qui avaient été données du terme "marchandises" lors de l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes dans divers pays et les conclusions contradictoires auxquelles on était parvenu sur cette question. Le Groupe de travail a noté en outre que des travaux

étaient en cours au sein de l'OMC pour déterminer si les opérations électroniques à caractère commercial devaient être considérées comme des opérations commerciales portant sur des marchandises ou sur des services. Les résultats des travaux de l'OMC pourraient avoir une incidence sur la question soumise à l'examen du Groupe de travail. Afin de ne pas préjuger tout accord que les États pourraient conclure au sein d'un autre organisme et compte tenu du fait qu'aucune proposition concrète visant à modifier ou préciser la notion de "marchandises" aux fins de la Convention des Nations Unies sur les ventes n'avait été présentée, il a été convenu que le Groupe de travail ne poursuivrait pas l'examen de cette question."

Autres exclusions

61. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article pourrait contenir d'autres exclusions décidées par lui. Afin de lui faciliter l'examen de cette question, l'annexe II du projet initial (A/CN.9/WG.IV/WP.95) présentait, à titre indicatif et sans prétendre à l'exhaustivité, des exclusions habituellement prévues dans les lois internes sur le commerce électronique, exclusions qui avaient été proposées à sa quarantième session (A/CN.9/527, par. 95). La deuxième phrase de l'alinéa entre crochets était une variante qui éviterait d'avoir à élaborer une liste commune d'exclusions (A/CN.9/527, par. 96).

62. On a dit que les autres contrats devant être exclus par l'alinéa c) devraient être ceux concernant les opérations financières qui étaient énumérées dans la note 7 du document A/CN.9/WG.IV/WP.100, à savoir "les systèmes de paiement, les instruments négociables, les produits dérivés, les opérations de swap, les conventions de rachat, les devises, les valeurs mobilières et les marchés obligataires". Il a été dit que ces opérations étaient déjà régies par des dispositions bien définies, à caractère réglementaire et autre, et que, de ce fait, elles ne devaient pas entrer dans le champ d'application de l'avant-projet de convention. On a toutefois exprimé la crainte que l'exclusion des opérations financières ne contrarie les efforts visant à faciliter et à promouvoir l'utilisation du commerce électronique. On a estimé que ces opérations constituaient un domaine important dans lequel les moyens de communication électroniques étaient appelés à se développer.

63. On a également suggéré que les opérations immobilières, de même que les contrats faisant intervenir des tribunaux ou des autorités publiques et les contrats concernant le droit de la famille et le droit des successions soient exclus du champ d'application de l'avant-projet de convention.

64. Le Groupe de travail a pris note de ces suggestions. Il est convenu de revenir sur le projet d'article, éventuellement à une session ultérieure, une fois qu'il aura examiné le dispositif de l'avant-projet de convention.

Article 3. Champ d'application

65. Le texte du projet d'article était le suivant:

“La présente Convention ne concerne pas:

- a) La validité [de l'opération] [du contrat] ni d'aucune de ses clauses ni d'aucun usage [sauf s'il en est disposé autrement dans les articles [...]];
- b) Les droits et obligations des parties découlant [de l'opération] [du contrat] ou de l'une quelconque de ses clauses ou de tout usage;

c) Les effets que [l'opération] [le contrat] peut avoir sur la propriété des droits créés ou transférés par [l'opération] [le contrat].”

66. Il a été rappelé que les alinéas a) et c) étaient inspirés de l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il a été noté que cette disposition avait été incluse afin de préciser que la convention ne traitait pas des questions de fond soulevées par le contrat, lequel restait par ailleurs soumis à la loi qui le régissait (voir A/CN.9/527, par. 10 à 12). Le projet d'alinéa c) reprenait *mutatis mutandis* l'alinéa b) de l'article 4 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

67. Sur un point de rédaction, il a été dit que le membre de phrase “La présente Convention ne concerne pas” ne convenait pas et qu'il fallait le remplacer par une formulation telle que “La présente Convention est sans incidence sur les règles de droit interne relatives”.

68. Il a été rappelé au Groupe de travail que la convention avait pour objectif de fournir des normes d'équivalence fonctionnelle et de renforcer la sécurité juridique, en particulier pour les pays qui ne s'étaient pas dotés d'une législation régissant les moyens électroniques de communication. Il semblait toutefois y avoir une certaine contradiction entre l'alinéa a), tel qu'actuellement formulé, et l'article 14, qui était censé poser des critères permettant de déterminer si les conditions de forme étaient remplies, y compris en ce qui concerne la validité des contrats. On pourrait afin de clarifier le rapport entre les deux dispositions commencer le projet d'article 3 par un membre de phrase tel que “À l'exception des procédés et procédures concernant les messages de données relevant de la présente Convention, celle-ci est sans incidence”.

69. Le Groupe de travail a pris note de ces suggestions et a décidé de les examiner lorsqu'il reprendrait l'examen du projet d'article qu'il est convenu de reporter jusqu'à ce qu'il ait terminé ses délibérations sur les dispositions du chapitre III du projet de convention.

Article 4. Autonomie des parties

70. Le texte du projet d'article était le suivant:

“1. Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets [sauf dans les cas suivants...].

[2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une personne à utiliser ou à accepter [des informations sous forme électronique] [des messages de données], mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.]”

71. On a souligné que le paragraphe 1 était une clause standard qui apparaissait dans d'autres instruments internationaux pour poser les limites de l'instrument et le principe de l'autonomie des parties. Le paragraphe 2 avait été ajouté pour indiquer que les parties ne devaient pas être contraintes d'accepter, contre leur gré, des offres de contrat ou des acceptations d'offre par des moyens électroniques (A/CN.9/527, par. 108).

72. On a émis l'avis qu'il était essentiel que le droit d'une partie d'exclure l'application de la Convention ou d'y déroger ne devait pas être limité. On a donc

suggéré de supprimer les mots figurant entre crochets “sauf dans les cas suivants” de façon qu’il soit bien clair que le droit des parties d’exclure l’application de la Convention ou d’y déroger ou d’en modifier les effets n’était soumis à aucune restriction.

73. Selon un avis contraire, les crochets figurant au paragraphe 1 devaient être supprimés et le Groupe de travail devait décider quelles dispositions de la convention seraient obligatoires. Il a été dit que, dans sa formulation actuelle, l’article 4 était rédigé de façon trop lâche et risquait de permettre aux parties de faire fi des conditions de forme, contrevenant en cela aux dispositions du projet d’article 14. Dans la mesure où le projet d’article 14 prévoyait déjà des conditions minimales pour la reconnaissance de l’équivalence fonctionnelle, de façon à satisfaire aux conditions de forme obligatoires prescrites par la loi nationale, le projet d’article 4 ne devait pas permettre aux parties de tomber en deçà de ces conditions. On a souligné qu’une telle approche cadrerait avec des textes déjà adoptés par la CNUDCI, en particulier la Loi type sur les signatures électroniques (résolution 56/80 de l’Assemblée générale, annexe), qui disposait, en son article 5, qu’il ne serait pas possible de déroger à ses dispositions ou d’en modifier les effets par convention lorsqu’une telle dérogation ou modification serait “invalidé ou sans effets en vertu de la loi applicable”.

74. On a répondu que les restrictions apportées à l’autonomie des parties à l’article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques n’excluaient pas la possibilité pour toute personne d’établir la fiabilité d’une signature électronique par tout moyen autre que ceux visés à l’article 6, paragraphe 3, de la Loi type, comme l’indiquait clairement le paragraphe 4 a) du même article. La variante B du projet d’article 14 ménageait, a-t-on dit, la même souplesse. Si les modifications du projet d’article 4 proposées visaient à préserver l’applicabilité des conditions de forme obligatoires, une meilleure façon de parvenir à ce résultat serait sans doute de prévoir des exclusions appropriées dans le projet d’article 2. Restreindre l’autonomie des parties à l’article 4 ou prévoir une exclusion illimitée en faveur des conditions de forme nationales à l’article 3 seraient, a-t-on dit, des options inopportunes qui, si elles étaient acceptées, risqueraient de priver de sens le projet d’article 14.

75. Après avoir examiné les divers points de vue exprimés, le Groupe de travail a décidé qu’il reviendrait sur le projet d’article 4 lorsqu’il aurait terminé l’examen d’autres dispositions de la convention, en particulier du projet d’article 14.

Article 5. Définitions

76. Le texte du projet d’article était le suivant:

“Aux fins de la présente Convention:

a) Le terme ‘message de données’ désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l’échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie;

b) Le terme ‘échange de données informatisées (EDI)’ désigne le transfert électronique d’une information d’ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l’information;

c) Le terme ‘expéditeur’ désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est réputé avoir été envoyé ou créé avant d’avoir été éventuellement conservé, mais non la personne qui agit en tant qu’intermédiaire pour ce message;

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

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

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

g) Le terme ‘auteur de l’offre’ désigne une personne physique ou morale qui offre des biens ou des services;

h) Le terme ‘destinataire de l’offre’ désigne une personne physique ou morale qui reçoit ou relève une offre de biens ou de services;

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

j) Le terme ‘établissement’ désigne”

Variante A

“tout lieu d’opérations où une personne exerce de façon non transitoire une activité avec des moyens humains ou des biens ou des services;]”

Variante B

“le lieu où une partie mène une activité économique au moyen d’un établissement stable pour une durée indéterminée;]

[k] Les termes ‘personne’ et ‘partie’ englobent les personnes physiques et morales;]

[l] Le terme ‘opération’ désigne une action ou un ensemble d’actions exécutées par deux personnes ou plus dans la conduite d’entreprises, d’activités commerciales ou des affaires publiques;]

[m) Autres définitions que le Groupe de travail pourra souhaiter ajouter.]”

77. Le Groupe de travail a noté que les définitions figurant aux alinéas a) à d) et à l’alinéa f) étaient tirées de l’article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il a été dit qu’il serait préférable de traiter des questions que soulevaient toutes les définitions proposées dans le contexte des articles dans lesquels les mots ou expressions définis étaient utilisés. Le Groupe de travail a souscrit à ce point de vue et l’examen des définitions a donc été reporté.

Article 6. Interprétation

78. Le texte du projet d’article était le suivant:

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

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

79. Le Groupe de travail a noté que ce projet d’article était semblable à l’article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes et aux dispositions correspondantes d’autres instruments de la CNUDCI. Il a noté en outre que le membre de phrase final avait été placé entre crochets conformément à une demande qu’il avait formulée à sa quarantième session. Des dispositions similaires figurant dans d’autres instruments avaient été interprétées à tort comme autorisant le renvoi immédiat au droit applicable conformément aux règles de conflits de loi de l’État du for pour l’interprétation d’une convention, sans qu’il soit tenu compte des règles de conflit figurant dans cette convention (A/CN.9/527, par. 125 et 126).

80. Le Groupe de travail a décidé de conserver tel quel ce projet d’article en vue de l’examiner ultérieurement, une fois qu’il aura examiné les dispositions effectives du chapitre III de l’avant-projet de convention.

Article 7. Lieu de situation des parties

81. Le texte du projet d’article était le suivant:

“1. Aux fins de la présente Convention, une partie est présumée avoir son établissement au lieu géographique qu’elle a indiqué [conformément à l’article 15] [, sauf s’il est clair et patent”

Variante A

“qu’elle n’a pas d’établissement dans ce lieu.]”

Variante B

“qu’elle n’a pas d’établissement dans ce lieu [[et] [ou] qu’une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l’application de la présente Convention]].

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

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

4. Le lieu de situation du matériel et de la technologie sur lesquels s'appuie un système d'information utilisé par une personne morale pour la conclusion d'un contrat ou le lieu à partir duquel ce système d'information est accessible à d'autres personnes ne constitue pas en soi ou à lui seul un établissement [, sauf si cette personne morale n'a pas d'établissement [au sens de l'article 5 j)]]].

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

Observations générales

82. Le Groupe de travail a noté que ce projet d'article était l'une des dispositions centrales de la convention et qu'il pourrait jouer un rôle essentiel si le champ d'application était défini sur la base de la variante A du projet d'article premier.

Paragraphe 1

83. Le Groupe de travail a noté que le projet de paragraphe 1 était fondé sur une proposition qui avait été faite à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que les parties à des opérations électroniques devraient être tenues de révéler leur établissement (A/CN.9/484, par. 103). Cette obligation apparaissait dans le projet d'article 15-1 b), mais il a été noté que ce projet de disposition n'avait pas pour objet de créer un nouveau concept d'"établissement" pour les opérations en ligne.

84. Il a été convenu d'une manière générale qu'il était souhaitable en principe de faire figurer dans l'avant-projet une disposition contenant des éléments qui permettent aux parties de connaître d'emblée le lieu de situation de leurs partenaires et donc de déterminer plus facilement, entre autres, le caractère international ou national d'un contrat et le lieu de formation de celui-ci. Toutefois, au cours des discussions approfondies dont ce projet de paragraphe a fait l'objet au sein du Groupe de travail, divers points de vue ont été exprimés en ce qui concerne d'autres objectifs éventuels qui pourraient être assignés au projet d'article 7 et la meilleure façon de les exprimer.

85. Il a été suggéré de supprimer le renvoi au projet d'article 15 car cette disposition visait principalement, même si cela n'était pas explicite, les parties offrant des biens ou des services par l'intermédiaire d'un système d'information normalement accessible au public. Il a également été dit, à l'appui de cette suggestion, que l'établissement d'une partie pouvait être indiqué par ses transactions avec les autres parties, comme le laissait entendre le paragraphe 2 du

projet d'article premier, et pas seulement par une déclaration faite conformément au projet d'article 15. Bien que des intervenants se soient prononcés pour le maintien du renvoi au projet d'article 15 et pour que l'on mentionne dans le projet d'article 7 lui-même les indications qu'une partie utilisant des messages de données devait fournir concernant son lieu de situation, les partisans de la suppression de ce renvoi ont été plus nombreux.

86. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner les conditions dans lesquelles la présomption établie par le projet de paragraphe 1 pourrait être réfutée. Il a noté que les mots "clair et patent" avaient pour objet d'élever le niveau de preuve exigé pour réfuter cette présomption, ce qui a été jugé souhaitable d'une manière générale. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, il serait peut-être préférable de supprimer ces mots, car ils impliquaient un jugement subjectif qui ne contribuerait pas à l'application uniforme de la future convention.

87. Le Groupe de travail a ensuite examiné les deux variantes proposées dans le projet de paragraphe. Selon un point de vue, qui a été fortement appuyé, la variante A était préférable à la variante B pour ce qui était d'accroître la sécurité juridique dans l'interprétation du projet de paragraphe. En particulier, on a exprimé des doutes quant à l'utilité du dernier membre de phrase placé entre crochets dans la variante B ("et qu'une telle indication est donnée uniquement pour déclencher ou éviter l'application de la présente Convention"), car les parties étaient de toute façon libres d'accepter l'application de l'avant-projet de convention en vertu du paragraphe 3 du projet d'article premier ou de l'exclure en application du projet d'article 4. En outre, en exigeant une preuve d'intention, la variante B introduisait un élément de subjectivité qui, a-t-on dit, serait une source de difficulté dans la pratique. Il a également été déclaré que la clause en question ne cadrerait pas avec le champ d'application du projet de convention étant donné que les conséquences juridiques des déclarations inexacts faites intentionnellement par les parties relevaient du droit pénal ou du droit de la responsabilité délictuelle et qu'il était préférable qu'elles soient régies par la loi applicable en dehors de l'avant-projet de convention.

88. Selon l'opinion contraire, qui était aussi largement partagée, malgré la subjectivité apparente de son libellé, la variante B était plus susceptible de garantir la sécurité juridique que la variante A étant donné le haut niveau de preuve requis pour réfuter la présomption établie dans le chapeau du paragraphe 1. Il a été dit que la variante A faisait de la réfutation de la présomption une simple question de fait alors que la variante B ne permettait cette réfutation que lorsqu'une indication fautive ou inexacte concernant l'établissement avait été donnée par une partie afin de déclencher ou d'éviter l'application de la convention. Par conséquent, on a estimé que la variante B était plus susceptible d'assurer une application uniforme de la convention aux contrats qui satisfaisaient apparemment aux critères de territorialité énoncés dans le projet d'article premier.

89. Au cours de ses débats visant à trouver un consensus sur cette question, le Groupe de travail a examiné diverses solutions envisageables pour la rédaction du projet de paragraphe 1. L'une de ces solutions consisterait à remplacer celui-ci par une disposition en vertu de laquelle une partie qui aurait indiqué avoir son établissement dans un État contractant serait réputée avoir son établissement dans cet État. Il a été dit que cette solution était préférable au libellé actuel, car elle indiquait plus clairement l'objet du projet d'article, qui était de faciliter

l'application du projet d'article premier, et assortissait de conséquences juridiques les indications données par les parties tout en évitant les incertitudes pouvant résulter d'un système de présomption. Une autre solution consisterait à reformuler le projet de paragraphe afin de souligner les conditions dans lesquelles une partie pourrait se fier à l'indication fournie par l'autre partie concernant son établissement. Il a été suggéré à cet effet de disposer dans le projet de paragraphe qu'une partie était présumée avoir son établissement au lieu qu'elle avait indiqué, sauf si l'autre partie savait ou aurait dû savoir que cette indication était fausse ou inexacte.

90. Il a été dit que s'il était difficile de parvenir à un consensus sur ce projet de paragraphe, c'était parce que celui-ci, et peut-être aussi les projets de paragraphes 2 et 3, ne contenaient pas de règles spéciales concernant l'utilisation des moyens électroniques de communication. Afin de faire avancer les délibérations tout en concentrant l'attention sur les questions concernant spécialement les contrats électroniques, il a été proposé de ne conserver que les paragraphes 4 et 5 du projet d'article 7, en les combinant éventuellement avec la définition du terme "établissement" figurant dans le projet d'article 5 j). Toutefois, l'opinion qui a prévalu a été que, énoncés de façon appropriée, les principes sur lesquels reposaient les paragraphes 1 à 3 du projet d'article 7 constituaient des solutions utiles pour faire face à l'insécurité juridique considérable qui résultait actuellement de la difficulté de déterminer le lieu de situation d'une partie à une opération en ligne. Bien que ce danger ait toujours existé, il était, du fait de la portée mondiale du commerce électronique, plus difficile que jamais de déterminer le lieu de situation. Contribuer à éviter un problème rendu encore plus patent par le commerce électronique était, a-t-on dit, un objectif louable de ce projet d'article.

91. Après avoir examiné les diverses observations qui avaient été faites, le Groupe de travail a estimé d'une manière générale qu'il devrait étudier plus avant les dispositions concernant le lieu de situation des parties. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de paragraphe ou figureraient des variantes tenant compte des diverses propositions qui avaient été faites.

Paragraphes 2 et 3

92. Le Groupe de travail a noté que les projets de paragraphes 2 et 3 correspondaient aux règles habituelles utilisées par exemple dans l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les ventes pour déterminer l'établissement d'une partie. Il a décidé de conserver ces projets de paragraphes afin de les examiner ultérieurement.

Paragraphes 4 et 5

93. Le Groupe de travail a noté que ces projets de paragraphes proposaient des règles concernant spécialement certaines questions que soulevait l'utilisation de moyens électroniques de communication pour la formation de contrats. Le projet de paragraphe 4 visait à traduire une opinion partagée par de nombreuses délégations qui avaient participé à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que, s'agissant du lieu de situation des parties, il fallait veiller à ne pas élaborer des règles aboutissant à ce qu'une partie donnée soit considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle contractait électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contractait par des moyens plus classiques (A/CN.9/484, par. 103). Le projet de paragraphe 5 tenait compte du fait que l'actuel système d'attribution

des noms de domaines n'avait pas été conçu à l'origine dans une optique géographique et que, par conséquent, le lien apparent entre un nom de domaine et un pays était souvent insuffisant pour conclure qu'il existait un lien véritable et permanent entre l'utilisateur de ce nom et ce pays (A/CN.9/509, par. 44 à 46). Le Groupe de travail a décidé de conserver ces projets de paragraphes afin de les examiner ultérieurement.

Article 8. Utilisation de messages de données dans la formation des contrats

94. Le texte du projet d'article était le suivant:

“1. Sauf convention contraire des parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées au moyen de messages de données [ou d'autres actions transmises électroniquement d'une manière qui est destinée à exprimer l'offre ou l'acceptation de l'offre].

2. Lorsqu'elles sont exprimées sous la forme d'un message de données, une offre et l'acceptation d'une offre prennent effet lorsqu'elles sont reçues par [le destinataire] [le destinataire ou l'auteur de l'offre, selon le cas].

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

95. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article avait été considérablement remanié depuis sa trente-neuvième session pour tenir compte du fait que la majorité de ses membres souhaitaient qu'il comporte uniquement les dispositions de fond strictement nécessaires pour faciliter l'utilisation de messages de données dans la formation de contrats internationaux (A/CN.509, par. 67 à 73).

Paragraphe 1

96. Le Groupe de travail a accepté une proposition tendant à supprimer le membre de phrase “Sauf convention contraire des parties” figurant au début du paragraphe, car le principe de l'autonomie des parties était déjà énoncé dans le projet d'article 4 et n'avait pas besoin d'être réitéré.

97. Des opinions divergentes ont en revanche été exprimées quant à la nécessité et à l'utilité du membre de phrase entre crochets “ou d'autres actions transmises électroniquement d'une manière qui est destinée à exprimer l'offre ou l'acceptation de l'offre”. Selon une opinion, ce membre de phrase était utile pour bien faire ressortir qu'une offre ou l'acceptation d'une offre pouvaient être exprimées par un comportement autre que l'envoi d'un message de données les couchant par écrit, par exemple en cliquant sur une icône ou sur un point d'un écran d'ordinateur ou en les touchant. Une telle précision, qui était apportée dans la législation sur le commerce électronique de certains pays, était importante dans le projet de texte car elle reconnaissait expressément une pratique de plus en plus courante dans le commerce électronique.

98. À l'opposé – et c'est l'opinion qui l'a finalement emporté après l'examen par le Groupe de travail de l'opportunité de maintenir le même membre de phrase au paragraphe 1 du projet d'article 10 (voir par. 126) – on a fait valoir que ce membre de phrase, au lieu d'apporter des éclaircissements concernant l'application de la convention, risquait d'être source de confusion. Une version antérieure du texte, qui

mentionnait, à titre d'exemple, le fait d'indiquer le consentement en "touchant l'icône ou l'endroit appropriés sur un écran d'ordinateur ou en cliquant dessus" avait été rejetée par le Groupe de travail à la trente-neuvième session au motif qu'elle heurtait le principe de neutralité technologique et qu'elle courait le risque d'être incomplète ou de se trouver dépassée puisque d'autres moyens d'exprimer le consentement, qui n'y étaient pas mentionnés, étaient peut-être déjà utilisés ou pourraient devenir courants à l'avenir (A/CN.9/509, par. 89). Tel qu'il était actuellement libellé, toutefois, le membre de phrase était vague et ne donnait pas suffisamment d'indications quant aux types d'actions visés, et il était peut-être donc préférable de le supprimer purement et simplement.

99. À l'appui de la suppression du membre de phrase entre crochets, on a fait valoir que, lorsque des exemples d'autres actions indiquant l'acceptation dans un contexte analogue à celui du projet d'article étaient donnés dans des législations nationales, le législateur avait des raisons spécifiques d'avoir procédé ainsi: la législation en question utilisait des concepts tels que celui de "document électronique" ou d'"enregistrement électronique" qui laissaient planer un doute sur le point de savoir si des actions autres que l'envoi d'un message sous forme électronique comportant le texte écrit d'une offre ou d'une acceptation y étaient englobées. Or, la situation était différente dans le projet de convention puisque toutes les actions que le membre de phrase était censé viser généreraient en fait un message de données au sens de l'alinéa a) du projet d'article 5. Si le Groupe de travail jugeait nécessaire de donner des exemples supplémentaires, il pourrait le faire dans le texte explicatif accompagnant le projet de convention. Une autre possibilité pourrait être de donner les précisions voulues dans la définition du "message de données"; cette proposition a toutefois été accueillie avec réserve car il semblait inopportun de modifier une définition qui était acceptée et qui avait déjà été utilisée dans deux lois types et dans des législations nationales.

100. Après un examen de ces points de vue, le Groupe de travail a décidé de supprimer le membre de phrase entre crochets au paragraphe 1 de l'article 8 et partout ailleurs où il figurait dans le projet de convention.

Paragraphe 2

101. Le Groupe de travail a noté que les règles énoncées dans ce paragraphe reprenaient en substance les règles concernant la formation des contrats énoncées respectivement à l'article 15, paragraphe 1, et à l'article 18, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Le verbe "parvenir", qui était utilisé dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, avait été remplacé par le verbe "recevoir" dans le projet d'article de façon à aligner celui-ci sur le projet d'article 11, lequel était fondé sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

102. Le Groupe de travail a longuement discuté du point de savoir s'il était ou non nécessaire de conserver le paragraphe 2 dans le projet de convention. Il est à cette occasion revenu sur divers aspects d'un débat qui avait eu lieu à sa trente-neuvième session (A/CN.9/509, par. 67 à 73).

103. À l'appui de la suppression du paragraphe, on a fait valoir que la disposition que celui-ci énonçait ne traitait pas spécifiquement des questions concernant les contrats électroniques auxquels le projet de convention devait se cantonner. On a

déclaré – et cette position a été fortement appuyée – que même sous sa forme actuelle, qui était censée en limiter la portée aux opérations de commerce électronique, le paragraphe devait être supprimé afin d'éviter la création d'un régime double dans lequel des règles différentes régiraient le moment de la formation d'un contrat de commerce électronique relevant du projet d'instrument et le moment de la formation d'autres types de contrat n'entrant pas dans le champ d'application de ce dernier. Il a été dit que si le paragraphe avait pour objet de permettre de déterminer plus facilement le moment de la formation du contrat lorsque des messages de données étaient utilisés à cette fin, la question était convenablement traitée dans le projet d'article 11. Toujours à l'appui de la suppression du paragraphe, on a déclaré qu'il ne fallait pas chercher à poser, concernant le moment de la formation des contrats, une règle qui risquait d'être en contradiction avec les règles énoncées sur la question dans le droit applicable à un contrat donné. On a souligné que, dans certaines législations nationales, la formation d'un contrat était réputée intervenir lorsque l'auteur de l'offre prenait connaissance de l'acceptation de celle-ci (théorie qui faisait de l'"information" de l'auteur de l'offre l'élément déterminant dans la formation du contrat par opposition à la simple "réception" de l'acceptation par ce dernier). Le paragraphe contredisait ces règles et devait donc être supprimé.

104. On a répondu que le paragraphe, conjointement avec le projet d'article 11, offrait des dispositions utiles pour faciliter la détermination de la formation d'un contrat par des moyens électroniques. S'il ne ressortait pas suffisamment du paragraphe qu'il visait les contrats électroniques, on pourrait en modifier le libellé de façon à parler de "messages de données comportant une offre ou l'acceptation d'une offre". Le risque de dualité de régimes qui avait été évoqué était, a-t-on ajouté, inhérent à de nombreux instruments d'uniformisation du droit, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, dans la mesure où ces instruments posaient des règles différentes de celles qui s'appliqueraient à des contrats purement nationaux ou sous l'empire du droit qui serait applicable en l'absence de convention internationale. Le paragraphe était en outre utile du fait que même si un contrat était régi par une convention internationale, celle-ci ne comporterait pas nécessairement de règles sur la formation des contrats.

105. Le Groupe de travail a longuement examiné les arguments avancés par les tenants des deux thèses, et s'est penché sur des propositions visant à éliminer les motifs de préoccupation qui avaient été mentionnés. L'une de ces propositions, qui a reçu un certain appui, était de supprimer le paragraphe et de fusionner le reste du projet d'article 8 avec le projet d'article 10. L'autre proposition consistait à reformuler comme suit le texte du paragraphe:

"2. Lorsque le droit d'un État contractant attache des conséquences au moment auquel une offre ou l'acceptation d'une offre atteint le destinataire ou l'auteur de l'offre, et qu'un message de données est utilisé pour exprimer ladite offre ou acceptation, le message de données est réputé atteindre le destinataire ou l'auteur de l'offre lorsque celui-ci le reçoit."

106. Le Groupe de travail a noté que même si la proposition tendant à supprimer le paragraphe avait plus de partisans que celle tendant à le maintenir, il n'y avait pas un consensus suffisant au sein du Groupe de travail pour permettre à celui-ci de trancher la question. Il a donc été convenu de maintenir le paragraphe entre crochets de façon que le Groupe de travail puisse revenir sur la question à un stade ultérieur.

Le Groupe de travail a accepté le remplacement, dans une future version du paragraphe, des mots “le destinataire et l’auteur de l’offre” par le mot “destinataire”.

Paragraphe 3

107. On a proposé – et cette proposition a été fortement appuyée – afin d’éviter des répétitions inutiles, de supprimer ce paragraphe puisque le paragraphe 1 reconnaissait déjà expressément la possibilité d’exprimer une offre et une acceptation au moyen de messages de données.

108. À l’opposé – et c’est la position que le Groupe de travail a finalement retenue – on a fait valoir que le paragraphe réaffirmait la règle générale de la non-discrimination des messages de données, qui était l’un des principes fondamentaux de la Loi type de la CNUDCI, et devait donc être maintenu.

Article 9. Invitations à l’offre

109. Le texte du projet d’article était le suivant:

“1. Un message de données contenant une proposition de conclure un contrat qui n’est pas adressé à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui est normalement accessible à des personnes utilisant des systèmes d’information, tel qu’une offre de biens et de services par l’intermédiaire d’un site Web sur Internet, doit être considéré seulement comme une invitation à l’offre, à moins qu’il n’indique l’intention de son auteur d’être lié en cas d’acceptation.

2. Sauf indication contraire de l’auteur de l’offre, l’offre de biens ou de services faite [par l’intermédiaire de systèmes d’information automatisés] [au moyen d’une application interactive qui permet apparemment la conclusion automatique du contrat]”

Variante A

“est présumée indiquer l’intention de l’auteur de l’offre d’être lié en cas d’acceptation.”

Variante B

“ne constitue pas en soi et à elle seule une preuve de l’intention de l’auteur de l’offre d’être lié en cas d’acceptation.”

110. Le Groupe de travail a noté que cette disposition, qui s’inspirait du paragraphe 1 de l’article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, visait à clarifier une question qui avait suscité d’innombrables discussions depuis l’apparition d’Internet. Il a été rappelé que la règle proposée résultait d’une analogie établie entre les offres faites par voie électronique et celles faites par des moyens plus traditionnels (voir A/CN.9/509, par. 76 à 85).

111. Il a été rappelé que le paragraphe 1 était censé s’appliquer aux annonces publicitaires pour des biens ou des services diffusées sur des sites Web et avait pour but d’assimiler celles-ci aux messages publicitaires figurant dans les vitrines, autrement dit de faire en sorte qu’elles soient considérées comme une invitation à l’offre et non pas comme une offre en bonne et due forme. On a estimé que le terme

“offre” employé dans ce paragraphe risquait en fait d’occulter cette intention et devait par conséquent être remplacé par un terme plus objectif, comme “message publicitaire”. Si la proposition de trouver une formulation plus objective a été favorablement accueillie, on s’est toutefois inquiété de l’emploi du terme “message publicitaire”.

112. On s’est demandé si l’exemple cité au paragraphe 1, à savoir “tel qu’une offre de biens et de services par l’intermédiaire d’un site Web sur Internet”, devait figurer dans le projet de disposition. Selon un avis, sa place serait plus appropriée dans un commentaire explicatif.

113. Il a été dit en outre que l’emploi du terme “auteur de l’offre” au paragraphe 1 prêtait également à confusion si l’on se référait à la définition qui en était donnée à l’alinéa g) du projet d’article 5, à savoir “une personne physique ou morale qui offre des biens ou des services”. On a estimé qu’il faudrait revoir cette définition une fois le champ d’application de la convention définitivement arrêté, car ce terme pourrait finalement avoir une acception plus large que celle d’une personne offrant des biens ou des services. On a jugé qu’un terme plus neutre, tel que “expéditeur”, serait peut-être préférable.

114. Selon un avis, les mots “personne qui a fait la proposition”, employés au paragraphe 2 de l’article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, ou une formule similaire, seraient plus appropriés. Le Groupe de travail s’est rangé à cet avis.

115. Il a également été proposé d’insérer l’adverbe “clairement” après le verbe “n’indique”, au paragraphe 1 du projet d’article 9, pour utiliser une formulation plus proche de celle du paragraphe 2 de l’article 14 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

116. S’agissant du paragraphe 2 du projet d’article 9, il a été relevé que la règle proposée dans la variante A était similaire à celle que suggérait la doctrine pour le fonctionnement des distributeurs automatiques (voir A/CN.9/WG.IV/WP.95, par. 54). Il avait été souligné, à la trente-neuvième session du Groupe de travail, que les entreprises qui offraient des biens ou des services par l’intermédiaire d’un site Web permettant, grâce à des applications interactives, de négocier et de traiter immédiatement les commandes de biens ou de services indiquaient fréquemment sur ce site qu’elles n’étaient pas liées par ces offres. Si tel était déjà le cas dans la pratique, il ne serait pas judicieux que le Groupe de travail adopte une démarche inverse dans le projet de disposition (A/CN.9/509, par. 82). Il a été indiqué au Groupe de travail que la variante A tenait compte de ce point de vue et considérait les offres de biens ou de services, même lorsqu’un “système d’information automatisé” était utilisé, comme une invitation à l’offre.

117. On a cependant fait observer qu’il n’existait pour l’heure aucune pratique commerciale normalisée dans ce domaine et que les deux variantes correspondaient à deux pratiques existantes différentes. Si le Groupe de travail optait pour l’une des variantes, ce choix pourrait alors nuire aux pratiques en question, les parties risquant de croire, à tort, qu’elles n’étaient pas liées lorsqu’en fait elles l’étaient et inversement.

118. Il a été ajouté que le Groupe de travail ne devait pas chercher à combler une lacune lorsque le problème ne se posait pas ou ne faisait pas l’objet d’un consensus.

Aussi a-t-on estimé que les deux pratiques, visées dans les variantes A et B du paragraphe 2 du projet d'article 9, pourraient être mentionnées dans un texte explicatif au lieu de figurer dans le projet de convention.

119. Après examen des différents avis exprimés, il a été rappelé au Groupe de travail que les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 9 pouvaient, comme cela avait été suggéré à la trente-neuvième session (A/CN.9/509, par. 84), être fusionnés en une seule disposition éventuellement libellée comme suit:

“Une proposition de conclure un contrat qui n'est pas adressée à une ou plusieurs personnes déterminées mais qui est généralement accessible à des personnes utilisant des systèmes d'information, telle qu'une offre de biens et de services par l'intermédiaire d'un site Web sur Internet, y compris une offre utilisant [des systèmes d'information automatisés] [des applications interactives qui semblent permettre la conclusion automatique du contrat], doit être considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.”

120. À l'issue de discussions, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir, pour insertion dans le projet révisé, un texte regroupant les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 9, sur le modèle ci-dessus, afin qu'il puisse l'examiner plus avant. Ce texte devrait tenir compte des commentaires formulés précédemment à propos du paragraphe 1 du projet d'article 9.

Article 10. Autres utilisations de messages de données [dans le cadre d'opérations internationales] [en rapport avec des contrats internationaux]

121. Le texte du projet d'article était le suivant:

“1. Sauf convention contraire des parties, toute communication, déclaration, mise en demeure, notification ou demande que les parties sont tenues d'adresser ou peuvent souhaiter adresser en rapport avec [une opération] [un contrat] entrant dans le champ d'application de la présente Convention peut être exprimée au moyen de messages de données [ou d'autres actions transmises électroniquement d'une manière qui est destinée à exprimer l'offre ou l'acceptation de l'offre].

2. Lorsque des messages de données sont utilisés pour adresser une communication, une déclaration, une mise en demeure, une notification ou une demande conformément au présent article, la validité ou la force exécutoire de celles-ci ne sont pas déniées pour le seul motif que des messages de données ont été utilisés à cet effet.

[3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux cas suivants: ...] [Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux matières indiquées par un État contractant dans une déclaration faite conformément à l'article X.]”

122. À titre d'observation générale, il a été dit qu'il ne serait peut-être pas nécessaire que ce projet d'article reste une disposition distincte et que les projets d'articles 8 et 10 devraient être fusionnés dans une version ultérieure de l'avant-projet de convention. Il a été souligné que l'article 10 visait une catégorie étendue de communications qu'une partie pouvait souhaiter adresser dans le contexte d'un contrat existant ou envisagé. Étant donné que l'on pouvait également considérer

qu'une offre et son acceptation entraient dans cette catégorie, il n'était pas nécessaire de les traiter séparément dans le projet d'article 8.

123. Il a été répondu qu'il serait préférable que ces dispositions restent distinctes, tout au moins jusqu'à ce que l'on se soit mis d'accord au sein du Groupe de travail sur le champ d'application de la convention et sur la teneur de l'actuel projet d'article 8. Il a été souligné que, selon la décision finale qui serait prise concernant son champ d'application, la convention s'appliquerait peut-être à diverses communications qu'on ne pouvait pas vraiment considérer comme étant adressées "dans le contexte" de contrats. En outre, le fait de fusionner les deux dispositions pourrait avoir pour résultat d'étendre à toutes les communications actuellement visées par le projet d'article 10 le principe de la prise d'effet lors de la réception énoncé dans le paragraphe 2 du projet d'article 8. Le Groupe de travail a été invité à examiner attentivement les incidences que cela aurait.

124. Ayant pris note de ces points de vue, le Groupe de travail a décidé d'examiner ultérieurement s'il était opportun de fusionner les projets d'articles 8 et 10.

Paragraphe 1

125. On a posé la question de savoir si les expressions "en rapport avec un contrat" ou "dans le contexte de contrats" étaient suffisamment larges pour englober tous les types de communications que ce projet de paragraphe était censé viser. Selon un point de vue, il n'était pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit, car le libellé actuel, et son équivalent dans le projet d'article premier étaient suffisamment souples et pouvaient être interprétés comme englobant les communications échangées par les parties même si aucun contrat n'était formé. Toutefois, selon l'opinion contraire, qui a recueilli un appui considérable, il pourrait être utile de préciser que les communications visées dans ce projet d'article pouvaient intervenir avant ou après la formation d'un contrat en y insérant un membre de phrase supplémentaire tel que "avant, pendant ou après un contrat existant ou envisagé". Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait proposer dans une version révisée de ce projet d'article des solutions possibles pour en accroître la clarté.

126. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "Sauf convention contraire des parties" ainsi que le dernier membre de phrase placé entre crochets comme on l'avait fait pour le paragraphe 1 du projet d'article 8 (voir par. 97 à 100).

Paragraphe 2

127. Comme il l'avait dans le cas du paragraphe 3 du projet d'article 8 (voir par. 107 et 108), le Groupe de travail est convenu de conserver le projet de paragraphe 2 afin de l'examiner ultérieurement, car celui-ci réaffirmait la règle générale de non-discrimination à l'égard des messages de données qui constituait l'un des principes fondamentaux de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

Paragraphe 3

128. Le Groupe de travail a noté que, compte tenu de la portée étendue de l'avant-projet de convention qui, dans sa version révisée, s'appliquait à divers types de communication électronique et pas seulement à la formation des contrats, le projet de paragraphe 3 offrait deux possibilités de prévoir d'autres cas précis dans lesquels

l'application des dispositions du projet d'article 10 serait exclue. La première variante entre crochets obligerait le Groupe de travail à établir une liste commune d'exclusions alors que la deuxième s'en remettrait pour cela aux déclarations faites par les États contractants en vertu du projet d'article X.

129. Des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité d'ajouter une disposition spéciale concernant les exclusions dans le projet de paragraphe, étant donné que le projet d'article 2 envisageait déjà une telle possibilité. L'avant-projet de convention visait à éliminer les obstacles au commerce électronique, et il fallait pour cela réduire au minimum les exceptions au régime qu'il établissait.

130. Il a été répondu que le projet d'article 2 envisageait des exclusions par type de contrat et que, par conséquent, toutes les communications se rapportant à un contrat exclu n'entreraient pas dans le champ d'application de l'avant-projet de convention. En revanche, le projet de paragraphe 3 envisageait l'exclusion de certains types de communication mais permettrait l'application de l'avant-projet de convention aux autres communications non expressément exclues, y compris lorsqu'elles concernaient le même contrat. Ce projet de paragraphe était nécessaire en raison de l'existence de dispositions de droit interne qui exigeaient que certaines notifications concernant la formation ou la résiliation des contrats soient adressées par écrit. On pouvait citer comme exemple les notifications de résiliation de contrats de prêt, qui conformément aux règles relatives à la protection des débiteurs en vigueur dans certains pays, ne pouvaient être adressées que par écrit sous la forme d'un document papier. Une convention internationale telle que celle à l'examen ne devrait pas, a-t-on dit, gêner le fonctionnement de ces règles de droit interne.

131. Le Groupe de travail est convenu qu'il y avait peut-être des cas où, pour des raisons d'ordre public, certaines catégories de communication devaient être soumises à des exigences de forme plus strictes que d'autres, y compris lorsqu'elles concernaient la même relation contractuelle. S'agissant de la façon de procéder, on s'est dit favorable à l'élaboration d'une liste commune d'exclusions, afin d'assurer un haut degré d'uniformité dans l'application de l'avant-projet de convention, mais on a également exprimé des doutes quant à la faisabilité d'établir une telle liste. Le Groupe de travail est convenu de conserver les deux options dans le texte et de revenir ultérieurement sur la question.

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

132. Le texte du projet d'article était le suivant:

Variante A

“1. Sauf convention contraire des parties, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur.

2. Sauf convention contraire des parties, si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données, le message de données est réputé être reçu au moment où il entre dans le système d'information désigné; si le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, il est réputé être reçu au

moment où il est relevé par le destinataire. Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, la réception intervient lorsque le message de données entre dans un système d'information du destinataire.

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

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

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

Variante B

"1. Sauf convention contraire des parties, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur.

2. Sauf convention contraire des parties, le message de données est réputé être reçu au moment où il peut être relevé et traité par le destinataire."

Observations générales

133. Le débat s'est concentré dans un premier temps sur la structure générale des deux variantes proposées pour le projet de disposition. Il a été rappelé que, à l'exception du projet de paragraphe 4, les règles énoncées dans la variante A se fondaient sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, quelques modifications ayant toutefois été apportées afin de les harmoniser avec le libellé des autres dispositions de l'avant-projet de convention, qui suivaient de plus près celui de la Convention des Nations Unies sur les ventes. La variante B, quant à elle, tenait compte d'un avis exprimé à la trente-neuvième session du Groupe de travail, à savoir qu'il serait préférable de remplacer les paragraphes 2 à 5 de la variante A par un texte plus court disposant qu'un message de données était réputé reçu s'il pouvait être relevé et traité par le destinataire (A/CN.9/509, par. 96).

134. Un certain soutien a été exprimé en faveur de la variante B, dont on a dit qu'elle offrait l'avantage de la simplicité et qu'elle évitait d'établir une distinction juridique jugée complexe selon que le destinataire avait ou non désigné un système d'information pour la réception des messages de données. La variante B avait également l'avantage de ne pas empiéter sur les règles de fond régissant la formation des contrats dans le droit applicable. Il a été ajouté qu'une disposition de ce type était préférable car elle était conforme aux règles harmonisées actuellement préconisées par certaines organisations régionales. Il a été souligné, en réponse, que la recherche de simplicité, objectif qui en soi pouvait intéresser le monde des affaires, ne devait pas conduire les auteurs de l'avant-projet de convention à faire abstraction de la nécessité d'assurer un haut degré de prévisibilité et de sécurité

dans la formation des contrats. On a exprimé la conviction que, s'agissant de questions aussi importantes que le moment et le lieu de la formation des contrats, la sécurité juridique était primordiale. À cet égard, on a jugé que la variante B manquait sérieusement de précision, risquait d'être mal interprétée et négligeait les besoins pratiques des personnes utilisant les techniques du commerce électronique.

135. Il a été proposé que le Groupe de travail tente d'améliorer la variante B afin de parvenir à un libellé acceptable énonçant une règle simple et abstraite tout en assurant le degré de sécurité juridique nécessaire en ce qui concerne différentes situations concrètes au moyen d'un guide ou d'autres documents explicatifs. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il fallait préciser davantage les dispositions relatives au moment et au lieu de la réception des messages de données en partant de la variante A, en vue éventuellement d'en adopter une version plus simple. On a également fait valoir, en faveur de cette variante, qu'une disposition nuancée établissant une distinction selon qu'un système d'information avait ou non été désigné par le destinataire et utilisé par l'expéditeur correspondait davantage à la pratique suivie dans le commerce électronique. Il a aussi été dit que la variante A était plus susceptible de répondre aux besoins des pays qui ne disposaient pas encore de règles détaillées sur la formation des contrats dans le cadre d'opérations de commerce électronique. Plusieurs propositions ont été faites pour améliorer cette variante. Selon l'une de ces propositions, pour qu'un message de données soit réputé reçu, le paragraphe 2 devait exiger que le destinataire sache que ce message était entré dans le système d'information considéré et soit en mesure de le relever. Il a aussi été proposé que la formule "sauf convention contraire des parties" soit supprimée des paragraphes 1, 2 et 4 car elle était superflue. On a également suggéré d'inverser l'ordre des paragraphes 3 et 4. Enfin, il a été proposé de supprimer le paragraphe 4, car le fait d'exiger qu'un message de données puisse "être relevé et traité" outrepassait la notion de disponibilité qui semblait inspirer l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

136. Après avoir étudié les différents avis exprimés, le Groupe de travail a décidé de conserver la variante A comme base de discussion pour la poursuite de ses travaux, puis a commencé à en examiner les différentes dispositions ainsi que les propositions visant à les clarifier. En raison du long débat dont le projet de paragraphe 2 a fait l'objet (voir par. 141 à 151), il n'a pas eu le temps d'examiner les projets de paragraphes 3 à 5 à sa quarante et unième session.

Paragraphe 1

137. À titre d'observation générale, il a été souligné que les notions d'"expédition" et de "réception" de messages de données, qui apparaissaient dans l'ensemble du projet d'article, n'étaient pas employées ailleurs dans l'avant-projet de convention, si bien qu'on pouvait se demander si des dispositions spécifiques traitant de ces notions étaient nécessaires. On s'est également demandé à ce propos s'il n'était pas préférable, pour la définition de l'expédition et de la réception, dont on a dit qu'il s'agissait d'un point de droit matériel, s'agissant en particulier de la formation des contrats, de s'en remettre au droit interne ou à d'autres conventions internationales concernant le droit des contrats afin d'éviter d'avoir deux régimes, selon les moyens de communication utilisés par les parties. Il a été souligné en réponse que l'un des objectifs principaux de l'avant-projet de convention était de donner des indications permettant d'appliquer, dans le contexte des contrats électroniques, des notions

habituellement employées dans les conventions internationales et le droit interne telles que l'“expédition” et la “réception” de communications. Dans la mesure où ces notions classiques étaient essentielles à l'application des règles relatives à la formation des contrats en droit interne et en droit uniforme, on a dit que le fait de proposer des notions équivalentes d'un point de vue fonctionnel dans un environnement électronique constituait un objectif important de l'avant-projet de convention. On s'est déclaré très favorable à cet objectif et, d'une manière générale, au projet de paragraphe 1, que l'on considérait comme une disposition utile.

138. Le Groupe de travail est convenu que, comme on l'avait fait ailleurs dans l'avant-projet de convention, les mots “sauf convention contraire des parties” figurant au début du paragraphe 1 et dans les autres parties du projet d'article devraient être supprimés. À cet égard, on a posé la question de savoir si l'intention des parties de déroger aux dispositions envisagées dans le projet d'article pouvait être déduite du fait qu'elles s'étaient mises d'accord sur un ensemble différent de règles pour déterminer l'expédition et la réception ou si elles devaient convenir explicitement des dispositions de l'article 11 auxquelles elles avaient l'intention de déroger. Il a été répondu que le projet d'article 4 autorisait les parties à exclure l'application de la convention dans son ensemble ou seulement de déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou d'en modifier les effets. Alors que pour pouvoir exclure l'application de la convention dans son ensemble, il faudrait en principe l'indiquer expressément, il était possible de déroger à certaines de ses dispositions sans mentionner précisément de quelles dispositions il s'agissait.

139. Il a été proposé, afin de simplifier la structure du projet d'article, de fusionner les paragraphes 1 et 4 en une seule disposition indiquant que l'expédition d'un message de données avait lieu quand celui-ci entrait dans un système d'information qui ne dépendait pas de l'expéditeur ou, en tout cas, lorsque ce message pouvait être relevé et traité par le destinataire. Il a été objecté que les projets de paragraphes 1 et 4 visaient des situations différentes, en ce sens que le projet de paragraphe 1 s'appliquait à des parties utilisant des systèmes d'information différents alors que le projet de paragraphe 4 s'appliquait à des messages échangés entre des parties utilisant le même système d'information. Dans le cas du projet de paragraphe 4, le critère objectif fondé sur le moment où le message de données entrait dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ne pouvait pas être utilisé et il fallait donc recourir à un autre critère. Il serait toutefois inopportun d'appliquer également à la situation visée dans le projet de paragraphe 1 le critère plus subjectif énoncé dans le projet de paragraphe 4.

140. Afin de rendre cette disposition plus compréhensible, il a été suggéré d'inverser l'ordre des membres de phrase comme suit:

“1. Lorsqu'un message de données entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur, ce message est réputé avoir été expédié.”

Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion concernant la rédaction et est convenu de l'examiner ultérieurement.

Paragraphe 2

141. Les délibérations du Groupe de travail ont porté initialement sur la troisième phrase du projet de paragraphe, qui concernait le moment de la réception d'un

message de données envoyé à un destinataire qui n'avait pas désigné de système d'information pour la réception de ce message.

142. Il a été souligné qu'aux fins de l'application de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, dont l'article 15-2 b) énonçait une disposition similaire, la règle disposant qu'un message de données était reçu au moment où il "entrait dans un système d'information du destinataire" avait, dans certains pays, été remplacée par une autre règle selon laquelle, lorsque aucun système d'information n'avait été désigné, un message de données était réputé être reçu à partir du moment où le destinataire avait connaissance de l'existence de ce message et où celui-ci pouvait être relevé. Il a été dit que la règle énoncée dans la Loi type de la CNUDCI et reprise dans la troisième phrase du projet de paragraphe devrait être reconsidérée, car elle pourrait avoir pour effet indésirable de lier le destinataire, même lorsque le message de données était envoyé à un système d'information que celui-ci n'utilisait que rarement ou tout au moins pas régulièrement dans le cours normal de ses affaires.

143. Cette proposition a été fortement appuyée. Il a été reconnu que le fait d'exiger que le destinataire connaisse l'existence du message de données constituait une règle plus subjective que celle énoncée dans le projet de paragraphe. Toutefois, on a estimé que cela était plus équitable que de considérer que le destinataire était lié par un message envoyé à un système d'information lorsqu'il ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que ce système soit utilisé dans le cadre de ses opérations avec l'expéditeur ou aux fins pour lesquelles le message de données avait été envoyé.

144. Toutefois, cette proposition a suscité diverses objections. On s'est dit favorable au maintien de la règle énoncée dans la troisième phrase du projet de paragraphe parce que la modification proposée signifierait dans la pratique que le destinataire aurait seul la faculté de provoquer la réception du message étant donné que l'expéditeur devrait établir que le destinataire avait été informé de l'existence du message de données. On a estimé que cela pourrait être inéquitable, par exemple dans le cas d'un expéditeur qui, lorsque aucun système d'information n'avait été désigné, adressait le message de données au seul système d'information du destinataire qu'il connaissait. Il a été dit que le fait que le destinataire n'utilisait peut-être pas régulièrement ce système d'information ne pouvait pas être opposé à l'expéditeur de façon systématique ni en vertu d'une règle générale. En outre, on a estimé qu'un juge ou un arbitre appelé à trancher un litige concernant le moment de réception d'un message de données prendrait très certainement en considération le caractère raisonnable du choix d'un système d'information par l'expéditeur en l'absence d'une désignation claire par le destinataire.

145. Le Groupe de travail a marqué un temps d'arrêt pour examiner ces points de vue. Il a été reconnu que les tenants des deux positions étaient soucieux d'assurer une répartition équitable des risques et des responsabilités entre l'expéditeur et le destinataire. Il a été dit que, dans le cours normal des affaires, on pouvait s'attendre à ce que les parties prennent soin de désigner des systèmes d'information pour la réception de messages d'une certaine nature lorsqu'elles possédaient plusieurs systèmes et à ce qu'elles évitent de diffuser, par exemple, des adresses de courrier électronique qu'elles utilisaient rarement à des fins commerciales. Inversement, on pouvait s'attendre à ce qu'elles n'adressent pas des messages de données contenant des informations d'une nature commerciale particulière (par exemple l'acceptation

d'une offre contractuelle) à un système d'information si elles savaient ou devaient savoir que ce système ne serait pas utilisé pour traiter des communications de cette nature (par exemple une adresse de courrier électronique pour recevoir les plaintes des consommateurs). Il a été dit qu'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce que les destinataires, en particulier lorsqu'il s'agissait de grandes entreprises commerciales, accordent le même niveau d'attention à tous les systèmes d'information qu'ils avaient mis en place.

146. Ayant noté les éléments et les préoccupations communs aux deux positions qui avaient été présentées, le Groupe de travail a examiné d'autres propositions visant à préciser les objectifs de la troisième phrase du projet de paragraphe 2. L'une de ces propositions était de reformuler cette phrase de sorte que, si le destinataire n'avait pas désigné un système d'information, le message serait réputé être reçu au moment où il entrait dans un système d'information du destinataire, à moins qu'il n'ait été déraisonnable que l'expéditeur choisisse ce système d'information pour envoyer ce message, eu égard aux circonstances de l'espèce et au contenu du message. Il a également été proposé de disposer que, si aucun système d'information n'avait été désigné, le message de données était reçu au moment où il entrait dans un système d'information du destinataire, à moins que ce dernier n'ait pas pu raisonnablement s'attendre à ce que ce message soit adressé à ce système d'information.

147. Il a été généralement convenu que ces propositions, que le secrétariat a été prié de mettre en forme pour la suite des délibérations, méritaient d'être examinées plus avant par le Groupe de travail à un stade ultérieur en tant que solutions susceptibles de remplacer le texte actuel de la troisième phrase du projet de paragraphe. Il a été suggéré que, lorsqu'il reviendrait sur ces questions, le Groupe de travail examine les incidences d'autres situations de fait, telles que l'existence éventuelle de pare-feu installés dans certains systèmes d'information afin d'empêcher automatiquement l'entrée des messages identifiés comme étant corrompus ou de mettre les messages suspects "en quarantaine" ou encore de barrer automatiquement l'entrée aux messages adressés par tel expéditeur. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

148. On a déclaré que certaines des difficultés que la dernière phrase du projet de paragraphe 2 posait à certaines délégations tenaient à la notion de "système d'information désigné" et à l'incertitude quant au degré de précision qui pourrait être exigé pour qu'une indication vaille "désignation" d'un système d'information. On ne pouvait, a-t-on ajouté, remédier à ces difficultés simplement en définissant ce qu'il fallait entendre par un "système d'information désigné", car celles-ci étaient inhérentes à la structure du projet de paragraphe qui était trop complexe et entrait trop dans le détail. Il a été noté que les différents critères pour déterminer la réception de messages de données utilisés dans les première et deuxième phrases du projet de paragraphe risquaient de déboucher sur des résultats contradictoires, suivant l'interprétation du terme "système d'information". Par exemple, si ce terme était considéré comme englobant les systèmes qui faisaient parvenir des messages de données à leurs destinataires, y compris par exemple un serveur externe, un message de données pourrait, d'après la première phrase du projet de paragraphe, être réputé avoir été reçu par le destinataire, même s'il avait été perdu avant d'avoir été relevé, dès lors qu'il était entré dans le système d'information du serveur avant d'avoir été perdu et que ce système était un "système désigné". D'après la deuxième phrase du projet de paragraphe, en revanche, le message perdu ne serait pas réputé

avoir été reçu par le destinataire au motif qu'il n'avait pas été effectivement relevé par ce dernier simplement parce que le système d'information du serveur n'avait pas été "désigné" par le destinataire. On a dit que rien ne justifiait une telle contradiction, qui était due uniquement à la complexité du projet de ce paragraphe. Pour éviter cette contradiction, on a proposé d'insérer au paragraphe 2 une disposition traitant de la situation où le destinataire avait désigné, par exemple, une adresse de courrier électronique, auquel cas le message de données devrait être réputé reçu au moment où l'on pouvait normalement s'attendre à ce qu'il soit relevé par le destinataire à partir d'un système d'information administré par un intermédiaire ou au moment auquel le message de données transmis directement au système d'information du destinataire entrait dans ce système.

149. Le Groupe de travail a pris note de cette proposition mais a constaté qu'elle n'avait pas bénéficié d'un appui suffisant. En revanche, le point de vue selon lequel les règles posées dans le projet de paragraphe établissaient des distinctions utiles qui reflétaient les solutions effectivement trouvées par les entités commerciales utilisant régulièrement recours des communications électroniques a été très favorablement accueilli. Loin d'être inutilement complexe, le projet de paragraphe faisait la distinction entre trois situations de base afin d'atteindre un plus haut degré de sécurité juridique, que des notions subjectives telles que l'"accessibilité" ne pouvaient apporter. On a souligné que tout le projet de paragraphe était fondé sur l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qu'il fallait veiller à éviter toute contradiction entre les deux textes. Dans leur rédaction actuelle, les règles énoncées dans le projet de paragraphe reprenaient, a-t-on estimé, dans un environnement électronique, les critères utilisés pour l'expédition et la réception de communications sur support papier, c'est-à-dire le moment à partir duquel la communication échappait au contrôle de l'expéditeur et celui où elle passait sous le contrôle du destinataire. La notion d'"entrée" dans un système d'information, qui était utilisée à la fois pour la définition de l'expédition et pour celle de la réception d'un message de données, renvoyait au moment auquel un message de données devenait disponible pour être traité par un système d'information. On a en outre fait observer que la notion de "système d'information" était censée englober toute la gamme des moyens techniques à mettre en œuvre pour générer, envoyer, recevoir, stocker ou traiter par ailleurs des messages de données et que, selon le contexte, elle pourrait recouvrir un réseau de communications, une boîte aux lettres électronique ou même un télécopieur. Il fallait toutefois veiller à éviter toute confusion entre les systèmes d'information et les fournisseurs d'accès ou les entreprises de télécommunications qui pouvaient offrir des services intermédiaires ou une infrastructure d'appui technique pour l'échange de messages de données.

150. Il a en outre été dit que le paragraphe 2 énonçait une règle importante qui permettait aux parties de désigner un système d'information donné pour recevoir certaines communications, par exemple, lorsqu'une offre spécifiait expressément l'adresse à laquelle l'acceptation devait être envoyée. Une telle possibilité revêtait, a-t-on dit, une grande importance pratique, en particulier pour les grandes sociétés qui utilisaient divers systèmes de communications en des lieux différents.

151. Le Groupe de travail a longuement examiné les différents points de vue qui avaient été exprimés. Même si les partisans du maintien du projet de paragraphe comme base de travail étaient nombreux, le Groupe de travail est convenu que la

question devrait être étudiée plus avant, éventuellement lors du réexamen de la notion de “système d’information” à l’alinéa e) du projet d’article 5.

Notes

¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol.1489, n° 25567.

² *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 384 à 388.

³ *Ibid.*, cinquante-sixième session, *Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 293.

⁴ *Ibid.*, par. 295.

⁵ *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 17 (A/57/17)*, par. 206.

⁶ *Ibid.*, par. 207.